

TE UVS Tirol 2004/03/02 2003/23/230- 6

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 02.03.2004

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch sein Mitglied Mag. Albin Larcher über die Berufung des Herrn H. S., XY-Straße 44, I., vertreten durch RA Dr. M. K., I. 41, I., gegen das Straferkenntnis der Bundespolizeidirektion Innsbruck vom 06.11.2003, ZI S-18.319/03, nach öffentlicher mündlicher Verhandlung wie folgt:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG iVm den §§ 24, 51, 51c und 51e VStG wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Der Spruch des angefochtene Straferkenntnisses wird insoweit präzisiert, als dem Berufungswerber eine Übertretung nach § 5 Abs 2 StVO vorgeworfen wird und die Strafnorm§ 99 Abs 1 lit b StVO zu lauten hat.

Gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG hat der Berufungswerber einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahren in der Höhe von 20 Prozent der verhängten Strafe, das sind Euro 240,00, zu bezahlen.

Text

Mit dem nunmehr angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Berufungswerber vorgeworfen, er habe

- 1) am 21.09.2003 um 01.30 Uhr in Innsbruck, Olympiastraße-Grassmayrstraße 2, den Pkw I-XY gelenkt, somit auf Straßen mit öffentlichen Verkehr verwendet, obwohl am Fahrzeug links vorne ein Sommerreifen, Marke Semperit Top Speed, 175/70, und an den drei weiteren Reifen Winterreifen, Frigo Debrica, 175/70, montiert waren,
- 2) am 21.09.2003 in der Zeit von 01.55 Uhr bis 02.05. Uhr in Innsbruck, im Wachzimmer Neu Arzl, Schützenstraße 54, trotz Aufforderung durch ein ermächtigtes Straßenaufsichtsorgan den Alkotest verweigert, obwohl vermutet werden konnte, dass er beim Lenken des oa Fahrzeuges (siehe Punkt 1) durch Alkohol beeinträchtigt war.

Dadurch habe der Beschuldigte zu Punkt 1) eine Verwaltungsübertretung gemäß § 102 Abs 1 iVm§ 7 Abs 1 KFG iVm § 4 Abs 4 lit c KDV und zu Punkt 2) eine Verwaltungsübertretung gemäß § 99 Abs 1 lit b StVO begangen und wurde über ihn zu Punkt 1) gemäß § 134 Abs 1 KFG eine Geldstrafe in der Höhe von Euro 50,00 (Ersatzfreiheitsstrafe 1 Tag) und zu Punkt 2) gemäß § 99 Abs 1 lit b StVO eine Geldstrafe in der Höhe von Euro 1.200,00 (Ersatzfreiheitsstrafe 24 Tage) unter gleichzeitiger Festsetzung der Verfahrenskosten verhängt.

Gegen dieses Straferkenntnis wurde fristgerecht Berufung erhoben. Der Berufungswerber verweist vorab darauf, dass das Straferkenntnis nur bezüglich des Spruchpunktes 2) bekämpft wird.

In der Berufung wird zur Mängelhaftigkeit des Spruchpunktes 2) des angefochtenen Straferkenntnis ausgeführt, dass der Spruch nicht mit allen rechtserheblichen Merkmalen gemäß § 44 a VStG konkretisiert sei.

Zum Vorwurf der Verweigerung des Alkotestes gibt der Berufungswerber an, dass ihm die Lenkerberechtigung für die Klasse B durch den Bescheid der Bundespolizeidirektion Innsbruck vom 30.10.2003, VA-F-387/2003, für vier Monate, gerechnet ab der vorläufigen Abnahme des Führerscheines, entzogen worden sei und dass als weitere begleitende Maßnahme ein Einstellungs- und Verhaltenstraining angeordnet worden sie. Weiters sei dem Bescheid die aufschiebende Wirkung aberkannt worden. Gegen diesen Bescheid sei fristgerecht Berufung erhoben worden, wobei der Inhalt der Berufung vollinhaltlich zum Vorbringen gegen das gegenständliche Straferkenntnis erhoben werde. Darin führt der Berufungswerber aus, dass er zum Zeitpunkt der Anhaltung fahrtauglich gewesen sei. Vor der Anhaltung sei der Berufungswerber von seinem Freund und späteren Beifahrer K. W. telefonisch zu Hause mit der Bitte kontaktiert worden, diesen von einer Party abzuholen und nach Hause zu bringen. Nach der erfolgten Anhaltung durch die Polizeibeamten hätten diese den Führerschein und die Zulassungspapiere des Berufungswerbers kontrolliert. Von den Beamten sei dann die Vermutung angestellt worden, dass sich der Berufungswerber in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand befinden würde, da er gerötete Augen habe. Daraufhin habe der Berufungswerber den Beamten erklärt, dass er Kontaktlinsenträger sei und diese bereits seit mehr als 20 Stunden trage. Die Kontrolle sei fortgesetzt worden und schließlich sei bemängelt worden, dass der Berufungswerber auf seinem Auto zwei Sommerreifen und zwei Winterreifen montiert hätte. Der Berufungswerber erklärte, dass er einen Unfall gehabt und bereits einen Termin in der Werkstatt habe. In der Folge hätten die Polizeibeamten den Berufungswerber aufgefordert, bis zu seiner Wohnung vorauszufahren. Bei der Wohnung angekommen hätten die Beamten dann die Kennzeichen abmontiert, da außerdem noch ein Rad eiern würde. Der Berufungswerber sei durch einen Beamten aufgefordert worden, einen Alkoholtest zu machen. Der Berufungswerber habe bestritten, Alkohol getrunken zu haben, habe sich aber mit der Durchführung eines Alkoholtestes einverstanden erklärt. Im Wachzimmer Neu Arzl angekommen, habe sich der Berufungswerber einem Alkoholtest unterzogen. Nach erfolglosem erstem Testversuch habe der Berufungswerber darauf hingewiesen, dass infolge eines Zahnersatzes das Mundstück nicht ordnungsgemäß passe und er dadurch nicht ?blasen? könne. Daraufhin habe der Berufungswerber den Zahnersatz herausnehmen wollen, was vom Polizisten mit der Dienstnummer XY ausdrücklich verboten worden sei und dieser nur sagte er solle weiter blasen. Nach dem zweiten erfolglosen Blasversuch habe der Berufungswerber die Messung seines Blutalkohols durch eine Blutabnahme und die Hinzuziehung des Amtsarztes gefordert. Dies habe der Beamte dann auch zugesichert, verlangte aber weitere Blasversuche. Beim zweiten, dritten, vierten und letzten Versuch sei dem Berufungswerber das Mundstück immer wieder herausgezogen worden. Keines der Messergebnisse sei dem Berufungswerber vorgelegt worden. Sodann wurde der Berufungswerber aufgefordert zu warten, um eine Blutabnahme vornehmen zu lassen. Nach einiger Zeit des Wartens sei dem Berufungswerber mitgeteilt worden, dass eine Blutabnahme nicht mehr notwendig sei, da das letzte Messergebnis gezeigt habe, dass der Berufungswerber weder fahrtauglich noch eine die Grenzen des zulässigen übersteigenden Atemalkoholgehaltes aufweisen würde. Trotzdem sei dem Berufungswerber der Führerschein mit der Begründung abgenommen worden, dass es sich um einen Probeführerschein handeln würde, sodass kein die 0,0 Promille übersteigender Alkoholgehalt des Blutes bzw. ein die 0,0 mg/l übersteigender Alkoholgehalt der Atemluft zulässig wäre. Der Berufungswerber sei allerdings nicht im Besitz eines Probeführerscheines, sondern sei ihm der Führerschein am 05.05.2003 nach Verlust des alten Führerscheines neu ausgestellt worden. Im Vertrauen, dass eine Blutabnahme nicht mehr erforderlich sei, habe der Berufungswerber daraufhin das Wachzimmer verlassen. Der Berufungswerber habe weder unmittelbar vor noch zum Zeitpunkt seiner Anhaltung und auch während des Messvorganges keine Auffälligkeiten aufgewiesen, die eine Annahme gerechtfertigt hätten, dass der Berufungswerber sich in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand befände. Der Verwaltungsgerichtshof hätte mehrfach entschieden, dass es dem Probanden freistehe, eine Blutabnahme zu verlangen, wenn er Bedenken gegen das Ergebnis der Untersuchung (Alkomat) habe. Solche Bedenken habe der Berufungswerber gehegt, vor allem nicht nur wegen seines störenden

Zahnersatzes, sondern vielmehr auch wegen dem Umstand, dass ihm der Polizeibeamte ab dem zweiten Messvorgang ständig das Mundstück noch vor Beendigung des Ausatemvorganges aus dem Mund gezogen habe. Der Berufungswerber habe daher aufgrund seiner körperlichen Unmöglichkeit keinen Alkotest machen könne. Allein schon aus diesem Grund wäre nur eine Blutabnahme zur Messung des Alkoholgehaltes das einzige adäquate Mittel gewesen. Die Annahme der einschreitenden Beamten dahingehend, dass der Berufungswerber zum Zeitpunkt der Anhaltung alkoholisiert gewesen sei, erfolgte überdies willkürlich und unnachvollziehbar. Ungeachtet der fehlenden objektiven Anzeichen einer Alkoholisierung sei die Mutter des Berufungswerbers bis zum Zeitpunkt des Antrittes der Fahrt anwesend gewesen und könne die Mutter auch bestätigen, dass der Berufungswerber bis dahin keinen Alkohol konsumiert habe.

Die Daten des Alkomates, mit dem die Messungen vorgenommen worden seien, seien dem Berufungswerber nicht bekannt, da ihm auch keines der Messergebnisse zur Ansicht gelangt sei. Weiters sei der Berufungswerber weder vor noch während des Messvorganges nach Fremdstoffen befragt worden, weshalb der Berufungswerber davon ausgehe, dass dem die Messung durchführenden Polizisten die Gebrauchsanweisung des verwendeten Alkomaten nicht bekannt gewesen sei. Dieser Verdacht würde sich insoweit erhärten, da der Polizist dem Berufungswerber während des zweiten, dritten und vierten Messversuches jedes Mal das Mundstück vorzeitig herausgezogen habe und weil der Polizist dem Umstand, dass der Berufungswerber einen Zahnersatz gehabt habe, keine Beachtung gegeben habe. Nach ständiger Judikatur habe sich die Behörde bei der Messung streng an die jeweilige Betriebsanleitung des jeweiligen Messgerätes zu halten (vgl VwGH 2003/11/0131 ua). Aufgrund der augenscheinlich falschen Bedienung des Messgerätes durch den Beamten sei davon auszugehen, dass die Messvorgänge ungesetzlich und daher nichtig seien, und somit dem Berufungswerber kein Verweigerungstatbestand unterstellt werden könne. Weiters werde aufgrund der Unkenntnis des verwendeten Gerätes die Utauglichkeit, insbesondere wegen mangelnder gesetzeskonformer Eichung sowie mangelnder Entsprechung der gesetzlich vorgesehenen Echanweisungen, des Gerätes eingewendet.

Aufgrund dieser Ausführungen sei die Abnahme des Führerscheins im Sinne des § 24 iVm§ 7 FSG zu Unrecht erfolgt, da der Berufungswerber zu jedem Zeitpunkt verkehrsuverlässig gewesen sei. In diesem Sinne stelle sich auch die nach § 24 Abs 3 FSG zusätzlich angeordnete begleitende Maßnahme als rechtswidrig dar. Der Berufungswerber sei nach seiner Anhaltung von den Polizisten ja noch selber aufgefordert worden, sein Fahrzeug zu sich nach Hause zu fahren. Er müsste daher aus Sicht der Beamten verkehrstauglich gewesen sein.

Zum Verschulden des Berufungswerber wird ausgeführt, dass der Berufungswerber bereits nach dem zweiten Messversuch die Messung des Blutalkohols durch eine Blutabnahme gefordert habe. In der Folge sei dies unterblieben, da der Berufungswerber die Mitteilung erhalten habe, dass eine Blutabnahme nicht mehr erforderlich sei, da das letzte Messergebnis des Berufungswerbers gezeigt habe, dass er weder fahruntauglich noch eine die Grenze des zulässigen übersteigenden Atemalkoholgehalt aufweisen würde. Dadurch sei der Berufungswerber seiner Möglichkeit beraubt worden, durch Erbringung eines Gegenbeweises ? keinen Alkohol zu sich genommen zu haben ? dass er nicht selbst eine Blutuntersuchung auf Alkohol durchführen habe lassen.

Im Hinblick auf den geschilderten Geschehensablaufes müsse davon ausgegangen werden, dass sich der Berufungswerber in einem Tatbildirrtum befunden habe. Dem Berufungswerber fehle auch der Vorsatz an der Verwirklichung der Weigerung der Vornahme einer Atemalkoholmessung.

Bezüglich der Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides führt der Berufungswerber weiter aus, dass er nie Gelegenheit zur Rechtfertigung erhalten habe. Die Behörde habe in Verkennung der Rechtslage fälschlicherweise ein Straferkenntnis gefällt, ohne dass sie ein Ermittelungsverfahren bei welchem der Berufungswerber auch gehört hätte werden müssen, geführt habe. Der Berufungswerber habe lediglich im Entziehungsverfahren Stellungnahme bezogen. Dadurch sei Art 6 EMRK verletzt worden und dem Berufungswerber sei die Möglichkeit eines fairen Verfahrens genommen worden.

Daher werde der Antrag gestellt, dass das Straferkenntnis zu Spruchpunkt 2) behoben und das Strafverfahren eingestellt werde, in eventu die Behebung und Zurückverweisung zur neuerlichen Entscheidung an die belangte Behörde.

Da der Berufungswerber ausdrücklich nur Spruchpunkt 2) des Straferkenntnisses bekämpft und bezüglich Spruchpunkt 1) zugibt, die in diesem Punkt vorgeworfene Verwaltungsübertretung begangen zu haben und dagegen kein Rechtsmittel ergreift, ist Spruchpunkt 1) des Straferkenntnis bereits in Rechtskraft erwachsen.

Diesem Strafverfahren liegt eine Anzeige der Bundespolizeidirektion Innsbruck, Wachzimmer Neu Arzl, vom 23.09.2003 zugrunde. In der Beilage zur Anzeige wird bezüglich der Beurteilung von Alkoholisierungssymptomen ausgeführt, dass ein deutlicher Geruch der Atemluft nach Alkohol beim Berufungswerber festgestellt werden konnte, weiters dass der Gang sicher, die Sprache verändert, die Bindegäute leicht gerötet und das Benehmen beherrscht gewesen ist. Angaben über den Alkoholgenuss gab der Berufungswerber keine an. Die Atemalkoholuntersuchung wurde mit dem Siemens Alkomat W02-282, am 17.04.2003 das letzte Mal überprüft, nächste Wartung in der KW 42/2003. Gemessen wurde in Innsbruck, Schützenstraße 54, Wachzimmer Neu Arzl durch den Beamten BezInsp K. P., Ermächtigung ausgestellt durch die Bundespolizeidirektion Innsbruck, Nr P-2124. Die Messung wurde verweigert. Auf der Rückseite der Beilage befindet sich ein Ausdruck des Alkomaten, auf dem die 1. Messung um 01.57 Uhr einen gemessenen Atemluftalkoholgehalt von 0,21mg/l ergeben hat. Die 2. Messung von 02.00 Uhr ergab keinen Atemluftalkoholgehalt und wurde durchgestrichen.

In der Folge erging eine Aufforderung zur Rechtfertigung vom 29.09.2003, die am 08.10.2003 durch Hinterlegung zugestellt wurde. Die Aufforderung blieb seitens des Berufungswerber ohne Reaktion. Daraufhin erging das gegenständliche Straferkenntnis.

Beweis wurde aufgenommen durch die Einvernahme des Berufungswerbers, BI K. P., RI S. W., W. S., sowie den erstinstanzlichen Akt, den Akt VA-F-387/03 sowie die Bedienungsanleitung Siemens Alcomat M52052-A15.

In der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 21.01.2004 wurde der Berufungswerber einvernommen. Im Zuge dieser Einvernahme gab der Berufungswerber ergänzend zu dem Vorbringen in der Berufung an, dass die Beamten im Zuge der Kontrolle mitgeteilt hätten, dass die Kennzeichen abmontiert würden und dass es da zwei Möglichkeiten gäbe: Abmontage an Ort und Stelle oder das Fahrzeug nach Hause bringen. Anlässlich der Kennzeichenabnahme sei er vom zweiten Beamten nochmals darauf angesprochen worden, dass er alkoholisiert sei. Vor dem Alkoholtest sei er nicht besonders belehrt worden. Es sei ihm gesagt worden, dass er in ein Röhrchen blasen solle und wenn es der Beamte sagt, solle er wieder aufhören. Zwischen den einzelnen Versuchen sei ihm nichts gesagt worden, außer dass er fester blasen solle. Er habe aber versucht so fest zu blasen wie er konnte. Mehr sei nicht gegangen, da er einen Zahnersatz im Bereich der Schneidezähne habe, und es sein könnte, dass ihn dieser beim Blasen behindert habe. Dies habe er dem Beamten auch nach dem ersten Versuch erklärt. Er habe zu ihm gesagt, dass ihn das nicht interessieren würde. Nach dem Alkoholtest habe er gesagt, dass er einen Bluttest wolle. Der Beamte habe ihm versichert, dass ein Arzt verständigt sei und kommen würde. Trotzdem sei er schließlich nach Hause geschickt worden und der Führerschein sei ihm an Ort und Stelle abgenommen worden. Die erste Anhaltung sei um halb eins erfolgt und dauerte ca 20 Minuten. Die Fahrt zum Parkplatz, wo ihm die Kennzeichen abgenommen worden seien dauerte wieder 20 bis 25 Minuten. Vor Antritt der Fahrt habe er nur Mineralwasser getrunken. Auf Vorhalt der Führerscheinabnahmebestätigung gab der Berufungswerber an, dass er diese sehr wohl gelesen habe. Er habe wiederholt, dass er eine Blutabnahme wolle.

In seinem Schreiben vom 09.02.2004 gibt der Berufungswerber durch seinen Rechtsvertreter weiters an, dass sich

nirgends entnehmen lasse, ob der verwendete Alkomat der Firma Siemens mit der Nummer W02-282 eichfähig sei. Weiters werde auf die Bedienungsanleitung des Gerätes der Firma Dräger mit der Gerätbezeichnung 7110 MKIII verwiesen, in der angeführt sei, dass die zweite Atemprobe frühestens nach dem Ablauf von zwei bis fünf Minuten abgegeben werden solle. Die Messungen im gegenständlichen Fall seien jedoch im Abstand von jeweils nur einer Minute erfolgt. Weiters habe BI K. P. bei dem Ergebnis der dritten Messung (0,21 mg/l) von einem positiven Alkomatentest gesprochen. Auch habe dieser Beamte angegeben, bei dem Berufungswerber seien bei der Durchführung der Amtshandlung Symptome einer Alkoholisierung festgestellt worden. Diese Amtshandlung sei allerdings bei der Olympiastrasse vollzogen worden. Äußerst fragwürdig sei daher, dass die Beamten dann dem Berufungswerber gestattet haben, bis in die Xy-Straße zu seiner Wohnung zu fahren. An dieser Angaben in der Meldung vom 21.09.2003 ändere auch die nachträglich geschriebene Anzeige vom 23.09.2003 nichts, nach der während der Abnahme der Kennzeichentafeln beim Berufungswerber Alkoholsymptome festgestellt worden seien.

In der öffentlichen Verhandlung vom 11.02.2004 wurden die Polizeibeamte BI K. P. und RI S. W., sowie die Mutter des Berufungswerbers W. S. als Zeugen einvernommen. BI K. P. gab anlässlich seiner Einvernahme an, dass er sich an jene Amtshandlung noch erinnern könne. Bei der Anhaltung im Bereich der Grassmayer-Kreuzung habe er beim Berufungswerber keinen Alkoholgeruch feststellen können. In der Folge habe der Berufungswerber ihn gebeten, ob er sein Fahrzeug noch zu Hause abstellen könne. Dies sei ihm zugesagt worden und er sei mit seinem Kollegen dem Berufungswerber hinterher gefahren. Der Kollege habe dann im Zuge der Abnahme der Kennzeichen in der Ausatemluft des Berufungswerbers Alkoholgeruch wahrgenommen. Daraufhin sei der Berufungswerber zum Alkomattest aufgefordert und ins Wachzimmer Neu Arzl gebracht worden. Vor der Durchführung sei er über die Vorgehensweise und Funktionsweise des Automaten belehrt worden. Nachdem der erste Versuch kein Ergebnis gebracht habe, habe er den Berufungswerber über die Folgen einer Verweigerung und über die Durchführung eines ordnungsgemäßen Alkomattestes erneut belehrt. Es sei ein zweiter Fehlversuch erfolgt, und die dritte Messung habe dann ein, wenn auch nicht verwertbares, Ergebnis gebracht. Zwei weitere Versuche seien erfolglos geblieben, worauf er dann die Amtshandlung abgebrochen habe. Nach dem zweiten Fehlversuch sei der Berufungswerber darüber informiert worden, dass, wenn er nicht blasen könne, man einen Amtsarzt hinzuziehen könnte. Dies sei laut dem Berufungswerber nicht nötig gewesen. Weiters stimme es, dass er dem Berufungswerber das Mundstück aus der Hand genommen habe. Dies sei allerdings notwendig, da man, wenn der Automat spült, das Mundstück abnehmen müsse. Am Display sei nach den Blasversuchen des Berufungswerbers am Display des Alkomaten TME für Time aufgeschienen. Das heiße, dass die Blaszeit zu kurz gewesen sei. Nach Beendigung der Amtshandlung habe der Berufungswerber eine Blutabnahme verlangt. Bei Verweigerung sei dies aber nicht vorgesehen und der Berufungswerber sei darauf hingewiesen worden, dass er auf seine Kosten sich in der Klinik Blut abnehmen lasse könne. Die zweite Messung, die auf der Rückseite der Beilage zur Anzeige sei deshalb durchgestrichen, weil diese Messung von ihm selber stamme. Dies sei notwendig gewesen, um den Alkomattest zu beenden. Dieser Teststreifen zeige nur die Versuche mit einem Ergebnis. Der Teststreifen im Akt VA-F-387/2003 hingegen zeige alle Versuche in chronologischer Reihenfolge zuerst die ungültigen und dann die gültigen. Der letzte gültige Versuch sei entfernt worden, weil dieser vom Zeugen stamme und nicht vom Berufungswerber. Weiters gab der Zeuge an, dass die Meldung sofort geschrieben werde, da bei einer Führerscheinabnahme Dokumente und Abnahmebestätigung an die Führerscheinentzugsstelle übermittelt werden müssen. Die Anzeige habe er erst später geschrieben. Anlässlich der Anhaltung bei der Grassmayer-Kreuzung sei er davon ausgegangen, dass es sich um einen Probeführerschein handle. Die Frage habe aber der Kollege gestellt, der dann auch während des Alkomattestes eine ZMR und eine Führerscheinregisteranfrage gemacht habe. Der Kollege habe nach dem dritten Versuch, der ein Ergebnis brachte, das Zimmer verlassen und habe diese Abfragen gemacht.

Der Zeuge RI S. W. gab im Wesentlichen an, dass er bei der Kontrolle im Bereich der Grassmayer-Kreuzung nicht an Ort und Stelle gewesen sei, sondern erst in der Xy-Straße. Bei der Kennzeichenabnahme habe er dann in der Ausatemluft des Berufungswerber einen Alkoholgeruch bemerkt. Daraufhin sei der Berufungswerber von ihm und von seinem Kollegen zum Alkoholtest aufgefordert worden. Er habe selber mit dem Berufungswerber nicht gesprochen, da dies die Amtshandlung des Kollegen gewesen sei. Bis zum ersten gültigen Ergebnis sei er beim Alkomattest dabei gewesen, danach habe er die Abfragen, Melderegister und Führerscheinregister, durchgeführt. Bei einem ungültigen Versuch

piepse der Automat und beginne gleich zum Drucken. Dies sei hier der Fall gewesen. An eine Bemerkung des Berufungswerber, dass er einen Zahnersatz habe und deshalb den Alkomattest nicht durchführen könne, könne er sich nicht erinnern. Das spätere Gespräch habe er inhaltlich nicht mehr mitbekommen. An die Amtshandlung könne er sich erinnern, da der Berufungswerber beim ersten Versuch ins Mundstück hineininhauchte und er sich gedacht habe, schon wieder ein Verweigerer. Da der dritte Versuch dann ein Ergebnis gebracht habe, sei er in das andere Zimmer gegangen.

Die Zeugin W. S. gab an, dass sie, bis der Sohn das Haus verlassen habe, mit ihm zusammen gewesen sei und dass sie keinen Alkohol getrunken hätten.

Weiters wurde die Bedienungsanleitung des Gerätes der Firma Siemens, Alcomat M52052-A15, an den Rechtsvertreter ausgehändigt mit der Möglichkeit um eine Stellungnahme.

In dieser Stellungnahme führt der Rechtsvertreter des Berufungswerbers aus, dass die Alkomatmessung unzureichend und falsch durchgeführt worden sei.

Auf die Einvernahme des Zeugen K. W. kann wegen geklärter Sachlage und da der Zeuge bei der Alkoholtestverweigerung nicht anwesend war, verzichtet werden.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht fest, dass der Berufungswerber am 21.09.2003 um ca 01.30 Uhr sein Fahrzeug im Bereich der Grassmayer-Kreuzung lenkte und durch den Beamten BI K. P. im Rahmen einer Schengenkontrolle angehalten wurde. Im Rahmen der Fahrzeugkontrolle wurde am betreffenden Fahrzeug eine Mischbereifung festgestellt, worauf die Kennzeichen abzunehmen waren. Bereits bei dieser Anhaltung wurde der Berufungswerber vom BI K. P. bezüglich seines Alkoholkonsums befragt. Der Berufungswerber verneinte einen Konsum. Daraufhin wurde dem Berufungswerber gestattet, noch bis zu seiner Wohnung in der Xy-Straße zu fahren. Die Beamten BI K. P. und RI S. W. folgten dem Berufungswerber. Im Zuge der Abnahme der Kennzeichen stellte RI S. W. beim Berufungswerber Alkoholgeruch in der Ausatemluft fest. Daraufhin forderte BI K. P. den Berufungswerber zu einem Alkoholtest im Wachzimmer Neu Arzl auf. Der Berufungswerber kam dieser Aufforderung nach. Nach Ablauf der erforderlichen Mindestwartezeit und der entsprechenden Belehrung über die Handhabung des Alkomattestes und Befragung bezüglich eines Sturz- oder Nachtrunkes wurde der Alkoholtest am geeichten Alkomaten durchgeführt. Die erste Messung um 01.55 Uhr ergab einen ungültigen Versuch. Daraufhin wurde der Berufungswerber bezüglich der Folgen einer Alkomattestverweigerung belehrt. Die zweite Messung um 01.56 Uhr war ebenfalls ein Fehlversuch, die dritte Messung um 01.57 Uhr brachte ein Messergebnis: 0,21 mg/l Atemluftalkoholgehalt. Die vierte Messung um 01.58 Uhr und die fünfte Messung um 01.59 Uhr waren wiederum Fehlversuche. Daraufhin wurde der Alkomattest von dem Beamten BI K. P. abgebrochen und die Amtshandlung für beendet erklärt. Der Berufungswerber war in der Lage gültige Messversuche zu erzielen und hat den Alkomattest verweigert. Der Alkomat war ein zulässiges und geeichtetes Gerät und wurde von BI K. P. korrekt bedient. In der Folge wurde dem Berufungswerber gemäß § 39 Abs 1 FSG der Führerschein abgenommen und über die Abnahme eine Bescheinigung gem

ä ß § 39 Abs 1 FSG an den Berufungswerber ausgehändigt. Die Abnahme der Führerscheins erfolgte aufgrund übermäßigem Alkoholgenusses.

Diese Feststellungen ergeben sich auf Grundlage des durchgeführten Beweisverfahrens. Die einvernommenen Polizeibeamten gaben beide übereinstimmend an, dass der Berufungswerber bei der Kennzeichendemontage in der XY-Straße einen Alkoholgeruch in der Ausatemluft hatte und somit Alkoholisierungssymptome zeigte. Dass der Berufungswerber zu einem Alkoholtest aufgefordert wurde, sagen sowohl die beiden Beamten als auch der Berufungswerber selber aus. Der Berufungswerber kam der Aufforderung auch nach. Die Alkomatmessergebnisse sind durch die im Akt VA-F-387/03 und im erstinstanzlichen Akt befindliche Messprotokolle dokumentiert. Beide

Beamten gab ein übereinstimmend an, dass der Berufungswerber nichts von einem Zahnersatz erwähnte. Außerdem ist aufgrund des Ergebnisses des dritten Messversuches klar, dass der Berufungswerber körperlich in der Lage war, gültige Messergebnisse zu erzielen. Das Gerät ist geeicht und der Beamte entsprechend geschult. In der bereits oben erwähnten Bedienungsanleitung zum Gerät der Marke Siemens wird zur Mindestzeit, die mit TME auf dem Display angezeigt wird, ausgeführt, dass der Blasvorgang über eine Mindestzeit von 3 Sekunden erfolgen soll. Da der Strömungswiderstand des Alcomaten sehr gering ist, genügt ein möglichst gleichmäßiger, wenn auch verstärkter ? Ausatemvorgang?. Stotteratmung, plötzliches, willkürliche Vermindern des Atemstromes, sowie vorzeitiger Abbruch bewirken die Anzeige TME und einen entsprechenden Protokollausdruck. Während der Versuche ist es notwendig, zum Spülen des Automaten das Mundstück abzunehmen. Dies hat der Beamte auch getan, wie er selber angibt. Die Messversuche wurden laut Aussage des BI K. P. von ihm nicht abgebrochen. Allerdings erfolgt bei einer Stotteratmung oder plötzlichem, willkürlichen Vermindern des Atemstromes ein automatischer Abbruch. Weiter wird die Aussage der Beamten durch die Bedienungsanleitung bestätigt, da in dieser steht, dass eventuelle Fehlproben sofort ausgedruckt werden. Im Gesamten konnte keine ordnungswidrige Bedienung des Alkomaten

durch den Beamten BI K. P. aufgezeigt werden. Verwirrend, aber für die Verweigerung des Berufungswerber ohne Bedeutung, ist, dass der Beamte zum Abschließen des Alkomattestes selbst in den Alkomaten geblasen und das Messergebnis dann abgerissen hat. Die Aussage der Mutter des Berufungswerber bezüglich des Alkoholgenusses ist bei vorliegendem Sachverhalt unerheblich, da es um die Alkoholverweigerung und nicht um den Konsum geht. Die Zeugen BI K. P. und RI S. W. hinterließen einen glaubwürdigen Eindruck und ergaben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass eine Falschaussage abgelegt wurde. Bezuglich des Zahnersatzes wird eine Erwähnung von den Beamten dezidiert ausgeschlossen. Das Messergebnis zeigt, dass der Berufungswerber in der Lage war, gültige Messungen abzugeben. Es erscheint unglaublich, dass er nur bei einer Messung in der Lage dazu gewesen ist. Weiters wurde dem Berufungswerber der Führerschein abgenommen und er erhielt eine Abnahmebestätigung auf der eindeutig angekreuzt war, dass die Abnahme in Folge übermäßigen Alkoholkonsums erfolgte. Der Berufungswerber muss daher sehr wohl gewusst haben, dass ihm der Führerschein wegen Alkohol entzogen wurde, und hätte er diesbezüglich die Möglichkeit einer Blutabnahme auf eigene Kosten gehabt. Bei einer Verweigerung des Alkomattestes hat der jeweilige Proband kein Recht mehr auf eine Blutabnahme. Er kann diese jedoch wie oben ausgeführt auf eigene Kosten durchführen lassen.

Im Bezug auf die aufgeworfene Rechtswidrigkeit des Bescheides ist anzuführen, dass der Berufungswerber sehr wohl die Möglichkeit einer Rechtfertigung erhalten hat. Das entsprechende Schriftstück vom 29.09.2003 wurde durch Hinterlegung am 08.10.2003 zugestellt.

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich Folgendes:

Gemäß § 5 Abs 1 StVO darf weder ein Fahrzeug lenken noch in Betrieb nehmen, wer sich in einem durch Alkohol oder Suchtgifte beeinträchtigten Zustand befindet. Bei einem Alkoholgehalt des Blutes von 0,8 g/l (0,8 Promille) oder darüber oder bei einem Alkoholgehalt der Atemluft von 0,4 mg/l oder darüber gilt der Zustand einer Person jedenfalls als von Alkohol beeinträchtigt.

Gemäß § 5 Abs 2 sind Organe des amtsärztlichen Dienstes oder besonders geschulte und von der Behörde hiezu 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, die verdächtig sind, in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand

1.

ein Fahrzeug gelenkt zu haben oder

2.

als Fußgänger einen Verkehrsunfall verursacht zu haben, auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Wer zu einer Untersuchung der Atemluft aufgefordert wird, hat sich dieser zu unterziehen.

Gemäß § 5 Abs 3 StVO ist die Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt mit einem Gerät vorzunehmen, das den Alkoholgehalt der Atemluft misst und entsprechend anzeigt (Alkomat).

Nach § 5 Abs 4 StVO sind die Organe der Straßenaufsicht berechtigt, Personen, deren Atemluft auf Alkoholgehalt untersucht werden soll (Abs 2) zum Zweck der Feststellung des Atemalkoholgehaltes zur nächstgelegenen Dienststelle, bei der sich ein Atemalkoholmessgerät befindet, zu bringen, sofern vermutet werden kann, dass sie sich in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand befinden oder zur Zeit des Lenkens befunden haben.

Gemäß § 99 Abs 1 StVO begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von Euro 1.162,00 bis Euro 5.813,00, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Arrest von zwei bis sechs Wochen, zu bestrafen,

- a) wer ein Fahrzeug lenkt oder in Betrieb nimmt, obwohl der Alkoholgehalt seines Blutes 1,6 g/l (1,6 Promille) oder mehr oder der Alkoholgehalt seiner Atemluft 0,8 mg/l oder mehr beträgt,
- b) 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,
- c) (Verfassungsbestimmung) wer sich bei Vorliegen der im § 5 bezeichneten Voraussetzungen weigert, sich Blut abnehmen zu lassen.

Im vorliegenden Fall steht zweifelsfrei fest, dass der Berufungswerber bewusst bei der Durchführung des Alkomattestes Fehlversuche herbeigeführt und dadurch den Alkomattest verweigert hat.

Gemäß § 66 Abs 4 AVG in Verbindung mit § 24 VStG hat die Berufungsbehörde, sofern die Berufung nicht als unzulässig oder verspätet zurückzuweisen ist, immer in der Sache selbst zu entscheiden. Sie ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung (§ 60) ihre Anschauung an die Stelle jener der Unterbehörde zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid (unter Bedachtnahme auf das im Verwaltungsstrafverfahren geltende Verbot der reformatio in peius) nach jeder Richtung abzuändern. "Sache" im Sinne dieser Gesetzesstelle ist immer die Angelegenheit, die den Inhalt des Spruches des Bescheides der Unterbehörde gebildet hat. Dies bedeutet für den Bereich des Verwaltungsstrafverfahrens, dass die Berufungsbehörde trotz ihrer Berechtigung, den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern, doch auf die Ahndung der dem Beschuldigten im Strafverfahren erster Instanz zur Last gelegten Tat beschränkt bleibt, sodass sie ihn nicht für eine Tat schuldig sprechen darf, die ihm im Verfahren vor der ersten Instanz gar nicht zur Last gelegt worden ist.

Hingegen ist es grundsätzlich nicht rechtswidrig, wenn die Berufungsbehörde das Verhalten des Beschuldigten einem anderen Tatbestand (Tatbild) unterstellt als die Behörde erster Instanz, sofern es sich um ein und dasselbe Verhalten des Täters handelt, also Identität der Tat vorliegt (vgl zB das Erkenntnis des VwGH vom 27.02.1995, ZI 90/10/0092, und die dort zitierte Vorjudikatur). In diesem Rahmen ist die Berufungsbehörde auch zu sonstigen Modifikationen und Präzisierungen des Spruches der Behörde erster Instanz berechtigt.

Nach § 19 Abs 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

Nach § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren 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-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

In Bezug auf die Strafhöhe ist auszuführen, dass der Unrechtsgehalt der angelasteten Tat als erheblich anzusehen ist. Der Berufungswerber hat dem Interesse an der Vermeidung von Gefahren, welche vom alkoholbeinträchtigten Lenkern ausgehen, in erheblicher Weise zuwidergehandelt. Nur durch die Durchführung eines Alkomattestes kann eine solche Alkoholbeinträchtigung festgestellt werden. Der Berufungswerber hat zumindest fahrlässig gehandelt. Mildern und erschwerend war nichts.

Hinsichtlich der Strafbemessung ist darauf hinzuweisen, dass gemäß§ 99 Abs 1 lit b StVO eine Geldstrafe von Euro 1.162,00 bis zu Euro 5.813,00 ausgesprochen werden kann. Unter Berücksichtigung der vom Berufungswerber bekannt gegebenen Einkommens- und Vermögensverhältnissen ist die am untersten Rand des Strafrahmen verhängte Geldstrafe durchaus tat- und schuldangemessen.

Schlagworte

zweiter, Fehlversuch, Zahnersatz

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at