

# TE Vwgh Erkenntnis 1990/6/20 89/02/0202

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 20.06.1990

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;

90/01 Straßenverkehrsordnung;

## Norm

AtemalkoholmeßgeräteV 1961 §2 Abs3;

AVG §45 Abs2;

AVG §58 Abs2;

AVG §59 Abs1;

AVG §60;

AVG §63 Abs3;

AVG §66 Abs4;

StVO 1960 §5 Abs2 idF 1986/105;

StVO 1960 §5 Abs2;

StVO 1960 §99 Abs1 litb idF 1986/105;

StVO 1960 §99 Abs1 litb;

VStG §44a lit a;

VStG §44a Z1;

VStG §5 Abs1;

VStG §5 Abs2;

## Beachte

Abgegangen hievon ohne verstärkten Senat (demonstrative Auflistung):99/02/0310 E 22. März 2002 RS 1 (RIS: abwh)

## Betreff

Z gegen 1. Oberösterreichische Landesregierung vom 5. Oktober 1989, Zl. VerkR-9097/2-1989-II/Au, betreffend Übertretung der Straßenverkehrsordnung 1960, 2. Landeshauptmann von Oberösterreich vom 5. Oktober 1989, Zl. VerkR-9097/2-1989-II/Au, betreffend Zurückweisung einer Berufung wegen Übertretung des Kraftfahrgesetzes 1967

## Spruch

Die Beschwerde gegen den Bescheid der Oberösterreichischen Landesregierung wird als unbegründet abgewiesen.

Hingegen wird der angefochtene Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Beschwerdeführer hat dem Land Oberösterreich Aufwendungen in der Höhe von S 2.760,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 5.040,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen; das Mehrbegehr wird abgewiesen.

### **Begründung**

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 7. September 1988 wurde der Beschwerdeführer u.a. der Übertretungen nach § 99 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit § 5 Abs. 2 StVO 1960 sowie nach § 102 Abs. 5 lit. a und § 102 Abs. 5 lit. b KFG 1967 schuldig erkannt und hiefür bestraft, weil er am 17. Dezember 1986 um 19.35 Uhr in Y vor dem Haus X-straße 1b gegenüber einem besonders geschulten und ermächtigten Organ der Straßenaufsicht die Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt verweigert habe, obwohl auf Grund von Alkoholisierungsmerkmalen habe vermutet werden können, daß er sich bei einer näher bezeichneten Fahrt am selben Tag gegen

19.20 Uhr in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand befunden habe, und er zur selben Tatzeit am selben Tatort auf Verlangen eines im öffentlichen Sicherheitsdienst stehenden Organes a) den Führerschein und b) den Zulassungsschein nicht zur Überprüfung ausgehändigt habe.

Mit den jeweils im Instanzenzug gemäß § 66 Abs. 4 AVG 1950 ergangenen Bescheiden vom 5. Oktober 1989 wurde einerseits von seiten der Oberösterreichischen Landesregierung das erstinstanzliche Straferkenntnis hinsichtlich der Übertretung nach § 99 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit § 5 Abs. 2 StVO 1960 in seinem Schulterspruch bestätigt, die verhängte Strafe jedoch herabgesetzt, sowie andererseits von seiten des Landeshauptmannes von Oberösterreich die Berufung hinsichtlich der Übertretungen nach § 102 Abs. 2 lit. a und § 102 Abs. 5 lit. b KFG 1967 als unzulässig zurückgewiesen.

Gegen diese beiden Bescheide richtet sich die vorliegende, in Ansehung des Bescheides der Oberösterreichischen Landesregierung zur hg. Zl. 89/02/0202 und in Ansehung des Bescheides des Landeshauptmannes von Oberösterreich zur hg. Zl. 89/02/0203 protokolierte Beschwerde, über die der Verwaltungsgerichtshof erwogen hat:

Die in der Beschwerde "vorsorglich" erhobene Rüge, die belangten Behörden hätten § 51 Abs. 5 VStG 1950 unbeachtet gelassen, ist deshalb verfehlt, weil der Beschwerdeführer die dem ausdrücklichen Wortlaut dieser Bestimmung entgegenstehende Rechtsansicht vertritt, "daß die Jahresfrist ab dem Zeitpunkt der Zustellung der Entscheidung erster Instanz an den Beschuldigten beginnt", und seit dem maßgeblichen Zeitpunkt der Einbringung der Berufung (das heißt ihrem Einlangen bei der Behörde erster Instanz) am 19. Oktober 1988 bis zur Erlassung des angefochtenen Bescheides am 11. Oktober 1989 noch kein Jahr verstrichen ist, sodaß auch nicht die in dieser Bestimmung angeführten Rechtsfolgen eingetreten sind.

#### I. HINSICHTLICH DES BESCHEIDES DER OBERÖSTERREICHISCHEN

##### LANDESREGIERUNG:

Der Beschwerdeführer macht geltend, daß im Spruch des (mit dem Spruch des angefochtenen Bescheides insofern bestätigten) erstinstanzlichen Straferkenntnisses nicht angegeben sei, "worin die Weigerung im Sinne des § 5 Abs. 2 StVO gelegen sei". Zur Konkretisierung der Tat im Sinne des § 44a lit. a VStG 1950 ist aber das eine Weigerung im Sinne des § 99 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit § 5 Abs. 2 StVO 1960 darstellende Verhalten in den Spruch des Straferkenntnisses nicht aufzunehmen (vgl. u.a. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 8. März 1989, Zl. 88/03/0189). Aus dem vom Beschwerdeführer - für seinen Standpunkt, eine (von der belangten Behörde angenommene) nicht "verbale" Weigerung wäre im Spruch näher zu umschreiben gewesen - angeführten, in ZfVB 1984/5/2085 veröffentlichten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 13. Jänner 1984, Zl. 82/02/0140, ergibt sich nicht das Gegenteil. Darin kommt im gegebenen Zusammenhang lediglich zum Ausdruck, daß dann, wenn sich eine wörtliche Weigerung des Beschuldigten gegenüber dem betreffenden Straßenaufsichtsorgan am Tatort nicht erweisen läßt, die Verpflichtung der Behörde dahin besteht, darzulegen, durch welches Verhalten sonst der Beschuldigte eine solche Weigerung gesetzt habe. Eine solche Feststellung hat demnach - wie der Verwaltungsgerichtshof im übrigen auch in dem vom Beschwerdeführer weiters zitierten, in ZfVB 1980/1/142 veröffentlichtem Erkenntnis vom 9. März 1979, Zl. 120/77, dargelegt hat - in der Bescheidbegründung zu erfolgen.

Der Beschwerdeführer meint, daß eine Verweigerung der Atemluftprobe in seinem Verhalten nicht zu erblicken sei,

weil er dazu bereit gewesen sei, er jedoch darauf hingewiesen habe, "daß es doch viel sinnvoller gewesen wäre, alle Befragungen etc. in dem nur wenige Meter entfernten beleuchteten Büro abzuklären und nicht in der völligen Dunkelheit des Hofes". Die belangte Behörde ist in der Begründung des angefochtenen Bescheides dieser (im wesentlichen schon im Verwaltungsstrafverfahren vorgebrachten) Sachverhaltsdarstellung des Beschwerdeführers nicht entgegengetreten, sondern hat diese ihrer rechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt. Darin, daß sie von der Durchführung der vom Beschwerdeführer beantragten Beweise auf Vornahme eines "nächtlichen Lokalaugenscheines unter Gegenüberstellung der erhebenden Gendarmen mit dem Beschuldigten" zur Klärung der Frage, "ob die Lichtverhältnisse im Hof vor dem Haus des Beschuldigten so schlecht waren, daß ein Alkotest (Verfärbung des Röhrchens) wirklich hätte durchgeführt werden können", Abstand genommen hat, kann daher eine relevante Rechtsverletzung des Beschwerdeführers nicht gelegen sein. Desgleichen gehen aus diesem Grunde die "die Glaubwürdigkeit der erhebenden Gendarmeriebeamten" betreffenden Beschwerdeausführungen ins Leere.

Die belangte Behörde hat, auf dem Boden dieses Sachverhaltes, bei ihrer rechtlichen Beurteilung auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 7. November 1977, Zl. 1201/77 (ZVR 1978/229), Bezug genommen, in dem es heißt, daß der angehaltene Lenker sofort der Aufforderung des Wacheorgans, den Alkotest vorzunehmen, entsprechen muß und jedes Verhalten, das die sofortige Vornahme des Alkotestes verhindert, sofern das Wacheorgan nicht hiezu seine Zustimmung erklärt hat, als Verweigerung der Atemluftprobe zu werten ist, auch wenn der Lenker vor diesem Verhalten wörtlich seine Zustimmung zur Vornahme des Alkotestes erklärt hat. Der Beschwerdeführer führt seinerseits das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 9. April 1980, Zl. 1994/78 (ZVR 1981/110), ins Treffen, wonach "nicht nur an "Ort und Stelle" die Feststellung der angeblichen Alkoholbeeinträchtigung vorgenommen werden darf, sondern auch an anderen naheliegenden Orten", woraus er ableitet, "daß sehr wohl eine geringfügige Verlegung nur um wenige Meter der Atemluftüberprüfung zulässig und auch gerechtfertigt ist". Richtig ist, daß in diesem Erkenntnis auf Grund der geltenden Rechtslage (unter Berücksichtigung des § 2 Abs. 3 der Verordnung des Bundesministers für Handel und Wiederaufbau BGBl. Nr. 3/1961 über die Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt) in diesem Zusammenhang ausgesprochen wurde, daß dann, wenn die Prüfung der Atemluft auf Alkoholgehalt, aus welchen Gründen immer, an Ort und Stelle nicht tunlich ist, an einem anderen Ort durchgeführt werden kann, und gleiches gilt, wenn die Prüfung der Atemluft auf Alkoholgehalt an Ort und Stelle nicht möglich ist, weil etwa das Organ der Straßenaufsicht das Atemluftgerät nicht mit sich führt. Daran schloß sich die (vom Beschwerdeführer nicht wiedergegebene) Aussage des Gerichtshofes an, daß, ebensowenig wie der Zeitpunkt der Untersuchung von der zur Durchführung der Atemluftprobe aufgeforderten Person bestimmt werden kann, sie auch den Ort der Untersuchung nicht bestimmen kann.

Die Gendarmeriebeamten waren daher nicht gehalten, sich mit dem Beschwerdeführer in dessen (wenn auch nahegelegenes) Büro zu begeben, um dort mit ihm die Atemluftprobe durchzuführen. Sie durften - ohne verpflichtet gewesen zu sein, sich darüber mit dem Beschwerdeführer in eine Debatte einzulassen (vgl. u.a. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Oktober 1988, Zl. 88/02/0155, mit weiteren Judikaturhinweisen) - vielmehr von einer Verweigerung der Atemluftprobe ausgehen, zumal sich der Beschwerdeführer - nach seinem eigenen Vorbringen schon im Verwaltungsstrafverfahren, auch wenn er der irrgen Meinung gewesen sein sollte, die Gendarmeriebeamten würden ihm ins Büro folgen, oder er die Absicht gehabt haben sollte, dort wegen dieser Amtshandlung mit seinem Rechtsvertreter telefonisch Verbindung aufzunehmen - im Anschluß an seine Äußerung gegenüber den Gendarmeriebeamten vom Tatort entfernt hat. Die vom Beschwerdeführer ebenfalls herangezogene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (Erkenntnis vom 1. Februar 1984, Zl. 83/03/0223, veröffentlicht in ZfVB 1984/5/3006), daß keine Verpflichtung des Betroffenen bestehe, dem Straßenaufsichtsorgan sofort die Gründe darzulegen, warum er den Test nicht durchführe, vermag daran nichts zu ändern, hat doch der Beschwerdeführer auch später keine Gründe genannt, die geeignet gewesen wären, sein Verhalten zu rechtfertigen. Es muß ausschließlich dem auffordernden Straßenaufsichtsorgan die Beurteilung überlassen bleiben, ob die in Aussicht genommene Atemluftprobe auch unter den an Ort und Stelle herrschenden schlechten Lichtverhältnissen ihren Zweck erfüllt. Wäre - im Sinne des Beschwerdevorbringens - "keine verlässliche Überprüfung möglich erschienen", so hätte auch nicht das Ergebnis eines solchen Testes zu Ungunsten des Beschwerdeführers verwertet werden dürfen. Im übrigen hat die belangte Behörde in der Begründung des angefochtenen Bescheides auf die Möglichkeit der Verwendung einer Diensttaschenlampe - dafür, daß die Gendarmeriebeamten trotz Dunkelheit eine solche nicht bei sich hatten, besteht kein Anhaltspunkt - oder der Einschaltung des Lichtes "am Pkw" - worunter auch das des Gendarmeriefahrzeugs verstanden werden kann - hingewiesen und in der Gegenschrift darüber hinaus zutreffend aufgezeigt, daß auch auf Freilandstraßen bei

ungünstigen Lichtverhältnissen während der Nacht die Notwendigkeit zur Vornahme derartiger Untersuchungen gegeben ist. Das zusätzliche Argument des Beschwerdeführers, "daß es an diesem Abend ziemlich kalt war, sodaß eine Überprüfung im "warmen Büro" sicherlich auch menschlich angemessener gewesen wäre", ist von vornherein nicht rechtlicher Natur. Das Verhalten desjenigen Lenkers, der seiner Behauptung nach in dem mit Erkenntnis vom 19. Dezember 1985, Zl. 85/02/0183, erledigten Beschwerdefall auf die Aufforderung zur Vornahme der Atemluftprobe hin erklärt hat, es sei ihm eine solche Maßnahme "egal", ist - entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers - mit dessen Verhalten nicht vergleichbar. Wenn der Beschwerdeführer die Ansicht vertritt, im gegenständlichen Fall sei "das subjektive Tatbild nicht erfüllt", so muß ihm entgegengehalten werden, daß diese Übertretung auch in der Schuldform der Fahrlässigkeit begangen werden kann und es ihm nicht gelungen ist, im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG 1950 glaubhaft zu machen, daß ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft, hätte er doch ohne weiteres seiner Verpflichtung zur Vornahme der Atemluftprobe (an Ort und Stelle) nachkommen können; ein ihm allenfalls unterlaufener Rechtsirrtum vermag ihn als geschulten und geprüften Kraftfahrzeuglenker gemäß § 5 Abs. 2 VStG 1950 nicht zu entschuldigen. Schließlich ist mit Rücksicht darauf, daß der Beschwerdeführer deswegen nicht bestraft worden ist, ohne Belang, ob er sich bei seiner vorhergehenden Fahrt in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand im Sinne des § 5 Abs. 1 StVO 1960 befunden hat.

Der Beschwerdeführer wendet sich auch gegen die Strafbemessung - die belangte Behörde hat die über ihn diesbezüglich verhängte Geldstrafe von S 15.000,-- auf S 11.000,-- herabgesetzt -, indem er meint, es sei "nicht nachvollziehbar", warum nicht mit der (im § 99 Abs. 1 lit. b StVO 1960 angeführten) Mindeststrafe von S 8.000,-- das Auslangen habe gefunden werden können, und er darauf hinweist, daß er trotz seines Alters (der Beschwerdeführer ist im Jahre 1930 geboren) und des Umstandes, daß er "bereits Jahrzehnte unfallfrei gefahren" sei, "überhaupt noch nie verwaltungsstrafrechtlich (Verkehrsstrafrecht) in Erscheinung getreten" sei. Der Verwaltungsgerichtshof vermag jedoch angesichts der gemäß § 19 Abs. 1 und 2 VStG 1950 maßgebenden und von der belangten Behörde herangezogenen Strafzumessungsgründe sowie des bis S 50.000,-- reichenden Strafrahmens nicht zu erkennen, daß die belangte Behörde von dem ihr hiebei zustehenden Ermessen nicht im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hätte.

Da sich somit die gegen diesen Bescheid gerichtete Beschwerde als unbegründet erweist, war sie insoweit gemäß 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

## II. HINSICHTLICH DES BESCHEIDES DES LANDESHAUPTMANNES VON

### OBERÖSTERREICH:

Mit diesem Bescheid wurde die Berufung des Beschwerdeführers als unzulässig zurückgewiesen, weil sie nach Ansicht der belangten Behörde - trotz einer entsprechenden Rechtsmittelbelehrung im erstinstanzlichen Straferkenntnis - insofern keinen begründeten Berufungsantrag im Sinne des § 63 Abs. 3 AVG 1950 enthalten habe. Darin kann aber - im Sinne des sich darauf beziehenden Beschwerdevorbringens - der belangte Behörde nicht gefolgt werden.

Die Anfechtungserklärung des Beschwerdeführers in der Berufung enthält keinerlei Einschränkungen. Dies trifft auch in Ansehung des einleitend damit verbundenen und abschließend wiederholten Berufungsantrages auf Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens zu, auch wenn dieser Antrag "insbesondere hinsichtlich des Vorwurfs nach § 5 Abs. 2 StVO" gestellt worden ist. Auch dem Berufungsvorbringen ist zu entnehmen, daß sich der Beschwerdeführer durch das Vorgehen der Gendarmeriebeamten gegen ihn insgesamt beschwert erachtet und er die Ansicht vertritt, daß wegen der schlechten Lichtverhältnisse am Tatort die Amtshandlung zur Gänze hätte verlegt werden müssen und er sich deshalb, weil dies nicht geschehen sei, überhaupt nicht strafbar gemacht habe. Dementsprechend hat der Beschwerdeführer in seiner Berufung auch ausdrücklich die (mit den Zeugenaussagen der Gendarmeriebeamten nicht übereinstimmende) Zeugenaussage seiner Gattin zitiert, wonach "der Hof so gering beleuchtet" gewesen sei, "daß ein Erkennen der Personen nicht möglich war und Fahrzeugpapiere hätten jedenfalls nicht gelesen werden können", und beanstandet, daß die Erstbehörde "auf die Frage, ob der Beschuldigte tatsächlich verpflichtet ist, auf genau jenem Quadratmeter, den die Gendarmen wünschen, den Alkotest und die sonstigen Überprüfungen vornehmen zu lassen", "in keiner Weise eingegangen" sei. Erwähnt sei überdies, daß der Beschwerdeführer in seiner Berufung immer wieder das Wort "Verweigerung" verwendet hat, ohne dies auf die von ihm verlangte Atemluftprobe einzuschränken, und die Erstbehörde selbst in ihrem Straferkenntnis davon gesprochen hat, daß sich der Beschwerdeführer "geweigert" habe, "die Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen und den Führerschein und Zulassungsschein zur Überprüfung auszuhändigen". Es kann daher - vor allem auch im Lichte der Ausführungen im Erkenntnis eines verstärkten Senates

des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. Jänner 1990, Zl. 88/18/0361 - nicht gesagt werden, daß die Berufung nicht erkennen lasse, aus welchen Gründen - ungeachtet ihrer Stichhältnigkeit - das erstinstanzliche Straferkenntnis auch bezüglich der beiden dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Übertretungen nach dem KFG 1967 bekämpft wird.

Dieser angefochtene Bescheid war somit wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß§ 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Die Aussprüche über den Aufwandersatz gründen sich jeweils auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 206/1989. Beim Kostenzuspruch an den Beschwerdeführer war zu berücksichtigen, daß der Beschwerdeführer insgesamt nur einen Betrag von S 10.500,-- verzeichnet hat, davon an Stempelgebühren zusammen lediglich S 790,-- zu entrichten waren (S 480,-- für vier Beschwerdeausfertigungen, S 90,-- für die Ausfertigung der angefochtene Bescheid, während die Vorlage des erstinstanzlichen Straferkenntnisses nicht erforderlich war, und S 120,-- für die Vollmacht), wovon Stempelgebühren auf die für den Landeshauptmann und für den Bundesminister bestimmten Beschwerdeausfertigungen entfielen, die zur Gänze zuzusprechen waren, hingegen Stempelgebühren für die für die Landesregierung bestimmte Beschwerdeausfertigung nicht zuerkannt werden konnten und der Gesamtaufwand im übrigen halbiert werden mußte.

### **Schlagworte**

Alkotest Voraussetzung"Die als erwiesen angenommene Tat" Begriff Tatbild Beschreibung (siehe auch Umfang der Konkretisierung)Spruch und BegründungAndere Einzelfragen in besonderen Rechtsgebieten Straßenpolizei

KraftfahrwesenAlkotest VerweigerungAlkotest Zeitpunkt OrtAlkotest Straßenaufsichtsorgan"Die als erwiesen angenommene Tat" Begriff Umfang der Konkretisierung (siehe auch Tatbild)

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

ECLI:AT:VWGH:1990:1989020202.X00

### **Im RIS seit**

12.06.2001

### **Zuletzt aktualisiert am**

23.03.2017

**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)