

AUSSENSTELLE ZWETTLL

Geschäftszahl:

**LVwG-AV-989/001-2015**

Zwettl, am 29. Februar 2016

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat durch den Einzelrichter Dr. Schwarzmann nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung über die Beschwerde der \*\*\*, vertreten durch Dr. Alois Autherith LL.M., Rechtsanwalt in \*\*\*, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Krems vom 29.7.2015, \*\*\*, betreffend Entziehung der Lenkberechtigung und Anordnung begleitender Maßnahmen, zu Recht erkannt:

1. Der Beschwerde wird insoferne stattgegeben, als die Dauer der Entziehung der Lenkberechtigung von 13 Monaten auf 12 Monate (ab Zustellung des Mandatsbescheides am 13.3.2015) herabgesetzt wird und die angeordnete Anordnung der Beibringung einer Stellungnahme einer verkehrspsychologischen Untersuchungsstelle entfällt; die Anordnung der Absolvierung einer Nachschulung und der Vorlage eines vom Amtsarzt erstellten Gutachtens über ihre gesundheitliche Eignung bleiben aufrecht.
2. Gegen diese Entscheidung ist eine ordentliche Revision nicht zulässig.

### Rechtsgrundlagen:

§ 17, § 28 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsverfahrgesetz – VwGVG

§ 25a Abs. 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 - VwGG

### **Entscheidungsgründe:**

Mit (Mandats-)Bescheid vom 9.3.2015 hat die Bezirkshauptmannschaft Krems (im folgenden: „Behörde“) der Beschwerdeführerin die Lenkberechtigung für Kraftfahrzeuge der Klassen AM und B auf die Dauer von 13 Monaten ab Zustellung dieses Bescheides entzogen; weiters wurden eine Nachschulung und die Vorlage einer verkehrspsychologischen Stellungnahme und eines vom Amtsarzt erstellten Gutachtens über ihre gesundheitliche Eignung angeordnet. Dieser Bescheid wurde am 13.3.2015 zugestellt, und die Beschwerdeführerin erhob rechtzeitig dagegen Vorstellung.

Mit Straferkenntnis der Behörde vom 25.6.2015, \*\*\*, wurde über die Beschwerdeführerin eine Geldstrafe in Höhe von 2.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 398 Stunden) verhängt, da sie am 3.3.2015 auf der Polizeiinspektion \*\*\* die Untersuchung ihrer Atemluft auf Alkoholgehalt gegenüber einem besonders geschulten und von der Behörde hierzu ermächtigten Organ der Straßenaufsicht verweigert hat, obwohl sie den PKW mit dem Kennzeichen \*\*\* gelenkt hat und vermutet werden konnte, dass sie sich in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand befunden hat (Verwaltungsübertretung gemäß § 5 Abs. 2, § 5 Abs. 4, § 99 Abs. 1 lit. b StVO). Das Straferkenntnis stützt sich auf eine Anzeige der Polizeiinspektion \*\*\*. Die Beschwerdeführerin erhob rechtzeitig dagegen Beschwerde (verfahrensgegenständlich zu LVwG-S-2190/001-2015).

Mit dem gegenständlich angefochtenen Bescheid vom 29.7.2015, \*\*\*, hat die Behörde der Vorstellung keine Folge gegeben und unter Verweis auf das soeben genannte Straferkenntnis den zuvor genannten Mandatsbescheid vom 9.3.2015 vollinhaltlich bestätigt. Sie sei Wiederholungstäterin, da sie trotz einer ausgesprochenen Entziehungsmaßnahme im Jahr 2013 (Alkoholdelikt gemäß § 99 Abs. 1a StVO) neuerlich eine Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 StVO begangen habe. Hinzu komme noch die Verschuldung eines Verkehrsunfalles, weshalb von einer erheblichen Gefährdung der Verkehrssicherheit auszugehen sei.

In ihrer rechtzeitig dagegen erhobenen Beschwerde beantragte die Beschwerdeführerin die Aufhebung dieses Bescheides im Wesentlichen mit

folgender Begründung: Sie sei eine kleine, zierliche Person, die an einer Lungeninsuffizienz leide, aufgrund derer sie bereits beim ersten Alkotestversuch nicht in der Lage gewesen sei, ein Testergebnis zu erreichen, obwohl sie sich nach Kräften bemüht habe. Dieser Umstand gehe bereits daraus hervor, dass insgesamt drei Versuche unternommen worden seien. Für die Beamten sei zu erkennen gewesen, dass sie nicht simuliert bzw. verweigert habe, sondern aus körperlichen Gründen nicht in der Lage gewesen sei, das nötige Blasvolumen bereitzustellen. Die Alkomatüberprüfung sei nicht dem Gesetz entsprechend vorgenommen worden, sodass auch aus diesem Grund keine Verweigerung vorliege. Dass sich die Behörde auf das nicht rechtskräftige Straferkenntnis beruft und kein eigenes Beweisverfahren abgeführt hat, sei ein schwerer Verfahrensfehler.

Am 13.11.2015 hat das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eine gemeinsame öffentliche mündliche Verhandlung (im Verwaltungsstrafverfahren und im gegenständlichen Administrativverfahren) durchgeführt.

Die Beschwerdeführerin sagte bei ihrer Einvernahme im Wesentlichen aus, dass sie am 3.3.2015 um etwa 02:30 Uhr begonnen habe, Zeitungen zuzustellen. Um etwa 05:00 Uhr habe sie in einer Bäckerei ein Glas Sekt Orange getrunken und habe sich dann daheim ein bisschen niedergelegt. Um etwa 06:00 Uhr sei sie zu ihrer Tochter gefahren, um auf deren Kinder aufzupassen. Um etwa 15:00 Uhr sei sie nach Hause gefahren. Aufgrund ihrer Übermüdung sei der Pkw auf die Gegenfahrbahn gelangt und mit einem EVN-Verteilerkasten kollidiert. Die dann erschienene Polizei habe sie aufgefordert, auf den Posten \*\*\* mitzukommen, um einen Alkotest absolvieren. Sie sei nach ihrem Alkoholkonsum gefragt worden und habe das Glas Sekt angegeben. Sie habe es dann nicht geschafft, in den Alkomaten genug Luft hineinzubringen. Die Polizisten hätten gemeint, sie solle weiterblasen, aber sie habe keine Luft mehr zur Verfügung gehabt. Es seien insgesamt drei Versuche gewesen. Sie sei müde und schockiert gewesen, dass sie nicht genug Luft zusammenbringe. Sie sei zu diesem Zeitpunkt noch nicht beim Lungenfacharzt in Behandlung gewesen und habe daher auch noch keine Diagnose gehabt. Sie habe nur beim Laufen und Arbeiten die Lungenprobleme bemerkt gehabt. Deshalb habe sie den Polizisten auch nicht gesagt, dass sie lungenkrank sei. Befragt, wie der Alkotest geendet habe, gab sie an, dass nicht sie gesagt habe, dass jetzt Schluss sei. Sie sei komplett schockiert

gewesen, hätte aber sicher noch weitergemacht, wenn man sie aufgefordert hätte. Die Polizei habe sie dann nach Hause gebracht; sie kenne beide Polizisten gut. - Über Vorhalt der Alkomatteststreifen aus dem Akt gab sie an, sich nicht erinnern zu können, 12 Blasversuche durchgeführt zu haben. Die Polizisten hätten immer wieder gesagt „Und noch einmal“. Es könne schon sein, dass die Polizisten über konkrete Werte geredet hätten, daran könne sie sich aber nicht genau erinnern.

Der Meldungsleger \*\*\* gab als Zeuge vernommen im Wesentlichen an, dass der Alkotest durchgeführt worden sei, weil deutlicher Alkoholgeruch bei der Beschwerdeführerin wahrnehmbar gewesen sei. Sie habe angegeben, in der Früh ein Glas Sekt Orange oder Sekt konsumiert zu haben. Er könne sich nicht erinnern, dass sie gesagt hätte, sie könne den Alkomaten nicht beblasen. Somit sei der Test begonnen worden. Der gegenständliche Alkomat sei vom BEV am 19.2.2015 zuletzt geeicht worden, weiters sei am selben Tag das periodische Service durchgeführt worden, wobei es keine Beanstandungen gegeben habe. - Er lege die diesbezüglichen Urkunden und die Bedienungsanleitung des verwendeten Alkomaten Dräger Alcotest 7110 MKIII A vor. - Er mache seit etwa 30 Jahren Alkotests, mit diesem Gerät seit etwa 10 Jahren, und sei im Umgang damit entsprechend geschult. Er habe sich selbstverständlich an die Bedienungsanleitung gehalten. Man habe unbedingt ein relevantes Messergebnis erzielen wollen und sich deshalb Mühe gegeben, die Beschwerdeführerin immer wieder zu neuen Blasversuchen zu bewegen, indem man sie ersucht habe „Bitte noch einmal“ o.ä. Irgendwann sei es dann nicht mehr gegangen, d.h. sie konnte nicht mehr, und deshalb habe er den Alkotest beendet. Man habe ihr bestens erklärt, dass das Gerät einen gewissen Luftstrom benötige und sie an der Atmung „dran bleiben“ müsse, solange das Gerät gewisse Zeichen anzeige. Sie habe aber jedes Mal zu kurz geblasen. Das Gerät unterbreche sofort bzw. das Ventil mache sofort zu, wenn der Luftstrom ende, und schreibe „Fehlversuch“ (die Ursache sei erst auf dem Ausdruck lesbar, nicht am Display). - Über Vorhalt, dass bei den ersten vier Beblasungen durchaus bis auf eine Ausnahme längere Blaszeiten und nicht nur geringe Blasvolumina zustande kamen, gab er an, keine Wahrnehmung zu haben, warum die Anzeige „Atmung unkorrekt“ kam. Er könne sich nicht erinnern, dass die Beschwerdeführerin unregelmäßig geatmet hätte. Das Gerät mache selbstständig Ausdrücke. Zuvor habe er noch nicht am Gerät ablesen können, welche

Blasvolumina bzw. Blaszeiten erzielt worden seien. Er könne nicht erklären, warum es zu den über 10% differierenden Messwerten gekommen sei. Die Beschwerdeführerin habe am Posten nichts geraucht, getrunken oder gegessen. Auch der zweite und dritte Messzyklus hätten keine verwertbaren Ergebnisse erbracht, obwohl man sie immer wieder zum Beblasen ersucht habe. An eine unregelmäßige Atmung könne er sich nicht erinnern. Obwohl beim dritten Messzyklus keine Fehlermeldungen vorgelegen, sondern zwei Messwerte erzielt worden seien, die dann aber wegen zu großer Differenz als nicht verwertbar vom Gerät ausgewiesen und ausgedruckt worden seien, habe er entschlossen, den Test zu beenden, „weil es nicht mehr anders werden konnte“. Er habe gefragt, ob sie irgendein Problem habe, dass sie nicht blasen könne, was sie verneint habe. Ihm sei nichts auffällig gewesen, warum sie es nicht könne. Er könne sich nicht erinnern, dass sie auffällig gehustet hätte. Er habe gesagt, dass man kein vernünftiges Ergebnis habe und dies als Verweigerung anzuzeigen sei; weiters dass sie eine Blutabnahme veranlassen könne. Er habe ihr auch angeboten, sie hinzubringen, was sie aber nicht gewollt habe. Er habe das Ergebnis so interpretiert, dass sie bewusst oder unbewusst zu wenig Luft in den Alkomaten geblasen habe und dies eine Verweigerung des Alkotests darstelle. - Über Vorhalt, dass das Blasvolumen nur in drei Fällen von zwölf zu gering gewesen sei, gab er an: Man könne das Gerät in keiner Weise beeinflussen, die Tests liefen selbstständig ab. Er habe natürlich nachher auf den Ausdrucken gesehen, welche Begründungen angegeben worden seien. Das seien Tatsachen, die er zur Kenntnis nehmen müsse.

Die Herstellerin des gegenständlichen Alkomaten, die \*\*\*, hat auf Anfrage mitgeteilt, dass der Grenzwert für eine „Probendifferenz“ bei einer Differenz der beiden Werte von  $\leq 0,05$  mg/l oder  $\leq 10$  % des kleineren Messwertes liege. In diesem Fall sei die 10%-Differenz gezogen worden. Es sei denkbar, durch ein Verhalten beim Beblasen die Differenzen bewusst herbeizuführen; eine Möglichkeit für die „Probendifferenz“ könne z.B. eine Hyperventilation vor dem 2. gültigen Blasversuch sein; dies sollte vom Beamten aber erkannt werden. Eine Alkoholisierung der Beschwerdeführerin sei trotz „Probendifferenz“ nach diesen Ergebnissen gesichert. Wenn die 2. Messwerte durch Hyperventilation erreicht wurden, wäre der niedrigste der drei ersten Werte mit 0,81 mg/l anzunehmen.

In einer weiteren öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29.1.2016 gab die Beschwerdeführerin ergänzend an, dass sie die Nachschulung noch nicht gemacht habe, auch noch nicht beim Amtsarzt gewesen sei und auch noch keine VPU absolviert habe. Sie habe auf der Polizeiinspektion nichts getrunken, gegessen oder geraucht. Sie habe auch keine Zuckerl oder Eiswürfel gelutscht. Sie habe immer Zuckerl im Auto, könne aber nicht sagen, ob sie damals vorher eines gelutscht habe. Sie sei informiert worden, dass kein gültiges Ergebnis vorliege. Sie habe keine Blutabnahme wollen, sondern nur heim. Die Polizisten hätten sie nicht veranlasst, eine Blutabnahme durchzuführen. Vor der Amtshandlung habe sie keinerlei Medikamente genommen. Sie habe nur das Multivitaminikum „Leaton complete“ bei Bedarf genommen; vor der Amtshandlung zuletzt, als sie aufgestanden sei.

Der Zeuge \*\*\* sagte u.a., dass er den Aktenvermerk über den Verkehrsunfall angelegt habe und bezüglich der Unfallzeit auf seine dortige Angabe verweise. Befragt nach den Alkoholisierungsmerkmalen gab er an, dass die Beschwerdeführerin aus dem Mund nach alkoholischen Getränken gerochen und etwas gelallt habe. Sie habe auch gesagt, dass sie übermüdet sei. Weil der Verdacht der Alkoholisierung bestand, habe er sie auf die PI mitgenommen, wo der Kollege sie zum Alkotest aufgefordert und diesen mit ihr durchgeführt habe. Sie habe nichts gegessen, getrunken, gelutscht oder geraucht. Der Kollege habe die Warmlaufphase und die ganzen Formalitäten eingehalten. Trotz mehrerer Blasversuche sei kein verwertbares Ergebnis zustande gekommen. Er könne nicht sagen, warum dies so gewesen sei. Worin die aufgezeichnete „unkorrekte Atmung“ bestanden habe, könne er nicht sagen. Er habe keine Erklärung, warum es zu einer dreimaligen Probendifferenz gekommen sei, die die Messungen dann als nicht verwertbar ausgewiesen habe. Sein Kollege habe dann die Messung für beendet erklärt. Er habe nichts gehört, dass sie gehustet oder gesundheitliche Probleme behauptet hätte. Ihm sei nicht bekannt, dass es in der Zeit zwischen 19.02.2015 (Rückklagen des Alkomaten von der Eichung) und der Amtshandlung am 03.03.2015 oder auch nachher irgendwelche Probleme mit dem Gerät gegeben habe.

\*\*\* gab ergänzend u.a. an, dass die Beschwerdeführerin aus dem Mund nach alkoholischen Getränken gerochen habe. Sie sei ein bisschen aufgeregt, aber beherrscht gewesen. Zu ihrem Gang könne er nichts aussagen. Sie habe im Stehen

nicht geschwankt. Sie habe nichts gegessen, getrunken, geraucht oder gelutscht. Er könne nicht sagen, dass sie unregelmäßig oder hechelnd geatmet hätte. Worin die vom Gerät aufgezeichnete „unkorrekte Atmung“ bestanden habe, könne er nicht sagen, er habe diesbezüglich nichts bemerkt. Er habe keine Erklärung, warum solche Probendifferenzen zustande kamen. Eine Blutabnahme sei nicht Gegenstand der Amtshandlung gewesen. Er habe keine angeordnet, und sie habe keine wollen. Er könne nicht sagen, ob es zwischen dem 19.02.2015 und dieser Amtshandlung einen anderen Alkotest auf diesem Gerät gegeben habe. Probleme mit dem Gerät habe es nicht gegeben; das müsse er wissen, weil er Kommandantstellvertreter sei. Es sei für ihn auch befremdlich gewesen, dass kein verwertbares Ergebnis zustande kam. Befragt, ob ihm die Messwerte zwischen 0,70 und 0,89 mg/l AAK plausibel erschienen: Er habe deutlichen Alkoholgeruch bei ihr wahrgenommen. Er habe 30 Jahre Berufserfahrung und „gespürt“, dass sie alkoholisiert sei.

Der messtechnische Amtssachverständige \*\*\* führte daraufhin wie folgt aus: „Am 19.02.2015 erfolgte eine Eichung durch das Bundesamt für Vermessungswesen. Für den gleichen Tag liegt ein Servicebericht der Firma \*\*\* vor. Als durchgeführte Tätigkeit wird die Vorbereitung zur zweijährlichen Eichung angeführt. Weiters liegt ein Leistungs- und Materialnachweis der Firma \*\*\* vor, wobei hier eine Wartung in der Werkstatt angeführt wird. In der Folge wurde das Gerät durch die Firma \*\*\* einer Genauigkeitsüberprüfung unterzogen. Der diesbezügliche Überprüfungsbericht ist mit 24.08.2015 datiert. Das Gerät wurde für „in Ordnung“ befunden. Als durchgeführte Tätigkeit wird die Genauigkeitsüberprüfung angegeben. Aufgrund der vorliegenden Dokumente der Firma \*\*\* bzw. des Bundesamtes für Eich- und Vermessungswesen sowie der Aussagen der beiden Polizisten gibt es aus technischer Sicht keinen Grund, die Messwerte des Alkomaten in Zweifel zu ziehen. Das Gerät zeigt nur einen Messwert ziffernmäßig an, wenn die Blaszeit, das Blasvolumen, die Atmung ausreichend waren bzw. kein Mundrestalkohol erkannt wurde und wenn die beiden Sensorsysteme Infrarot und Elektrochemie übereinstimmen. D.h. es kamen 6 Messergebnisse korrekt zustande. Das Gerät ist aber so programmiert, dass immer in einem Messzyklus zwei objektivierte Messwerte übergeordnet noch einmal überprüft werden. Die Parameter sind bekannt, nämlich die Differenz  $\leq 0,05$  mg/l bzw. 10 % des kleineren Messwertes, wie aus dem Mail der Firma \*\*\* hervorgeht. Warum dies so programmiert wurde, kann ich aus technischer Sicht nicht

beantworten bzw. ist das für mich nicht nachvollziehbar. Eine Verweigerungshandlung ist aus dem Messprotokoll nicht ersichtlich. Es gibt immer zwei Messergebnisse von zwei Messsystemen. Für mich ist nicht nachvollziehbar, warum von der Programmierung hier zwei unabhängige Fehler unterstellt werden. Vielleicht wurde die Barriere aus anderen Gründen, als aus technischen, eingezogen. Das Gerät hätte eine Hyperventilierung bei den Beatmungsvorgängen erkannt. Ich kann nicht sagen, warum es gegenständlich in den jeweiligen Messzyklen zu Probendifferenzen zwischen etwa 15 und 23 % kam. Es gibt eine Tendenz, dass jeweils der zweite Messwert niedriger war als der erste. Jeder Messwert für sich erfüllt hinsichtlich Blasvolumen, Blaszeit, Atmung und allfälligen Mundrestalkohol sowie Abgleich der beiden Messsysteme die Anforderungen an ein gültiges Ergebnis. Ansonsten kann der Proband aus meiner Erfahrung in Praxistests mit diesen Geräten beim Vorgang der Beatmung nichts beeinflussen. ... Dass das Gerät immer den niedrigeren von zwei Werten als relevanten Messwert auswirft, ist keine technische Angelegenheit, sondern eine rechtlich vorgegebene. Aus diesen Gründen wäre gegenständlich auch der niedrigste Messwert heranzuziehen. Die angesprochene Programmierung (Probendifferenz) kann so zu erklären sein, dass das Gerät anzeigen will, wenn nicht die Messwerte, sondern die Proben unterschiedlicher Qualität bzw. Quantität sind, d.h. die beiden Samples unterschiedlich sind.“

Der medizinische Amtssachverständige \*\*\* führte wie folgt aus: „Die Erkrankung der Beschwerdeführerin führt nicht dazu, dass sie im März 2015 den Alkomaten nicht hätte beblasen können. Es handelt sich um eine Verengung der mittleren Bronchien und Bronchiolen. Es ist eine geringgradige Form von COPD. Die Atmung war während des Beblasungsvorganges korrekt. Sie hat die Vorgaben von Blasvolumen und Blaszeit teilweise sogar übertroffen. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass zwischen den Blasvorgängen die Atemluft jeweils abgekühlt worden wäre (z.B. durch Hyperventilieren oder Lutschen von Eiswürfeln oder kalte Getränke). Ich habe aus medizinischer Sicht keine Erklärung für die ausgewiesenen Probendifferenzen. Ich kann aus den Angaben der Polizisten auf einen Grad einer Alkoholisierung nicht rückschließen. Die Beschwerdeführerin hatte wenig geschlafen, ein Lallen kann allenfalls auch darauf zurückzuführen sein. Auch Leaton wird kurzfristig Alkoholgeruch aus dem Mund nach sich ziehen. Eine plausible stündliche Abbaurate

der Blutalkoholkonzentration bei der Beschwerdeführerin wäre zu ihren Gunsten 0,1 Promille pro Stunde.“ \*\*\* gab als bloße Vermutung an, dass mit der angesprochenen Programmierung (Probendifferenz) aufgezeigt werden solle, wenn im Vorfeld der Beatmungsvorgänge Manipulationen durchgeführt wurden (z.B. um den Luftstrom abzukühlen). Damit wolle er aber nicht aussagen, dass die Beschwerdeführerin dies im gegenständlichen Fall getan hätte.

Auf Antrag der Beschwerdeführerin wurden (mit der Fragestellung nach einer Vorgabe für eine Programmierung des Alkomaten bei „Probendifferenzen“ bzw. den Gründen dafür) mit gerichtlicher Anfrage vom 1.2.2016 noch folgende Stellungnahmen eingeholt:

Der Produktmanager der \*\*\* hat mit Schreiben vom 2.2.2016 wie folgt mitgeteilt: „Das Alcotest 7110 MKIII A macht bei der Bestimmung der Atemalkoholkonzentration mehrere Plausibilitäts- und Kontrollchecks, um die Richtigkeit des Ergebnisses abzusichern. So wird z.B. bei dem ersten akzeptierten Probandentest sowohl das IR System als auch das EC-System zum Einsatz gebracht. Die beiden Ergebnisse werden verglichen und müssen in bestimmten Grenzen übereinstimmen. Ist das nicht der Fall, so gibt es eine entsprechende Fehlermeldung. Stimmen die beiden Systeme aber überein, so ist das ein Nachweis, dass die Systeme innerhalb der Fehlergrenzen arbeiten. In dem beschriebenen Fall ist die Meldung "Probendifferenz: Messung(en) nicht verwertbar" beschrieben, deren Ursprung ich kurz erläutern möchte. Für die AAK-Bestimmung müssen in Österreich 2 gültige Einzelmessungen durchgeführt werden. Im Normalfall sollten die Ergebnisse dieser beiden Messungen im Rahmen der Toleranzen übereinstimmen, denn eine Atemalkoholkonzentration ändert sich im Mittel nur im 0,07 mg/L pro Stunde. In dem österreichischen Ablauf, der keine Wartezeit zwischen Messung 1 und Messung 2 hat, sollten diese beiden Ergebnisse in etwa 1-5 Minuten Abstand gewonnen werden können. Daher macht es Sinn, die Übereinstimmung dieser beiden Ergebnisse zu prüfen. In dem Alcotest 7110 MKIII A ist für die Übereinstimmung folgendes Kriterium hinterlegt: Die maximal erlaubte Differenz ist 50 µg/L oder 10% vom kleineren Wert (aus IR1 und IR2). Das sollte bei einer normalen Messung immer eingehalten werden. Wird dieser Wert der Differenz aber überschritten, so ist der Ablauf nicht wie erwartet. Und dafür muss es einen Grund geben. Das kann z.B. durch einen Restanteil von Alkohol im Mund

herrühren oder auch im Einzelfall durch Aufstoßen verursacht werden. Oder eben auch andere Ursachen haben die in der Physiologie des Probanden begründet sind (z.B. das Gleichgewicht im Körper ist noch nicht hergestellt für das Blut und die Gewebeflüssigkeiten, dadurch kann es zu schnellen Änderungen in der Alkoholkonzentration kommen). Wird diese Differenz überschritten, dann wird die oben angegebene Fehlermeldung ausgegeben. Als Maßnahme vor Ort ist nach einer kurzen Wartezeit die Messung zu wiederholen. Sollte es wieder zu dieser Fehlermeldung kommen, so ist eine andere Art der Beweissicherung zu wählen.

Aktuelle Situation in diesem Fall - mehrfaches Erscheinen der Meldung "Probendifferenz": Die in dem aktuellen Fall vorliegende Situation mit mehrfacher Meldung, dass die Probendifferenz zu groß ist, ist nicht üblich; mir ist solch eine Situation bisher nicht zur Kenntnis gekommen. Für eine Probandin mit 58 Jahren und 50 kg, also eine sehr zierliche Person, ist zu erwarten, dass sie bei der Abgabe der Atemprobe deutliche Anstrengungen machen muss, das Mindestvolumen zu erreichen. Eine Verweigerung seitens der Probandin liegt nicht vor. Ein Blick auf die Volumen und Zeitdaten zeigt, dass die Probandin immer mit etwas über 10 l/min das Gerät bebläst. Das ist eine Größe, die von einer nicht zu überhasteten Abgabe zeugt. Umso verwunderlicher ist, dass diese Meldung der Probendifferenz so häufig kommt. Ein Kuriosum. Die Tatsache, dass die Probandin 6-mal eine akzeptierte Probe abgegeben hat, die im Bereich von über 0,70 mg/L liegt, belegt ohne Zweifel auf die Anwesenheit von Alkohol. Wie hoch diese im Falle einer akzeptierten Gesamtmessung wäre, ist nur abzuschätzen. Zu erwarten ist ein Wert zwischen 0,70 und 0,8 mg/L.“

Der Leiter des Bundesamtes für Eich- und Vermessungswesens (BEV) hat mit Schreiben vom 17.2.2016 folgendes mitgeteilt: „Die Messgeräte zur Bestimmung von Alkohol in der Atemluft der Bauart "7110 MKIIIA (Alcotest) Hersteller Fa. \*\*\*, wurden mit der Zulassung Zi. \*\*\*, veröffentlicht im Amtsblatt für das Eichwesen 6/1996, zuletzt geändert mit Zulassung Zi. \*\*\*, veröffentlicht im Amtsblatt für das Eichwesen 5/2011, zur Eichung zugelassen. Ein Bewertungskriterium für das Zustandekommen einer verwertbaren Atemalkoholmessung ist durch die gebotene Doppelmessung der Vergleich der Einzelmessungen. Dadurch können Einzelfehlmessungen ausgeschlossen werden, auf Grund des zeitlichen Abstandes, der Messdifferenz und dem Verlauf der Einzelmessungen unzulässige Einflüsse erkannt werden und weitere

Informationen zur Bewertung gewonnen werden. Bei der gegenständlichen Gerätebauart ("7110 MKIII A Alcotest") ist die maximal zulässige Differenz der Einzelmessungen zueinander 10% vom kleineren Messwert oder 0,032mg/l (größerer Wert). Diese Prüfung führt das Messgerät selbstständig durch. Bei Überschreiten der Grenze wird kein verwertbares Messergebnis angezeigt (Probendifferenz). Probendifferenzen (zwischen der 1. Messung und der 2. Messung) lassen nicht auf etwaige Gerätefehler oder Fehlfunktionen schließen, da die Gründe dafür meist physiologischer Natur sind (wie z. B. Aufstoßen vor der Messung, in Zusammenhang mit geringem Expirationsvolumen).“

Das Bundesministerium für Inneres (BMI) hat mit Schreiben vom 24.2.2016 im Wesentlichen folgendes mitgeteilt: „Der Alcotest 7110 MKIII A der Fa. \*\*\* sowie der Alkomat M 52052/A15 der Fa. \*\*\* besitzen nach § 1 der Alkomatverordnung Eichfähigkeit und in weiterer Folge die Zulassung des Bundesamtes für Eich- und Vermessungswesens (\*\*\* -BEV, Zl. \*\*\*, \*\*\*- BEV, Zl. \*\*\*). In der Zulassung des BEV aus dem Jahre 1990 (Zl. \*\*\*) ist für den Alcomat der Fa. \*\*\* unter Pkt. E.6. die Vorgabe bzw. die Toleranz für die Höhe der Probendifferenz angeführt und auch festgelegt. Für die Geräte der Fa. \*\*\* wurde in der Leistungsbeschreibung lediglich die Anzeige ob eine Messung verwertbar ist, gefordert, hierzu jedoch keine konkreten Vorgaben hinsichtlich jener Probendifferenzen gemacht, bei denen eine Verwertbarkeit auszuschließen ist; dies unter dem Hintergrund unterschiedlicher technischer Möglichkeiten der Probenauswertung, und im Bewusstsein, dass ein Hersteller solcher Geräte über ausreichend medizinisch-technisches Wissen zur Beurteilung und darauf basierend zur entsprechenden Geräteprogrammierung verfügt. Auch das Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen hat im Rahmen der Gerätezulassung für den Alcotest 7110 MKIII A auf die Festlegung konkreter Differenzangaben offensichtlich verzichtet. Für detailliertere technische Angaben betreffend vorprogrammierten oder programmierbaren Toleranzen wäre daher der Gerätehersteller oder das Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen zu befassen. Hinsichtlich der Vorgangsweise bei einer vom Gerät angezeigten Nichtverwertbarkeit der Atemalkoholmessung wird auf die Richtlinie betreffend Einschreiten der Organe der Straßenaufsicht bei Beeinträchtigung durch Alkohol oder Suchtgift (BMI-EE2010/0020/II/2/d/2005 v. 01.12.2005 bzw. BMI-EE/2010/0009/II/12/a/2015 v. 02.10.2015) hingewiesen.“

Die Beschwerdeführerin hat zu diesen Auskünften im Wege des Parteiengehörs Stellung genommen und im Wesentlichen ausgeführt, dass zwei gültige Einzelmessungen durchgeführt werden müssen. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin Alkohol konsumiert habe, sei unstrittig. Eine Schätzung des Alkoholwertes aufgrund nicht verwertbarer Messergebnisse sei unzulässig. Eine alternative Feststellung für das Vorliegen von Alkoholisierung sei nicht vorgenommen worden, sodass keine relevanten Werte vorlägen. Insoweit das BEV mutmaße, dass Probedifferenzen nicht auf Gerätefehler schließen ließen, da die Gründe hierfür meist physiologischer Natur seien, sei dies gerade angesichts des gegenständlichen Falles eine offensichtliche Spekulation. Im vorliegenden Fall habe das Gerät trotz einer Vielzahl ordnungsgemäß durchgeführter Messungen größere Probendifferenzen aufgewiesen, welche unmöglich alle die Ursache in physiologischen Besonderheiten haben könnten. Ungültige Messungen dürften nicht für die Beurteilung einer Alkoholbeeinträchtigung herangezogen werden. Im Hinblick darauf, dass auch seitens der Firma \*\*\* mitgeteilt worden sei, dass ein Vorgang wie im vorliegenden Fall noch nicht vorgekommen sei, habe hier ein offensichtlich bisher nicht bekanntes technisches Problem zu den Messergebnissen geführt, welche die maximal zulässige Differenz überschritten hätten. Da keine Vorführung zu einem Arzt gemacht worden sei, liege eine verwertbare Blutalkoholuntersuchung nicht vor. Aus der Stellungnahme des BMI ergebe sich, dass wenn bei einem Alkomaten der Fa. \*\*\* das Ergebnis als unverwertbar aufscheint, dieses auch unverwertbar sei. Zu Recht verweise das BMI auf die entsprechenden Erlässe, wonach bei einer Nichtverwertbarkeit eben eine alternative Überprüfung veranlasst werden müsse und nicht eine Anzeige wegen Verweigerung erfolge.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat dazu wie folgt erwogen:

Aufgrund der glaubhaften, schlüssigen und nachvollziehbaren Aussagen der Beschwerdeführerin und der Polizisten, die in den wesentlichen Punkten übereinstimmen, sowie der unbedenklichen Akten (insb. der Messprotokolle, der Bedienungsanleitung des Alkomaten und der eingeholten Stellungnahmen) steht folgender Sachverhalt fest:

Da die Beschwerdeführerin am 3.3.2015 einen Pkw gelenkt und Alkoholisierungsmerkmale aufgewiesen hat, wurde sie zur Ablegung eines Alkotests aufgefordert. Dieser wurde mit dem geeichten und überprüften Gerät \*\*\* Alcotest 7110 MKIII A durchgeführt. Bei diesem Alkomaten führen ein Infrarot-Messsystem (IR) und ein elektrochemisches Messsystem (EC) unabhängig voneinander eine Bestimmung der Alkoholkonzentration einer Atemprobe durch. Ein Messzyklus umfasst zwei Einzelmessungen (aus zwei Atemproben). Eine (minimale oder maximale) Wartezeit zwischen diesen beiden Einzelmessungen ist nicht vorgeschrieben. Die Programmsteuerung sichert einen korrekten Messablauf und schließt Manipulationen aus. Erst wenn alle Teilschritte korrekt durchgeführt sind und keines der Prüfkriterien außerhalb der Toleranzen liegt, wird ein Protokoll mit einem relevanten Messwert ausgegeben. Wenn in einem Messzyklus zwei Messwerte erzielt werden, wird der niedrigere der beiden Einzelwerte als der relevante Messwert am Display angezeigt. Wenn diese zwei Messwerte jedoch um  $\leq 0,05$  mg/l oder  $\leq 10$  % differieren, werden am Messstreifen die beiden Messwerte und darunter „Probendifferenz – Messung(en) nicht verwertbar“ angezeigt. Die Bedienungsanleitung gibt keine Auskunft darüber, wie in ein einem solchen Fall weiter vorzugehen ist. Wenn die Meldungen „Blasvolumen zu klein“, „Blaszeit zu kurz“ oder „Atmung unkorrekt“ am Display aufscheinen, wird kein Messwert ausgewiesen und ist der Test zu wiederholen (Meldung „Wiederholung des Tests“). Wenn bei einer Einzelmessung von beiden Messsystemen (Infrarot- bzw. elektrochemisches Messsystem) stark unterschiedliche Werte ermittelt werden, erscheint am Display „Probe nicht verwertbar“ (ein Messwert wird nicht angezeigt), der Messablauf wird geräteseitig abgebrochen und der Test ist zu wiederholen.

Die von den Beamten veranlassten insgesamt zwölf Blasversuche der Beschwerdeführerin führten zu folgenden, vom Alkomaten in drei Messzyklen protokollierten Ergebnissen:

Zyklus	Blasversuch	Uhrzeit	Blasvolumen	Blaszeit	Meldung	Messwert
I	1	16:05	0,8	3,3	Atmung unkorrekt	
	2	16:06	1,5	6,0	Atmung unkorrekt	
	3	16:07	0,0	0,2	Blasvolumen zu klein	
	4	16:08	2,1	8,1	Atmung unkorrekt	
	5	16:09	2,0	12,3	Messwert	0,89
	6	16:11	1,7	9,6	Messwert	0,78
Relevanter		Messwert: "Probendifferenz - Messung(en) nicht verwertbar"				
II	1	16:14	2,3	13,0	Messwert	0,86
	2	16:15	1,1	8,2	Blasvolumen zu klein	
	3	16:16	1,6	7,5	Atmung unkorrekt	
	4	16:17	1,9	7,4	Messwert	0,70
Relevanter		Messwert: "Probendifferenz - Messung(en) nicht verwertbar"				
III	1	16:21	1,7	7,7	Messwert	0,81
	2	16:22	1,6	8,4	Messwert	0,71
Relevanter		Messwert: "Probendifferenz - Messung(en) nicht verwertbar"				

Die Beschwerdeführerin hat nicht darauf hingewiesen, aus gesundheitlichen Gründen den Alkomaten nicht beblasen zu können, und eine Unmöglichkeit der Ablegung eines Alkotests aus medizinischen Gründen lag nicht vor bzw. war für die Polizisten auch nicht erkennbar. Aus welchen Gründen viermal die Meldung „Atmung unkorrekt“ angezeigt wurde und aus welchen Gründen in den Messzyklen I bis III jeweils 2 so unterschiedliche Messwerte („Probendifferenz“) ausgewiesen wurden, kann nicht festgestellt werden. Dass die Beschwerdeführerin durch irgendein Verhalten ein Zustandekommen eines verwertbaren Messergebnisses verhindert hätte bzw. verhindern hätte wollen, kann nicht festgestellt werden. Der die Messung durchführende Beamte hat den Alkotest nach dem III. Messzyklus (bzw. zwölften Blasversuch) schließlich für beendet erklärt.

In rechtlicher Hinsicht folgt daraus:

Die anzuwendenden Bestimmungen des Führerscheingesetzes (FSG) in der geltenden Fassung lauten wie folgt:

§ 3. (1) Eine Lenkberechtigung darf nur Personen erteilt werden, die ....  
2. verkehrszuverlässig sind (§ 7), ...

§ 7. (1) Als verkehrszuverlässig gilt eine Person, wenn nicht auf Grund erwiesener bestimmter Tatsachen (Abs. 3) und ihrer Wertung (Abs. 4) angenommen werden muss, dass sie wegen ihrer Sinnesart beim Lenken von Kraftfahrzeugen die Verkehrssicherheit insbesondere durch rücksichtsloses Verhalten im Straßenverkehr oder durch Trunkenheit oder einen durch Suchtmittel oder durch Medikamente beeinträchtigten Zustand gefährden wird, oder sich wegen der erleichternden Umstände, die beim Lenken von Kraftfahrzeugen gegeben sind, sonstiger schwerer strafbarer Handlungen schuldig machen wird. ...

(3) Als bestimmte Tatsache im Sinne des Abs. 1 hat insbesondere zu gelten, wenn jemand:

1. ein Kraftfahrzeug gelenkt oder in Betrieb genommen und hiebei eine Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 bis 1b StVO 1960 begangen hat, ...

(4) Für die Wertung der in Abs. 1 genannten und in Abs. 3 beispielsweise angeführten Tatsachen sind deren Verwerflichkeit, die Gefährlichkeit der Verhältnisse, unter denen sie begangen wurden, die seither verstrichene Zeit und das Verhalten während dieser Zeit maßgebend, ...

(5) Strafbare Handlungen gelten jedoch dann nicht als bestimmte Tatsachen im Sinne des Abs. 1, wenn die strafbare Handlung vor mehr als fünf Jahren begangen wurde. Für die Frage der Wertung bestimmter Tatsachen gemäß Abs. 3 sind jedoch strafbare Handlungen auch dann heranzuziehen, wenn sie vor mehr als fünf Jahren begangen wurden.

§ 24. (1) Besitzern einer Lenkberechtigung, bei denen die Voraussetzungen für die Erteilung der Lenkberechtigung (§ 3 Abs. 1 Z. 2 bis 4) nicht mehr gegeben sind, ist von der Behörde entsprechend den Erfordernissen der Verkehrssicherheit ... die Lenkberechtigung zu entziehen. ...

(3) Bei der Entziehung oder Einschränkung der Lenkberechtigung kann die Behörde begleitende Maßnahmen (Nachschulung und dgl.) oder die Beibringung eines amtsärztlichen Gutachtens über die gesundheitliche Eignung anordnen. Die Behörde hat unbeschadet der Bestimmungen des Abs. 3a eine Nachschulung anzuordnen, wenn die Entziehung ... wegen einer Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 oder 1a StVO 1960 erfolgt. ... Im Rahmen des amtsärztlichen Gutachtens kann die Beibringung der erforderlichen fachärztlichen oder einer verkehrspsychologischen Stellungnahme aufgetragen werden. Bei einer Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 StVO 1960 ist

unbeschadet der Bestimmungen des Abs. 3a zusätzlich die Beibringung eines von einem Amtsarzt erstellten Gutachtens über die gesundheitliche Eignung gemäß § 8 sowie die Beibringung einer verkehrspsychologischen Stellungnahme anzuordnen. Wurde eine dieser Anordnungen innerhalb der festgesetzten Frist nicht befolgt oder wurden die zur Erstellung des ärztlichen Gutachtens erforderlichen Befunde nicht beigebracht oder wurde die Mitarbeit bei Absolvierung der begleitenden Maßnahme unterlassen, so endet die Entziehungsdauer nicht vor Befolgung der Anordnung.

§ 25. (1) Bei der Entziehung ist auch auszusprechen, für welchen Zeitraum die Lenkberechtigung entzogen wird. Dieser ist aufgrund der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens festzusetzen. ...

26. (2) Wird beim Lenken oder Inbetriebnehmen eines Kraftfahrzeuges ...

5. ein Delikt gemäß § 99 Abs. 1 StVO 1960 innerhalb von fünf Jahren ab der Begehung eines Deliktes gemäß § 99 Abs. 1a StVO 1960 begangen, ist die Lenkberechtigung auf mindestens zehn Monate zu entziehen,

6. ein Delikt gemäß § 99 Abs. 1a StVO 1960 innerhalb von fünf Jahren ab der Begehung eines Deliktes gemäß § 99 Abs. 1a StVO 1960 begangen, ist die Lenkberechtigung auf mindestens acht Monate zu entziehen, ...

Die anzuwendenden Bestimmungen der Straßenverkehrsordnung (StVO 1960) in der geltenden Fassung lauten wie folgt:

Gemäß § 5 Abs. 2 StVO 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,

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.

Gemäß § 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 § 5 Abs. 4a StVO sind die Organe der Straßenaufsicht weiters berechtigt, Personen, bei denen eine Untersuchung gemäß Abs. 2 aus Gründen, die in der Person des Probanden gelegen sind, nicht möglich war und die verdächtig sind, sich in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand zu befinden, zu einem im öffentlichen Sanitätsdienst stehenden, bei einer Landespolizeidirektion tätigen, bei einer öffentlichen Krankenanstalt diensthabenden oder im Sinne des § 5a Abs. 4 ausgebildeten und von der Landesregierung hierzu ermächtigten Arzt zur Blutabnahme zum Zweck der Bestimmung des Blutalkoholgehaltes zu bringen.

Gemäß § 99 Abs. 1 StVO ist mit Geldstrafe von 1.600 Euro bis 5.900 Euro, 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, ...

Gemäß § 99 Abs. 1a StVO ist mit einer Geldstrafe von 1200 Euro bis 4400 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe von zehn Tagen bis sechs Wochen, zu bestrafen, wer ein Fahrzeug lenkt oder in Betrieb nimmt, obwohl der Alkoholgehalt seines Blutes 1,2 g/l (1,2 Promille) oder mehr, aber weniger als 1,6 g/l (1,6 Promille) oder der Alkoholgehalt seiner Atemluft 0,6 mg/l oder mehr, aber weniger als 0,8 mg/l beträgt.

Gemäß § 1 der Alkomatverordnung ist der Alkomat 7110 MKIIIA des Herstellers Dräger AG eichfähig und somit für die Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt geeignet.

Wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt dargelegt hat, ist eine Verweigerung der Atemluftuntersuchung dann gegeben, wenn mehrere Versuche zu keiner gültigen Messung geführt haben und das Zustandekommen eines entsprechenden Messergebnisses durch das Verhalten des Probanden verhindert wurde (vgl. VwGH vom 24.2.2012, 2011/02/0102); der die Atemluftuntersuchung durchführende Beamte wäre – bei Vorliegen eines entsprechenden Verhaltens der Beschwerdeführerin – jedenfalls nicht verhalten gewesen, mehr als drei (vgl. VwGH vom 11.10.2000, 2000/03/0083) Versuche zuzulassen, wenn diese zu ungültigen Messergebnissen geführt haben.

Im gegenständlichen Fall hat jedoch – was grundsätzlich zulässig ist – der Beamte insgesamt zwölf Blasversuche zugelassen, wobei bei nur drei Versuchen (nämlich dem ersten, dritten und achten) das Blasvolumen unter der Mindestgrenze von 1,5 Litern und nur bei einem Versuch (nämlich dem dritten) die Blaszeit unter dem Grenzwert von 3 Sekunden lag und wobei immerhin sechs (insbesondere die beiden letzten, im Zuge des dritten Messzyklus absolvierten) Versuche zu der Auswertung eines Atemluftalkoholgehaltes (eines Messwertes) führten. Dabei ist wesentlich, dass am Ende des dritten Messzyklus, bei dem Messwerte von 0,81 mg/l (11. Blasversuch) und 0,71 mg/l (12. Blasversuch) ausgewertet wurden, der Ausdruck ersichtlich ist „Probendifferenz – Messung(en) nicht verwertbar“ und der einschreitende Beamte (dennoch) die Amtshandlung beendete. Der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu gleichartigen Fällen (vgl. die Erkenntnisse vom 11.10.2002, 2001/02/0220, und vom 19.11.2004, 2004/02/0196) folgend, konnte die Beschwerdeführerin damit davon ausgehen, dass sie ihrer Verpflichtung im Sinne des § 5 Abs. 2 StVO nachgekommen ist. Der Verwaltungsgerichtshof hat ausgesprochen (vgl. die Erkenntnisse vom 24.2.1993, 91/03/0343, und vom 19.12.1996, 96/11/0350), dass ein erhebliches Abweichen zweier Einzelmessergebnisse noch nicht auf eine Fehlerhaftigkeit bzw. Funktionsuntüchtigkeit des Alkomaten schließen lässt. Im gegenständlichen Fall betragen die Abweichungen zwischen den beiden Messwerten innerhalb jedes

Messzyklus stets über 10 %, was das verwendete Messgerät als relevante „Probendifferenz“ ausgewiesen hat, sodass die Messung(en) vom Gerät als „nicht verwertbar“ beurteilt wurden. Zumal es - laut den glaubhaften Angaben der Polizisten und den schlüssigen Ausführungen der Sachverständigen, der Fa. \*\*\* („Eine Verweigerung seitens der Probandin liegt nicht vor“) und des BEV - keine Anhaltspunkte für ein diese Probendifferenz begründendes Verhalten der Beschwerdeführerin gibt, hat sie die Untersuchung ihrer Atemluft auf Alkohol, zu der sie aufgefordert worden war, nicht im Sinne des § 5 Abs. 2 StVO verweigert. Da keine Alkotestverweigerung (§ 5 Abs. 2, § 5 Abs. 4, § 99 Abs. 1 lit. b StVO) vorliegt, ist auch die von der Behörde hier herangezogene „bestimmte Tatsache“ nicht erwiesen.

Im Sinne der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zur Einheitlichkeit des Entziehungsverfahrens (vgl. VwGH vom 29.4.2003, 2001/11/0064) und zur amtswegigen Ermittlungspflicht der Verwaltungsgerichte (vgl. VwGH vom 15.12.2014, Ro 2014/17/0121, und vom 23.6.2015, Ra 2014/22/0199) hatte das erkennende Gericht jedoch weiter zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin eine Übertretung des § 99 Abs. 1b StVO („wer in einem durch Alkohol oder Suchtgift beeinträchtigten Zustand ein Fahrzeug lenkt oder in Betrieb nimmt“; d.h. mit einem Atemluftalkoholgehalt von 0,4 mg/l bis < 0,6 mg/l) oder des § 99 Abs. 1a StVO (mit einem Atemluftalkoholgehalt von 0,6 mg/l bis < 0,8 mg/l) oder des § 99 Abs. 1 lit. a StVO (mit einem Atemluftalkoholgehalt von 0,8 mg/l oder mehr) und damit gleichfalls eine „bestimmte Tatsache“ im Sinne des § 7 Abs. 3 Z. 1 FSG verwirklicht hat. Das erkennende Gericht überschreitet dabei nicht die „Sache“ des behördlichen Verfahrens, da es um den Wegfall der Verkehrszuverlässigkeit der Beschwerdeführerin und daran anknüpfende Maßnahmen geht (vgl. VwGH vom 16.12.2008, 2008/11/0134).

Die Polizisten wurden als Zeugen unter Wahrheitspflicht und somit unter straf- und disziplinarrechtlicher Verantwortung vernommen, und für das Gericht ist kein Grund ersichtlich, warum sie sich den Konsequenzen einer falschen Zeugenaussage hätten aussetzen sollen. Die Beschwerdeführerin hingegen kann ihre Verantwortung frei wählen. Die Beschwerdeführerin selbst räumt schlussendlich ein, Alkohol konsumiert zu haben. Ihre Aussage, dass es um 5 Uhr in der Bäckerei bzw. 6 Uhr nach dem

Aufstehen, also etwa 10-11 Stunden vor dem Alkotest, nur ein Glas Sekt Orange und ein Multivitaminonikum waren, ist angesichts der glaubhaften und widerspruchsfreien Zeugenaussagen der Polizisten, wonach sie (nachmittags) aus dem Mund nach alkoholischen Getränken gerochen hat, unglaublich.

Aus den unbedenklichen Eich- und Serviceunterlagen geht unstrittig hervor, dass der Alkomat am 19.2.2015, also nur 12 Tage vor dem gegenständlichen Alkotest, von der Fa. \*\*\* einem Service unterzogen und vom BEV geeicht wurde und am 24.8.2015 überprüft und für in Ordnung befunden wurde. Aus den glaubhaften und übereinstimmenden Zeugenaussagen der Polizisten geht hervor, dass es in den nicht einmal zwei Wochen seit der Eichung, aber auch im halben Jahr danach, keinerlei Probleme mit dem Gerät gab. Die Bedienungsanleitung wurde beim Alkotest am 3.3.2015 nachvollziehbar eingehalten (zur „Probendifferenz“ findet sich darin kein Passus). Der vom erkennenden Gericht beigezogene messtechnische Amtssachverständige ist nachvollziehbar zum Schluss gekommen, dass die erzielten Messwerte aus technischer Sicht nicht anzuzweifeln sind. Wenn die Beschwerdeführerin nun das Vorliegen eines „offensichtlich bisher nicht bekannten technischen Problems“ mutmaßt, sei auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung verwiesen: Der Verwaltungsgerichtshof hat schon mehrfach ausgesprochen, dass das mit einem solchen, in der Alkomatverordnung angeführten Messgerät erzielte Ergebnis einer Untersuchung der Atemluft Beweis über die Alkoholbeeinträchtigung macht und dass der Gesetzgeber dabei grundsätzlich von der Tauglichkeit solcher Messgeräte ausgegangen ist. Treten im Verfahren keine *konkreten* begründeten Zweifel an der Funktionsfähigkeit des verwendeten Alkomaten zu Tage, kann nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung eine weitere Beweisaufnahme zur Klärung der Alkomatfunktion unterbleiben. Es geht nicht um „denkbare“ oder „mögliche“ Fehler, sondern um tatsächlich vorhandene. Die Beschwerdeführerin vermochte das Vorliegen bestimmter, gegen die Einzelmessergebnisse sprechender Tatsachen nicht zu behaupten. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH vom 27.2.2007, 2007/02/0018) sind Behörden bzw. Gerichte ohne konkrete Behauptungen, worin die Mangelhaftigkeit des Alkomaten gelegen sein sollte, nicht gehalten, einen (unzulässigen) Erkundungsbeweis einzuholen.

Da nach der Bedienungsanleitung und den Ausführungen des Amtssachverständigen Messergebnisse nur angezeigt werden, wenn die Ergebnisse des IR-Systems und des EC-Systems übereinstimmen und wenn bestimmte Anforderungen an Blasvolumen, Blaszeit und Atmung erfüllt sind und kein Restalkohol in der Mundhöhle vorliegt, ist davon auszugehen, dass bei den Blasversuchen 5 bis 7 und 10 bis 12 die Messwerte des IR-Systems und des EC-Systems übereinstimmen (sonst wäre nämlich die Meldung „Probe nicht verwertbar“ ausgewiesen; gegenständlich lautete hingegen die dreimalige Meldung „Probendifferenz – Messung(en) nicht verwertbar“!) und dass die Anforderungen an Blasvolumen (mind. 1,5 Liter), Blaszeit (mind. 3 Sekunden) und Atmung (insb. keine Hyperventilation während des Beblasens) erfüllt waren und kein Mundrestalkohol vorlag, also die gegenständlich ausgewiesenen sechs Messwerte 5 bis 7 und 10 bis 12 korrekt zustande gekommen sind, d.h. dass sie den Alkoholgehalt der konkret abgegebenen Atemprobe korrekt wiedergeben.

In jedem der drei Messzyklen wurden also zwei korrekte Messergebnisse ausgewiesen, die jedoch derart voneinander differierten, dass am Ende jedes Messzyklus die Meldung „Probendifferenz – Messung(en) nicht verwertbar“ protokolliert wurde. Da nach dem oben Gesagten ein Gerätefehler oder eine Fehlfunktion nicht erwiesen ist, ist auch die Mitteilung des BEV, dass „Probendifferenzen“ nicht auf etwaige Gerätefehler oder Fehlfunktionen schließen lassen, sondern meist physiologisch begründet sind, glaubhaft und nachvollziehbar. Sie ist mit den Mitteilungen der Fa. <sup>\*\*\*</sup>, wonach „Probendifferenzen“ durch Hyperventilieren (nicht während des Blasversuches, sondern davor), Aufstoßen, Mundrestalkohol oder das noch nicht hergestellte „Gleichgewicht im Körper für Blut und Gewebeflüssigkeiten“ verursacht werden können, in Einklang zu bringen. Weder in der Alkomatverordnung oder der StVO noch in der Bedienungsanleitung des Alkomaten noch in der Zulassung <sup>\*\*\*</sup>, veröffentlicht im Amtsblatt für das Eichwesen 6/1996 (abgedruckt in *Grubmann*, StVO<sup>2</sup> (2009), S. 1234 ff.), oder der Zulassung <sup>\*\*\*</sup>, veröffentlicht im Amtsblatt für das Eichwesen 5/2011, findet sich irgendein Passus zur „Probendifferenz“, geschweige denn zu den Ursachen oder Konsequenzen. Das BMI hat mitgeteilt, dass Vorgaben hinsichtlich der „Probendifferenz“ nur in der Zulassung hinsichtlich des <sup>\*\*\*</sup>-Alkomaten, nicht jedoch beim <sup>\*\*\*</sup>-Alkomaten festgelegt worden sind. Schlussendlich ergibt sich schon aus dem Wort „Probendifferenz“, dass

damit tatsächlich – wie beide beigezogenen Amtssachverständigen geäußert haben – gemeint ist, dass die Atemproben selbst (also die „Samples“) unterschiedlich sind (und nicht die aus gleichen Proben errechneten Werte). Eine Ursache dafür kann darin liegen, dass eben das „Körpergleichgewicht“ (siehe Schreiben der Fa. \*\*\*) unterschiedlich ist oder in der Zeit zwischen den beiden Samples (Atemproben) „unzulässige Einflüsse“ (siehe Schreiben des BEV) geschehen (z.B. Abkühlen der Atemluft durch Hyperventilieren oder Einnahme kalter Getränke oder Lebensmittel, Aufstoßen, ...). Die Polizisten haben keine Wahrnehmungen zur vom Alkomaten jedoch ausgewiesenen „unkorrekten Atmung“ wiedergeben können, und damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass die Beschwerdeführerin – unmerklich für die Polizisten - auch zwischen den Blasversuchen „unkorrekt geatmet“, z.B. hyperventiliert, hat oder (unhörbar) aufstoßen musste. Wenn die Beschwerdeführerin nun moniert, dass die Polizei die Vorführung zu einem Arzt vornehmen hätte können, ist sie darauf zu verweisen, dass die oben zitierte Bestimmung des § 5 Abs. 4a StVO keine Verpflichtung der Polizei vorsieht und die Beschwerdeführerin laut eigenen Angaben selbst nicht zu einer Blutabnahme, sondern nur noch nach Hause wollte. Insoweit sich die Beschwerdeführerin auf Richtlinien des BMI beruft, ist ihr die ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entgegenzuhalten, wonach solche Richtlinien keine für die Verwaltungsgerichtsbarkeit verbindlichen Rechtsgrundlagen darstellen und für das Zustandekommen eines gültigen, nicht verfälschten Messergebnisses – nur – die Einhaltung der Betriebsanleitung des Messgerätes (die beim \*\*\*-Gerät, wie dargelegt, eine Vorgangsweise bei Probendifferenz nicht vorsieht) erforderlich ist (vgl. VwGH vom 23.4.2013, 2011/02/0282).

Gemäß dem auch vom Verwaltungsgericht (laut § 17 VwGVG) anzuwendenden § 46 AVG kommt als Beweismittel alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes geeignet und nach Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist (Grundsatz der „Unbeschränktheit der Beweismittel“); so kann eine Beeinträchtigung durch Alkohol im Sinne des § 5 Abs. 1 StVO nicht zwingend nur durch eine Alkomatmessung nachgewiesen werden, sondern reicht hierfür z.B. auch eine Schätzung von Polizeibeamten anhand von Alkoholisierungssymptomen in Verbindung mit einem medizinischen Sachverständigengutachten aus (vgl. VwGH vom 21.4.2006, 2005/02/0172). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH vom 28.7.2010, 2009/02/0379) ist die

Heranziehung von zwei Messwerten, die nicht unmittelbar aufeinander folgen, sondern zwischen denen gültige Messversuche liegen, nicht unzulässig, und für das Zustandekommen eines gültigen nicht verfälschten Messergebnisses ist – wie oben dargelegt – eben nur die Einhaltung der Betriebsanleitung des Messgerätes erforderlich. Dass diese nicht eingehalten worden wäre, behauptet die Beschwerdeführerin nicht, und dies ist nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens auch nicht der Fall. Nach den beiden Schreiben der Fa. \*\*\* steht mit Sicherheit fest, dass die Atemluft der Beschwerdeführerin beim Alkotest einen Alkoholgehalt aufwies, und zwar schätzungsweise zwischen 0,7 und 0,8 mg/l. Zieht man die drei zuletzt (in den Blasversuchen 10 bis 12) erzielten Messwerte, die allesamt korrekt zustande gekommen sind, heran, so finden sich darunter zwei kaum differierende, nämlich 0,70 mg/l und 0,71 mg/l. Es handelt sich dabei auch um die niedrigsten beiden. Unter Berücksichtigung der (von der angesprochenen Eichzulassung festgelegten und auch vom messtechnischen Amtssachverständigen empfohlenen) Vorgabe, dass der kleinere von zwei Messwerten heranzuziehen ist, steht für das erkennende Gericht fest, dass die Beschwerdeführerin um 16:17 Uhr einen Atemluftalkoholgehalt von zumindest 0,70 mg/l (das entspricht einem Blutalkoholgehalt vom 1,40 ‰) aufwies. Unter Berücksichtigung eines – für die Beschwerdeführerin günstigen – durchschnittlichen stündlichen Blutalkohol-Abbauwertes von 0,10 ‰ (wie ihn der medizinische Amtssachverständige angegeben hat; die ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes geht von einem durchschnittlichen stündlichen Verbrennungswert des Alkohols im Blut von 0,10 bis 0,12 ‰ aus) errechnet sich für die Unfall- bzw. Tatzeit 15:18 Uhr ein Blutalkoholwert von 1,50 ‰ (das entspricht einem Atemluftalkoholgehalt von 0,75 mg/l). Somit steht fest, dass die Beschwerdeführerin eine „bestimmte Tatsache“ im Sinne des § 7 Abs. 3 Z. 1 FSG verwirklicht hat, was ihre Verkehrsunzuverlässigkeit nach sich zieht.

Was die gemäß § 7 Abs. 4 FSG vorzunehmende Wertung dieser „bestimmten Tatsache“ betrifft, lag der Vorfall im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides etwa fünf Monate zurück. Die Behörde hat in der Begründung des angefochtenen Bescheides zutreffend darauf verwiesen, dass nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung Alkoholdelikte zu den schwerstwiegenden Verfehlungen im Straßenverkehr zählen, bei deren Beurteilung ein strenger Maßstab anzulegen ist.

Zu berücksichtigen ist, dass die Beschwerdeführerin bei Begehung des Alkoholdeliktes einen Verkehrsunfall ohne Fremdbeteiligung (eigen-)verschuldet hat, indem sie in alkoholisiertem und übermüdetem Zustand auf die Gegenfahrbahn abkam, woraus eine Sachbeschädigung resultierte. Dieses Verhalten zeigt grundsätzlich ein mangelhaftes Verantwortungsbewusstsein und stellt ein großes Gefahrenpotential für alle Verkehrsteilnehmer dar.

Die Beschwerdeführerin hat erst am 25.11.2013 eine Übertretung der §§ 5 Abs. 1, 99 Abs. 1a StVO begangen (Blutalkoholgehalt 1,58 ‰), weshalb § 26 Abs. 2 Z. 6 FSG zur Anwendung gelangt. Damals wurde eine Geldstrafe von 1.200 Euro verhängt und ihr die Lenkberechtigung für 4 Monate entzogen, und nicht einmal zehneinhalb Monate nach Wiederausfolgung des Führerscheins (23.4.2014) geschah der verfahrensgegenständliche Alkounfall. Aus § 26 Abs. 1 Z. 2 FSG ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Verschuldung eines Verkehrsunfalles als Umstand ansieht, der eine Erhöhung der gesetzlich vorgesehenen Entziehungsdauer rechtfertigt. Ein weiteres, bereits getilgtes (aber gemäß § 7 Abs. 5 FSG im Rahmen der Wertung zu berücksichtigendes) Alkoholdelikt nach §§ 5 Abs. 1, 99 Abs. 1a StVO (Blutalkoholgehalt 1,59 ‰) vom 31.10.2007 steht der Beschwerdeführerin noch zu Buche, woraus damals ebenso eine Geldstrafe und ein Vorentzug resultierten. Auch diese Maßnahmen haben nicht den gewünschten Erfolg erzielt, weil die Beschwerdeführerin nun wiederum ein nicht unerhebliches Alkodelikt mit einem ähnlich hohen Blutalkoholgehalt (1,50 ‰) begangen hat. Alle diese drei Alkoholisierungsgrade liegen knapp an der Obergrenze zum nächstschwereren Delikt (§ 99 Abs. 1 lit. a StVO).

Weiters ist die Beschwerdeführerin nicht unbescholten, sondern weist nach der Aktenlage Verwaltungsstrafvermerkungen wegen in den letzten Jahren begangener Verkehrsdelikte auf, und zwar wegen Verstößen gegen § 31 Abs. 1 und § 52 lit. a Z. 10a StVO und § 106 Abs. 2 KFG.

Aus all den genannten Gründen ist es durchaus angemessen, die gesetzlich vorgesehene Mindestentziehungsdauer von 8 Monaten gemäß § 26 Abs. 2 Z 6 FSG um 50% zu überschreiten. Das erkennende Gericht stellt die Prognose, dass die

Beschwerdeführerin ihre Verkehrszuverlässigkeit – unbeschadet der Absolvierung der begleitenden Maßnahmen – nach einem Jahr wieder erlangen könne. Somit war die Entziehungsdauer spruchgemäß auf 12 Monate herabzusetzen. Da der Führerschein gegenständlich nicht vorläufig abgenommen wurde, beginnt die Entziehungsdauer mit Zustellung des Mandatsbescheides (13.3.2015) und nicht, wie fälschlich im angefochtenen Bescheid angegeben, am 18.3.2015 (das ist jener Tag, an dem sie den Führerschein abgegeben hat).

Die Anordnung der Nachschulung als begleitende Maßnahme ergibt sich, da die Beschwerdeführerin eine Übertretung gemäß § 99 Abs. 1a StVO zu verantworten hat, zwingend aus § 24 Abs. 3 FSG. Die Anordnung der Beibringung eines vom Amtsarzt erstellten Gutachtens ist nur bei einer Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 StVO zwingend, im gegenständlichen Fall somit nur fakultativ. Da die Beschwerdeführerin jedoch nun schon dreimal als Alkoholenkerin (und zwar jeweils mit einem gerade für ihre Zierlichkeit sehr hohen Alkoholisierungsgrad zwischen 1,50 und 1,60 ‰) betreten wurde, auch sonst verwaltungsstrafrechtlich nicht unbescholten ist und zu besorgen ist, dass sie zu Alkoholismus neigt, ist die Anordnung der Beibringung eines amtsärztlichen Gutachtens im konkreten Fall durchaus indiziert.

Da die Beschwerdeführerin keine Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 StVO, sondern gemäß § 99 Abs. 1a StVO zu verantworten hat, ist die Beibringung einer verkehrspsychologischen Stellungnahme nicht zwingend in § 24 Abs. 3 FSG vorgesehen. Dort heißt es jedoch, dass „im Rahmen des amtsärztlichen Gutachtens“ die Beibringung einer verkehrspsychologischen Stellungnahme „aufgetragen werden kann“. Vom Gesetz wird also der Behörde bzw. dem Gericht in Fällen des § 99 Abs. 1a StVO die Entscheidung, ob die Beibringung einer verkehrspsychologischen Stellungnahme angeordnet wird, gar nicht eingeräumt, sondern eine solche ist im Rahmen des amtsärztlichen Gutachtens zu treffen. Somit war diese Anordnung spruchgemäß aufzuheben.

Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass gemäß § 24 Abs. 3 FSG die Entziehungsdauer nicht vor Absolvierung der Nachschulung und der Vorlage eines vom Amtsarzt erstellten Gutachtens über die gesundheitliche Eignung enden kann.

Somit war spruchgemäß zu entscheiden.

Die Revision ist unzulässig, da sie nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die gegenständliche Entscheidung weicht nicht von der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, und die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Zudem stellen die – hier im Einzelfall beurteilten – Fragen keine „Rechtsfragen von grundsätzlicher, über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung“ (vgl. VwGH vom 23.9.2014, Ro 2014/01/0033) dar.