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-601884/11/WP**

Datum: **Linz, 26. Juni 2017**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Mag. Peterseil über die Beschwerde des S S, vertreten durch ANWALTGMBH R T, H, L, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 9. März 2017, GZ: VStV/916301715646/2016, wegen einer Übertretung der StVO nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 7. Juni 2017 und sofortiger Verkündung der Entscheidung

zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat für das Beschwerdeverfahren Kosten in der Höhe von Euro 320,00 zu bezahlen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Bisheriger Verfahrensgang:

Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge kurz: belangte Behörde) vom 9. März 2017 wurde der Beschwerdeführer (in der Folge kurz: Bf) bestraft, da er am 13. November 2016 um 18:15 Uhr in L, H bis Höhe Nr. x das Kraftfahrzeug, PKW Ford, grün mit dem amtlichen Kennzeichen L-x in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt habe, da der Alkoholgehalt der Atemluft 0,91 mg/l betragen habe. Der Bf habe daher die Rechtsvorschrift der §§ 5 Abs 1 iVm 99 Abs 1 lit a StVO verletzt und wurde über den Bf daher eine Geldstrafe idHv 1.600,-- Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe im Ausmaß von 14 Tagen verhängt.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der der Bf im Wesentlichen vorbringt, die belangte Behörde habe ihrer Entscheidung das Ergebnis der Atemluftkontrolle trotz Bestehens eines Beweisverwertungsverbots (gestützt auf § 4 Abs 1 SanG 2002 und § 28 SPG) zugrunde gelegt, weshalb sich das in Beschwerde gezogene Straferkenntnis als formell rechtswidrig erweise.

Mit Schreiben vom 25. April 2017, beim Landesverwaltungsgericht am 3. Mai 2017 eingelangt, legte die belangte Behörde die Beschwerde samt Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor, das am 7. Juni 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführte, die Entscheidung sofort verkündete und die Niederschrift unmittelbar an den Bf ausfolgte.

Mit Eingabe vom 21. Juni 2017 beantragte der Bf die ungekürzte Ausfertigung der Entscheidung.

II. Festgestellter Sachverhalt und Beweiswürdigung:

1. Folgender Sachverhalt steht fest:

1.1. Der Bf fuhr am 13. November 2016 um ca 18:15 (Anzeige, ON 1f des verwaltungsbehördlichen Aktes; Einsatzprotokoll des Rettungsdienstes, ON 87f des verwaltungsbehördlichen Aktes [Beilage 1 zum Beschwerdeschriftsatz] von einem Besuch bei seiner Mutter in Urfahr im Altersheim mit einem PKW nach Hause in die H (Aussage Bf, Tonbandprotokoll, ON 5ad des verwaltungsgerichtlichen Aktes, Seite 1).

1.2. Auf dem Weg in seine Wohnung kam der Bf im Stiegenhaus zu Sturz und zog sich eine blutende Wunde am Kopf zu, woraufhin ein Nachbar des Bf die Rettung

sowie die Polizei verständigte (Aussage Bf, Tonbandprotokoll, ON 5ad des verwaltungsgerichtlichen Aktes, Seite 1).

1.3. Nach der Ankunft mit dem Auto trank der Bf keinen Alkohol mehr (Aussage des Bf, Tonbandprotokoll, ON 5ad des verwaltungsgerichtlichen Aktes, Seite 2).

1.4. Die Polizei traf kurze Zeit nach der Verständigung durch den Nachbarn des Bf bei dessen Wohnhaus ein. Die Motorhaube des PKW des Bf war zu diesem Zeitpunkt noch warm (Zeugenaussage GI S, Tonbandprotokoll, ON 5ad des verwaltungsgerichtlichen Aktes, Seite 2 und 3).

1.5. Die Polizisten begaben sich zur Wohnung des Bf im ersten Stock des Hauses und fanden die Wohnungstür in geöffnetem Zustand vor. Beim Bf war deutlicher Alkoholgeruch wahrnehmbar, sein Gang war schwankend. Im Anschluss forderten die Polizisten den Bf zur Vornahme eines „Alkovortests" auf, der der Bf nachkam. Das Ergebnis zeigte, dass der Bf erheblich alkoholisiert war (Zeugenaussage GI S, Tonbandprotokoll, ON 5ad des verwaltungsgerichtlichen Aktes, Seite 3).

1.6. Der Bf wurde dann von GI S zur Atemluftkontrolle auf der PI Landhaus aufgefordert. Dieser Aufforderung kam der Bf auch nach (Zeugenaussage GI S, Tonbandprotokoll, ON 5ad des verwaltungsgerichtlichen Aktes, Seite 3). Das Ergebnis der Atemluftkontrolle am geeichten Alkomaten (Eichschein und Überprüfungsbericht, ON 26f des verwaltungsbehördlichen Aktes) betrug 0,91 mg/l der Atemluft (Anzeige, ON 1ff des verwaltungsbehördlichen Aktes).

1.7. Zu Beginn der Amtshandlung erschien der Bf dem Zeugen apathisch. Im Zuge der Amtshandlung wurde der Bf immer ruhiger und gab auf konkrete Fragen auch konkrete Antworten (Zeugenaussage GI S, Tonbandprotokoll, ON 5ad des verwaltungsgerichtlichen Aktes, Seite 3). Der Bf ist den Anweisungen des Zeugen im Zuge der Atemluftkontrolle klar gefolgt und hat den Blasvorgang genau nach Anweisung durchgeführt. Der Bf war trotz seines Schockzustandes zeitlich und örtlich orientiert und gewann der Zeuge den Eindruck, der Bf habe die Aufforderung zum „Alkotest" verstanden und sei sich über die Folgen bewusst gewesen. Dem Bf war nach Ansicht des Zeugen zu jeder Zeit bewusst, um was es bei der Amtshandlung gehe (Zeugenaussage GI S, Tonbandprotokoll, ON 5ad des verwaltungsgerichtlichen Aktes, Seite 3 und 4).

1.8. Der Bf erlitt durch den Sturz eine Rissquetschwunde am Kopf. Bei der Versorgung des Bf durch den Rettungsdienst wurde festgestellt: alle Vitalparameter vollkommen ok, Bewusstsein klar, Atmung unauffällig, Puls regelmäßig (Einsatzprotokoll des Rettungsdienstes, ON 87f des verwaltungsbehördlichen Aktes [Beilage 1 zum Beschwerdeschriftsatz]). Bei der Erstbehandlung im Krankenhaus (Med Campus III) wurde beim Bf ein guter vitaler AZ festgestellt. Der Bf war grobneurologisch unauffällig und wirkte im Gespräch

kongruent. Es wurden keine Traumahinweise festgestellt (Erstbehandlungsbericht Med Campus III, ON 89 des verwaltungsbehördlichen Aktes [Beilage 2 zum Beschwerdeschriftsatz]).

1.9. Der Zeuge GI S stimmte sich bezüglich der Durchführung der Atemluftkontrolle mit den Rettungskräften und dem Bf ab und bestand von beiden Seiten Einverständnis darüber, vor Verbringung ins Krankenhaus den Alkomattest in der PI Landhaus durchzuführen (Zeugenaussage GI S, Tonbandprotokoll, Seite 4).

2. Beweiswürdigung:

2.1. Die obigen Feststellungen ergeben sich aus den in Klammer angegebenen Urkunden und Beweismitteln. Die maßgeblichen Feststellungen beruhen auf den eigenen Angaben des Bf, weshalb diese ohne weiteres der Entscheidung zugrunde gelegt werden konnten. Die übrigen Feststellungen blieben ebenso unbestritten seitens des Bf, weshalb der oben dargestellte Sachverhalt der Entscheidung zugrunde gelegt werden konnte.

2.2. Der Antrag des Bf auf Einvernahme des Zeugen R zum Beweis dafür, dass der gegenständliche Umweg über die PI Landhaus entgegen dem Willen der Sanitäter erfolgte und sohin gesundheitsgefährdend und rechtswidrig war, konnte vor dem Hintergrund des Nichtbestehens eines Beweisverwertungsverbotes im Hinblick auf die Verwertung des Ergebnisses der Atemluftkontrolle (vgl dazu Punkt III. 2.3.f) abgewiesen werden.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

1.1. Gemäß § 5 Abs 1 StVO darf ein Fahrzeug weder lenken noch in Betrieb nehmen, wer sich in einem durch Alkohol oder Suchtgift beeinträchtigten Zustand befindet. Bei einem Alkoholgehalt des Blutes von 0,8 g/l (0,8 Promille) oder darüber oder bei einem Alkoholgehalt der Atemluft von 0,4 mg/l oder darüber gilt der Zustand einer Person jedenfalls als von Alkohol beeinträchtigt.

1.2. Gemäß § 5 Abs 2 StVO sind [...] 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, die verdächtig sind, in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand ein Fahrzeug gelenkt zu haben (Z 1 par cit) [...] auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Wer zu einer Untersuchung der Atemluft aufgefordert wird, hat sich dieser zu unterziehen.

1.3. 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.

1.4. Gemäß § 99 Abs 1 lit a StVO begeht eine Verwaltungsübertretung [...] und ist mit einer Geldstrafe von 1600 Euro bis 5900 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe von zwei bis sechs Wochen, zu bestrafen, wer ein Fahrzeug lenkt oder in Betrieb nimmt, obwohl der Alkoholgehalt [...] seiner Atemluft 0,8 mg/l oder mehr beträgt [...].

2.1. Aufgrund des Beweisverfahrens steht fest, dass der Bf am 13. November 2016 einen PKW in einem durch Alkohol beeinträchtigen Zustand (0,91 mg/l der Atemluft) lenkte. Der Bf hat damit das objektive Tatbild des §§ 99 Abs 1 lit a iVm 5 Abs 1 StVO erfüllt. Da der Bf im Verfahren auch nicht glaubhaft machte, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden treffe, hat der Bf sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch subjektiv zu verantworten.

2.2. Der Bf begründet die von ihm behauptete formelle Rechtswidrigkeit des Straferkenntnisses mit der rechtswidrigen Verwertung des Ergebnisses der Atemluftkontrolle. Die gesetzliche Grundlage für das behauptete Beweis-verwertungsverbot verortet der Bf in § 4 Sanitätergesetz, § 28 SPG, § 28 SPG analog sowie Art 6 EMRK. Mit diesem Vorbringen ist der Bf nicht im Recht. Dies aus folgenden Gründen:

2.3. Unter einem Beweisverwertungsverbot versteht man das Verbot, gewisse bereits erbrachte und in einem Verfahren auch bereits aufgenommene Beweise zur Sachverhaltsfeststellung heranzuziehen und damit der Entscheidung zugrunde zu legen (*Frieberger*, Beweisverbote im Verwaltungsverfahren [1997], 35 mwN). Nicht jede Verletzung eines Beweiserhebungsverbotes zieht notwendigerweise ein entsprechendes Beweisverwertungsverbot nach sich. Nach dieser Auffassung sind Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote voneinander völlig unabhängig. Für die Frage der Verwertbarkeit eines bereits erhobenen Beweises, unabhängig davon, ob dieser rechtmäßig oder rechtswidrig erlangt wurde, gilt: Verwertet werden darf er jedenfalls. Soll von diesem Prinzip abgewichen werden, bedarf es einer positivrechtlichen Grundlage, die ausnahmsweise die Nichtverwertung von Beweisen anordnet (*Frieberger*, 43f). Ein Ansatz für eine solche positivrechtliche Grundlage eines (ausnahmsweisen) Verwertungsverbotes für rechtswidrig erlangte Beweise ergibt sich, wenn man darauf abstellt, welchen Zweck die bei der Beweiserhebung verletzte Norm hat (*Frieberger*, 44). Nach dieser Rsp ist die Berücksichtigung von Beweisergebnissen, welche auf gesetzwidrige Weise gewonnen wurden, zur Ermittlung der materiellen Wahrheit dann unzulässig, wenn

das Gesetz dies anordnet oder wenn die Verwendung des betreffenden Beweisergebnisses dem Zweck des durch seine Gewinnung verletzten Verbotes widerspräche (*Frieberger*, 44 uHa die Rsp des Verwaltungsgerichtshofes). So ist es etwa der Zweck der Vorschriften über Vernehmungsverbote, gewissen Umständen einen Geheimnisschutz zukommen zu lassen. Wird eine solche Bestimmung bei der Beweiserhebung verletzt, so würde zumindest teilweise ihr Zweck vereitelt, wenn man den gegen sie erhobenen Beweis verwerten würde. Eine Vorschrift hingegen, die bei der Beweiserhebung verletzt wurde, die aber nur andere Zwecke als den des Geheimnisschutzes verfolgt, wird hingegen durch die Verwertung der gegen sie erhobenen Beweise nicht einmal teilweise sinnlos (*Frieberger*, 45).

2.4. Vor diesem Hintergrund ist § 4 Sanitätergesetz nicht geeignet, ein Beweisverwertungsverbot zu statuieren, da sich diese Bestimmung ausschließlich auf Sanitäter in Ausübung ihrer Tätigkeit bezieht. Für § 28 SPG gilt Ähnliches, gelangt das Sicherheitspolizeigesetz doch ausschließlich im Rahmen der Ausübung der Sicherheitspolizei zur Anwendung, während die Aufforderung zur und die Vornahme der Atemluftkontrolle im Rahmen der Straßenpolizei und damit in einem gänzlich anderen Vollzugsbereich (Art 10 einerseits und Art 11 B-VG andererseits) stattfand. Für die analoge Heranziehung des § 28 SPG bedürfte es im Hinblick auf die straßenpolizeilichen Bestimmungen einer planwidrigen Lücke, die vom Bf weder behauptet noch näher konkretisiert wurde und im Übrigen auch nicht vorliegt. Soweit der Bf pauschal und ohne nähere Begründung auf Art 6 EMRK sowie auf ein – von ihm ventiliertes – Grundprinzip der österreichischen Rechtsordnung verweist, wonach der Schutz der Gesundheit vor dem Schutz anderer Güter anzusiedeln sei, ist auf dieses unsubstantiierte Vorbringen nicht weiter einzugehen, zumal Art 6 EMRK im Hinblick auf den Schutz der Gesundheit von Menschen nicht einschlägig ist. Im Hinblick auf die Behauptung eines Grundprinzips des Vorrangs der Gesundheit erscheint dieses Vorbringen vor dem Hintergrund der oben zitierten höchstgerichtlichen Rsp nicht zielführend, bedarf es doch für die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes – zumindest – einer konkreten Norm, aus der ein solches Verbot abgeleitet werden kann. Zudem hat der Verwaltungsgerichtshof (17.4.1991, 90/02/0166) bereits ausgesprochen, dass selbst auf gesetzwidrige Weise ermittelte Beweisergebnisse infolge Messung der Atemluft auf Alkoholgehalt verwertbar seien.

3.1. Gemäß § 19 Abs 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

3.2. Gemäß § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren 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 Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

3.4. Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung der Entscheidung soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

4.1. Die gesetzliche Höchststrafe für die gegenständliche Übertretung beträgt gemäß § 99 Abs 1 StVO 1960 5.900 Euro. Die gesetzliche Mindeststrafe beträgt 1.600 Euro. Für den Fall der Uneinbringlichkeit ist eine Ersatzfreiheitsstrafe von zwei bis sechs Wochen vorgesehen.

4.2. Die belangte hat unter Berücksichtigung des erheblichen Unrechtsgehalts der Tat, des Milderungsgrundes der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit und des Nichtvorliegens von Erschwerungsgründen sowie unter Berücksichtigung der unterdurchschnittlich angenommenen Einkommenssituation des Bf die im Gesetz vorgesehene Mindeststrafe verhängt und eine Anwendung des § 20 VStG aus mehreren Gründen ausgeschlossen. Das Landesverwaltungsgericht sieht sich angesichts der Umstände und dem Fehlen eines diesbezüglichen Vorbringens des Bf nicht veranlasst, der Strafbemessung der belangten Behörde entgegen zu treten.

5. Die Entscheidung über die Kosten für das Beschwerdeverfahren ist in § 52 VwGVG begründet.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da im Verfahren keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären waren. Die Frage, ob ein Beweisverwertungsverbot vorliegt, konnte anhand der in der Entscheidung zitierten und diesbezüglich eindeutigen (strengen) Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes beantwortet werden.

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 Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

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

Mag. Peterseil