

# TE Vwgh Beschluss 2023/1/18 Ra 2022/02/0231

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 18.01.2023

## **Index**

Auswertung in Arbeit!

## **Norm**

Auswertung in Arbeit!

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Mag. Dr. Köller und den Hofrat Mag. Straßegger sowie die Hofrätin Dr. Koprivnikar als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Dr. Hotz, über die Revision der B in S, vertreten durch Dr. Johann Postlmayr, Rechtsanwalt in 5230 Mattighofen, Stadtplatz 6, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Salzburg vom 20. Oktober 2022, 405-4/5036/1/6-2022, betreffend Übertretung der StVO (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft St. Johann im Pongau), den Beschluss gefasst:

## **Spruch**

Die Revision wird zurückgewiesen.

## **Begründung**

1        1. Mit Spruchpunkt 1. des Straferkenntnisses der belangten Behörde vom 12. August 2022 wurde der Revisionswerberin zur Last gelegt, sie habe sich am 4. Mai 2022 „gegen“ 13:30 Uhr an einem näher umschriebenen Ort nach Aufforderung durch ein besonders geschultes Organ der Bundespolizei geweigert, ihre Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, wobei habe vermutet werden können, dass sie zum angeführten Zeitpunkt am angeführten Ort das angeführte Fahrzeug in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt habe. Die Revisionswerberin habe dadurch § 99 Abs. 1 lit. b iVm. § 5 Abs. 2 StVO verletzt, weshalb über sie gemäß § 99 Abs. 1 lit. b StVO eine Geldstrafe in Höhe von € 1.800,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 15 Tage und 7 Stunden) verhängt sowie ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens festgesetzt wurde.

2        2. Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Landesverwaltungsgericht Salzburg (Verwaltungsgericht) die von der Revisionswerberin gegen Spruchpunkt 1. des Straferkenntnisses erhobene Beschwerde nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung als unbegründet ab, setzte einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens fest und erklärte eine ordentliche Revision für nicht zulässig.

3        Begründend führte das Verwaltungsgericht - soweit für die Revision von Bedeutung - aus, die Revisionswerberin habe am 4. Mai 2022 gegen 13:00 Uhr einen dem Kennzeichen nach umschriebenen PKW gelenkt und sei im Zuge einer Straßenverkehrskontrolle angehalten worden. Bei dieser habe der die Amtshandlung leitende Polizeibeamte bei der desorientiert wirkenden Lenkerin deutliche Alkoholisierungsmerkmale wahrgenommen und die Revisionswerberin

zu einem Alkovortest aufgefordert. Nach einigen Versuchen am Vortestgerät, bei denen kein Testergebnis zustande gekommen sei, habe die Revisionswerberin auf eine Oberlippenoperation hingewiesen. Der Alkovortest habe nach rund 15 Versuchen kein Ergebnis gebracht, was nach Beurteilung des einschreitenden Polizeibeamten, der wahrgenommen habe, dass die Revisionswerberin das Blasrohr des Vortestgerätes gut umschlossen gehabt habe und keine Luft danebengegangen sei, lediglich an der zu kurzen Einblaszeit bzw. am zu geringen Einblasvolumen gelegen sei. Anschließend habe der Meldungsleger die Revisionswerberin ausdrücklich zum Alkomattest an dem im Streifenfahrzeug vor Ort befindlichen Alkomaten aufgefordert und ihr mitgeteilt, dass eine Blutabnahme im Krankenhaus durchgeführt werden würde, wenn auch dieser Test nicht funktioniere. Die Revisionswerberin habe geantwortet, dass sie nicht ins Krankenhaus wolle. Nach Belehrung hinsichtlich einer Verweigerung der Untersuchung der Atemluft auf den Alkoholgehalt mit dem Alkomaten und deren Folgen habe die Revisionswerberin ausdrücklich gesagt, dass sie den Alkomattest jetzt verweigere und später mit ihrem Lebensgefährten ins Krankenhaus fahren werde.

4 Der Revisionswerberin sei laut einem vorgelegten histologischen Befund vom 3. November 2021 ein „exulzeriertes solides Basaliom, im Gesunden entfernt“ worden. Nach eigenen Angaben habe die Revisionswerberin seit November 2021 ein Taubheitsgefühl und Nervenschmerzen in der Lippe, was sie jedoch nicht beim Sprechen behindere. Die Revisionswerberin habe bei der Amtshandlung nicht angegeben, dass sie Schmerzen gehabt habe, die Versuche am Vortestgerät aufgrund von Schmerzen abgebrochen habe oder eine Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt aus medizinischen Gründen nicht möglich sei. Sie habe lediglich allgemein auf eine Oberlippenoperation und auf leichte Schwierigkeiten durch die Lippenoperation hingewiesen.

5 Die Revisionswerberin habe zwar an den Alkovortests mitgewirkt, der Aufforderung des die Amtshandlung vornehmenden Polizeibeamten zum Alkomattest nach Belehrung über die Folgen einer Verweigerung jedoch keine Folge geleistet und den Alkomattest dezidiert und explizit verweigert. Mit der allgemeinen Erwähnung der Oberlippenoperation habe die Revisionswerberin anlässlich der Amtshandlung nicht ausdrücklich auf eine Unmöglichkeit einer Atemluftuntersuchung hingewiesen und sei für den einschreitenden Beamten jedenfalls nicht klar erkennbar gewesen, dass die Revisionswerberin aus medizinischen Gründen nicht in der Lage gewesen wäre, den Alkomattest durchzuführen. Aufgrund der ausdrücklichen Belehrung durch den Polizeibeamten über die rechtlichen Folgen einer Verweigerung sei der Revisionswerberin zumindest bedingter Vorsatz zur Last zu legen.

6 3. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.

7 Die Revision erweist sich als unzulässig:

8 4.1. Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

9 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen.

10 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.

11 4.2.1. Die Revision macht zur Begründung ihrer Zulässigkeit zunächst geltend, das Verwaltungsgericht sei entgegen näher zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes von einer strafbaren Alkotestverweigerung ausgegangen. Die Revisionswerberin habe bereits nach den erfolglosen Testversuchen am Alkovortestgerät auf körperlich-medizinische Gründe für das Nichtzustandekommen eines tauglichen Messergebnisses, nämlich ihre Oberlippenoperation, hingewiesen; dieser Defekt an der Oberlippe sei für den Meldungsleger offensichtlich gewesen. Der Meldungsleger hätte die Revisionswerberin somit anstatt zum Alkotest zum Mitkommen zur Durchführung der Blutabnahme durch einen ermächtigten Arzt zur Feststellung des Grades der Alkoholbeeinträchtigung auffordern müssen. Bei der Verpflichtung des Probanden, umgehend auf die medizinische Unmöglichkeit der Testdurchführung hinzuweisen, komme es auf das Bestehen von Schmerzen bzw. darauf, dass die Versuche am Vortestgerät aufgrund von Schmerzen abgebrochen worden seien, nicht an.

12 Zudem sei das angefochtene Erkenntnis mit (sekundären) Feststellungsmängeln behaftet. Das Verwaltungsgericht sei nicht auf das Vorbringen der Revisionswerberin zur Augenscheinlichkeit des Defektes an ihrer Oberlippe für den Meldungsleger, dazu, dass mit dem Alkomaten ein Messergebnis blastechnisch schwieriger zustande zu bringen sei als mit dem Vortestgerät, sowie zu dem von der Revisionswerberin vorgebrachten Taubheitsgefühl und den Nervenschmerzen an der operierten Oberlippe eingegangen und habe hierzu keine Feststellungen getroffen.

13 Eingangs ist festzuhalten, dass einem Organ der Straßenaufsicht grundsätzlich die einwandfreie Beurteilung der Frage, wieso bei der Atemluftuntersuchung kein brauchbares Ergebnis zustande gekommen ist, zugemutet werden kann (vgl. VwGH 9.5.2018, Ra 2018/02/0064; im Hinblick auf ein zu kleines Blasvolumen bzw. eine unkorrekte Atmung vgl. auch VwGH 27.2.2004, 2004/02/0028). Auch sind die einschreitenden Beamten nicht verpflichtet, den Beschuldigten darüber zu befragen, ob er zur Durchführung eines gültigen Alkomattests gesundheitlich in der Lage ist (vgl. VwGH 28.2.2001, 2000/03/0376, mwN).

14 Vielmehr hat derjenige, der gemäß § 5 Abs. 2 StVO zu einer Untersuchung der Atemluft aufgefordert wird, umgehend (das heißt bei diesem Anlass) auf die Unmöglichkeit der Ablegung einer Atemalkoholuntersuchung mittels Alkomat aus medizinischen Gründen hinzuweisen (sofern dies nicht für Dritte sofort klar erkennbar ist), sodass die Organe der Straßenaufsicht in die Lage versetzt werden, das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 5 Abs. 5 Z 2 StVO zu prüfen, bejahendenfalls von der Aufforderung zur Untersuchung der Atemluft Abstand zu nehmen und den Aufgeforderten zum Zwecke der Feststellung des Grades der Beeinträchtigung durch Alkohol zu einem in § 5 Abs. 5 StVO genannten Arzt zu bringen (vgl. VwGH 14.2.2022, Ra 2020/02/0056, mwN).

15 Dieser Hinweis des Probanden muss für das einschreitende Organ klar erkennbar sein (vgl. VwGH 18.5.2018, Ra 2018/02/0114, mwN). 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 (vgl. VwGH 28.7.2010, 2009/02/0356; 24.10.2019, Ra 2019/02/0190, jeweils mwN).

16 Entgegen dem Revisionsvorbringen ist nicht zu erkennen, dass das Verwaltungsgericht von der dargestellten Rechtsprechung abgewichen wäre und seiner Entscheidung eine unrichtige Rechtsansicht zugrunde legte:

17 Das Verwaltungsgericht stellte aufgrund der insofern übereinstimmenden Aussagen der Revisionswerberin und des einschreitenden Organs in der mündlichen Verhandlung fest, dass die Revisionswerberin im Rahmen der Amtshandlung keine Schmerzen oder andere medizinische Gründe geäußert habe, die einer Untersuchung der Atemluft auf ihren Alkoholgehalt mittels Alkomat entgegenstünden; sie habe im Zuge der Vortestungen gegenüber dem einschreitenden Organ lediglich allgemein auf ihre Oberlippoperation sowie auf leichte Schwierigkeiten infolge dieser Operation hingewiesen. Dass bei den Versuchen am Vortestgerät kein Ergebnis zustande kam, führte das Verwaltungsgericht - der Beurteilung des Meldungslegers folgend - auf eine zu kurze Einblaszeit bzw. ein zu geringes Einblasvolumen zurück. Gestützt auf dessen (insoweit unwidersprochene) Aussage ging das Verwaltungsgericht insbesondere davon aus, dass die Revisionswerberin jedenfalls in der Lage gewesen sei, das Blasrohr des Vortestgerätes gut zu umschließen, sodass keine Luft danebengegangen sei.

18 Da es der Revisionswerberin demnach jedenfalls möglich war, das Mundstück des Vortestgerätes trotz ihres Defektes an der Oberlippe vollständig zu umschließen und hinsichtlich Einblaszeit oder -volumen keine entgegenstehenden medizinischen Gründe vorgebracht wurden, war weder der bloße Verweis auf allfällige Schwierigkeiten bei der Vortestung bzw. den Oberlippendefekt noch dessen Augenscheinlichkeit geeignet, Zweifel an der Fähigkeit der Revisionswerberin, hinsichtlich Blasvolumen, Blaszeit oder Atmung so auszuatmen, dass der Alkomat ein korrektes Ergebnis anzeigt, hervorzurufen (vgl. hierzu auch VwGH 25.6.2008, 2006/02/0302; 25.9.2017, Ra 2017/02/0135). Somit war das einschreitende Organ nicht gehalten, von der Aufforderung zur Untersuchung der Atemluft Abstand zu nehmen, und von der Möglichkeit, nach § 5 Abs. 4a oder Abs. 5 StVO vorzugehen, Gebrauch zu machen (vgl. demgegenüber auch VwGH 9.5.2018, Ra 2018/02/0064, sowie VwGH 28.7.2010, 2009/02/0356, wonach sich bei Annahme eines eindeutigen, konkreten Hinweises auf die Unmöglichkeit der Ablegung einer Atemalkoholuntersuchung mittels Alkomat aus medizinischen Gründen die Bestrafung wegen Verweigerung der Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt als rechtswidrig erweist).

19 Der Revision gelingt es zudem auch nicht, die Relevanz der ins Treffen geführten Verfahrensmängel für den Verfahrensausgang darzutun (vgl. VwGH 8.11.2022, Ra 2022/02/0207, mwN): Vor dem Hintergrund der Ausführungen des Verwaltungsgerichtes wird weder mit dem Verweis auf die Augenscheinlichkeit des Oberlippendefektes noch mit dem bloßen Hinweis auf eine gegenüber einem Vortestgerät (allfällig) schwierigeren Bedienung eines Alkomaten, bei dem nach Aussage des einschreitenden Organs in der mündlichen Verhandlung „die Einblaszeit etwas länger“ sei, dargelegt, dass diesem die Unmöglichkeit der Revisionswerberin zur Ablegung einer Atemalkoholuntersuchung mittels Alkomat aus medizinischen Gründen klar erkennbar sein musste. Den von der Revision vermissten Feststellungen zu den Gefühlsstörungen sowie den Nervenschmerzen kommtt bereits deshalb keine entscheidungswesentliche Bedeutung zu, weil die Revisionswerberin trotz Kenntnis ihres Leidens dem einschreitenden Organ auch nach ihrem Vorbringen weder mitteilte, dass sie Schmerzen bzw. ein Taubheitsgefühl verspüre, noch, dass sie die Versuche am Vortestgerät infolgedessen abgebrochen habe (vgl. hierzu erneut VwGH 14.2.2022, Ra 2020/02/0056).

20 4.2.2. Des Weiteren wird in der Revision vorgebracht, das angefochtene Erkenntnis enthalte abweichend von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Begründung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen keine Beweiswürdigung.

21 Entgegen diesem Vorbringen finden sich nach Darlegung des Verfahrensganges und vor der rechtlichen Beurteilung unter der Überschrift „Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat hiezu in einer gemäß § 2 VwG VG durch einen Einzelrichter zu treffenden Entscheidung Folgendes festgestellt und erwogen:“ sowohl die vom Verwaltungsgericht getroffenen Feststellungen als auch die Gründe, die das Verwaltungsgericht dazu veranlasst haben, von diesen Sachverhaltselementen auszugehen.

22 4.2.3. Schließlich macht die Revision zur Begründung ihrer Zulässigkeit einen Verstoß gegen das Überraschungsverbot und das Recht auf rechtliches Gehör geltend, weil in der mündlichen Verhandlung der Verschuldensgrad nicht erörtert und die Revisionswerberin auch nicht darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass das Verwaltungsgericht beabsichtige, ihr eine vorsätzliche Tatbegehung zu Last zu legen.

23 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist unter dem Überraschungsverbot das Verbot zu verstehen, dass die Behörde bzw. das Verwaltungsgericht in die rechtliche Würdigung Sachverhaltselemente einbeziehen, die der Partei nicht bekannt waren. Auch hat der Verwaltungsgerichtshof wiederholt festgehalten, dass sich das zum Überraschungsverbot in Beziehung gesetzte Parteiengehör nur auf die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes, nicht aber auf die von der Behörde bzw. das Verwaltungsgericht vorzunehmende rechtliche Beurteilung erstreckt (vgl. VwGH 18.12.2019, Ra 2019/02/0180, mwN); hiezu zählt auch die Beurteilung der subjektiven Tatseite, sodass das Verwaltungsgericht nicht gehalten war, die Revisionswerberin zu der von ihr vertretenen rechtlichen Qualifikation anzuhören (vgl. VwGH 9.11.2011, 2011/16/0103).

24 5. In der Revision werden somit keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher gemäß § 34 Abs. 1 VwGG zurückzuweisen.

Wien, am 18. Jänner 2023

#### **Schlagworte**

Auswertung in Arbeit!

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2023:RA2022020231.L00

#### **Im RIS seit**

10.02.2023

#### **Zuletzt aktualisiert am**

10.02.2023

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)