OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: LVwG-601794/16/KLi/MSt

Datum: Linz, 20. April 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 22. Februar 2017 des Mag. H L, geb. x, R, L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 23. Jänner 2017, GZ: VerkR96-1664-2016, wegen Übertretung des Führerscheingesetzes (FSG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 100 Euro zu leisten.

III. Der Beschwerdeführer hat binnen zwei Wochen Barauslagen (Zeugengebühren) in Höhe von 4,40 Euro zu bezahlen.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt (in der Folge: belangte Behörde) vom 23. Jänner 2017, GZ: VerkR96-1664-2016, wurde dem Beschwerdeführer vorgeworfen, er habe das KFZ, Skoda Fabia, grau, Kennzeichen: FR-x, am 1.6.2016 um 22:45 Uhr in der Gemeinde Gutau, Gemeindestraße Freiland, Richtung/Kreuzung: S, L 7326, bei km 0,050 mit einem Alkoholgehalt der Atemluft von 0,27 mg/l gelenkt, obwohl das Lenken von Kraftfahrzeugen nur erlaubt sei, wenn der Alkoholgehalt der Atemluft weniger als 0,25 mg/l betrage. Der Beschwerdeführer habe dadurch § 37a iVm § 14 Abs. 8 FSG verletzt. Über ihn werde eine Geldstrafe von 500 Euro, falls diese uneinbringlich ist, eine Ersatzfreiheitsstrafe von 230 Stunden gemäß § 37a FSG verhängt. Ferner habe der Beschwerdeführer gemäß § 64 VStG einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens von 50 Euro zu bezahlen.

Begründend führte die belangte Behörde aus, aufgrund einer Anzeige der PI Königswiesen vom 3.6.2016 sei mit Strafverfügung der belangten Behörde vom 8.6.2016, wegen der im Spruch näher angeführten Verwaltungsübertretung eine Geldstrafe von 500 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von 230 Stunden verhängt worden. Mit Schriftsatz vom 22.6.2016 habe der Beschwerdeführer gegen die Strafverfügung Einspruch erhoben. Mit Schriftsatz vom 2.8.2016 habe sich der Beschwerdeführer sinngemäß dahingehend gerechtfertigt, dass ein echtes Indiz einer Beeinträchtigung durch Alkohol nicht vorgelegen wäre. Zum deutlichen Geruch der Atemluft nach Alkohol sei anzuführen, dass es sich wohl um den Geruch des alkoholfreien Bieres gehandelt habe. Die durchgeführte Untersuchung der Atemluft habe kurz vor der nächsten erforderlichen Überprüfung des Messgerätes stattgefunden, es sei daher nicht ausgeschlossen, dass der Alkomat nicht mehr einwandfrei funktioniert habe. Beantragt werde, Unterlagen vorzulegen, aus denen hervorgehe, dass das vornehmende Organ der Atemluftkontrolle besonders geschult sei bzw. eine entsprechende Ermächtigung zur Durchführung habe. Es könne sein, dass der Alkoholgehalt zum Zeitpunkt der Messung bestanden habe, aber zu dem Zeitpunkt, als er das Auto gelenkt habe, nicht. Da ca. 20 Minuten zwischen dem Zeitpunkt der Anhaltung und dem Zeitpunkt an dem der Alkoholgehalt festgestellt worden sei, verstrichen seien, habe er sich in der Phase befunden, in welcher der Alkoholgehalt in der Atemluft noch zugenommen habe.

Die belangte Behörde schaffte daraufhin den Eichschein des verwendeten Atemluftalkoholmessgerätes, das Protokoll des Ergebnisses der zwischenzeitlich durchgeführten Überprüfung des Atemluftalkoholmessgerätes sowie die Bestätigung, dass das durchführende Organ im Sinne des § 5 Abs. 2 StVO hiezu besonders geschult war, bei.

Mit Schreiben der belangten Behörde vom 19.9.2016 wurde dem Beschwerdeführer die Möglichkeit eingeräumt, zu diesen Unterlagen eine Stellungnahme abzugeben, von welchem Recht der Beschwerdeführer keinen Gebrauch machte.

Die belangte Behörde ging insofern davon aus, dass der Beschwerdeführer das KFZ mit einem Alkoholgehalt der Atemluft von 0,27 mg/l gelenkt habe, obwohl das Lenken von Kraftfahrzeugen nur erlaubt sei, wenn der Alkoholgehalt der Atemluft weniger als 0,25 mg/l betrage.

Die belangte Behörde stützte sich diesbezüglich auf die Anzeige der PI Königswiesen, den Messstreifen, die Strafverfügung, den Eichschein des verwendeten Atemluftalkoholmessgerätes, das Protokoll des Ergebnisses der zwischenzeitlich durchgeführten Überprüfung des Atemluftalkoholmessgerätes, die Bestätigung, dass das durchführende Organ im Sinne des § 5 Abs. 2 StVO besonders geschult war sowie die Einspruchsangaben des Beschwerdeführers.

In rechtlicher Würdigung führte die belangte Behörde aus, dass die angezeigte Übertretung von einem Polizeibeamten festgestellt worden sei. Der Alkoholgehalt sei insbesondere aus dem im Akt befindlichen Messstreifen des durchgeführten Alkoholtestes ersichtlich.

§ 5 Abs. 2 Satz 1 StVO räume besonders geschulten und von der Behörde hiezu ermächtigten Organen der Straßenaufsicht die Berechtigung ein, jederzeit - somit auch ohne Vorliegen von Alkoholisierungssymptomen - die Atemluft von Personen, die ein Fahrzeug lenken, in Betrieb nehmen oder zu lenken oder in Betrieb zu nehmen versuchen, auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Das durchzuführende Organ sei ermächtigt gewesen, eine solche Messung des Alkoholgehaltes in der Atemluft vorzunehmen.

Am Eichschein des Messgerätes zur Bestimmung des Alkoholgehaltes in der Atemluft sei ersichtlich, dass die letzte Eichung am 6.11.2014 durchgeführt worden sei und die Nacheichfrist erst am 31.12.2016 ende. Am Überprüfungsbericht der Genauigkeitsüberprüfung sei ersichtlich, dass das Gerät überprüft und für in Ordnung befunden worden sei.

Eine zeugenschaftliche Einvernahme der vom Beschwerdeführer namhaft gemachten Zeugen sei nach Ansicht der Behörde nicht erforderlich gewesen, da auf Grund des vorliegenden Sachverhaltes eine Einvernahme keinen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens genommen hätte.

Selbst wenn der Beschwerdeführer zum Ergebnis der Atemluft ein Gutachten von Dr. P B anführe, müssten vor der ersten Atemprobe mindestens fünfzehn Minuten nach der Zeit des letzten Alkoholkonsums abgewartet werden, damit das

Messergebnis nicht durch den in den Mundschleimhäuten befindlichen Alkohol verfälscht werde.

Der Alkoholgehalt der Atemluft könne nicht zunehmen, außer der Beschwerdeführer hätte zwischenzeitlich noch Alkohol konsumiert. Beim Beschwerdeführer sei um 22:47 Uhr ein Test mit einem Vortestgerät durchgeführt worden. Zu diesem Zeitpunkt habe das Ergebnis 0,31 mg/l betragen, um 23:04 Uhr habe das Ergebnis 0,27 mg/l betragen. Der Alkoholgehalt der Atemluftmessung habe daher abgenommen. Möge sich der Alkoholkonsum auf den Blutalkoholgehalt erst nach einer gewissen Zeit auswirken, die schädliche Wirkung des Alkohols auf die Fahrtüchtigkeit trete sofort ein, bereits in der sogenannten Anflutungsphase. Die Anstiegsphasen würden sich dabei besonders nachteilig auf die Fahrtüchtigkeit auswirken.

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahren stehe für die Behörde fest, dass der Beschwerdeführer am 1.6.2016 um 22:45 Uhr in der Gemeinde Gutau, Gemeindestraße Freiland, L 7326 bei km 0,050 mit dem amtlichen Kennzeichen FR-x in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt habe. Der Test am geeichten Alkomaten habe einen Alkoholgehalt der Atemluft von 0,27 mg/l ergeben.

Unter Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen führte die belangte Behörde aus, dass über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von 500 Euro, falls diese uneinbringlich ist, eine Ersatzfreiheitsstrafe von 230 Stunden verhängt werde. Der Beschwerdeführer habe bekanntgegeben, sorgepflichtig für zwei Kinder zu sein und zur Hälfte im Besitz eines Wohnhauses zu sein. Die Einkommensverhältnisse seien nicht bekanntgegebenen worden, daher seien diese, wie angekündigt, mit monatlich 2.500 Euro geschätzt worden. Der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit komme dem Beschwerdeführer nicht mehr zu Gute. Erschwerend sei eine einschlägige verwaltungsstrafrechtliche Vormerkung zu werten.

Die über den Beschwerdeführer verhängte Geldstrafe sei unter Berücksichtigung seiner Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse adäquat bemessen und sei die Verhängung der im Spruch angeführten Geldstrafe vor allem notwendig, um den Beschwerdeführer im Sinne der Spezialprävention von weiteren Verwaltungsübertretungen gleicher Art abzuhalten. Die verhängte Strafe sei somit dem Schuld- und Unrechtsgehalt der Tat angemessen.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die Beschwerde vom 22. Februar 2017, mit welcher der Beschwerdeführer das Straferkenntnis im vollen Umfang anficht.

Zum Sachverhalt brachte der Beschwerdeführer zusammengefasst vor, er habe gemeinsam mit der Zeugin A W und dem Zeugen Mag. E I in Bad Zell die Sauna besucht. Im Sauna-Bereich habe er zumindest drei alkoholfreie Weizenbiere und eine Halbe alkoholhaltiges Bier getrunken, wobei er eventuell auch vier alkoholfreie Weizenbiere getrunken haben könnte, aber sicher nur eine Halbe alkoholhaltiges Bier. Nach Beendigung des Sauna-Besuches habe er noch zwei weitere Halbe Bier und ein Seidel Bier getrunken, wobei er die zweite Halbe und das letzte Seidel sehr rasch ausgetrunken habe.

In weiterer Folge sei er gemeinsam mit der Zeugin A W in Richtung Lasberg gefahren. Um 22:45 Uhr (wobei er diese Zeit der Anzeige bzw. der Strafverfügung entnehme) sei er von einer Polizeistreife angehalten und zu einer Alkoholkontrolle aufgefordert worden. Das Ergebnis des Vortesters sei positiv verlaufen, weshalb in der Folge eine Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt mittels Alkomat durchgeführt worden sei. Da bereits vor ihm eine Person dazu aufgefordert worden sei, sei die Untersuchung der Atemluft nicht innerhalb der Minimalfrist von 15 Minuten, sondern um 23:03 Uhr und um 23:04 Uhr, also etwa eine halbe Stunde nach dem letzten Alkoholkonsum, vorgenommen worden.

Zum protokollierten deutlichen Geruch seiner Atemluft nach Alkohol führe er an, dass es sich hiebei wohl – abweichend vom Geruch nach Alkohol – um den Geruch von Bier handle, sei es alkoholisches oder alkoholfreies Bier.

Außerdem sei die Untersuchung der Atemluft in seinem Fall kurz vor der nächsten erforderlichen Überprüfung durchgeführt worden und könne daher nicht ausgeschlossen werden, dass aufgrund der offensichtlich schon einen längeren Zeitraum zurückliegenden letzten Überprüfung des Alkomats dieser nicht mehr einwandfrei gearbeitet habe. Bestritten werde, dass er mit einem Alkoholgehalt der Atemluft von 0,27 mg/l bzw. 0,54 Promille Alkohol im Blut sein Fahrzeug gelenkt habe. Es möge zwar sein, dass dieser Alkoholgehalt zum Zeitpunkt der Messung bestanden habe, doch sei hier mit zu berücksichtigen, dass zwischen dem Zeitpunkt der Anhaltung, also jenem Zeitpunkt, wo er das Fahrzeug zuletzt gelenkt habe und jenem Zeitpunkt, in dem der Alkoholgehalt in der Atemluft festgestellt worden sei, ca. 20 Minuten verstrichen seien. Er habe sich zwischen dem Zeitpunkt der Anhaltung und dem Zeitpunkt der Feststellung des Alkoholgehaltes in einer Phase befunden, in welcher der Alkoholgehalt in der Atemluft noch zugenommen habe und es sei davon auszugehen, dass jener Wert, über welchem es ihm gesetzlich untersagt sei, ein Fahrzeug zu lenken oder in Betrieb zu nehmen, erst nach Beendigung des Lenkvorganges und während des Zuwartens auf die Untersuchung der Atemluft auf Alkohol erreicht worden sei. Um seine Annahme zu bestätigen, verweise er auf ein entsprechendes Gutachten von Dr. P B.

Zum Zeitpunkt der Anhaltung sei der Wert des Alkoholgehaltes in der Atemluft deutlich unter dem Wert, welcher in § 14 Abs. 8 FSG genannt werde, gelegen. Er habe die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen. Aufgrund seiner Ausführungen beantrage er die Einstellung des gegenständlichen Verfahrens gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 bzw. Z 2 VStG. In eventu werde beantragt, das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG einzustellen. In eventu werde auch beantragt, ihn gemäß § 45 Abs. 1 Satz 2 VStG zu ermahnen. In eventu werde ferner beantragt, die Mindeststrafe des § 37a FSG gemäß § 20 VStG deutlich zu unterschreiten, da in seinem Fall die Milderungsgründe deutlich überwiegen würden.

Im Verfahren sei dem Beschwerdeführer der Prüfbericht (Eichschein) vorgelegt worden. Auszugsweise sei eine Kopie der Ermächtigungsurkunde des Organs der Straßenaufsicht vorgelegt worden. Aus diesem Auszug gehe nicht hervor, ob der Polizeibeamte zur Untersuchung der Atemluft mittels Alkomat ermächtigt gewesen sei. Es ergebe sich nicht, ob er zur Untersuchung der Atemluft besonders geschult worden sei.

In rechtlicher Hinsicht beziehe sich die von der belangten Behörde zitierte Judikatur zur Alkoholisierung bzw. zur Messung des Alkoholgehaltes in der Atemluft bzw. zur Anflutungsphase nicht auf § 14 Abs. 8 FSG, sondern auf § 5 Abs. 1 StVO. Wenn die belangte Behörde behaupte, der Alkoholgehalt der Atemluft habe im fraglichen Zeitraum (gemeint jener Zeitraum zwischen der Vortestung und der Messung mittels Alkomat) nicht zunehmen können, außer der Beschwerdeführer habe zwischenzeitlich noch Alkohol konsumiert, sei darüber hinaus entgegen zu halten, dass es sich hiebei um eine klinisch-medizinische Frage handle. In seinem Fall werde dem Beschwerdeführer ein Verstoß gegen das Formaldelikt des § 14 Abs. 8 FSG vorgeworfen, wo die Strafbarkeit unabhängig von der Frage der tatsächlichen Alkoholbeeinträchtigung eintrete. Ihm sei nie vorgeworfen worden, dass er sich in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand iSd. § 5 Abs. 1 StVO befunden habe und in diesem Zustand am Straßenverkehr teilgenommen habe. Nach wie vor offen sei das Beweisthema, inwiefern das vorliegende Messergebnis im Lichte des § 14 Abs. 8 FSG etwas über die Frage des Alkoholgehalts der Atemluft in jenem Zeitpunkt, als der Beschwerdeführer ein Fahrzeug gelenkt habe, aussage, was offensichtlich nicht der Fall sei.

Zusammengefasst werde daher die Durchführung einer Beschwerdeverhandlung zur Wahrung seiner Rechte im Lichte des Art. 6 EMRK; die Einstellung des Strafverfahrens, da er keine Verwaltungsübertretung begangen habe bzw. kein strafbares Verhalten gesetzt habe; in eventu die bescheidmäßige Ermahnung ohne Verhängung einer Strafe; in eventu die Verhängung der Mindeststrafe; in eventu die deutliche Herabsetzung der Strafe; beantragt

I.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumte daraufhin für den 7. April 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, zu welcher der Beschwerdeführer ladungsgemäß erschienen ist. Die belangte Behörde hat an der Verhandlung nach Bekanntgabe vom 7. April 2017 nicht teilgenommen. Zeugenschaftlich vernommen wurden die vom Beschwerdeführer beantragten Zeugen A W und Mag. E I. Ferner wurde der einschreitende Polizeibeamte, GI A P, als Zeuge vernommen.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Am 1. Juni 2016 um 22:45 Uhr lenkte der Beschwerdeführer in der Gemeinde Gutau, Gemeindestraße Freiland, Richtung/Kreuzung: S, L 7326 bei km 0,050 das KFZ Skoda Fabia, Kennzeichen: FR-x, grau/silberfarbig, mit einem Alkoholgehalt der Atemluft von 0,27 mg/l, obwohl das Lenken von Kraftfahrzeugen nur erlaubt ist, wenn der Alkoholgehalt der Atemluft weniger als 0,25 mg/l beträgt.

II.2. Vor Fahrtantritt, im Laufe des Nachmittages besuchte der Beschwerdeführer mit den Zeugen A W und Mag. E I die Sauna. Im Zuge des Sauna-Besuches nahm der Beschwerdeführer drei (oder auch vier) alkoholfreie Weizenbiere und eine Halbe alkoholhaltiges Bier zu sich. Nach Abschluss der Sauna-Gänge nahm er noch zwei weitere Halbe Bier und ein Seidel Bier zu sich. Unmittelbar nach dem letzten Alkoholkonsum trat er mit der Zeugin A W die Heimfahrt an.

II.3. Daraufhin wurde er im Bereich Gemeinde Gutau, Gemeindestraße Freiland, Richtung/Kreuzung: S, L 7326 bei km 0,050 angehalten. Der Zeuge GI A P führte zunächst eine Überprüfung der Atemluft auf Alkoholgehalt mittels Vortestgerätes durch. Nachdem dieser Test positiv war, wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, am Alkomat eine Prüfung der Atemluft auf Alkoholgehalt durchzuführen, welcher Aufforderung der Beschwerdeführer nachkam. Die Überprüfung am Alkomat ergab einen Alkoholgehalt der Atemluft von 0,27 mg/l.

Der Alkomat war zum Zeitpunkt der Überprüfung vorschriftsgemäß geeicht. Der Alkomat wurde auch in weiterer Folge vorschriftkonform überprüft und für in Ordnung befunden.

Der die Messung der Atemluft auf Alkoholgehalt durchführende Beamte und Zeuge, GI A P, ist entsprechend geschult und ermächtigt. Er ist bereits seit 1982 Polizist und führt schon seit damals Atemluftkontrollen auf Alkoholgehalt durch. Mittels Ermächtigungsurkunde vom 4. Dezember 2013 ist er auch jetzt bzw. war er im Zeitpunkt der Kontrolle am 1.6.2016 ermächtigt, derartige Überprüfungen

gemäß § 5 Abs. 2 StVO durchzuführen. Eine entsprechende Ermächtigungsurkunde liegt vor.

II.4. Der Beschwerdeführer ist geschieden und sorgepflichtig für zwei Kinder. Er verfügt an Vermögen über die Hälfte eines Wohnhauses.

Der Beschwerdeführer ist nicht unbescholten. Mit Straferkenntnis vom 3.9.2013, GZ: VerkR96-2444-2013 wurde der Beschwerdeführer gemäß § 37a iVm § 14 Abs. 8 FSG bestraft und über ihn eine Geldstrafe von 400 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von 100 Stunden verhängt. Dieses Straferkenntnis ist rechtskräftig.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die Feststellungen zu Tatzeit, Tatort sowie zum Alkoholgehalt der Atemluft ergeben sich schon aus dem Akteninhalt der belangten Behörde. Insbesondere hat der Zeuge, GI A P, die entsprechende Kontrolle der Atemluft auf Alkoholgehalt mit einem geeichten Alkomat durchgeführt. Der Zeuge war zu derartigen Kontrollen der Atemluft auf Alkoholgehalt gemäß § 5 Abs. 2 StVO ermächtigt. Der Zeuge wurde zu seiner Schulung und Ermächtigung in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht befragt und ergeben sich dadurch keine Zweifel, dass es sich bei ihm um ein geschultes Organ handelt. Der Zeuge legte in der Verhandlung die diesbezügliche Ermächtigungsurkunde vor und nahmen sowohl das erkennende Gericht als auch der Beschwerdeführer Einsicht in die Ermächtigungsurkunde. Letztendlich stellte auch der Beschwerdeführer die Schulung und Ermächtigung des GI A P nicht mehr in Abrede.

III.2. Auch das Gerät, mit welchem die Kontrolle der Atemluft auf Alkoholgehalt durchgeführt wurde, ist unbedenklich. Die belangte Behörde legte dazu den Bezug habenden Eichschein vor. Entsprechend einer Mitteilung vom 6. November 2014 wurde die Eichung des Messgerätes durch die Eichbehörde auf der Grundlage des Maß- und Eichgesetzes durchgeführt und wurde die gesetzliche Nacheichfrist mit 31. Dezember 2016 festgesetzt. Zum Zeitpunkt der Kontrolle war das Gerät daher ordnungsgemäß geeicht. Einem Überprüfungsbericht vom 14. Juni 2016 ist außerdem zu entnehmen, dass dieses Gerät überprüft und für in Ordnung befunden wurde. Dies ergibt sich aus den im Akt der belangten Behörde einliegenden Urkunden und wurde auch vom Zeugen GI A P in seiner Vernehmung bestätigt. Letztendlich gestand auch der Beschwerdeführer das ordnungsgemäße Funktionieren des Alkomat-Gerätes zu.

III.3. Der Beschwerdeführer bestreitet auch das Messergebnis im Zeitpunkt der Kontrolle an sich nicht, sondern bringt vor, dass zur Zeit des Fahrtantrittes dieses Messergebnis noch nicht vorgelegen sein könne, sondern er sich noch in

einer Anflutungsphase befunden habe und der Alkoholgehalt in der Atemluft somit noch zugenommen habe. Im Zeitpunkt des Fahrtantritts bzw. der Fahrt habe die Atemluft noch weniger Alkoholgehalt gehabt. Immerhin seien bis zur Messung mittels Alkomat ca. 20 Minuten vergangen.

Die Frage, inwiefern der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Kontrolle einen Alkoholgehalt der Atemluft von 0,27 mg/l hatte bzw. dieses Ergebnis auf die Zeit des Lenkens des Fahrzeuges bezogen werden kann, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III.4. Die Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen des Beschwerdeführers ergeben sich aus seinen eigenen Angaben in der Beschwerde. Zu seinem Einkommen hat der Beschwerdeführer keine Angaben gemacht bzw. der von der belangten Behörde angekündigte Schätzung von 2.500 Euro monatlich nicht widersprochen. Die Feststellungen zur rechtskräftigen Vormerkung ergeben sich aus dem Vorstrafen-Register des Beschwerdeführers.

IV. Rechtslage:

IV.1. Gemäß § 14 Abs. 8 FSG darf ein Kraftfahrzeug nur in Betrieb genommen oder gelenkt werden, wenn beim Lenker der Alkoholgehalt des Blutes weniger als 0,5 g/l (0,5 Promille) oder der Alkoholgehalt der Atemluft weniger als 0,25 mg/l beträgt.

IV.2. § 37a FSG bestimmt, dass, wer entgegen der Bestimmung des § 14 Abs. 8 ein Kraftfahrzeug in Betrieb nimmt oder lenkt, eine Verwaltungsübertretung begeht und, sofern nicht auch ein Verstoß gegen § 99 Abs. 1 bis 1b StVO 1960 vorliegt, mit einer Geldstrafe von 300 Euro bis 3.700 Euro, im Falle ihrer Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen ist. Bei der Strafbemessung sind auch der Grad der Alkoholisierung und die Häufigkeit der Verstöße zu berücksichtigen.

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

V.1. Feststeht, dass das Messergebnis der Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt einen Wert von 0,27 mg/l ergeben hat. Das Messergebnis wird auch vom Beschwerdeführer nicht bestritten, ebenso bestreitet er nicht, dass der erhebende Polizeibeamte entsprechend geschult und ermächtigt war bzw. der Alkomat ordnungsgemäß funktionierte. Allerdings zieht der Beschwerdeführer in Zweifel, dass die Atemluft bereits zum Zeitpunkt des Lenkens einen Alkoholgehalt von 0,27 mg/l enthalten habe.

V.2. Dazu bringt der Beschwerdeführer zunächst vor, dass die von der belangten Behörde zitierte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sich auf § 5 Abs. 1 StVO beziehen würde und nicht auf § 14 Abs. 8 FSG.

Tatsächlich lässt sich die zu § 5 Abs. 1 StVO ergangene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes aber auch auf Verfahren wegen Verwaltungsübertretungen nach § 14 Abs. 8 FSG anwenden (VwGH 29.4.2011, 2010/02/0256).

In diesem Erkenntnis führt der Verwaltungsgerichtshof aus:

„Der Gesetzgeber geht davon aus, dass auch bei einer Alkoholisierung im Bereich zwischen 0,5 und 0,8 Promille Blutalkoholgehalt eine Beeinträchtigung der Fahrtüchtigkeit bei Lenkern auftritt, weshalb ein entsprechendes Verbot des Lenkens und Inbetriebnehmens von Kraftfahrzeugen in § 14 Abs. 8 FSG verfügt wurde. Unter dem Begriff einer „Alkoholbeeinträchtigung“ im Sinne des § 5 Abs. 8 Z 2 StVO 1960 können daher auch jene Fälle subsumiert werden, in denen beim Lenker eine Alkoholisierung nach § 14 Abs. 8 FSG festgestellt wurde. Dies zeigt sich schon dadurch, dass § 5 Abs. 2 und 2a StVO 1960 unter anderem sogar auf Begleiter von Ausbildungsfahrten gemäß § 19 Abs. 3 und 6 FSG anzuwenden ist (vgl. § 5 Abs. 2b Z 2 StVO 1960); umso mehr muss dies für einen Lenker (auch ohne Begleiter) selbst gelten. Gerade weil der Proband – wie soeben dargelegt – auch im Falle einer Übertretung des § 14 Abs. 8 FSG die Möglichkeit hat, bei vermuteten „Messungenauigkeiten“ (vgl. das hg. Erkenntnis vom 10. September 2004, Zl. 2001/02/0235) eine Blutabnahme zu veranlassen (vgl. § 5 Abs. 8 Z 2 StVO) und damit den Gegenbeweis zum gemessenen Atemluftalkoholgehalt zu erbringen, geben auch Rechtsschutzüberlegungen keinen Anlass, einen „Abzug von Fehlergrenzen“ für erforderlich zu erachten (vgl. das zu einer Übertretung nach § 5 Abs. 1 StVO 1960 ergangene hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2005, Zl. 2002/02/0142). Es gehen daher die Beschwerdeausführungen, soweit sie sich mit dem Abzug einer Messtoleranz bzw. von Eich- und Verkehrsfehlergrenzen befassen, ins Leere. Ferner bedurfte es angesichts der dargelegten möglichen Widerlegung des Messergebnisses durch eine Blutalkoholuntersuchung im Sinne des § 5 Abs. 8 StVO 1960 entgegen den Beschwerdebehauptungen keiner Einholung eines messtechnischen Gutachtens etwa zur Frage eines Programmfehlers bei der Aufrundung des Messergebnisses im dritten Kommabereich. Angesichts des möglichen Gegenbeweises durch eine Blutalkoholuntersuchung im Sinne des § 5 Abs. 8 StVO 1960 bedurfte es entgegen den Beschwerdebehauptungen ferner keiner Berücksichtigung von „wissenschaftlich fundierten Konversionsfaktoren“ bzw. einer „wissenschaftlich nachgewiesenen Resorption“.

Nachdem diese Rechtsprechung ausdrücklich zu § 14 Abs. 8 FSG ergangen ist, gehen die diesbezüglichen Einwendungen bzw. Bedenken des Beschwerdeführers ins Leere.

V.3. Vielmehr ist es ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass der mittels Alkomat gemessene Wert nur durch eine – vom Beschwerdeführer selbst zu veranlassende – Blutabnahme einschließlich

Bestimmung des Blutalkoholgehaltes widerlegt werden kann (VwGH 6.11.2002, 2002/02/0125; 3.9.2003, 2001/03/0106; 30.10.2003, 2003/02/0168; 27.2.2004, 2004/02/0059; 26.3.2004, 2003/02/0279; 28.4.2004, 2003/03/0009; 25.1.2005, 2002/02/0139; 25.2.2005, 2005/02/0033; 25.4.2008, 2007/02/0275; 24.9.2010, 2009/02/0242; 28.6.2013, 2011/02/0038; 10.2.2015, Ra 2014/02/0123).

Demgemäß hätte der Beschwerdeführer bei entsprechenden Zweifeln am Messergebnis selbst eine Blutalkoholuntersuchung zu veranlassen gehabt, um das angezweifelte Messergebnis zu widerlegen.

V.4. Darüber hinaus geht auch der Einwand des Beschwerdeführers, er habe sich im Zeitpunkt des Lenkens des KFZ noch in einer sogenannten Anflutungsphase befunden und das Messergebnis im Zeitpunkt der Kontrolle sei deshalb höher gewesen als der Alkoholgehalt der Atemluft im Zeitpunkt des Lenkens des Fahrzeuges, ins Leere.

Diesbezüglich ist der belangten Behörde dahingehend beizupflichten, dass die schädliche Wirkung des Alkohols auf die Fahrtüchtigkeit sofort eintritt, also bereits in der sogenannten Anflutungsphase.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zeitigt Alkohol in der Anflutungsphase besonders nachteilige Auswirkungen auf die Fahruntüchtigkeit. Ein „Sturztrunk“ oder „Schlusstrunk“ oder „Was-auch-immer-für-ein-Trunk“ kurz vor Fahrtantritt wirkt sich zwar auf den Alkohol des Blutes und der Atemluft erst nach einer gewissen Zeit aus, die Beeinträchtigung der Fahrtüchtigkeit tritt aber „sofort“ ein. Diesbezüglich ist auch die Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens nicht erforderlich (stRsp. des VwGH, z.B. Erkenntnisse vom 10.2.2015, Ra 2014/02/0142; 16.12.2011, 2011/02/0344; 20.3.2009, 2008/02/0040; 30.3.2007, 2007/02/0068; 14.12.2007, 2007/02/0023; 31.7.2007, 2006/02/0290; 18.6.2007, 2006/02/0244; 30.1.2004, 2004/02/0011; 25.2.2005, 2002/02/0291; 31.1.2003, 2000/02/0254; 12.9.2001, 99/03/0150; 28.2.1997, 95/02/0159; 12.2.1997, 95/03/0142; 8.9.1995, 95/02/0136; 29.5.1996; 95/03/0233; 12.4.1996, 94/02/0183; 16.2.1994, 93/03/0120).

Insofern ist auch der Einwand des Beschwerdeführers irrelevant, im Zeitpunkt des Fahrtantrittes bzw. des Lenkens des Fahrzeuges habe der Alkoholgehalt der Atemluft noch nicht 0,27 mg/l betragen.

Vielmehr ist die Beeinträchtigung der Fahrtüchtigkeit unmittelbar und sofort eingetreten. Wie bereits oben dargelegt, gilt dies nicht nur für § 5 Abs. 1 StVO sondern auch für § 14 Abs. 8 FSG.

V.5. Dem vermögen auch die vom Beschwerdeführer beantragten und in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht vernommenen Zeugen nicht entgegenzuwirken. Abgesehen davon, dass die beiden Zeugen den vom Beschwerdeführer konsumierten Alkohol mangels entsprechender Erinnerungen (tatsächliche konkrete Erinnerungen wären auch verwunderlich gewesen) nicht im Detail angeben konnten, kann ein Zeugenbeweis das vorliegende Messergebnis nicht widerlegen.

Dass die Zeugen keinen Eindruck einer Alkoholisierung des Beschwerdeführers gehabt haben sollen, ist unerheblich, weil die allfälligen diesbezüglichen Aussagen der – medizinisch nicht gebildeten – Zeugen keine sicheren Schlussfolgerungen auf die (Nicht-)Alkoholisierung des Beschwerdeführers zugelassen hätten. Somit ist die belangte Behörde im Recht, dass selbst im Falle, dass die Zeugen keine Alkoholisierungsmerkmale wahrgenommen hätten, daraus keine Schlussfolgerung gezogen werden könnte, der Beschwerdeführer habe sich zum Vorfallszeitpunkt noch nicht in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand befunden (VwGH 25.4.2008, 2007/02/0275; 7.9.2007, 2006/02/0221 unter Verweis auf das Erkenntnis vom 20.4.2004, 2003/02/0370; 16.2.2007, 2006/02/0190 unter Verweis auf das Erkenntnis vom 28.3.2003, 2001/02/0139 mit Vorjudikatur).

Die Einvernahme der vom Beschwerdeführer beantragten Zeugen wäre daher nicht einmal erforderlich gewesen, um konkrete Feststellungen zum Messergebnis treffen zu können. Weder waren diese Zeugenbeweise dazu geeignet, das vorliegende Messergebnis zu widerlegen noch hätten diese Zeugen über den Alkoholkonsum des Beschwerdeführers konkrete Angaben machen können.

V.6. Auch das vom Beschwerdeführer zitierte Erkenntnis des Unabhängigen Verwaltungssenates Tirol vom 11.9.2001, GZ: 2001/22/010-2, vermag dem Vorbringen des Beschwerdeführers nicht zum Durchbruch zu verhelfen, steht dieses Erkenntnis doch nicht im Einklang mit der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes.

V.7. Die belangte Behörde ist somit zu Recht von einer Verwaltungsübertretung gemäß § 14 Abs. 8 FSG iVm § 31a FSG ausgegangen.

V.8. Hinsichtlich der Strafzumessung ist Nachfolgendes auszuführen:

Bei der Strafbemessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen

Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfung des Ermessensaktes auf eine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (VwSlg. 8134 A/1971).

Gemäß § 38 VwGVG iVm § 19 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe, die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen.

Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Gegenständlich sieht § 37a FSG eine Geldstrafe von 300 Euro bis 3.700 Euro vor.

Der Beschwerdeführer hat bis zuletzt die ihm vorgeworfene Verwaltungsübertretung bestritten, indem er stets vorgebracht hat, sich zum Zeitpunkt des Lenkens des Fahrzeuges noch nicht in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand befunden zu haben. Der Beschwerdeführer ist außerdem nicht unbescholten. Vielmehr liegt eine einschlägige Vorstrafe vor, zumal der Beschwerdeführer mit Straferkenntnis vom 3.9.2013, GZ: VerkR96-2444-2013, bereits einmal wegen einer derartigen Übertretung bestraft wurde. Damals wurde eine Geldstrafe von 400 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von 110 Stunden verhängt.

Gemessen an den konkreten Umständen des Falles bzw. den Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen des Beschwerdeführers ist der belangten Behörde daher nicht entgegenzutreten, wenn diese die Geldstrafe nunmehr mit 500 Euro bzw. die Ersatzfreiheitsstrafe mit 230 Stunden bemisst.

Die verhängte Geldstrafe erscheint, wie auch von der belangten Behörde ausgeführt, vor allem aus spezialpräventiven Gründen geboten, um den Beschwerdeführer von weiteren gleichgelagerten Verwaltungsübertretungen abzuhalten.

Im Hinblick auf eine vom Beschwerdeführer beantragte Herabsetzung auf die Mindeststrafe bzw. ein Vorgehen mittels § 20 VStG bzw. mittels Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ist auszuführen, dass mit einer solchen nicht vorgegangen werden kann. Eine Ermahnung ist gemäß § 38 VwGVG iVm § 45

Abs. 1 Z 4 VStG nur dann zulässig, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat sowie das Verschulden gering sind. Dass die aktive Teilnahme am Straßenverkehr unter Alkoholeinfluss zu den schwersten und gröbsten Verstößen gegen die Verkehrssicherheit zählt und als besonders verwerflich und gefährlich zu qualifizieren ist, steht außer Zweifel. Auch eine außerordentliche Milderung gemäß § 20 VStG kommt nicht in Betracht, zumal dafür die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen müssen. Eine dementsprechende Abwägung hat ergeben, dass diese Voraussetzungen gerade nicht gegeben sind.

Zusammengefasst war daher die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe bzw. Ersatzfreiheitsstrafe zu bestätigen.

V.9. Im Ergebnis war der Beschwerde keine Folge zu geben, diese abzuweisen und das angefochtene Straferkenntnis zu bestätigen. Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von 100 Euro zu bezahlen. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren sind Barauslagen für die Vernehmung der Zeugin A W in Höhe von 4,40 Euro angefallen. Diese wurden mit Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 11. April 2017, GZ: LVwG-601794/12/Gh festgesetzt. Diese Barauslagen waren dem Beschwerdeführer gemäß § 52 Abs. 3 VwGVG iVm § 76 AVG vorzuschreiben.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

VI.2. Das vorliegende Erkenntnis steht außerdem im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wobei zur Vermeidung von Wiederholungen auf die oben wiedergegebene Judikatur zu verweisen ist.

Die Strafzumessung stellt stets einen Einzelfall dar und ist bezogen auf den Beschwerdeführer vorzunehmen. Diese ist somit nicht verallgemeinerungsfähig. Auch aus diesen Gründen war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer