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-602020/10/ZO/CG

Datum:
Linz, 14. Februar 2018

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. Zöbl über die Beschwerde des Herrn B D, geb. x, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. T T, B x, x R gegen das Straferkenntnis des Landespolizeidirektors von Oberösterreich vom 22.06.2017, GZ: VStV/917300641335/2017, wegen einer Übertretung des FSG nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 24.01.2018

zu Recht e r k a n n t :

I. Die Beschwerde wird abgewiesen und das Straferkenntnis vollinhaltlich bestätigt.

II. Der Beschwerdeführer hat für das Beschwerdeverfahren einen Kostenbeitrag in Höhe von 100 Euro zu bezahlen.

III. Gegen diese Entscheidung ist die ordentliche Revision zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1. Die Landespolizeidirektion OÖ. hat dem Beschwerdeführer im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfen, dass er am 27.01.2017 um 06:10 Uhr in P auf der Bx, Höhe Strkm x aus Richtung L kommend in Fahrtrichtung T das Kraftfahrzeug mit dem Kennzeichen L-x gelenkt habe, obwohl der Alkoholgehalt seiner Atemluft nicht weniger als 0,25 mg/l sondern 0,34 mg/l betragen habe, wie anhand einer Atemluftalkoholmessung samt Rückrechnung durch einen medizinischen Amtssachverständigen festgestellt worden sei.
Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 37a iVm § 14 Abs. 8 FSG begangen, weshalb über ihn gemäß § 37a FSG eine Geldstrafe in Höhe von 500 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 5 Tage und 16 Stunden) verhängt wurde. Weiters wurde er zur Zahlung eines Verfahrenskostenbeitrages in Höhe von 50 Euro verpflichtet.

1. In der dagegen rechtzeitig eingebrachten Beschwerde machte der Beschwerdeführer zusammengefasst geltend, dass das gegenständliche Straferkenntnis gegen das Verbot der Doppelbestrafung verstoße. Die Begründung der Behörde, dass im Unterschied zur verwaltungsrechtlichen Strafbarkeitsgrenze von 0,5 Promille eine gerichtliche Strafbarkeit wegen Alkoholisierung erst ab 0,8 Promille gegeben sei und dies in aller Regel anhand der Zitierung des § 81 Z. 2 StGB erkennbar sei, sei nicht richtig. Der Tatbestand des § 81 Z. 2 StGB sei erfüllt, wenn sich der Täter durch Genuss von Alkohol in einen die Zurechnungsfähigkeit nicht ausschließenden Rauschzustand versetzt habe. Dieser Bestimmung sei also keine konkrete Promillegrenze zu entnehmen. Im Gegenteil zur Annahme der Behörde gebe es höchstgerichtliche Erkenntnisse, wonach auch eine Alkoholisierung unter 0,8 Promille den Tatbestand des § 81 Z. 2 StGB erfüllen könne. Ein Rauschzustand liege schon dann vor, wenn durch Genuss von Alkohol die Fahrtauglichkeit derart beeinträchtigt sei, dass dies eine Gefahrenquelle bedeute. Bei einem Blutalkoholgehalt von 0,8 Promille sei die Fahruntüchtigkeit unwiderlegbar anzunehmen, auch bei Grenzwerten nahe 0,8 Promille könne jedoch § 81 Z. 2 StGB angenommen werden. Unter besonderen Umständen (z.B. bei Übermüdung) könne auch bei einem unter 0,8 Promille liegenden Blutalkoholgehalt ein auf den Genuss von Alkohol beruhender, die Fahrtüchtigkeit beeinträchtigender Rauschzustand im Sinn des § 81 Z. 2 StGB vorliegen. Gerade das sei hier der Fall, weil der Beschwerdeführer neben der Alkoholisierung auch übermüdet war und den Unfall zufolge Sekundenschlafes verursacht habe.

Entscheidend sei, dass sich auch bei Annahme der rechtlichen Beurteilung, wonach im Strafverfahren auch Alkoholisierungen unter 0,8 Promille pönalisiert werden können, der gegenständliche Sachverhalt nicht nach Belieben in „Komponenten“ dergestalt trennen lasse, wonach der Täter mit ein und derselben Handlung im Strafverfahren wegen eines (ohne Alkoholeinfluss begangenen) Fahrfehlers bzw.

wegen Fahrt trotz Übermüdung bestraft werde und im Verwaltungsstrafverfahren (zusätzlich) wegen der Alkoholisierung, die zum Unfall geführt habe. Eine solche Teilung eines einzigen Sachverhaltes in eine strafgerichtliche Komponente, welche die Alkoholisierung außer Betracht lasse und in eine verwaltungsstrafrechtliche Komponente, welche lediglich die Alkoholisierung bestrafe, stelle eine unzulässige Umgehung des Doppelbestrafungsverbotes dar.

Die Behörden und Gerichte hätten bei Beurteilung eines strafrechtlich relevanten Sachverhaltes den gesamten Sachverhalt, gegenständlich also sowohl die Alkoholisierung als auch den Fahrfehler und den Fahrtantritt trotz Übermüdung als eine Einheit zu betrachten. Dies schon deshalb, weil mit der für ein Strafverfahren erforderlichen Sicherheit nicht festgestellt werden könne, mit welchem Anteil die Wirkung des Alkohols und mit welchem Anteil die Übermüdung bzw. der Fahrfehler zum Unfall geführt hätten.

Auch wenn die Staatsanwaltschaft Linz in der Diversionsbehandlung auf die Bestimmung des § 81 Z. 2 StGB keinen Bezug genommen habe, liege dieser Geldbuße ein einziger, von beiden Behörden festgestellter Sachverhalt zu Grunde, nämlich dass der Beschwerdeführer einen Fahrfehler - bedingt durch Alkohol und Übermüdung - verursacht habe. Deshalb habe die diversionelle Behandlung die Strafbarkeit dieser Tat zur Gänze ausgeschöpft und verbleibe kein Raum mehr, zusätzlich eine Verwaltungsstrafe zu verhängen.

Bei der Verhängung einer Geldbuße sei nicht von Bedeutung, welche genaue gesetzliche Bestimmung die Anklagebehörde ins Treffen führe. Diese könne bis zur Anklagerhebung und auch in der Hauptverhandlung irren, sogar eine von der Staatsanwaltschaft vorgetragene rechtliche Beurteilung des Anklagesachverhaltes sei für das Gericht nicht bindend. Im gegenständlichen Fall liege keine gerichtliche Feststellung dahin vor, dass der Beschwerdeführer lediglich für einen Fahrfehler und somit lediglich für Fahrlässigkeit gemäß § 88 StGB verurteilt worden sei bzw. das Gericht den Alkoholisierungsgrad nicht festgestellt habe. Im gegenständlichen Fall liege lediglich eine Geldbuße vor, welche auf den von der Anklagebehörde angenommenen Anklagesachverhalt beruhe, dass der Beschwerdeführer übermüdet und alkoholisiert ein Fahrzeug gelenkt und sodann in diesem Zustand einen Unfall verursacht habe. Daraus folge, dass mit der geleisteten Geldbuße im Strafverfahren der gesamte Sachverhalt und somit auch die Alkoholisierung bestraft worden seien und daher eine weitere Bestrafung durch die Behörde gegen das Verbot einer Doppelbestrafung verstoße.

2. Die Landespolizeidirektion OÖ. hat die Beschwerde ohne Beschwerdevorentscheidung dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt. Damit ergab sich dessen Zuständigkeit, wobei es durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden hat (§ 2 VwGVG).

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 24.01.2018. An dieser hat der Vertreter des Beschwerdeführers teilgenommen, der Beschwerdeführer selbst sowie die belangte Behörde waren entschuldigt.

3.1. Daraus ergibt sich folgender für die Entscheidung wesentliche Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer lenkte am 27.01.2017 um 06:10 Uhr den PKW mit dem Kennzeichen L-x in P auf der Bx in Fahrtrichtung T. Auf Höhe Strkm. x geriet der Beschwerdeführer über die Fahrbahnmitte und stieß seitlich frontal gegen einen entgegenkommenden LKW. Dieser schleuderte in weiterer Folge auf die Gegenfahrbahn und stieß gegen einen weiteren PKW. Bei diesem Unfall wurden der Lenker des LKW sowie der Lenker des dritten am Unfall beteiligten Fahrzeuges leicht bzw. schwer verletzt.

Ein mit dem Beschwerdeführer um 07:46 Uhr durchgeführter Alkotest ergab einen (niedrigeren) Messwert von 0,26 mg Alkohol pro Liter Atemluft. Eine Rückrechnung dieses Messergebnisses durch eine Amtsärztin kam zum Ergebnis, dass der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt des Lenkens seines Fahrzeuges um 06:10 Uhr einen minimalen Alkoholgehalt der Atemluft von 0,34 mg/l aufwies. Aus der unwidersprochenen Polizeianzeige ergibt sich, dass der Beschwerdeführer in der Nacht vom 26. zum 27.01.2017 mehrere alkoholische Getränke konsumiert und nicht geschlafen hatte.

Gegen den Beschwerdeführer wurden sowohl ein Verwaltungsstrafverfahren wegen einer Übertretung des § 14 Abs. 8 FSG als auch ein gerichtliches Strafverfahren wegen der fahrlässigen Körperverletzung eingeleitet. Im gerichtlichen Verfahren wurde dem Beschwerdeführer von der Staatsanwaltschaft Linz die Möglichkeit einer Diversion angeboten. Diesem Diversionsangebot lag zu Grunde, dass der Beschwerdeführer am 27.01.2017 in Wagram als Lenker des PKW mit dem Kennzeichen L-x aufgrund Außerachtlassung der im Straßenverkehr erforderlichen Sorgfalt und Aufmerksamkeit sein Fahrzeug in den Gegenverkehrsbereich gelenkt habe, wodurch es zur Kollision mit einem entgegenkommenden LKW gekommen sei, wobei zwei näher genannte Personen fahrlässig bzw. fahrlässig schwer am Körper verletzt worden seien. Der Beschwerdeführer habe hiedurch das Vergehen der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs. 1 und 4 1. Fall StGB begangen.
Die beabsichtigte Anklageerhebung würde unterbleiben, wenn der Beschwerdeführer einen Geldbetrag von 1.000 Euro bezahle. Der Beschwerdeführer nahm dieses Diversionsangebot an, woraufhin die Staatsanwaltschaft Linz von der Verfolgung gemäß § 200 Abs. 5 StPO zurückgetreten ist. In weiterer Folge erließ die belangte Behörde das nunmehr

angefochtene Straferkenntnis und führte in der Begründung im Wesentlichen aus, dass aus ihrer Sicht keine Doppelbestrafung vorliege.

4. Diesen Sachverhalt hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich rechtlich wie folgt beurteilt:

5.1.1. 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. Bestimmungen die für den betreffenden Lenker geringere Alkoholgrenzwerte festsetzten bleiben unberührt.

Gemäß § 37a FSG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist, sofern nicht auch ein Verstoß gegen § 99 Abs.1 bis 1b StVO 1960 vorliegt, mit einer Geldstrafe von 218 Euro bis 3.633 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen, wer entgegen der Bestimmung des § 14 Abs.8 ein Kraftfahrzeug in Betrieb nimmt oder lenkt. Bei der Strafbemessung sind auch der Grad der Alkoholisierung und die Häufigkeit der Verstöße zu berücksichtigen.

5.1.2. Der Beschwerdeführer hat zur Tatzeit einen PKW gelenkt, obwohl der Alkoholgehalt seiner Atemluft 0,34 mg/l betragen hat. Dieser Wert ist das Ergebnis einer unbedenklichen Messung sowie einer ebenfalls unbestrittenen Rückrechnung durch eine medizinische Sachverständige. Der Beschwerdeführer hat damit den objektiven Tatbestand des § 14 Abs. 8 FSG erfüllt. Das Verfahren hat auch keine Umstände ergeben, welche sein Verschulden ausschließen würden, weshalb gemäß § 5 VStG von fahrlässigem Verhalten auszugehen ist.

5.2.1. Wie sich auf § 37a FSG ergibt, ist diese Bestimmung subsidiär zu den Verstößen gemäß § 99 Abs. 1 bis 1b StVO 1960. Die diesbezüglich relevanten Bestimmungen lauten wie folgt:

Gemäß § 5 Abs. 1 StVO 1960 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.

Gemäß § 99 Abs. 1b StVO 1960 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von 800 Euro bis 3.700 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Arrest von einer bis sechs Wochen, zu bestrafen, wer in einem durch Alkohol oder Suchtgift beeinträchtigten Zustand ein Fahrzeug lenkt oder in Betrieb nimmt.

5.2.2. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liegt eine Übertretung des § 99 Abs. 1b StVO iVm § 5 Abs. 1 StVO nicht nur bei einem Atemluftalkoholgehalt von 0,4 mg/l und darüber vor. Eine Beeinträchtigung durch Alkohol im Sinne des § 5 Abs. 1 StVO kann auch bei einem Atemluftalkoholgehalt von weniger als 0,4 mg/l vorliegen, wenn dennoch aufgrund anderer Umstände (z.B. Medikamenteneinnahme oder Übermüdung) eine Fahruntüchtigkeit vorliegt (VwGH 13.12.1989, 89/02/0111).

Im gegenständlichen Fall lassen die Unfallzeit und der Umstand, dass der Beschwerdeführer nach seinen eigenen Angaben die Nacht „durchgemacht“ hatte zwar die Vermutung zu, dass er zum Lenkzeitpunkt übermüdet war. Allerdings befinden sich weder in der Anzeige noch im sonstigen Akt irgendwelche konkreten Feststellungen, welche auf eine tatsächliche Fahruntüchtigkeit schließen lassen. Die Polizeibeamten haben bei der Unfallaufnahme entsprechend ihrer Anzeige offenbar keine körperlichen Auffälligkeiten beim Beschwerdeführer festgestellt, welche im Zusammenhang mit seiner „Minderalkoholisierung“ auf eine Fahruntüchtigkeit hingewiesen hätten, weil solche Feststellungen sonst in die Anzeige aufgenommen und eine ärztliche Untersuchung gemäß § 5 Abs. 5 StVO veranlasst worden wären. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bedarf es für die Annahme einer Fahruntüchtigkeit bei Minderalkoholisierung im Zusammenhang mit anderen Ursachen konkreter Feststellungen (in der Regel durch ein Sachverständigengutachten) aus welchem sich die Fahruntüchtigkeit ergibt (VwGH 9.10.1981, 81/02/0062).
Derartige Feststellungen liegen im konkreten Fall jedoch nicht vor, weshalb dem Beschwerdeführer keine Übertretung des § 99 Abs. 1b StVO vorgeworfen werden kann. Dieser in § 37a FSG geregelte Fall der Subsidiarität liegt daher nicht vor, weshalb weiterhin vom Vorliegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 37a FSG auszugehen ist.

5.3.1. Gemäß § 99 Abs. 6 lit. c StVO 1960 liegt eine Verwaltungsübertretung nicht vor, wenn eine Tat nach diesem Bundegesetz oder nach den §§ 37 und 37a FSG den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung verwirklicht.

Gemäß § 88 Abs. 1 StGB ist mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen, wer fahrlässig einen anderen am Körper verletzt oder an der Gesundheit schädigt.

Gemäß § 88 Abs. 3 StGB ist mit einer Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, wer grob fahrlässig (§ 6 Abs. 3) oder in den in § 81 Abs. 2 bezeichneten Fall einen anderen am Körper verletzt oder an der Gesundheit schädigt.

Gemäß § 88 Abs. 4 StGB ist der Täter mit Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, wenn die Tat nach Abs. 1 eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs. 1) zur Folge hat. Hat die Tat nach Abs. 3 eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs. 1) zur Folge, ist der Täter mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren, hat sie jedoch eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs. 1) einer größeren Zahl von Menschen zur Folge, mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren zu bestrafen.

§ 81 Abs. 2 StGB lautet wie folgt:
Ebenso (d.h. mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren) ist zu bestrafen, wer den Tod eines Menschen fahrlässig herbeiführt, nach dem er sich vor der Tat, wenn auch nur fahrlässig, durch Genuss von Alkohol oder den Gebrauch eines anderen berauschenden Mittels in einen die Zurechnungsfähigkeit nicht ausschließenden Rauschzustand versetzt hat, obwohl er vorhergesehen hat oder hätte vorhersehen können, dass ihm eine Tätigkeit bevorstehe, deren Vornahme in diesem Zustand eine Gefahr für das Leben, die Gesundheit oder die körperliche Sicherheit eines anderen herbeizuführen oder zu vergrößern geeignet sei.

5.3.2. Zu dieser Bestimmung, welche die Subsidiarität einer in § 37a FSG geregelten Verwaltungsübertretung gegenüber gerichtlich strafbaren Handlungen regelt, ist vorerst darauf hinzuweisen, dass diese systematisch völlig unzusammenhängend bei den Strafbestimmungen des § 99 StVO angeführt ist.

Der Beschwerdeführer hat bei der gegenständlichen Fahrt eine Person leicht und eine andere Person schwer am Körper verletzt und damit gerichtlich strafbare Handlungen gemäß § 88 Abs. 1 bzw. § 88 Abs. 4 1. Satz StGB begangen. Zu diesen fahrlässigen Körperverletzungen ist es deshalb gekommen, weil der Beschwerdeführer auf die Gegenfahrbahn geraten ist. Er hat damit gegen das Rechtsfahrgebot verstoßen und den objektiven Tatbestand einer Verwaltungsübertretung nach § 7 Abs. 1 StVO verwirklicht. Diese Übertretung einer Bestimmung der StVO stellt im konkreten Fall jedoch keine Verwaltungsübertretung dar, weil diese Tat gleichzeitig zu einer fahrlässigen Körperverletzung geführt hat. Von der Subsidiaritätsbestimmung des § 99 Abs. 6 lit. c StVO 1960 sind alle jene verkehrsrechtlichen Bestimmungen umfasst, welche unmittelbar dazu geführt haben, dass der Fahrzeuglenker eine gerichtlich strafbare Handlung verwirklicht hat. Bei Verkehrsunfällen ist dies in aller Regel jener Fahrfehler, welcher den Unfall ausgelöst hat. Hat der Unfalllenker zusätzlich weitere verkehrsrechtliche Vorschriften missachtet, welche in keinem Zusammenhang mit dem Verkehrsunfall stehen (ist er z.B. nicht im Besitz einer Lenkberechtigung, ist das Fahrzeug nicht zum Verkehr zugelassen oder verweigert er nach dem Verkehrsunfall den Alkotest) so sind diese Verwaltungsübertretungen nicht subsidiär zu den gerichtlich strafbaren Handlungen.

Im gegenständlichen Fall hat der Beschwerdeführer bei der zum Unfall führenden Fahrt einen Atemluftalkoholgehalt von 0,34 mg/l aufgewiesen, er befand sich jedoch nicht in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand im Sinne des § 5 Abs. 1 StVO. Entsprechend dem Diversionsangebot der Staatsanwaltschaft Linz hat der Beschwerdeführer die Körperverletzung dadurch begangen, dass er „aufgrund Außerachtlassung der im Straßenverkehr erforderlichen Sorgfalt und Aufmerksamkeit sein Fahrzeug in den Gegenverkehrsbereich gelenkt“ hatte. Aus dieser Formulierung ist ersichtlich, dass die Staatsanwaltschaft dem Beschwerdeführer einen Aufmerksamkeitsfehler vorgeworfen hat, nicht jedoch das Lenken des Kraftfahrzeuges mit einem bestimmten Atemluftalkoholgehalt. Keinesfalls wurde dem Beschwerdeführer vorgeworfen, dass sein Atemluftalkoholgehalt unfallkausal gewesen wäre oder dass er sich gar in einem durch Alkohol beeinträchtigen Zustand befunden hätte. In diesem Fall hätte der Tatvorwurf die Qualifikation des § 81 Abs. 2 StGB enthalten müssen. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer bei der zum Unfall (und damit zu den fahrlässigen Körperverletzungen) führenden Fahrt einen Atemluftalkoholgehalt von 0,34 mg/l aufgewiesen hat, bildet daher keine gerichtlich strafbare Handlung, weshalb auch die Subsidiaritätsbestimmung des § 99 Abs. 6 lit. c StVO 1960 nicht erfüllt ist.

5.4.1. Gemäß Art. 4 7. ZPEMRK darf niemand wegen einer strafbaren Handlung, wegen der er bereits nach dem Gesetz oder dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut vor Gericht gestellt oder bestraft werden.

5.4.2. In formaler Hinsicht ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer wegen der beim Verkehrsunfall verursachten fahrlässigen Körperverletzungen weder bestraft noch freigesprochen sondern das Verfahren diversionell erledigt wurde. Es stellt sich daher nicht die Frage der Doppelbestrafung, sondern allenfalls einer doppelten Verfolgung derselben strafbaren Handlung. Es ist daher zu klären, ob die strafrechtlich verfolgte Tathandlung (fahrlässige Körperverletzung nach § 88 StGB) einerseits und die verwaltungsstrafrechtliche Handlung nach § 14 Abs. 8 iVm § 37a FSG andererseits dieselbe strafbare Handlung betreffen. Dazu ist nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (G91/97ua. vom 7.10.1998) darauf abzustellen, ob der Regelungs- und Schutzzweck sowie die wesentlichen Elemente der Straftatbestände des § 88 StGB einerseits und des § 14 Abs. 8 iVm § 37a FSG andererseits die gleichen sind.

Nach Ansicht des LVwG OÖ. enthalten diese Bestimmungen jedoch nicht die gleichen wesentlichen Elemente. § 88 StGB verbietet die fahrlässige Verletzung anderer Personen, wobei für den Fall, dass diese fahrlässige Körperverletzung verursacht wurde, obwohl sich der Betroffene in einen die Zurechnungsfähigkeit nicht ausschließenden Rauschzustand versetzt hatte, die Qualifikation des § 81 Abs. 2 StGB anzuwenden ist. Ein derartiger Rauschzustand ist nach der ständigen strafgerichtlichen Rechtsprechung einer Alkoholbeeinträchtigung im Sinne des § 5

Abs. 1 StVO gleichzuhalten und zwar unabhängig davon, ob der Betroffene einen Blutalkoholgehalt von 0,8 Promille erreicht oder sich die Fahruntüchtigkeit aus der Kombination eines geringeren Blutalkoholgehaltes mit anderen Elementen ergeben hat.

Das wesentliche Element des § 14 Abs. 8 FSG besteht hingegen darin, dass niemand ein Kraftfahrzeug lenken darf, wenn sein Blutalkoholgehalt 0,5 Promille (aber weniger als 0,8 Promille) erreicht hat. Diese Bestimmung wurde zwar erkennbar deshalb erlassen, weil auch bei einem Blutalkoholgehalt von 0,5 Promille die Unfallgefahr bereits erhöht ist, eine Alkoholbeeinträchtigung im Sinne des § 5 Abs. 1 StVO (und den daran anknüpfenden führerscheinrechtlichen Folgen), welche dem Rauschzustand des § 81 Abs. 2 StGB gleichzusetzen wäre, liegt jedoch gerade nicht vor. Die Straftatbestände des § 88 StGB einerseits und des § 14 Abs. 8 iVm § 37a FSG andererseits haben daher nicht dieselben wesentlichen Elemente.

Im konkreten Fall ist weiter zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer von der Staatsanwaltschaft nicht wegen des Umstandes verfolgt wurde, dass er bei der zum Unfall führenden Fahrt einen bestimmten Alkoholgehalt der Atemluft aufgewiesen hat, sondern die Staatsanwaltschaft offensichtlich davon ausgegangen ist, dass der Beschwerdeführer sich nicht in einem Rauschzustand im Sinne des § 81 Abs. 2 StGB befunden hat. Eine Verfolgung wegen seines Atemluftalkoholgehaltes bzw. einer eventuellen Übermüdung durch die Staatsanwaltschaft erfolgte gerade nicht. Diesbezüglich kann bereits auf die obigen Ausführungen zur Subsidiaritätsregel des § 99 Abs. 6 lit. c StVO hingewiesen werden (vgl. Punkt 5.3.).

5.5. Der gesetzliche Strafrahmen für die gegenständliche Übertretung liegt zwischen 300 und 3.700 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe bis zu 6 Wochen).

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 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.

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 des Bescheides soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

Der Beschwerdeführer verfügt nach der unwidersprochenen behördlichen Einschätzung über ein Nettoeinkommen von 1.800 Euro bei keinem Vermögen und keinen ins Gewicht fallenden Sorgepflichten. Gemäß § 37a letzter Satz FSG ist bei der Strafbemessung der Grad der Alkoholisierung zu berücksichtigen. Im Hinblick auf den Alkoholisierungsgrad von 0,34 mg/l hat die belangte Behörde zu Recht nicht mehr die gesetzliche Mindeststrafe verhängt.

Strafmildernd ist die Unbescholtenheit des Beschwerdeführers zu berücksichtigen, Straferschwerungsgründe liegen nicht vor. Unter Abwägung all dieser Umstände und Berücksichtigung präventiver Überlegungen erscheint die von der Behörde verhängte Geldstrafe nicht überhöht. Die Beschwerde war daher auch hinsichtlich der Strafhöhe abzuweisen.

Zu II.:
Die Vorschreibung der Verfahrenskosten ist in § 52 VwGVG begründet.

Zu III.:
Zulässigkeit der ordentlichen Revision:
Die ordentliche Revision ist zulässig, weil die Frage, ob eine Bestrafung gemäß § 14 Abs. 8 FSG gegen das Doppelverfolgungsverbot verstößt, wenn im gerichtlichen Verfahren (Diversion) die Qualifikation des § 81 Abs. 2 StGB nicht angewendet wurde, soweit ersichtlich – vom VwGH noch nicht entschieden wurde. Diese Frage kommt auch über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu.

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 ordentlichen 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Zöbl