OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-605565/6/SB

Datum:
Linz, 12. März 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Buchinger über die Beschwerde des M M, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. J P, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 29.09.2022, GZ: BHSE/922150012357/22, wegen Übertretung der Straßenverkehrsordnung 1960 (StVO) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, als sowohl die übertretene Rechtsvorschrift als auch die verletzte Strafnorm mit dem Zusatz „BGBl 159/1960 idF BGBl I 154/2021“ zu zitieren sind.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 320 Euro zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis vom 29.09.2022, GZ: BHSE/922150012357/22, der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land (im Folgenden: bB [belangte Behörde]) wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung wie folgt bestraft:

„1. Datum/Zeit: 28.03.2022, 19:30 Uhr
Ort: x
Betroffenes Fahrzeug: PKW, Kennzeichen: x (A)
Sie haben am 28.03.2022 um 21:02 - 21:15 Uhr in x nach Aufforderung eines besonders geschulten Organes der Bundespolizei geweigert, Ihre Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, obwohl Sie im Verdacht gestanden sind, dass ihr Verhalten als LenkerIn des angeführten Fahrzeuges, am angeführten Unfallsort mit einem Verkehrsunfall in ursächlichem Zusammenhang gestanden ist.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
1. § 99 Abs. 1 lit b i.V.m. § 5 Abs. 2 2. Satz StVO

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
1. € 1.600,00	14 Tage(n) 0 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 99 Abs. 1 StVO

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend wurde auf den mit Anzeige der Polizeiinspektion Sierning vom 28.03.2022 vorgelegten Sachverhalt verwiesen; dieser beruht auf einer dienstlichen Wahrnehmung eines Sicherheitswacheorgans, weshalb der objektive Tatbestand erfüllt sei. Im Rechtsmittelverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich sei der Sachverhalt ebenfalls umfangreich behandelt worden. Es werde daher diesbezüglich auf das Erkenntnis vom 09.09.2022, GZ: LVwG-652467/7/SB verwiesen, mit dem die Beschwerde des Bf gegen den Entzugsbescheid der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 02.06.2022 als unbegründet abgewiesen wurde. Das Gericht habe darin das Vorliegen einer Übertretung gem. § 99 Abs 1 StVO 1960 bestätigt. Der Bf habe keine Beweise eingebracht, die zu seiner Entlastung beigetragen hätten, weshalb auch die subjektive Tatseite erfüllt sei. Aufgrund der erstmaligen Begehung sei die Mindeststrafe verhängt worden.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die gegenständliche Beschwerde vom 31.10.2022, worin unter Verweis auf das bereits abgeführte Entzugsverfahren ausgeführt wurde, es läge keine Verweigerung vor, wenn der Bf so viele Tests am Alkomaten durchführt. Die Verwendungsbestimmungen seien nicht eingehalten worden, zumal der Alkotest abgebrochen wurde beim letzten Ergebnis Mundrestalkohol und dieser Abbruch jedoch nicht vom Bf verschuldet und somit nicht abgebrochen hätte werden dürfen. Der Alkomattest sei um 21.15 Uhr, nach dem neunten Test am Alkomaten, abgebrochen worden und seien zumindest die Testversuche um 21.14 Uhr und um 21.15 Uhr ein Verstoß gegen die Bedienungsanleitung und die Zulassungsbestimmungen gewesen. Des Weiteren sei ein Verstoß gegen die Bedienungsanleitung und Zulassungsbestimmung dadurch eingetreten, dass der Blasversuch um 21.08 Uhr mit „Zweite Messung“ begonnen habe, und die erste Testreihe jedoch abgebrochen worden sei nach einem tauglichen Ergebnis um 21.06 Uhr. Es wurde somit eine Testreihe nach einem gültig zustande gekommenen Messwert abgebrochen, was bedeute, es würde ein verwertbares Messpaar selbst dann nicht vorliegen, wenn einer der Folgetests einen Wert ergeben hätte, weil dann die beiden Werte vom Alkomaten aus zwei verschiedenen Testreihen nicht zu einem (verwertbaren) Messpaar zusammengefasst werden würden.

I.3. Mit Schreiben vom 08.11.2022 legte die bB die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

I.4. Vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich wurde am 07.02.2023 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der der Vertreter des Bf erschienen ist. Diese öffentliche mündliche Verhandlung wurde aufgrund der Einheitlichkeit der Parteien und dem zusammenhängenden Sachverhalt mit der Verhandlung zur Administrativsache betreffend Einschränkung der Lenkberechtigung, LVwG-652596, verbunden. Mit der Ladung zu dieser öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde die Niederschrift samt Verhandlungsprotokoll vom 24.08.2022, GZ: LVwG-652467/6/SB/KA, ebenfalls in der Zuständigkeit der erkennenden Richterin gelegen, versendet und damit zum Akt genommen. Im Zuge dieser öffentlichen mündlichen Verhandlung im August 2022 wurden die meldungslegenden Beamten bereits zum gegenständlichen Sachverhalt einvernommen.

Der Vertreter des Bf verwies auf die Zulassung (konkret Punkt 6.5.) und die Verwendungsbestimmungen des verwendeten Alkomaten insofern, als die Bestimmung der Atemalkoholkonzentration nur zulässig ist, wenn sichergestellt ist, dass die Testperson in einer Zeitspanne von mindestens 15 Minuten keine Flüssigkeiten etc. zu sich genommen hat und nach der Gebrauchsanweisung zur Fehlermeldung Mundrestalkohol der Messablauf abgebrochen und ein entsprechendes Protokoll mit dem erkannten Fehler ausgedruckt werde.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den von der bB vorgelegten Verwaltungsakt, Einsichtnahme in den Akt LVwG-652467 (öffentliche mündliche Verhandlung am 24.08.2022) und die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 07.02.2023.

II.2. Es steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

II.2.1. Der Bf lenkte am 28.03.2022 um 19.30 Uhr das Fahrzeug Kennzeichen x über den Güterweg x von der S Landesstraße kommend in Richtung L. Auf Höhe des Hauses x geriet er mit seinem PKW von der Fahrbahn ab und das Fahrzeug blieb im dortigen Acker stecken. Der Bf zog sich Verletzungen im Gesicht und an den Händen zu. An der Unfallstelle wurde der Bf im Rettungswagen erstversorgt (Anzeige, GZ: PAD/22/00635068/002/VStV; Unfallbericht GZ: PAD/22/00635670/001/KRIM; Niederschrift, ON6 verwaltungsgerichtlicher Akt).

II.2.2. Der Bf hatte Alkohol konsumiert; er zeigte deutliche Anzeichen einer Alkoholisierung, wie eine lallende Sprache und Alkoholgeruch (Anzeige, GZ: PAD/22/00635068/002/VStV; Unfallbericht, GZ: PAD/22/00635670/001/KRIM; Niederschrift, ON6 verwaltungsgerichtlicher Akt).

II.2.3. An der Unfallstelle wurde der Bf zur Durchführung eines Alko-Vortests aufgefordert, wobei mehrere Versuche kein Ergebnis erbrachten (Anzeige, GZ: PAD/22/00635068/002/VStV; Unfallbericht, GZ: PAD/22/00635670/001/KRIM; Niederschrift, ON6 verwaltungsgerichtlicher Akt).

II.2.4. Der Bf wurde in weiterer Folge ins Phyrn-Eisenwurzen Klinikum Steyr (im Folgenden: PEK) zur Untersuchung verbracht. Nach dem Röntgen und der Erstversorgung wurde der Bf zum Alkomattest aufgefordert, welcher in einem zur Verfügung gestellten Raum des PEK Steyr durchgeführt wurde (Niederschrift, ON6 verwaltungsgerichtlicher Akt).

II.2.5. Diese Untersuchung auf Alkoholgehalt der Atemluft lieferte um 21.02 Uhr, um 21.03 Uhr und um 21.04 Uhr wegen unkorrekter Atmung kein Ergebnis. Die weitere Messung um 21.06 Uhr ergab einen Messwert von 0,85 mg/l. Weitere Messversuche lauteten: 21.08 – zu kleines Blasvolumen; 21.09 – zu kleines Blasvolumen; 21.10 – Mundrestalkohol; 21.14 – zu kleines Blasvolumen; 21.15 Uhr – Mundrestalkohol. Nach diesen neun Versuchen wurde die Amtshandlung beendet (Abschluss-Bericht Verkehrsunfall, GZ: PAD/22/00635670/001/KRIM). Der Zeuge H erläuterte dem Bf den Ablauf des Alkomattests, führte ihm die

Handhabung vor und erklärte ihm das Testverfahren ausführlich (Niederschrift, ON6 verwaltungsgerichtlicher Akt).

II.2.6. Der Bf verneinte die von den Zeugen gestellten Fragen hinsichtlich gesundheitlicher Probleme oder Bedenken und machte keine Angaben dahingehend, dass ihm die Durchführung des Alkomattests aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich ist. Es gab für die meldungslegenden Beamten auch keine Hinweise darauf. Der Bf hatte Abschürfungen und Platzwunden; der Bf selbst bezeichnete diese als leichte Verletzungen (Niederschrift, ON6 verwaltungsgerichtlicher Akt; sh Diagnosen im Erstbericht des PEK vom 30.03.2022: „Vlc. superfic.front. sin.“, „Vlc. superfic. dupl. pariet. sin.“ und „Excor. nasi“).

II.2.7. Der Bf betreibt eine Land- und Forstwirtschaft und hat keine Sorgepflichten (Behördenakt). Zum Tatzeitpunkt lag eine rechtskräftige Verwaltungsstrafvormerkung wegen Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes vor (Verwaltungsvorstrafenauszug, ON2 verwaltungsgerichtlicher Akt).

II.3. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt, der Beschwerde und insbesondere den Ausführungen des Bf und der Zeugen im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 24.08.2022 sowie dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 07.02.2023.
Unbestritten ergibt sich aus den Ausführungen des Bf und der Zeugen sowie der zugrundeliegenden Anzeige samt Unfallbericht, dass der Bf das genannte Fahrzeug am genannten Ort gelenkt hat.
Unbestritten ist weiters, dass der Bf im Krankenhaus zur Durchführung der Alkomattests aufgefordert wurde. Der Bf ersuchte die Zeugen sogar selbst, nochmals einen Alkomattest durchführen zu können und bat die Zeugen nach den fehlgeschlagenen Versuchen auch immer wieder, es nochmal probieren zu können. Die Zeugen schilderten im Rahmen der öffentlichen Verhandlung nachvollziehbar, dass sie dem Bf aufgrund des persönlichen Bekanntheitsverhältnisses und seinem grundsätzlichen Bemühen zur Mitwirkung, so oft die Möglichkeit einräumten, ein gültiges Messergebnis zustande zu bringen. Es war aus den Schilderungen aller Beteiligten deutlich ein sichtliches Bemühen im Hinblick auf die Erreichung von zwei gültigen Messergebnissen für das Gericht zu erkennen. Nichtsdestotrotz kam jedoch nur ein gültiges Messergebnis zustande. Auch wenn der Bf angibt, sich das nicht erklären zu können, so verneinte der Bf den Zeugen gegenüber gesundheitliche Probleme oder Bedenken, die ihm die Durchführung des Alkomattests nicht möglich machen würden. Auch im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung schilderte der Bf solche nicht, sondern konnte keine Erklärung dafür abgeben, weshalb er keine zwei gültigen Messergebnisse zustande brachte. Dass ihm dies grundsätzlich jedoch möglich gewesen wäre, ist einerseits dadurch belegt, dass der Bf früher schon einmal eine gültige Alkoholkontrolle absolvierte (sh Schilderungen im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung) und andererseits dadurch, dass beim gegenständlichen Vorfall ein gültiges Messergebnis

zustande kam. Nachvollziehbar erweckte dies in dem Zeugen die „Hoffnung“, der Bf könnte auch ein zweites gültiges Messergebnis zustande bringen.
Fest steht in weiterer Folge, dass bei diesen insgesamt neun Messversuchen lediglich ein gültiges Ergebnis erzielt werden konnte. Fest steht auch, dass der Bf vor Ort den Beamten keine gesundheitlichen Probleme oder Bedenken dargelegt hat, weshalb er die Untersuchung mit dem Alkomattest nicht schaffen würde. Angesichts der diagnostizierten Verletzungen und dem Umstand, dass auch der Bf selbst diese als leichte Abschürfungen schilderte, lag nachvollziehbar auch für die Zeugen kein Hinweis auf eine gesundheitlich bedingte Unmöglichkeit zur Durchführung des Alkomattests vor. Die im Verfahren geschilderten medizinischen Gründe für die Unmöglichkeit der Alkomattestung vermögen den Bf nicht zu entlasten, zumal er dies umgehend vor Ort hätte darlegen müssen und auch aus der jetzigen Betrachtungsweise sich keine Hinweise darauf ergeben, dass dem Bf aus diesen Gründen eine Alkomattestung nicht möglich gewesen ist.
Unbestritten fest steht im Übrigen auch, dass ein gültiges Messergebnis zustande kam und die übrigen Fehlversuche, insbesondere die ersten drei wegen zu geringem Blasvolumen kein Ergebnis lieferten. Die Tauglichkeit der Alkomat-messung an sich und insbesondere die Funktionsfähigkeit sowie ordnungsgemäße Handhabung wurde von keinem der Beteiligten in Abrede gestellt und ergeben sich für das erkennende Gericht auch keine Hinweise auf eine fehlerhafte Bedienung des Alkomattestgeräts. Die Zeugen schilderten die Durchführung des Alkomattests, insbesondere auch die Installation des Alkomaten in dem eigens für den Bf zur Verfügung gestellten Untersuchungsraum, sodass keine Zweifel an der ordnungsgemäßen Handhabung entstanden sind (vgl zB VwGH 04.03.2020, Ra 2020/02/0034; von einer vorschriftsmäßigen Bedienung kann ausgegangen werden). Der Zeuge H schilderte ausführlich sein Bemühen, dem Bf die Hand-habung und Durchführung des Alkomattests zu erklären und auch vorzuführen, wobei sie ihm auch unterschiedliche Positionen (im Sitzen/im Stehen) „probieren“ ließen. Angesichts dieser Ausführungen bestehen beim Gericht keine Zweifel, dass dem Bf die Handhabung des Geräts und die Funktionsweise nicht ausreichend dargelegt wurden. Trotz ausführlicher Belehrung kam es zu wenig bzw stoßweiser Einblasung oder zum Ansaugen am Teströhrchen (vgl Abschluss-Bericht Verkehrsunfall), sodass kein Ergebnis zustande kam und ist es den Zeugen zuzumuten zu beurteilen, wieso bei der Untersuchung kein brauchbares Ergebnis zu Stande gekommen ist (sh zB VwGH 05.09.2017, Ra 2017/02/0096).
Der Bf moniert den Abbruch der Amtshandlung bzw der Alkomatmessung nach dem neunten Alkomattest um 21.15 Uhr mit dem Ergebnis „Mundrestalkohol“, zumal dies nicht im Bereich des Bf gelegen gewesen sei und der Alkomattest zu wiederholen gewesen sei. Im Übrigen sei auch davor bei den Ergebnissen „Mundrestalkohol“ nicht entsprechend der Bedienungsanleitung (zum Ergebnis „Mundrestalkohol“) und Zulassungsbestimmung vorgegangen worden. Fest steht dazu jedoch, dass es sich dabei um die letzten drei Blasversuche von insgesamt neun handelte, bei welchen zweimal aufgrund von Mundrestalkohol kein Ergebnis zustande kam, und ohnehin davor bereits sechs Blasversuche erfolgten, aus

welchen unbestritten keine zwei gültigen Messergebnisse erbracht wurden. Dass dem Bf so oft die Möglichkeit eingeräumt wurde, Messversuche zu tätigen ist eher nur auf den Umstand der persönlichen Bekanntheit aus dem Zusammenleben und der Zusammenarbeit zurückzuführen.

Der Umstand, dass der Bf Alkoholisierungsmerkmale aufwies, ergibt sich aus den schlüssigen und nachvollziehbar geschilderten Ausführungen der Zeugen, zumal diese den Bf persönlich kannten und dies sowohl in nüchterner als auch betrunkener Verfassung, sodass diesen ein Bemerken von Alkoholisierungs-symptomen einwandfrei zugemutet werden kann. Zudem führte der Bf selbst aus, nicht gewusst zu haben, wie hoch sein Alkoholisierungsgrad war.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1.2. Gemäß § 99 Abs 1 lit b Straßenverkehrsordnung 1960 (StVO), BGBl 159/1960 idF BGBl I 154/2021, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von 1600 Euro bis 5900 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe von zwei bis sechs Wochen, zu bestrafen, wer sich bei Vorliegen der in § 5 bezeichneten Voraussetzungen weigert, seine Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen oder sich vorführen zu lassen, oder sich bei Vorliegen der bezeichneten Voraussetzungen nicht der ärztlichen Untersuchung unterzieht.

Gemäß § 5 Abs 2 StVO sind Organe des amtsärztlichen Dienstes oder besonders geschulte und – soweit es sich nicht um Organe der Bundespolizei handelt – von der Behörde hierzu ermächtigte Organe der Straßenaufsicht berechtigt, jederzeit die Atemluft von Personen, die ein Fahrzeug lenken, in Betrieb nehmen oder zu lenken oder in Betrieb zu nehmen versuchen, auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Sie sind außerdem berechtigt, die Atemluft von Personen,

1. die verdächtig sind, in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand ein Fahrzeug gelenkt zu haben, oder
2. bei denen der Verdacht besteht, dass ihr Verhalten am Unfallsort mit einem Verkehrsunfall in ursächlichem Zusammenhang steht,

auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Wer zu einer Untersuchung der Atemluft aufgefordert wird, hat sich dieser zu unterziehen.

III.2.1. Fest steht, dass der Bf das angeführte Fahrzeug am angeführten Ort zur angeführten Zeit gelenkt hat und damit von der Straße abkam. Beim Bf waren deutliche Alkoholisierungsmerkmale erkennbar.

Der Bf war daher gegenständlich gemäß § 5 Abs 2 Z 1 StVO verpflichtet, sich der Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt zu unterziehen, zumal der Verdacht bestand, dass er das Fahrzeug in einem durch Alkohol beeinträchtigen Zustand gelenkt hat.

Zudem bestand unabhängig davon auch die Verpflichtung gemäß § 5 Abs 2 Z 2 StVO zum Alkomattest, weil der Verdacht bestand, dass er an einem Verkehrsunfall ursächlich beteiligt war. Für diesen Fall ist ein verdachtsloser Alkotest auch erst einige Zeit später und an einer anderen Stelle als am Unfallort vorgesehen.

Die Aufforderung durch die Zeugen im PEK erfolgte somit zu Recht und hatte der Bf sich der Atemluftuntersuchung zu unterziehen.

III.2.2. Eine Verweigerung der Atemluftuntersuchung ist dann gegeben, wenn mehrere Versuche zu keiner gültigen Messung geführt haben und das Zustandekommen eines entsprechenden Messergebnisses durch das Verhalten des Bf verhindert wurde. Der Alkomattest wird auch bei einem grundsätzlichen Einverständnis dadurch verweigert, dass das Zustandekommen des Tests durch entsprechende Handlungen faktisch verhindert wird (vgl für viele VwGH 24.10.2019, Ra 2019/02/0190 mwN). Eine Untersuchung ist erst dann abgeschlossen, wenn zwei gültige Messergebnisse vorliegen (vgl zB VwGH 28.07.2010, 2009/02/0379). Bereits bei der erstmaligen Weigerung, den Alkotest vorzunehmen, ist die Übertretung des § 5 Abs 2 StVO vollendet; der Betroffene hat keinen Anspruch darauf, so lange aufgefordert zu werden, bis ein gültiges Ergebnis zustande kommt (sh zB VwGH 24.10.2008, 2008/02/0187).

Wie festgestellt wurde, kam trotz neun Versuchen nur ein gültiges Messergebnis zustande. Auch wenn der Bf ein Bemühen an den Tag legte und äußerte, dass er ja ein gültiges Messergebnis zustande bringen möchte, kamen schlussendlich solche zwei Messergebnisse nicht zustande.

Zu den Vorbringen des Bf, wonach es aufgrund des Umstands der „Zweiten Messung“ ohnehin nicht zu einem gültigen Messpaar mehr gekommen wäre ist zwar auf die Rsp des Verwaltungsgerichtshofs zu verweisen (zB VwGH 28.07.2010, 2009/02/0379; 24.02.2012, 2011/02/0102), der Bf vermag dadurch aber keine Relevanz aufzuzeigen, zumal das Messergebnis nach dem gültigen Messergebnis wieder ungültig war (sh oben: 21.08 Uhr – zu kleines Blasvolumen). Fallbezogen stellt sich die Frage der unmittelbar aufeinanderfolgenden gültigen Messergebnisse ungeachtet des Starts einer „neuen Messung“ nicht.

Zumal jedenfalls nach dem zweiten misslungenen Testversuch ohne Hinweis auf medizinische Gründe für die Unmöglichkeit der Alkomattestung der Tatbestand der Verweigerung verwirklicht war, brauchte auf die vom Bf monierte Nichteinhaltung der Bedienungsanleitung und Zulassungsbestimmung im Hinblick auf die letzten beiden von neun Messversuchen mangels Relevanz nicht eingegangen werden. Dies umso mehr, als der Bf ohnehin nach den ersten beiden Versuchen insgesamt noch weitere vier Messversuche durchführen konnte bis zum ersten Ergebnis „Mundrestalkohol“. Zum Messergebnis um 21.14 Uhr vermochte der Bf die

Relevanz der Nichteinhaltung der Bedienungsanleitung und Zulassungsbestimmungen im Hinblick auf die geforderte Wartefrist von 15 Minuten fallbezogen nicht aufzuzeigen, da es sich um einen ungültigen Versuch aufgrund zu kleinem Blasvolumens handelte und damit um einen in der Sphäre des Bf liegenden misslungenen Messversuch, womit eben gerade kein Messergebnis zustande kam. Es erübrigt sich daher auch ein Eingehen auf die Frage der Einhaltung bzw Nichteinhaltung der Bedienungsanleitung und Zulassungsbestimmung im Zusammenhang mit dem Vorwurf des Abbruchs der Amtshandlung, da dem Bf ausreichend Blasversuche zur Verfügung standen – insbesondere in Verbindung mit dem gültigen Messergebnis – um ein gültiges Messergebnis zu erzielen (VwGH 04.02.1994, 94/02/0033) und somit keine Rechtswidrigkeit darin erkannt werden konnte, dass die Amtshandlung an dieser Stelle beendet wurde (sh dazu wie bereits oben: Es ist den Zeugen zuzumuten zu beurteilen, wieso bei der Untersuchung kein brauchbares Ergebnis zu Stande gekommen ist; sh zB VwGH 05.09.2017, Ra 2017/02/0096).

II.2.3. Ferner hat der zur Untersuchung Aufgeforderte umgehend (bei diesem Anlass) auf die Unmöglichkeit der Ablegung einer Atemalkoholuntersuchung mittels Alkomat aus medizinischen Gründen (sofern dies nicht für Dritte sofort klar erkennbar ist) hinzuweisen, sodass die Organe der Straßenaufsicht in die Lage versetzt werden, das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 5 Abs 5 Z 2 StVO zu prüfen. Zu Grunde liegt dieser Verpflichtung anlässlich der Untersuchung der Atemluft im Falle einer für Dritte nicht sofort klar erkennbaren Unmöglichkeit der Ablegung eines Alkomattests, dass ansonsten der Behörde die vom Gesetz eingeräumte Möglichkeit zur Feststellung des Grades der Beeinträchtigung durch Alkohol mittels einer Untersuchung nach § 5 Abs 4a und Abs 5 StVO genommen würde (wie oben VwGH 24.10.2019, Ra 2019/02/0190).

Zumal ein Messversuch gelungen ist (0,84 mg/l) und der Bf nicht darauf hingewiesen hat, dass ihm die Durchführung des Alkomattests aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich ist, ist das Nichtzustandekommen eines Messergebnisses dem Bf zuzurechnen. Der Bf wies Verletzungen im Gesicht und an den Händen auf, bezeichnete diese jedoch selbst als leichte Verletzungen, was sich auch aus dem Erstbericht des PEK entnehmen lässt; diese ließen nachvollziehbar nicht darauf schließen, dass die Durchführung der Atemalkoholuntersuchung nicht möglich ist.

III.2.4. Der Bf hat somit den objektiven Tatbestand des § 5 Abs 1 StVO iVm § 99 Abs 1 lit b StVO verwirklicht.

III.2.5. Der Vollständigkeit halber wird (wie im Verfahren LVwG-652467 moniert) festgehalten, dass auf die fehlende Aufforderung zur Blutuntersuchung nicht näher eingegangen werden brauchte. Eine Blutuntersuchung ist für die Behörde dann von Bedeutung, wenn sie den Grad der Beeinträchtigung durch Alkohol nicht feststellen kann und der Alkomattest aus näheren Gründen nicht möglich ist, nicht jedoch,

wenn der Bf die Untersuchung verweigert (sh wie oben VwGH 24.10.2019, Ra 2019/02/0190).

III.3. Gemäß § 5 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (Ungehorsamsdelikt). Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (zB VwGH 27.06.2017, Ra 2014/05/0050; 01.10.1997, 96/09/0007; vgl *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrensrecht[6] [2018] Rz 691 mwN). Solange der Täter bei einem ihm vorgeworfenen Ungehorsamsdelikt nicht glaubhaft gemacht hat, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich gewesen ist, hat das Verwaltungsgericht anzunehmen, dass der Verstoß bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können (vgl zB VwGH 16.09.2020, Ra 2019/09/0143).

Umstände, welche das Verschulden des Bf ausschließen würden, sind im Verfahren nicht hervorgekommen. Der Bf hat nichts dargetan, weshalb ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich gewesen sei und hat er die Tat daher auch in subjektiver Hinsicht zu verantworten.

III.4.1. Gemäß § 38 VwGVG iVm § 19 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.
Laut stRsp des Verwaltungsgerichtshofs handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung der Entscheidung so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

III.4.2. Alkohol und Drogendelikte im Straßenverkehr zählen zu den schwersten und gröbsten Verstößen gegen die Verkehrssicherheit und sind daher als besonders verwerflich und gefährlich zu qualifizieren, sodass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes im Zusammenhang mit der Begehung von Alkohol- und Suchtgiftdelikten im Straßenverkehr als besonders hoch einzustufen ist.

Die bB hat vorliegend die gesetzliche Mindeststrafe verhängt, sodass auf weitere Strafzumessungsgründe nicht eingegangen werden muss.

III.5. Im Ergebnis war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

III.6. Gemäß § 52 Abs 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens auszusprechen hat. Abs 2 leg.cit. normiert, dass dieser Beitrag mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit zehn Euro, zu bemessen ist.

Es sind dem Bf daher 320 Euro Verfahrenskostenbeitrag vorzuschreiben.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, weil keine Rechtsfragen zu klären waren, denen grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung konnte auf die genannte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs gestützt werden. Wesentliche Grundlage für die vorliegende Entscheidung ist die auf den konkreten Einzelfall vorgenommene Beweiswürdigung des Gerichtes, die nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs in der Regel nicht revisibel ist (sh zB VwGH 26.02.2014, Ro 2014/02/0039; 29.11.2017, Ra 2015/04/0014 mwN).

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je

240 Euro zu entrichten, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Buchinger