

das in Bezug auf den Beifahrer prüfen müssen, was freilich unterblieben ist. Der OGH hat indes noch eine andere Anspruchsgrundlage gefunden, sodass er sich mit der Reichweite des Schutzzwecks nicht näher befasst hat.

5. Einerseits hat er auf § 1157 ABGB verwiesen, andererseits hat er das ASchG herangezogen. § 1157 ABGB und das ASchG konkretisieren die vertraglichen Nebenpflichten des DG. Ist mit „gesetzlichen“ Haftpflichtbestimmungen iSd § 2 Abs 1 KHVG auch eine bloß „vertragliche“ Pflicht gemeint? Ganz selbstverständlich ist das nicht. Der Wortlaut deutet in eine andere Richtung, wenngleich auch bei § 1042 ABGB die Wortfolge „Aufwand nach dem Gesetz“ so ausgelegt wird, dass er einen vertraglichen mit einschließt. Das ist der **eigentliche Knackpunkt** der E.

6. Diesbezüglich wäre ein wenig **mehr Transparenz** möglich gewesen. Die Rede ist davon, dass „nicht allein auf § 103 Abs 1 Z 3 KFG“ ... abgestellt werden könne, „auch von § 1157 ABGB und dem ASchG“ auszugehen sei. Nach § 103 Abs 1 Z 3 KFG wäre man freilich nach dem Verständnis des BerG von der Reichweite des Schutzzwecks der Norm in Bezug auf den Lenker zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangt. Kann das durch eine **rein vertragliche Nebenpflicht** überspielt werden? Angebracht schiene es mE, das Verhältnis von § 1157 ABGB, ASchG und § 103 Abs 1 Z 3 KFG näher zu beleuchten. Das ASchG stellt eine Konkretisierung des § 1157 ABGB dar und ist insoweit *lex specialis*. Wenn das Arbeitsgerät ein Fahrzeug ist, dann dürfte § 103 Abs 1 Z 3 KFG insoweit aber noch spezieller sein. Die insoweit getroffenen Anordnungen gelten aber in Bezug auf die dadurch geschützten Rechtsgüter körperliche Integrität und Eigentum gegenüber **jedermann**. Jedenfalls wenn es sich um einen DG handelt, trifft diesen mE eine Überprüfungs-pflicht, wer das Fahrzeug in Betrieb nimmt, aber nicht nur gegenüber x-beliebigen Dritten, sondern auch gegenüber seinen DN. Insoweit wäre es mE am einleuchtendsten, dem § 1157 ABGB und dem ASchG die Bedeutung beizumessen, dass sie das bei § 103 Abs 1 Z 3 KFG klarstellen bzw insoweit die Haftung ausdehnen. Die Anforderungen an den DG sind gewiss strenger als die des Verleihers bei Übergabe eines Traktors an eine Entlehnergemeinschaft, die das Fahrzeug für einen Krampuszug verwendet (so der Sachverhalt in 7 Ob 303/05t ZVR 2006/174, wo zudem nicht der Schadenersatzanspruch eines Dritten, son-

dern der Deckungsanspruch des Schädigers zu beurteilen war).

7. Der Schadenersatzanspruch der Hinterbliebenen des DN, der das Kfz gelenkt hat, wird um  $\frac{1}{3}$  gekürzt. Das erscheint wenig angesichts des Umstands, dass dieser wusste, dass er das nicht tun darf. Zu bedenken ist indes, dass es der DG war, der ihn in diese (Not-)Lage gebracht hat. Vor diesem Hintergrund ist es auch nachvollziehbar, dass bezüglich des Beifahrers eine Anspruchskürzung unterblieben ist. Es wurde nicht einmal geprüft, ob dieser wusste, dass der Lenker über keinen Führerschein verfügte. Dass der DG auch ihn in eine solche Situation gebracht und das auch schon davor geduldet, jedenfalls nicht kontrolliert hat, hat eine Art „Vertrauenstatbestand“ geschaffen, der dazu führt, dass das Zurechnungselement im Rahmen der Haftung des DG unter Berücksichtigung von dessen Fürsorgepflicht so stark ist, dass für eine Anspruchskürzung wegen eines Mitverschuldens des DN kein Raum ist. Vor diesem Hintergrund wäre darüber hinaus Folgendes überlegenswert: Warum soll derjenige AN einer Arbeitspartie mit einer **Mitverschuldenskürzung** sanktioniert werden, der bei unzureichender Organisation des DG (keiner der DN hat einen Führerschein) die Verantwortung übernimmt und das Kfz gleichwohl lenkt, während derjenige, der das von sich weist, bei Verwirklichung des Risikos, dem Unfall, einen ungekürzten Ersatzanspruch bekommt. Der **Verantwortungsträger** unter den DN erscheint insoweit **nicht weniger schutzwürdig**, was für eine Versagung jeglicher Kürzung gesprochen hätte.

8. Bedeutsam ist diese E nicht nur für den SozVersTr. Ist die Haftungsprivilegierung des DG durchbrochen, gilt das selbstverständlich nicht nur für Regressansprüche der SozVersTr. Auswirkungen hat dies auch insoweit, als damit alle **weiteren Schadensposten**, die durch **sachlich kongruente Sozialversicherungsleistungen** nicht abgedeckt werden, wieder „**aufstehen**“ und von den Geschädigten geltend gemacht werden können. Im Verletzungsfall ist das neben den nicht gedeckten Schadensspitzen das Schmerzensgeld; im Tötungsfall kommt ein solches der Angehörigen indes nur bei grober Fahrlässigkeit in Betracht, sodass im Regelfall bloß, aber immerhin die durch Sozialversicherungsleistungen nicht gedeckten Schadensspitzen ersetzt verlangt werden können.

*Christian Huber, RWTH Aachen*

## ⇒ Verunstaltungsentschädigung für schwerst verletzte 62-jährige Pensionistin

### § 1326 ABGB

Bestehen bei einer 62-jährigen Pensionistin, die früher selbständige Gemüsefrau war, keine greifbaren Anhaltspunkte für eine weitere berufliche Erwerbstätigkeit, so gebührt ihr unter dem Aspekt des Fortkommens keine Verunstaltungsentschädigung; wenn sie zwar nicht verheiratet, aber im-

merhin seit 17 Jahren in einer außerehelichen Lebensgemeinschaft lebt, schließt das hingegen eine Verunstaltungsentschädigung nicht aus, die bei schwersten Verletzungen (lebenslange Rollstuhlgebundenheit) unter Berücksichtigung ihres vorgerückten Alters mit € 9.000,- auszumessen ist.

### Sachverhalt:

#### [Unfallfolgen]

Die damals 62-jährige Kl wurde am 27. 12. 2004 als Fußgängerin bei einem Verkehrsunfall, für dessen Fol-

gen die Bkl (Lenker, Halter und Versicherer) einzustehen haben, schwerst verletzt. Sie erlitt ein schwerstes, geschlossenes Schädel-Hirn-Trauma, eine Rissquetschwunde an der Stirn, einen Schädelbruch rechts, ein

ZVR 2009/208

§ 1326 ABGB

OLG Wien  
23. 10. 2007,  
13 R 173/07t  
(LGZ Wien  
11. 6. 2007,  
26 Cg 109/06 z)

schweres Trauma mit Gehirnkontusion mit frontobasaler Blutung rechts und Einblutung in die Ventrikel, Übergang in ein apallisches Syndrom sowie eine leichtgradige traumatische Subarachnealblutung, einen

**OLG Wien stellt bei Bemessung der Verunstaltungsentschädigung ausdrücklich nicht nur auf die Schwere der Verletzung ab; auch das – vorgerückte – Alter des (in Lebensgemeinschaft lebenden) Opfers spielt bei der Betragsausmessung uU eine mitentscheidende Rolle.**

Kompressionsbruch des Lendenwirbels, Brüche am oberen und unteren Schambeinast rechts, eine Fraktur der Massalateralis rechts am Kreuzbein. Sie ist an den Gebrauch des Rollstuhls gebunden. Sie kann denselben weder selbst erreichen noch verlassen oder antreiben. Die Körper- und insb auch die Kopfkontrolle sind vermindert, sie kann nur mit Unterstützung sitzen, nicht allein stehen oder gehen und ist nicht in der Lage, sich sprachlich zu äußern. Aus neurologischer Sicht besteht eine schwere Tetrasymptomatik, insb am rechten Arm ist

der Spannungszustand der Muskulatur stark spastisch erhöht. Hier finden sich auch Kontrakturen der Gelenke. An den Beinen überwiegt das Bild einer hochgradigen Polyneuropathie mit abgeschwächten bzw fehlenden Reflexen und mit massiven Verschmchtigungen der Muskulatur. Die Kl ist zu zielgerichteten Bewegungen ihrer Gliedmaßen nicht in der Lage, sie kann weder frei sitzen noch gehen noch stehen.

Weitere Unfallfolgen in Form von Spätkomplikationen können eintreten, insb posttraumatische Spät-epilepsie.

Die Kl war zum Unfallszeitpunkt bereits in Pension. Sie hatte nicht mehr vor zu arbeiten und lebt seit über 17 Jahren in einer eheähnlichen Gemeinschaft.

#### [Klagebegehren und ErstU]

Die Kl beehrte ua eine Verunstaltungsentschädigung in Höhe von € 18.000,-, weil sie schwerst „verunstaltet“ sei, sich kaum mehr bewegen könne, an das Bett und den Rollstuhl gefesselt sei. Sie sei als Pflegefall jeder anspruchsvollen Lebensgestaltung beraubt worden. Durch die nachteilige Veränderung ihres äußeren Erscheinungsbilds sei eine mögliche Verbesserung der Lebenslage, wie etwa die Wiederaufnahme einer Tätigkeit als minderbeschäftigte Aushilfe am Markt, entfallen. Sie sei vormals selbständige Gemüsefrau gewesen und habe Kontakt zu den Leuten am Markt gepflogen und genossen.

Ferner sei ihr die Möglichkeit durch Heirat ihre Situation zu verbessern und somit ein „besseres Fortkommen“ (iSd § 1326 ABGB) genommen. Es sei auch eine starke Beeinträchtigung im Verkehr mit gleichaltrigen Personen aufgrund der schwersten Verletzungen gegeben, weil die Kl nicht mehr daran teilhaben könne. Das Bestehen einer Lebensgemeinschaft schließe den Anspruch nach § 1326 ABGB nicht aus.

Das ErstG wies das Begehren auf Zuerkennung einer Verunstaltungsentschädigung ab. Zwar stehe durch die nach außen stets in Erscheinung tretende körperliche Lähmung mit Rollstuhlgebundenheit die Verunstaltung der Kl zweifelsfrei fest. Dennoch werde die 1942 geborene Kl, die in einer eheähnlichen Beziehung seit über 17 Jahren lebe, in ihrem besseren Fortkommen nicht behindert. Sie sei vor dem Unfall in Pension gewesen und habe auch nicht beabsichtigt gehabt, einer Beschäftigung nachzugehen. Inwieweit sie unter diesen Um-

ständen durch die Verunstaltung in ihrem besseren Fortkommen, sei es im privaten Bereich iS eines Entgangs von Heiratschancen, sei es im beruflichen Bereich iS von verschlechterten Berufsaussichten verhindert sein solle, sei nicht ersichtlich.

Das OLG Wien gab der Ber der Kl teilw Folge und sprach ihr eine Verunstaltungsentschädigung in Höhe von € 9.000,- sA zu.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Zur Ber der Kl:

#### [Regelungszweck des § 1326 ABGB]

Durch die Verunstaltungsentschädigung soll der Schaden des entstellten Geschädigten abgegolten werden, der nicht schon<sup>2</sup>nach § 1325 ABGB entschädigt oder zugesprochen wurde. Ein Verdienstausfall durch die vollkommene Erwerbsunfähigkeit der Geschädigten wird ausschließlich im Weg der Entschädigung wegen Verdienstentgangs nach § 1325 ABGB – und nicht zusätzlich nach § 1326 ABGB – abgegolten (*Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung, 211 mit zahlreichen RspNachw). Auf die Absicht oder die Möglichkeit der Kl, in Hinkunft aushilfsweise keinerlei Hilfsdienste am Gemüsemarkt auszuführen, kommt es daher nicht an, weshalb die Voraussetzungen des § 1326 ABGB, nach denen der Geschädigte für die Verunstaltung nur dann Ersatz verlangen kann, wenn er in seinem besseren Fortkommen behindert wird, nur noch unter dem Aspekt der „Verminderung der Heiratsaussichten“ zu prüfen sein wird.

Es ist mittlerweile in der Rsp anerkannt, dass mit dem Zuspruch von Verunstaltungsentschädigung neben den primär auszugleichenden materiellen auch immaterielle Schadenskomponenten ausgeglichen werden sollen (*Karner*, aaO 226 f; *Harrer* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 1326 Rz 16, jeweils mwN).

#### [Begriff „Verunstaltung“]

Eine Verunstaltung des am Körper verletzten Geschädigten wird angenommen, wenn sich dessen äußeres Erscheinungsbild unter Zugrundelegung eines ästhetischen Maßstabs nicht nur unwesentlich nachteilig verändert hat. Die für die Kl festgestellte Veränderung ihres äußeren Erscheinungsbilds, wie Behinderungen an den Beinen, Sprachstörungen, Nahbereich zum apallischen Syndrom (*Reischauer* in *Rumme*<sup>4</sup> § 1326 Rz 5 mwN), Bindung der Fortbewegung an einen Rollstuhl (MGA<sup>36</sup> § 1326 ABGB E 31), sind – wie das ErstG zutreffend ausgeführt hat – jedenfalls dem Begriff der „Verunstaltung“ iSd § 1326 ABGB zu unterstellen.

#### [Verminderung der Heiratsaussichten]

Die Rsp sieht in einer Heirat eine Möglichkeit, die „Gesamtlage“ zu verbessern (1 Ob 161/00 h; SZ 47/60; *Reischauer*, aaO Rz 7, *Karner*, aaO 227; jeweils mwN). Die verminderten Heiratsaussichten muss der „Verunstaltete“ nicht konkret nachweisen; es genügt vielmehr die bloße Möglichkeit verminderter Heiratschancen. Der Eintritt des Schadens darf praktisch nicht ausgeschlossen sein (RIS-Justiz RS0031344; RS0031366). Weder das Lebensalter noch eine aufrechte Lebensge-

meinschaft, ja nicht einmal ein eingegangenes Verlöb-  
nis, schließen die Zuerkennung einer Verunstaltungs-  
entschädigung wegen verminderter Heiratsaussichten  
aus (*Harrer*, aaO Rz 22; *Reischauer*, aaO Rz 7; MGA<sup>36</sup>  
§ 1326 ABGB E 65 ff, jeweils mwN). Bei Bestehen einer  
nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft spricht die Rsp die  
Verunstaltungsentschädigung idR ohne Weiteres zu  
(*Reischauer*, aaO). Die vom ErstG zit E (ZVR 1988/131;  
1993/136) weichen davon nicht ab, weil in diesen Fällen  
die verunstalteten Kl verheiratet waren.

Der Kl, der die Möglichkeit einer Verbesserung ihrer  
Gesamtlage durch Eheschließung für immer ge-  
nommen ist, steht die Verunstaltungsentschädigung  
dem Grund nach somit zu.

### [Bemessung des Anspruchs]

Für die Höhe der Verunstaltungsentschädigung kommt  
es auf den Grad der Verunstaltung und die Wahr-  
scheinlichkeit der Verhinderung des besseren Fortkom-  
mens und die Größe der Verminderung der Heirats-  
chancen an; dabei ist die Entschädigung mit einem Glo-  
balbetrag zu bemessen (vgl *Harrer*, aaO).

Die Kl wurde bei dem verfahrensgegenständlichen  
Unfall besonders gravierend verunstaltet. Für vergleich-  
bare Verunstaltungen wurden von der Rsp ähnlich

hohe Entschädigungen, wie sie von der Kl eingeklagt  
wurden, zugesprochen. So wurde etwa für die Halbsei-  
tenlähmung eines 12-jährigen Mädchens € 11.628,-,  
für die Querschnittlähmung eines 16-jährigen Mannes  
€ 14.535,-, für eine vollständige Lähmung der oberen  
und unteren Extremitäten mit einer kompletten Blasen-  
und Mastdarmlähmung eines 23-jährigen Mannes  
€ 21.802,- (vgl Rsp-Übersicht bei *Harrer*, aaO), für ei-  
nen an den Rollstuhl gebundenen 22-jährigen Mann  
mit appalischem Syndrom € 29.069,- (2 Ob 145/02 s)  
oder für ein bewegungsunfähiges neugeborenes Kind  
€ 25.436,- (1 Ob 86/01 x) zugesprochen.

Mit den genannten Fällen waren zwar die äußerlich  
sichtbaren nachteiligen Veränderungen der verletzten  
Kl vergleichbar, die Geschädigten jedoch deutlich jün-  
ger als die Kl. Ist es zwar nicht ausgeschlossen, dass  
die Kl auch als 62-Jährige noch eine Ehe, in der sie bes-  
ser als ohne Eheschließung versorgt worden wäre, einge-  
gangen wäre, kann ihre Behinderung im besseren  
Fortkommen doch nicht mit derjenigen eines jungen  
Menschen, der „das ganze Leben noch vor sich hat“,  
verglichen werden. Das BerG erachtet daher die  
Ausmessung der Verunstaltungsentschädigung mit  
€ 9.000,- für angemessen. In diesem Umfang war der  
Ber der Kl Folge zu geben.

### Anmerkung:

Eine 62-jährige ehemalige Gemüsefrau, die seit 17 Jah-  
ren in einer – offenbar stabilen – nicht-ehelichen Ge-  
meinschaft lebt, wurde bei einem Verkehrsunfall  
schwerst verletzt. Strittig war der **Umfang** der Verunstal-  
tungsentschädigung. § 1326 ABGB ist eine Norm, die im  
**Graubereich** zwischen **Vermögens-** und **Immaterial-**  
**schaden** angesiedelt ist. Der OGH gewährt im Rahmen  
dieser Norm bloß eine Abgeltung für Vermögensnach-  
teile (zum Streitstand umfassend *Karner*, Der Ersatz ide-  
eller Schäden bei Körperverletzung [1999] 211 ff). Das  
OLG Wien bewegt sich in diesem Rahmen. Das Vor-  
bringen der Kl, dass sie im Verkehr mit gleichaltrigen  
Personen eine starke Beeinträchtigung erfahren habe,  
wird vom OLG – zu Recht – nicht aufgegriffen. Dieser  
Umstand spielt beim Schmerzensgeld oder bei konkre-  
ten Aufwendungen im Rahmen der vermehrten Bedürf-  
nisse eine Rolle, aber nicht bei der Verunstaltungs-  
entschädigung.

Die Verunstaltungsentschädigung stellt eine Beweis-  
erleichterung für den Anspruchsteller dar, da er Ver-  
mögensnachteile im Erwerbsleben, die aus einer Verun-  
staltung herrühren, häufig **nicht ausreichend beweisen**  
kann. Das ist auch – und gerade – heute durchaus  
plausibel. So manche Einstellung scheitert wegen eines  
unansehnlichen Erscheinungsbilds – wie umgekehrt ein  
gefälliges Äußeres mitunter den Ausschlag für die Erlan-  
gung einer Stelle gibt. Insb in Zeiten des GIBG wird  
ein Nachweis von verpassten Chancen wegen des äußeren  
Erscheinungsbilds noch viel schwerer zu führen  
sein, weil sich Arbeitgeber bezüglich der Begründung,  
warum ein Bewerber den Zuschlag nicht bekommen  
hat, noch vielmehr in Schweigen hüllen werden. Bei  
der Verunstaltungsentschädigung geht es auch nicht  
um den Entgang einer **konkret greifbaren Erwerbs-**

**chance**; es genügt, dass eine solche nicht ausgeschlos-  
sen sein darf.

Gleichwohl hat das OLG Wien mE **richtig ent-**  
**schieden**, indem es diesen Aspekt unberücksichtigt ge-  
lassen hat. Eine 62-jährige selbstständige Gemüsefrau  
hat im Regelfall das **berufliche Erwerbsleben hinter**  
**sich**. Fallweise Aushilfen bei einer solchen Tätigkeit  
mögen vorkommen und durch die Verletzung auch un-  
möglich gemacht worden sein; die daraus erzielbaren  
Einnahmen sind aber nach § 1325 ABGB ausreichend  
substanziierbar. Das äußere Erscheinungsbild, das eine  
Berufslaufbahn nachhaltig beeinträchtigt, liegt hier  
nicht – mehr – vor. Insoweit sollte man nicht nur da-  
rauf abstellen, ob etwas ausgeschlossen ist, sondern et-  
was strenger darauf, ob es einigermaßen plausibel ist.  
Jedenfalls Letzteres ist hier zu verneinen.

Dass die Verletzte nicht verheiratet ist, sondern in  
einer **Lebensgemeinschaft** mit einem Mann zusam-  
menlebt, mag diese auch seit 17 Jahren bestehen, wird  
für die Verletzte – so sarkastisch das auch klingen  
mag – zum **Glücksfall**. Als Ehefrau wäre sie leer ausge-  
gangen; als Lebensgefährtin bekommt sie etwas. Auf  
den ersten Blick mag man daran Anstoß nehmen.  
Wenn die Partnerschaft stabil ist, mag sie da und dort  
versorgt sein. Nach dem Konzept des OGH ist die **Dif-**  
**ferenzierung** aber **folgerichtig**. Die Absicherung der  
Ehefrau ist – heute noch – umfassender als die einer Le-  
bensabschnittsbegleiterin. Infolge der Verunstaltung ist  
es daher nicht von der Hand zu weisen, dass der umfas-  
sendere Absicherungsstatus einer künftigen Ehe wo-  
möglich verloren geht, weshalb eine Abgeltung durch-  
aus ihre sachliche Legitimation hat.

Sehr häufig orientiert sich die Verunstaltungs-  
entschädigung – wie das Schmerzensgeld – allein an der  
**Schwere der Verletzung**. Durchaus einfühlsam hat

das OLG Wien auch das **Alter** der Verletzten in den Blick genommen. Das ist insb dann einleuchtend, wenn man sich vor Augen hält, dass es um die Abgeltung eines Vermögensschadens geht. Das Risiko, infolge einer Verunstaltung künftig Nachteile zu erleiden, ist bei einer Person im vorgerückten Alter deutlich geringer als in der Kindheit oder Jugend, wenn solche das Erwachsenenalter er- und durchleben. Auch bei der Kapitalabfindung eines Erwerbsschadens würde sich das auswirken. Folgerichtigerweise muss bei der Verunstaltungsentschädigung Entsprechendes gelten. Erwägenswert

wäre, bei der Bemessung nicht nur zu berücksichtigen, wie alt eine Person ist, sondern auch, ob die Beeinträchtigung bloß in Bezug auf **Eheschließung** oder **Erwerbsleben** gegeben ist oder eine potenzielle Benachteiligung in **beiden Bereichen** in Betracht kommt. Eine solche Offenlegung der Bemessungsdeterminanten würde zu größerer Transparenz und einem höheren Maß an (Voraus-)Berechenbarkeit führen.

Christian Huber, RWTH Aachen

## [JUDIKATURÜBERSICHT VERWALTUNG]

# Judikaturübersicht Verwaltung

Gerhard Pürstl

### → StVO

#### § 5 Abs 1 StVO

ZVR 2009/209

Sturztrunk, Alkoholbeeinträchtigung auch in Anflutungsphase

In den Fällen eines behaupteten Sturztrunks vor dem Tatzeitpunkt führt die – nachträgliche – Feststellung des Atemluftalkoholgehalts (bzw Blutalkoholgehalts) auch dann zur Anwendung des § 5 Abs 1 StVO, wenn sich der Lenker im Lenkzeitpunkt (noch) in der „Anflutungsphase“ befunden hat (E 14. 12. 2007, 2007/02/0023 ZVR 2008/158).

Die bei der Bf durchgeführte Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt hat mehr als eineinhalb Stunden nach einem Verkehrsunfall ein Messergebnis mit Werten von 0,88 und 0,84 mg/l ergeben.

Die Bf brachte vor, es wäre möglich, dass sie im Zeitpunkt des Lenkens einen Wert von unter 0,8 mg/l Alkoholgehalt ihrer Atemluft aufgewiesen hätte. Bei einem solchen Wert unterläge sie der mildereren Strafdrohung des § 99 Abs 1 a StVO. Es wäre daher zur Rückrechnung des Alkoholgehalts ein SV beizuziehen gewesen.

VwGH 20. 3. 2009, 2008/02/0040

Anmerkung: Mit dieser E brachte der VwGH klar zum Ausdruck, dass sich seine stRsp hinsichtlich der „Anflutungsphase“ nicht nur auf die Frage einer Alkoholbeeinträchtigung (ja/nein) bezieht, sondern auch auf die Frage der ziffernmäßigen Höhe des Alkoholisierungsgrads, der ja sowohl für die Strafhöhe als auch für die fährerscheinrechtlichen Konsequenzen von Bedeutung ist.

#### § 5 Abs 2 StVO

ZVR 2009/210

Verweigerung der Atemluftuntersuchung, Tatvollendung  
Der objektive Tatbestand des § 99 Abs 1 lit b iVm § 5 Abs 2 StVO ist bereits mit der Weigerung, sich dem Test zu unterziehen, vollendet. Darauf, dass der Beschuldigte den Beamten, die den Ort der Amtshandlung zu verlassen im Begriff waren, (dann doch) erklärte, er sei (nunmehr) zur Ablegung

des Alkotests bereit, kommt es nicht an, wobei dem Beschuldigten klar sein musste, dass er der Aufforderung nicht unverzüglich entsprochen hatte und die Amtshandlung bereits beendet war.

Ein wegen einer Übertretung des § 5 Abs 2 StVO in erster Instanz bestraffter Kfz-Lenker wendete in der Berufung ein, er hätte sich nicht vom Ort der Amtshandlung entfernt, sondern die Zeugin G hätte Zeugen herbeigeholt. Es wäre ihm nicht das geringste Verschulden vorzuwerfen, wenn er für die Durchführung der Atemluftkontrolle noch einige Zeugen hinzuziehen hätte wollen und die Zeugin G damit beauftragt hätte. Es hätte sich höchstens um fünf Minuten vom Zeitpunkt der Aufforderung bis zum Herbeieilen der Zeugen und der Aufforderung des Mitbeteiligten, den Alkotest abgeben zu wollen, gehandelt. Er hätte sich nicht geweigert, den Alkotest zu machen, sondern hätte lediglich für den Vorgang der Abgabe der Atemluft noch Zeugen beiziehen wollen. Die Polizeibeamten hätten nicht darauf hingewiesen, dass dies nicht möglich wäre.

Die bel Beh gab der Berufung tatsächlich Folge und behob den angefochtenen Bescheid. Dagegen erhob der BMVIT Amtsbeschwerde an den VwGH.

Der GH führte aus, dass nach der Rsp zu § 5 Abs 2 StVO diese Bestimmung dem Betroffenen nicht das Recht einräume, die Bedingungen festzusetzen, unter denen er bereit sei, sich untersuchen zu lassen. Er habe vielmehr die von den Organen der Straßenaufsicht erforderlichen Anordnungen, soweit dies nicht unzumutbar ist, zu befolgen. Wenn derartigen Anordnungen nicht unverzüglich Folge geleistet werde, bedeute dies eine Verweigerung der im Gesetz normierten Pflicht, sich untersuchen zu lassen (vgl das Erk 10. 9. 2004, 2001/02/0241 mwN).

Der objektive Tatbestand des § 5 Abs 2 StVO sei bereits mit der Weigerung, sich dem Test zu unterziehen, vollendet. Darauf, dass der Betroffene den Beamten, die den Ort der Amtshandlung zu verlassen im Begriff waren, (dann doch) erklärte, er sei (nunmehr) zur Ablegung des Alkotests bereit, komme es nicht an.

Der angehaltene Lenker müsse sofort der Aufforderung des Wachorgans, den Alkotest vorzunehmen, entsprechen. Jedes Verhalten, das die sofortige Vornahme des Alkotestes verhindere, sofern das Wachorgan nicht hiezu seine Zustimmung erklärte, sei als Verweigerung der Atemluftprobe zu werten, auch wenn der Lenker vor diesem Verhalten wörtlich seine Zustimmung zur