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

Geschäftszeichen:
LVwG-602636/2/Bi

Datum:
Linz, 21. August 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bissenberger über die Beschwerde des Herrn A S, vom 31. Juli 2018 gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 5. Juli 2018, BHVBVerk-2017-395389/13-Pl, wegen Abweisung des Antrages auf Wiederaufnahme des Verfahrens BHVBVerk-2017-395389 wegen Übertretung der StVO 1960

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird mit der Maßgabe keine Folge gegeben, dass der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens vom 6. Juni 2018 als verspätet zurückzuweisen ist.

II. 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

Zu I.:

1. Mit dem oben bezeichneten, laut Rückschein am 6. Juli 2018 zugestellten Bescheid wurde der Antrag des Beschwerdeführers (in Folge: Bf) vom „6. Juni 2017 (gemeint wohl 2018)“ auf Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 69 AVG abgewiesen.
Begründet wurde dies damit, wie bereits im Straferkenntnis der BH Vöcklabruck vom 22. November 2017 ausführlich begründet worden sei, seien seine Angaben nicht geeignet, an der Richtigkeit des Alkomatergebnisses zu zweifeln. Auch im Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens seien keine neuen Tatsachen hervorgetreten, die eine Änderung der Entscheidung der Behörde zulassen würden. Zu seinen Einwendungen, dass das Messergebnis durch die von ihm eingenommenen Medikamente verfälscht worden sei – Einnahme von Medikamenten und Verwendung einer Zahnhaftcreme – werde angeführt, dass diese Einwendungen durch das Gutachten der Amtsärztin eindeutig widerlegt seien. Die von ihm eingenommenen Medikamente hätten zu keiner Verfälschung des Ergebnisses geführt und die Höhe der Alkoholisierung nicht beeinflusst. Das Ergebnis einer Atemluftmessung könne nur durch die Einholung eines Gutachtens über den Blutalkoholgehalt entkräftet werden.

2. Dagegen hat der Bf fristgerecht Beschwerde gemäß § 7 VwGVG iVm Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG eingebracht, die von der belangten Behörde ohne Beschwerdevorentscheidung dem Landesverwaltungsgericht OÖ zur Entscheidung vorgelegt wurde, das darüber gemäß Art 131 B-VG zu entscheiden hat. Die (nicht beantragte) Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung erübrigte sich gemäß § 44 Abs 2 VwGVG.

3. Der Bf macht im Wesentlichen geltend, die neuen Tatsachen würden von der belangten Behörde nicht wahrgenommen. In der Betriebsanleitung des Messgerätes Dräger 7110 werde von Hersteller extra darauf hingewiesen, dass beide Messungen zu vergleichen seien und die Einzelergebnisse nahezu übereinstimmen müssten – das sei nicht der Fall, daher keine echte verwertbare Messung. Auch die erlaubten 10% seien fast überschritten worden, es sei nur um 0,035 nicht erreicht worden, nenne man das eine genaue Messung? Er sei absichtlich nach einem Sturztrunk, „also Vortester dann am Posten ca 40 Minuten festgehalten“ worden, damit sich der Sturztrunk auch auswirke, er habe 4 Zeugen, die das bestätigen könnten.

4. Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt der belangten Behörde und hat in rechtlicher Hinsicht erwogen:

§ 69 AVG, der gemäß § 24 VStG auch in vor der belangten Behörde geführten Verwaltungsstrafverfahren gilt, lautet auszugsweise:
„(1) Dem Antrag einer Partei auf Wiederaufnahme eines durch Bescheid abgeschlossenen Verfahrens ist stattzugeben, wenn ein Rechtsmittel gegen den Bescheid nicht oder nicht mehr zulässig ist und: [...]
2. neue Tatsachen oder Beweismittel hervorkommen, die im Verfahren ohne Verschulden der Partei nicht geltend gemacht werden konnten und allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens voraussichtlich einen im Hauptinhalt des Spruches anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätten. [...]
(2) Der Antrag auf Wiederaufnahme ist binnen zwei Wochen bei der Behörde einzubringen, die den Bescheid in erster Instanz erlassen hat. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von dem Wiederaufnahmegrund Kenntnis erlangt hat, wenn dies jedoch nach der Verkündung des mündlichen Bescheides und vor Zustellung der schriftlichen Ausfertigung geschehen ist, erst mit diesem Zeitpunkt. [...] Die Umstände, aus welchen sich die Einhaltung der gesetzlichen Frist ergibt, sind vom Antragsteller glaubhaft zu machen. [...]“

Der Bf hat im mit 6. Juni 2017 datierten und laut Eingangsstempel der belangten Behörde bei dieser am 6. Juni 2018 eingelangten Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens VerkR96-17520-2017 (Straferkenntnis vom 22. November 2017 zu GZ BHVBVerk-2017-395389/8-Pl, VerkR96-17520-2017, zugestellt laut Rückschein am 23. November 2017) ausgeführt, er habe sich am 18. April 2017 die Anzeige wegen des Messstreifens geholt, der sei ihm damals nicht ausgehändigt worden. Nebenbei habe er sich auch die Funktion des Atemalkoholkontrollgerätes Dräger Alcotest 7110 MK III besorgt. Nach Studieren der Funktion und Anwendung dieses Gerätes habe er das Messergebnis des Messstreifens ausgewertet mit dem Ergebnis, dass ersichtlich sei, dass zwei Messungen notwendig seien und zur Auswertung herangezogen würden.

Die gesetzlich mit zwei Wochen vorgegebene Frist für einen Antrag auf Wiederaufnahme beginnt gemäß § 69 Abs 2 AVG mit dem Zeitpunkt, an dem der Antragsteller von dem Wiederaufnahmegrund Kenntnis erlangt hat.
Das war im ggst Fall nach den Ausführungen des Bf bereits beim „Besorgen“ des Messstreifens am 18. April 2018, auf dem zwei Messergebnisse des von ihm am 23. September 2017 durchgeführten Alkotests ersichtlich sind. In der Anzeige wurde darauf hingewiesen, dass der Bf im Rahmen der Alkoholamtshandlung die Unterschrift auf dem Messtreifen ohne Angabe von Gründen verweigert hat, nicht aber, dass ihm eine Kopie des Messstreifens ausgefolgt worden wäre. Damit war davon auszugehen, dass er den Messstreifen erstmals am 18. April 2018 in Händen hatte, dh die zweiwöchige Frist des § 69 Abs 2 AVG endete sohin am 2. Mai 2018.

Damit ist der nachweislich vom Bf erst am 6. Juni 2018 eingebrachte Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens als verspätet eingebracht anzusehen und war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Am Rande ist inhaltlich zu bemerken, dass die Probendifferenz bei Alkomaten der Fa D von der Software festgestellt wird und bei einer Abweichung des 2. erzielten Atemluftalkoholwertes um mehr als 10% vom 1. erzielten Atemluftalkoholwert automatisch die Anzeige „Probendifferenz – Messungen nicht verwertbar“ aufscheint, dh der Proband wird nochmals und so lange zur Durchführung eines Alkotests aufgefordert, bis zwei verwertbare Messergebnisse vorliegen. Wann der Alkotest durchgeführt wird, ist insofern belanglos, als die 15minütige Wartezeit zwischen dem letzten Alkoholkonsum und dem Alkotest einzuhalten ist und darüber hinaus eine Rückrechnung des günstigsten verwertbaren Messergebnisses auf die Lenkzeit durchgeführt wird. Einen Sturztrunk hatte der Bf laut Anzeige bei der Amtshandlung verneint.

Der Bf erreichte beim der 1. Messung den Wert 0,92 mg/l, bei der 2. Messung den Wert 1,01 mg/l AAG. 10% vom 1. Wert sind 0,092 mg/l, der 2. Wert 1,01 mg/l liegt daher ohne jeden Zweifel innerhalb der zulässigen 10%-Abweichung.
Eine Blutalkoholbestimmung hat der Bf offensichtlich nicht veranlasst – damit muss er die Alkomatmessung mit dem günstigeren Wert 0,92 mg/l AAG gegen sich gelten lassen.
Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geht ein – allfälliger, hinsichtlich der Resorption von nach § 5 Abs 1 StVO tatbestandsmäßig erheblichen Mengen auch nur fahrlässig vorgenommener – Konsum von alkoholhältigen Medikamenten, sofern er sich auf die Alkoholkonzentration der Atemluft zur Lenkzeit ausgewirkt hatte, nach dem Tatbild der Verwaltungsübertretung nach § 5 Abs 1 StVO zulasten des Beschwerdeführers (vgl E 19.9.1990, 90/03/0024).
Zum Vorbringen des Beschwerdeführers, er habe Alkohol erst kurz vor der "Alkoholüberprüfung" zu sich genommen, sodass - zum Tatzeitpunkt - zufolge der noch nicht vollständigen Alkoholresorption "keine 0,8 Promille überschreitende Alkoholisierung" vorgelegen sei, ist darauf zu verweisen, dass Alkohol in der Anflutungsphase besonders nachteilige Auswirkungen auf die Fahrtüchtigkeit zeitigt; ein Sturztrunk kurz vor Fahrtantritt wirkt sich auf den Alkoholgehalt des Blutes und der Atemluft erst nach einer gewissen Zeit aus, die Beeinträchtigung der Fahrtüchtigkeit tritt aber sofort ein (vgl E 25.4.1997, 96/02/0027; 24.9.1997, 97/03/0119; uva).

Zu II.:

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. Ebenfalls liegen 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

Mag. Bissenberger