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-601933/5/MS

Datum:
Linz, 25. Juli 2017

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde des H B, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. T T, B x, x R, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 3. Mai 2017, GZ: VerkR96-393-2017, wegen Übertretung gemäß § 5 Abs. 1 StVO nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 20. Juli 2017

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen als die Tatzeit zwischen 21.54 Uhr und 21.56 Uhr abgeändert wird.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 400,00 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach (im Folgenden: belangte Behörde) vom 3. Mai 2017, GZ: VerkR96-393-2017, wurde über Herrn H B (im Folgenden: Beschwerdeführer) eine Geldstrafe von 2.000,00 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 420 Stunden) wegen der Verwaltungs-übertretung gemäß § 99 Abs. 1 lit. a iVm § 5 Abs. 1 StVO verhängt, da dieser am 20. März 2017, 21.58 Uhr das Fahrzeug Ford Fiesta, grau/silberfarbig, mit dem Kennzeichen x in der Gemeinde H, Gemeindestraße F, M x in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt hat, da der Test am geeichten Alkomaten einen Alkoholgehalt der Atemluft von 1,06 mg/l ergeben hat.

Begründend führt die belangte Behörde nach Wiedergabe der Rechtfertigung und Anführung der angewandten Rechtsgrundlagen Folgendes aus:
„Auf Grund der Anzeige steht unbestritten fest, dass Sie am 20.3.2017 um 21.58 Uhr vom Ortsgebiet H aus der M kommend in den Güterweg B gefahren sind und beim Haus M x angehalten wurden. Sie wurden in der Folge zu einer Lenker- und Fahrzeugkontrolle angehalten und zur Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt aufgefordert. Das Vortestgerät zeigte einen Wert von 0,91 mg/l an. Die Untersuchung mit dem Messgerät Marke Dräger Alkomat 7110 MKIII A, Geräte Nr. ARDB-0045 an Ort und Stelle brachte um 22.14 Uhr ein Ergebnis von 1,06 mg/l und um 22.16 Uhr 1,08 mg/l. Weiters ist unbestritten, dass das eingesetzte Alkomatgerät geeicht war.
Besonders geschulte und von der Behörde hierzu ermächtigte Organe der Straßenaufsicht sind gemäß § 5 Abs. 2 StVO berechtigt, die Atemluft von Personen, die verdächtig sind in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand ein Fahrzeug gelenkt zu haben, auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Für den Verdacht bzw. zur Begründung der Vermutung genügt das Vorliegen von Alkoholisierungssymptomen, wobei das Vorliegen eines einzigen Symptomes bereits für die Verdachtsbegründung ausreicht (vgl. VwGH 20.12.2002, 2202/02/0228; VwGH 11.05.2004, 2004/02/0005).

Davon abgesehen, dass vom Polizisten deutlicher Alkoholgeruch wahrgenommen wurde und dieser Umstand für den vom Gesetz geforderten Verdacht bereits ausreichen würde, gaben Sie auch selbst an Alkohol konsumiert zu haben. Wenn der Lenker selbst angibt, vor der Beanstandung Alkohol konsumiert zu haben ist die Vermutung des Vorliegens einer Alkoholbeeinträchtigung vorliegend (vgl. VwGH 29.08.2003, 2003/02/0033). Darüber hinaus wurde das Symptom des Wankens beim Stehen wahrgenommen.

Ab dem Moment, in dem konkret Anhaltspunkte für den Verdacht gegeben sind, dass eine Person in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand ein Fahrzeug gelenkt hat, besteht die Berechtigung zur Atemluftuntersuchung. Weitere Erhebungen in die eine oder andere Richtung sind dann nicht mehr geboten (vgl. VwGH 20.03.2009, 2008/02/0035). Nachdem das Lenken eines Kraftfahrzeuges zweifelsfrei festgestellt werden konnte, war die Aufforderung zur Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt gerechtfertigt.

Aus der Anzeige geht hervor und wurde dies von Ihnen auch nicht bestritten, dass ein vor Ort durchgeführter Alkovortest um 03.51 Uhr einen Wert von 0,91 mg/l ergab. Nach Ablauf

einer mehr als viertelstündigen Wartezeit, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Anhaltung (21.58 Uhr) wurde um 22.14 Uhr bei einem Blasvolumen von 2,7 l und einer Blaszeit von 4,7 Sekunden der Wert von 1,06 mg/l angezeigt. Bei der zweiten Messung um 22.16 Uhr wurde bei einem Blasvolumen von 2,6 l und einer Blaszeit von 4,8 Sekunden ein Messwert von 1,08 mg/l angezeigt. Es kam ein relevanter Messwert von 1,06 mg/l zustande.

Sowohl die Blaszeit wie auch das Blasvolumen sind durchaus übliche Werte, welche jeweils oberhalb der vom Hersteller erforderlichen Mindestmengen liegen. Es liegen keinerlei Hinweise für eine Mangelhaftigkeit des Gerätes vor und wurden von Ihnen auch keine konkreten Behauptungen diesbezüglich vorgebracht.

Von Ihnen wurde der festgestellte relevante Messwert insofern in Zweifel gezogen, als Sie vorbrachten, Insulin zusammen mit 6 Flaschen Bier zu sich genommen zu haben und die Wechselwirkung offenbar unterschätzt zu haben.

Selbst wenn man davon ausginge, dass Ihre Angaben hinsichtlich Alkohol- und Medikamentenkonsum zutreffen würden, ist anzuführen, dass zu keinem Zeitpunkt von Ihnen behauptet wurde, diese Substanzen ab dem Zeitpunkt der Anhaltung konsumiert zu haben, sondern bereits vor bzw. beim Aufbruch aus dem R, somit mehr als 15 Minuten vor der erfolgten Alkomatuntersuchung. Für das Zustandekommen eines gültigen Messergebnisses ist es erforderlich, dass mit dem Beginn der Untersuchung mindestens 15 Minuten nach dem letzten Alkohol-/ Substanzkonsum zuzuwarten ist, wobei der Zweck erkennbar darin liegt, eine Verfälschung der Untersuchungsergebnisse durch (noch) vorhandenen Alkohol in der Mundhöhle zu verhindern (vgl. VwGH 19.06.1991, 91/02/0026).

Selbst wenn alkoholhaltige Mundsprays, Hustensäfte innerhalb dieser Wartezeit aufgenommen werden würden, würde das Gerät der Marke Dräger - wie der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach aus diversen Verfahren bereits bekannt ist bzw. sich auch aus der Betriebsanleitung des Alkomaten ergibt - einen Mundrestalkohol in unzulässiger Menge erkennen und dies am Display mit der Anzeige ‚Mundrestalkohol' anzeigen. Es würde kein relevanter Messwert zustande kommen. Im gegenständlichen Fall aber wurde unbestrittenerweise die Wartezeit eingehalten, in dieser Zeit von Ihnen nichts unternommen was eine Messung verfälscht/verhindert hätte und vom geeichten Gerät ein relevanter Messwert festgestellt.
Der Vollständigkeit halber wird an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass ein Proband während der viertelstündigen Wartezeit grundsätzlich keinen Anspruch darauf hat ein Glas Wasser zu erhalten und eine Mundspülung vor der Messung durchzuführen. Darüber hinaus muss für die Durchführung der Messung in einem Zeitraum von mindestens zehn Minuten (laut Betriebsanleitung des Alkomaten) vor der Messung nachweislich die Aufnahme von Substanzen (Getränke, Mundsprays, medizinische Säfte und Tropfen udgl.) durch Mund oder Nase ausgeschlossen sein, da sonst Verfälschungen auftreten können. Davon ist demnach auch der Konsum von Wasser oder eine Mundspülung mit Wasser umfasst. Darüber hinaus ist anzuführen, dass ein relevantes Messergebnis einer Atemluftmessung nur durch die Einholung eines Gutachtens über den Blutalkoholgehalt entkräftet werden kann (vgl. VwGH 20.09.2000, 2000/03/0208; VwGH 24.11.2005, 2004/11/0111; VwGH 25.01.2005, 2002/02/0139 u.v.a.). Wird also das Ergebnis der Atemluftalkoholuntersuchung angezweifelt, besteht die Möglichkeit nach der Atemluftalkoholuntersuchung gem. § 5 Abs.8 StVO eine Blutabnahme durch einen bei einer

öffentlichen Krankenanstalt Dienst habenden Arzt zum Zweck der Bestimmung des Blutalkoholgehaltes zu verlangen.

Durch die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes darf eine Vorführung zum Zweck der Blutabnahme nur im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben erfolgen, etwa wenn eine Atemluftalkohol Untersuchung aus Gründen die in der Person des Probanden gelegen sind, nicht möglich ist. Da in Ihrem Fall eine Untersuchung problemlos möglich war, hätten die Polizisten eine Blutabnahme gar nicht veranlassen dürfen.

Ein - wie hier - unbedenkliches Ergebnis einer Atemluftmessung, welche eine Alkoholbeeinträchtigung ergeben hat, kann nur durch eine - wie bereits ausgeführt - vom Beschwerdeführer selbst zu veranlassende - Blutabnahme einschließlich Bestimmung des Blutalkoholgehaltes widerlegt werden (vgl. VwGH 28.06.2013, 2011/02/0038; 24.09.2010, 2009/02/0242, ua.).

Für die Behörde steht demnach fest, dass Sie zum Lenkzeitpunkt zumindest in dem durch das Messergebnis belegten Ausmaß beeinträchtigt waren.

Was die subjektive Tatseite anbelangt, ist festzuhalten, dass es sich bei der gegenständlichen Verwaltungsübertretung um ein sogenanntes ‚Ungehorsamsdelikte' handelt, weil zum Tatbestand der angelasteten Übertretungen weder der Eintritt eines Schadens noch der Eintritt einer Gefahr gehört.

Für derartige Delikte sieht § 5 Abs.1 VStG vor, dass dann ohne weiteres Fahrlässigkeit anzunehmen ist, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschriften kein Verschulden trifft. ‚Glaubhaftmachung' bedeutet, dass der Täter initiativ alles vorzubringen hat, was für seine Entlastung spricht; insbesondere, dass er solche Maßnahmen getroffen hat, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grund erwarten lassen. Sie haben keinerlei Vorbringen erstattet, das mangelndes Verschulden aufzeigt.

Somit war für die Bezirkshauptmannschaft Rohrbach erwiesen, dass Sie gegen die angeführten Bestimmungen der Straßenverkehrsordnung auch schuldhaft verstoßen haben, weshalb nun spruchgemäß zu entscheiden war. Festgehalten werden muss, dass es sich gerade beim Lenken eines Fahrzeuges in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand um eine der schwersten Übertretungen der Straßenverkehrsordnung handelt. Es musste daher schon allein im Interesse der Sicherheit aller Verkehrsteilnehmer und darüber hinaus auch aus general- und spezialpräventiven Aspekten mit einer strengen Bestrafung vorgegangen werden.

Bei der Bemessung der Strafen war nach § 19 Abs. 1 VStG das Ausmaß der mit den Taten verbundenen Schädigungen oder Gefährdungen derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohungen dienen und der Umstand, inwieweit die Taten sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen haben, zu berücksichtigten, im ordentlichen Verfahren sind nach § 19 Abs.2 VStG 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 StGB sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie

sozialen Verpflichtungen samt anfälligen Sorgepflichten des Beschuldigten sind zu berücksichtigen.

Der Unrechtsgehalt der gegenständlichen Verwaltungsübertretungen ist erheblich, da durch die übertretenen Normen insbesondere Vorschriften, die der Sicherheit des Straßenverkehrs und vor allem der Vermeidung von Unfällen dienen, verletzt wurden. Dass das Lenken eines Fahrzeuges in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand, wesentlich erhöht, steht wohl außer Zweifel. Durch Ihr Verhalten wurde dem durch die Normen verfolgten Verkehrssicherheitsinteressen in beträchtlicher Weise zuwider gehandelt.

Im gegenständlichen Fall sind keine Gründe hervorgekommen, dass die Einhaltung der Bestimmungen eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder die Übertretungen aus besonderen Gründen nur schwer hätten vermieden werden können, sodass das Verschulden nicht als geringfügig angesehen werden konnte.

Als mildernd bei der Strafbemessung war kein Umstand zu werten. Erschwerend war allerdings zu werten, dass hinsichtlich Alkohol am Steuer bereits eine rechtskräftige einschlägige Vormerkung zu§ 5 Abs. 1 StVO 1960 aus dem Jahr 2014 (Fahrt mit 1,11 mg/l) vorlag und darüber hinaus die Höhe der gegenständlich festgestellten Alkoholisierung. Der Wert von 1,06 mg/l (2,12 Promille!) liegt nicht nur wesentlich über gesetzlichen Grenzmenge von 0,40 mg/l (0,8 Promille), sondern darüber hinaus auch nicht unerheblich über der 0,80 mg/l (1,6 Promille) Grenzmenge nach § 99 Abs.1 lit. a StVO.

Die nicht widersprochenen Einkommens- Vermögens- und Familienverhältnisse wurde berücksichtigt.

Gemäß § 99 Abs. 1 lit. a StVO ist für die Verwaltungsübertretung nach § 5 Abs. 1 StVO ein Geldstrafenrahmen von EUR 1.600,- bis EUR 5.900,- vorgesehen.

Eine mildere Bestrafung war allerdings aufgrund generalpräventiver Erwägungen wie auch aus spezialpräventiven Gründen und letztlich im Interesse der Sicherheit aller Verkehrsteilnehmer nicht mehr vertretbar.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Gegen dieses Straferkenntnis, das dem Beschwerdeführer zu Handen seines rechtsfreundlichen Vertreters am 3. Mai 2017 mittels E-Mail zugestellt worden ist, hat dieser mit Eingabe vom 29. Mai 2017 (eingebracht mit E-Mail selben Datums) rechtzeitig Beschwerde erhoben.

Begründend wurde Folgendes ausgeführt:
„1. Mangelhaftigkeit des Verfahrens:
Die belangte Behörde hat die Rechtfertigung und die darin angebotenen Beweismittel und beantragten Beweise übergangen, weshalb das Verfahren mangelhaft ist. Bei Vermeidung dieses Verfahrensmangels wäre nachstehenden Gründen hervorgekommen, dass eine geringere als die von der Behörde fest-gestellte Alkoholisierung vorliegt und somit eine geringere Verwaltungsstrafe zu verhängen wäre.

Die Behörde auch von einem gesicherten Beweisergebnis auszugehen und alle im Zeitpunkt der Bescheiderlassung vorhandenen Beweismittel zu verwerten und in ihre Entscheidung einzuschließen, insbesondere auch zur Frage der Höhe der Alkoholisierung ein entsprechendes Beweisverfahren abzuführen. Dazu hat der Beschwerdeführer Beweismittel angeboten und Beweise beantragt, welche die Behörde übergangen ist, weshalb das Verfahren mangelhaft durchgeführt wurde. Bei Vermeidung dieser Mängel wäre hervorgekommen, dass im Zeitpunkt des Lenkens die Alkoholisierung geringer als von der Behörde angenommen, nämlich bei höchstens 1,56 Promille gelegen war.

Die Annahme der Behörde, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt des Lenkens des Fahrzeuges am 20.3.2017 um 21:58 Uhr einen Atemluftalkoholgehalt von 1,06 mg/l gehabt habe, trifft nicht zu.

Aus der Anzeige ergibt sich, dass der letzte Alkoholkonsum vor der Atemluftmessung um 21:50 Uhr stattgefunden habe, also 8 Minuten vor der ersten Messung mit dem vor Testgerät. Dies kann schon deshalb nicht zutreffen, weil eine längere Zeitspanne zwischen Trinken, Verlassen des Lokals, Antritt und Durchführung der Fahrt, Aufenthalt in der Garage und Beginn der Messung vergangen sein muss.

Tatsächlich beendete der Beschwerdeführer seine Fahrt um 21:45. Er wurde von der erhebenden Beamten in der Garage angesprochen, in weiterer Folge kam es zur Messung mit dem Vortester um 21:58, welche Messung einen Wert von 0,91 mg/l ergab.

Der Beschwerdeführer war somit nachweislich in der Anflutungsphase. so dass die Rückrechnung vom Messergebnis um 22:14 Uhr mit 1,06 mg/l absteigend zu erfolgen hat. Das bedeutet, dass im Lenkzeitpunkt der Alkoholwert im Blut bzw. in der Atemluft geringer war als im Zeitpunkt der Messung.

Diese lineare Steigung des Alkoholgehaltes in der Atemluft ergibt sich auch aus den Messergebnissen, als um 21:58 Uhr 0,91 mg/l, sodann um 22:14 Uhr ein Wert von 1,06 mg/l und 2 Minuten später um 22:16 Uhr ein Wert von 1,08 mg/l gemessen worden ist. Es ergibt sich somit eine lineare Steigerung in der Zeit vom 21:58 Uhr bis 22:16 Uhr, welche objektiviert ist. Die Steigung pro Minute beträgt etwa 0,01 mg/l.

Wenn um 21:58 Uhr eine Messung mit dem Vortester stattgefunden hat, so ist denkunmöglich, dass der Beschwerdeführer in diesem Zeitpunkt das Fahrzeug gelenkt hat. Hier handelt es sich offenkundig um einen Übertragungsfehler.

Es wurde nicht berücksichtigt, dass zwischen der Messung mit dem Vortester um 21:58 Uhr und dem Abschluss der Fahrt mindestens 13 Minuten abgelaufen waren. Das war die Zeit zwischen dem Abschluss der Fahrt und der Anhaltung in der Garage des Hauses des Beschwerdeführers und der Aufforderung durch die erhebenden Beamten. Geht man nun davon aus, dass die Fahrt tatsächlich um 21:45 Uhr geendet hat, so ergibt sich bei korrekter Rückrechnung, dass im Zeitpunkt des Lenkens höchstens ein Wert von 0,78 mg/l vorgelegen hat. Es ist nämlich für 13 Minuten für die Zeit von 21:45 bis 21:58 Uhr je Minute ein Wert von 0,01 mg/l in Abzug zu bringen, also war der Atemluftgehalt zufolge des Ansteigens innerhalb 13 Minuten um etwa 0,13 mg/l geringer als bei der Messung mit dem Vortester.

Vom objektivierten Wert nach Messung mit dem Vortester in Höhe von 0,91 mg/l ergibt der Abzug von 0,13 mg/l einen Atemluftalkoholgehalt von 0,78 mg/l bei Beendigung der Fahrt, das entspricht 1,56 Promille, sodass keine Hochpromillefahrt über 1,6 Promille vorliegt, sondern ein Wert von weniger als 1,6 Promille, sodass von einer Verwaltungsübertretung gemäß § 99 Abs. 1a StVO und nicht von einer Verwaltungsübertretung gemäß § 99 Abs. 1 lit. a StVO auszugehen ist.

Darüber hinaus ist aus folgenden Überlegungen das Messergebnis von 1,06 mg/l in Zweifel zu ziehen. Durch die Zuckererkrankung wurde das Messergebnis verfälscht. Der durchschnittliche Zuckerwert im Blut beträgt etwa 140 mg/dl. Der gesunde Wert liegt bei 90-100 mg/dl. Am 20.3.2017 hatte der Beschwerdeführer nach seinem Messgerät um 6:40 Uhr 130 md/dl und um 12:30 Uhr 114 md/dl an Zucker im Blut gehabt. Er hat danach noch gearbeitet, sodass der Zuckerwert sicher deutlich gesunken ist. Der Beschwerdeführer hatte dann starken Unterzucker gehabt und der Wert lag sicher zwischen 60-70 md/dl.

In der Zeit von 18:00 Uhr bis 21:00 Uhr war der Beschwerdeführer im R B. Durch den Unterzucker hat der Beschwerdeführer großes Verlangen verspürt, diesen auszugleichen und hatte er mehrere Bier getrunken. Die Reaktion war, dass sich zusätzlich in der Atemluft Aceton gebildet hat. Dieser Anteil an Alkohol in der Atemluft ist vom Messergebnis abzuziehen, da dieser Anteil eben nicht der tatsächlichen Alkoholisierung entspricht. Wäre die Messung des Blutalkoholgehaltes durchgeführt worden, so wäre die Alkoholisierung deutlich unter 1,6 Promille bzw. 0,8 mg/l in der Atemluft gelegen.

Darüber hinaus wurde keine Mundspülung vor der Messung durchgeführt. Wird keine Mundspülung vorgenommen, so befindet sich im Mund und im Speichel konzentrierter Alkohol, der das Messergebnis verfälscht.

Die Fahrt selbst hat der Beschwerdeführer zugestanden. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer lediglich einige 100m noch dazu auf unbefahrenen Straßen heimwärts gefahren ist und somit kein Risiko für die Öffentlichkeit bestand.

Der Beschwerdeführer beantragt daher, anlässlich der Beschwerdeverhandlung ein Sachverständigengutachten zur Feststellung des Alkoholisierungsgrades während des Lenkens einzuholen und die Ergebnisse der Haarprobenanalyse sowie die neuerliche Einvernahme des Beschwerdeführers im zu ergänzenden Beweisverfahren zu berücksichtigen.

2. Anträge:
Der Beschwerdeführer beantragt daher, seiner Beschwerde Folge zu geben und den angefochtenen Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 3.5.2017 zu VerkR96-393-2017 dahingehend abzuändern, dass mit einer Führerscheinentziehungsdauer von acht Monaten das Auslangen eine schuld- und tatangemessen Geldstrafe verhängt wird.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Mit Schreiben vom 1. Juni 2017 legte die belangte Behörde die ggst. Beschwerde unter Anschluss des Verfahrensaktes dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Von der Möglichkeit der Beschwerdevorentscheidung wurde kein Gebrauch gemacht.

Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art. 130 Abs. 1 Z 1 iVm 131 Abs. 1 B-VG iVm § 3 VwGVG). Gemäß Art. 135 Abs. 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

II. Beweis wurde erhoben durch die Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt sowie durch die am 20. Juli 2017 durchgeführte öffentlich mündliche Verhandlung, zu der der Beschwerdeführer selbst und sein Rechtsvertreter erschienen sind. GI P wurde als Zeuge einvernommen. Ein Vertreter der belangten Behörde blieb entschuldigt fern.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von folgendem entscheidungsrelevanten Sachverhalt aus:
Der Beschwerdeführer lenkte am 20. März 2017 das Kfz mit dem Kennzeichen x in der Gemeinde von Hofkirchen im Mühlkreis auf der Gemeindestraße im Bereich M x.

An dieser Adresse wurde am 20. März 2017 eine Lenker- und Fahrzeugkontrolle durchgeführt. Der Beschwerdeführer gab an, er habe vor dem Lenken 6 Halbe Bier getrunken und der letzte Alkoholkonsum sei um 21.50 Uhr gewesen. Getrunken habe er ab ca. 17.00 Uhr.

Um 21.58 Uhr wurde ein Vortest durchgeführt, der einen Wert von 0,91 mg/l ergab.
Der erste mittels Alkomat 7110 MKIII A, Gerät Nr. ARDB-0045 durchgeführte Alkotest ergab um 22.14 Uhr einen Wert von 1,06 mg/l und der zweite um 22.16 Uhr einen Wert von 1,08 mg/l.
Von der belangten Behörde wurde der erste Messwert dem bekämpften Bescheid zugrunde gelegt.

Dass der Beschwerdeführer am 20. März 2017 das Kraftfahrzeug mit dem Kennzeichen x gelenkt hatte, blieb in der Beschwerde unbestritten.

Das Ausmaß des Alkoholgehalts der Atemluft des Beschwerdeführers ergibt sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere aus dem darin aufliegenden Messstreifen.

Dass der letzte Alkoholkonsum am 21.50 Uhr stattgefunden hat, ergibt sich aus der Angabe des Beschwerdeführers im Zuge der Lenker- und Fahrzeugkontrolle bzw. aus der Anzeige der PI L vom 21. März 2017.
In der dem Verfahren zugrundeliegenden Anzeige der PI L wurde protokolliert, dass der letzte Alkoholkonsum um 21.50 Uhr stattgefunden habe, dies aufgrund der Befragung des Beschwerdeführers nachdem der Vortest ein positives Ergebnis

gebracht habe. Der Vortest selbst wurde um 21.58 Uhr durchgeführt, was aufgrund der Aussage des Zeugen feststeht, der angab, dass auf dem Vortestgeräte nach Aufscheinen des Alkoholisierungswertes auch die Uhrzeit aufscheint, wann der Test gemacht worden ist, was sich der Zeuge notiert hat und dann in die Anzeige übertragen wurde. Es besteht kein Grund, an dieser Aussage zu zweifeln, die auch in Übereinstimmung mit der Angabe des Zeugen zu bringen ist, dass der Alkomat selbst, der nach Vornahme des Vortest eingeschalten wurde, ca. 15 Minuten braucht, um betriebsbereit zu sein. Dass der Alkotest etwa um 22.15 Uhr durchgeführt wurde, wurde auch vom Beschwerdeführer nicht in Abrede gestellt.

Nachdem feststeht, dass dem Alkovortest eine Lenker- und Fahrzeugkontrolle am Grundstück des Beschwerdeführers, genauer gesagt in dessen Hauseinfahrt, stattgefunden hat, in deren Verlauf der Beschwerdeführer seine Papiere, die er im in der Garage abgestellten Auto hatte, von diesem von der Einfahrt aus in die Garage zum Auto gehend, holen musste und vorher eine kurze Diskussion stattfand, ob die Amtshandlung denn auf Privatgrund stattfinden müsste, ist davon auszugehen und wird vom Beschwerdeführer auch nicht bestritten, dass er unmittelbar zuvor in alkoholisiertem Zustand eine Wegstrecke von 100 bis 150 m mit dem Kfz fahrend zurückgelegt hatte. Genaue Angaben über die jeweiligen Zeiträume können nicht mehr gemacht werden, jedoch ist mit 21.58 Uhr, in dem der Vortest vorgenommen wurde, unter Berücksichtigung der zurückgelegten Wegstrecke, der Angabe, dass der Beschwerdeführer unmittelbar nach Austrinken des letzten Bieres das Lokal verlassen hatte und nach einem Toilettenbesuch zu seinem am nahe gelegenen Parkplatz abgelegten Fahrzeug ging und nach Hause fuhr, auch die Angabe des Beschwerdeführers in Einklang zu bringen, dass sein letzter Alkoholkonsum um 21.50 Uhr stattgefunden hat. Dass er mit dem Fahrzeug schon um 21.45 Uhr in die Garage gefahren ist, erscheint unglaubwürdig. Das Lenken des Fahrzeuges im alkoholisierten Zustand hat daher zwar nicht wie vorgeworfen um 21.58 Uhr stattgefunden, weil sich das Lenken eines Kfz gleichzeitig mit der Absolvierung eines Vortests ausschließt, jedoch ist das Lenken dem Vortest zeitlich sehr nahe vorausgegangen.
Unter Berücksichtigung des Ermittlungsergebnisses, insbesondere der Aussagen des Zeugen zum Zeitablauf des polizeilichen Handelns auf dem Grundstück des Beschwerdeführers und des Beschwerdeführers selbst im Hinblick auf das Verlassen des Lokales unmittelbar nach dem Austrinken, der anschließende Toilettengang und dem Fußweg zum Auto sowie der mit dem Auto zurückgelegten Fahrtstrecke ist der Tatzeitpunkt auf den Zeitraum zwischen 21.54 Uhr bis 21.56 Uhr einzugrenzen.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:
Gemäß § 99 Abs. 1 lit a StVO begeht eine Verwaltungsübertretung, 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 und ist mit einer Geldstrafe von 1.600 bis 5.900 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit mit Arrest von zwei bis sechs Wochen zu bestrafen.

In diesem Zusammenhang machte der Beschwerdeführer geltend, es hätte nicht der von der Behörde herangezogene Wert als Grundlage verwendet werden dürfen, da er sich im Zeitpunkt der Messung in der Anflutungsphase befunden habe und bei korrekter Rückrechnung ein Alkoholgehalt von 0,78 mg/l in der Atemluft gewesen wäre.
Außerdem wird vorgebracht, dass vor der Messung keine Mundspülung durchgeführt worden sei, was das Messergebnis verfälschen würde.

In der mündlichen Verhandlung wurde vorgebracht, dass die dem Beschwerdeführer im bekämpften Straferkenntnis vorgeworfene Tatzeit nicht richtig sei, da dieser zum vorgeworfenen Zeitpunkt den Vortest gemacht hatte und daher habe zu diesem Zeitpunkt er nicht, wie vorgeworden ein Kfz lenken können.

Hierzu ist festzuhalten, dass der Test mit dem Vortestgerät keine rechtliche Wirksamkeit entfaltet, da der Alkoholgehalt der Atemluft mit einem Vortestgerät nicht rechtsrelevant bestimmt werden kann (VwGH 21.11.2013, 2013/11/0175 mit Hinweis E vom 16. Dezember 2008, 2008/11/0134, und unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien) sondern erst der durchgeführte Alkotest. Damit eine verwertbare Messung vorliegt, sind zwei gültig zustande gekommene Blasvorgänge notwendig, wobei zwischen der Durchführung des Tests mittels Alkomat und dem letzten Alkoholkonsum ein Zeitraum von zumindest 15 Minuten zu liegen hat.
Wie sich aus der Beweiswürdigung ergeben hat, wurde der niedrigere der beiden Werte herangezogen und lag auch zwischen dem letzten Alkoholkonsum und der ersten Messung ein ausreichend langer Zeitraum.
Das Vorbringen, der Beschwerdeführer habe sich in der Anflutungsphase befunden, geht ins Leere, da festgestellt worden ist, dass abweichend vom Vorbringen des Beschwerdeführers in der Beschwerde und in der mündlichen Verhandlung davon auszugehen ist, dass der letzte Alkoholkonsum um 21.50 Uhr stattgefunden hat.

Auch mit dem Vorbringen es sei vor dem Alkotest keine Mundspülung durchgeführt worden ist nichts zu gewinnen, da ein Zuführen von Wasser oder dergleichen nach dem letzten Alkoholkonsum die Atemluft verändern und somit das Messergebnis verfälschen würde.

In der mündlichen Verhandlung brachte der Beschwerdeführer vor, dass die ihm vorgeworfene Tatzeit nicht richtig sei, er könne sich erinnern, um 21.45 Uhr in die Garage gefahren zu sein.

Ungenauigkeit bei der Konkretisierung der Tat in Ansehung von Tatzeit und Tatort haben dann keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit des Strafbescheides, wenn dadurch keine Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten und keine Gefahr der Doppelbestrafung bewirkt wird (VwGH 22.5.1998, 96/03/0227; 21.12.2001, 2000/02/0171). Dass eine Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten und die Gefahr eine Doppelbestrafung durch die im Spruch definierte Tatzeit bewirkt werden würde, wurde einerseits weder in der Beschwerde noch in der mündliche Verhandlung vorgebracht und kann diese auch vom erkennenden Gericht nicht erkannt werden zumal es sich beim gesamten Vorfall vom Lenken eines Kfz im alkoholisierten Zustand durch den Beschwerdeführer bis zur Ablegung des Vortests und in weiterer Folge des Alkotests um ein einheitliches Geschehen in einer bestimmten zeitlichen Abfolge handelt und der Beschwerdeführer auch nicht behauptet hat, während dieses Vorganges ein zweites Mal ein Kraftfahrzeug gelenkt zu haben. Für den Beschwerdeführer war hinreichend klar erkennbar, welche Tat ihm von der Behörde in diesem Zusammenhang angelastet wurde. Seinen diesbezüglichen Rügen kommt daher keine Berechtigung zu.
Es ist daher davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer die ihm vorgeworfene Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht begangen hat. Mangels des Vorliegens von Gründen, die geeignet wären, das Verschulden in Zweifel zu ziehen, ist auch davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer die Verwaltungsübertretung in subjektiver Hinsicht zu verantworten hat.

Zur Strafbemessung:
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.

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 §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung (z.B. VwGH 28.11.1966, 1846/65), die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des

Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

§ 99 Abs. 1 lit. a StVO stellt ein Ungehorsamsdelikt dar, dass mit dem Lenken eines Kraftfahrzeuges im dort definierten alkoholisierten Zustand als erfüllt zu betrachten ist, ohne dass es hierzu des Eintritts einer Gefahr oder eines Schadens bedarf, sodass zumindest von fahrlässigem Verhalten auszugehen ist.

§ 99 Abs. 1 StVO bezweckt den Schutz anderer Verkehrsteilnehmer. Mit der vom Beschwerdeführer verwirklichten Verwaltungsübertretung hat er die Sicherheit anderer Verkehrsteilnehmer gefährdet und damit eine Handlung gesetzt, die dem Schutzweck der übertretenen Norm zuwiderläuft.

Mildernd wurde kein Umstand gewertet, erschwerend wurde die bestehende Vormerkung aus dem Jahr 2014 gewertet, wo der Beschwerdeführer bereits in einem alkoholisierten Zustand (2,22 Promille) ein Kfz gelenkt hatte sowie die Tatsache, dass die nunmehr vorliegende Beurteilung die in § 99 Abs. 1 lit. a StVO definierte Grenzmenge von 1,6 Promille erheblich überschritten wurde.

Bei der Strafbemessung wurde von einem Einkommen von 1.500 Euro, keinen Sorgepflichten und keinen Schulden ausgegangen.
Dieser Ansatz blieb auch im Beschwerdeverfahren unwidersprochen, sodass diese Annahme auch der Strafbemessung durch das erkennende Verwaltungsgericht zugrunde zu legen ist.

Die belangte Behörde fand mit der vorgesehenen Mindeststrafe von 1.600 Euro nicht das Auslangen und verhängte eine Strafe in der Höhe von 2.000 Euro.
Es ist der belangten Behörde zuzustimmen, wenn sie ausführt, dass einer milderen Strafe general- und spezialpräventive Gründe entgegenstehen, schon alleine unter der Berücksichtigung, dass der Beschwerdeführer vor nicht einmal 3 Jahren bereits eine Straftat gemäß § 99 Abs. 1 lit. a StVO begangen hat. Dies für sich gesehen verhindert schon die Vorschreibung der Mindeststrafe. Unter weiterer Berücksichtigung des vorliegenden Ausmaßes der Alkoholisierung und der Tatsache, dass das Verschulden des Beschwerdeführers nicht als gering zu werten ist, erscheint eine Geldstrafe von 2.000 Euro gerade ausreichend, um den Beschwerdeführer von der Begehung weiterer Verwaltungsübertretungen der gleichen Art abzuhalten.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die Strafbemessung durch die belangte Behörde in Einklang mit den oben dargestellten gesetzlichen Bestimmungen erfolgt ist und diesbezüglich kein Ermessensmangel festgestellt werden konnte.

Daher war spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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.

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

Dr. Süß