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-603498/20/Bi

Datum:
Linz, 14. September 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bissenberger über die Beschwerde des Herrn T G, vom 17. Jänner 2020 gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Schärding vom 19. Dezember 2019, BHSD/919140018529/19, wegen Übertretung der StVO 1960, nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 13. Mai, 4. Juni und 8. September 2020

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern teilweise Folge gegeben, als das Straferkenntnis hinsichtlich des Schuldspruches, der Geldstrafe und des Beitrages zu den Verfahrenskosten der belangten Behörde bestätigt, die Ersatzfreiheitsstrafe jedoch auf 7 Tage herabgesetzt wird.

II. Ein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens entfällt.

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

Zu I.:

1. Mit dem oben bezeichneten Straferkenntnis wurde über den Beschuldigten wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß §§ 5 Abs 1 iVm 99 Abs 1b StVO 1960 eine Geldstrafe von 800 Euro und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 9 Tagen verhängt sowie ihm gemäß § 64 Abs 1 VStG ein Verfahrenskostenbeitrag von 80 Euro auferlegt.
Zugrundegelegt wurde laut Schuldspruch, er habe am 9. November 2019 um 18.45 Uhr den Pkw x zuletzt im Gemeinde- und Ortsgebiet S auf der Hofmark bis auf Höhe des Gebäudes der Volksschule S in Hofmark x gelenkt, obwohl er sich in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand befunden habe, da eine Untersuchung seiner Atemluft auf Alkoholgehalt eine Atemluftalkoholkonzentration von 0,47 mg/l (die 0,94 g/l Blutalkoholkonzentration entspreche) ergeben habe.

2. Dagegen hat der Beschwerdeführer (in Folge: 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. Am 13. Mai, 4. Juni und 8. September 2020 2020 wurde eine (nicht beantragte) öffentliche mündliche Verhandlung in Anwesenheit des Bf bzw seines Bruders als bevollmächtigter Vertreter, des Meldungslegers GI F T (in Folge: Ml), RI C E (in Folge: RI E), beide PI Andorf, sowie des technischen Amtssachverständigen Ing. J L (in Folge: AmtsSV) durchgeführt. Der Vertreter der belangten Behörde war entschuldigt. Auf die mündliche Verkündung des Erkenntnisses wurde verzichtet.

3. Der Bf macht im Wesentlichen geltend, er habe letzte Woche zufällig mit einem befreundeten Polizisten gesprochen und ihm den ggst Sachverhalt geschildert, da ihm die festgestellte Höhe der Alkoholisierung zu hoch erschienen sei. Dieser habe ihn darauf hingewiesen, dass ein Kaugummi das Testergebnis verfälschen könne. Er sei vom Ml erst kurz vor der Kontrolle darauf hingewiesen worden, dass er seinen Kaugummi aus dem Mund entfernen solle. Unmittelbar danach sei die Messung durchgeführt worden, was laut Betriebsanleitung des Alkoholmessgerätes nicht zulässig sei.
Er bezweifle daher die Korrektheit der Messung und beantrage die Aufhebung des Straferkenntnisses.

4. Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt der belangten Behörde sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, bei der der Bf und sein Vertreter gehört, die Ausführungen der belangten Behörde in der Begründung des in Beschwerde gezogenen Straferkenntnisses berücksichtigt, die oben genannten Zeugen unter

Hinweis auf die Wahrheitspflicht des § 288 StGB einvernommen wurden und ein technisches SV-Gutachten zur Verwertbarkeit der Alkomatmessung und Heranziehung als Grundlage für den Tatvorwurf erstellt wurde.

Folgender Sachverhalt ist entscheidungswesentlich:
Am 9. November 2019 gegen 18.30 Uhr langte bei der Bezirksleitstelle Ried/I. telefonisch eine anonyme Anzeige ein, wonach der Lenker des Pkw x auf der Andorfer Straße L514 in Richtung Andorf offenbar alkoholbeeinträchtigt unterwegs sei, worauf die beiden Zeugen den Bf um 18.45 Uhr im Ortsgebiet Andorf als Lenker des genannten Pkw auf der B129 im Ortsgebiet von S anhielten. Der Ml forderte ihn zur Nachfahrt bis zum Parkplatz der Volksschule S auf und stellte bei einer Lenker- und Fahrzeugkontrolle einen leichten Alkoholgeruch an ihm fest.
Der um 18.47 Uhr durchgeführte Vortest ergab 0,55 mg/l AAG. Bei der darauffolgenden Atemluftalkoholuntersuchung mit dem geeichten Alkomat Dräger Alcotest 7110 MKIII A, IdNr. ARDD-0006, erzielte der Bf um 19.13 Uhr einen günstigsten Wert von 0,47 mg/l AAG.

Der Bf schilderte laut Anzeige seinen Alkoholkonsum vor dem Lenken mit vier Seidel Bier zwischen 17.30 Uhr und 18.15 Uhr. Um 15.00 Uhr habe er eine Aspirin-Tablette genommen. Sein Gewicht hat der Bf mit 90 kg angegeben.

In der Verhandlung erklärte der Bf eigentlich sei ihm der erzielte Messwert aufgrund der bereits vergangenen Abbauzeit zu hoch vorgekommen. Ein Freund habe ihm später erzählt, dass Kaugummi den Wert verfälschen könnte. Er habe nämlich auf dieser Fahrt bereits vor der Anhaltung einen – nicht näher definierten – Kaugummi in den Mund gesteckt und diesen dort behalten bis kurz vor der 1. Messung, als ihn der Beamte aufgefordert habe, diesen auszuspucken; den Vortest habe er mit dem Kaugummi im Mund durchgeführt. Er habe außerdem bereits am Nachmittag 20 Passedan-Tropfen genommen und, so wie bei der Amtshandlung angegeben, zwischen 17.30 Uhr und 18.15 Uhr 4 Seidel Bier getrunken.

Zu Kaugummi befragt gab der Ml an, der Bf sei von RI E aufgefordert worden, einen eventuellen Kaugummi aus dem Mund zu nehmen. Er meine, dass der Bf zwischen dem Vortest um 18.47 Uhr und dem 1. Blasversuch um 19.13 Uhr sicher nichts im Mund gehabt habe. Letztlich konnte der Ml jedoch nicht mehr sagen, ob der Bf den Kaugummi vor dem Vortest oder vor dem 1. Blasversuch herausgenommen hat. RI E habe mit dem Bf geredet, während er selbst den Alkomat vorbereitet habe. Es sei richtig, dass der Bf wegen des Wertes von 0,47 mg/l AAG überrascht gewesen sei. Auffällig sei an ihm nur der Alkoholgeruch gewesen, sonst sei er vom Verhalten her nicht augenscheinlich alkoholisiert gewesen. Der Bf habe selbst verneint, etwas gegessen zu haben. Die Wartezeit von 15 Minuten sei eingehalten worden.

RI E gab an, er sage zu allen Personen vor der Durchführung des Alkomattests, dass sie ab nun nichts trinken, nichts rauchen und auch keinen Kaugummi im Mund haben dürfen. Er konnte sich in der Verhandlung nicht erinnern, dass der Bf damals einen Kaugummi im Mund gehabt hätte, er habe jedenfalls keinen solchen herausgenommen. Er könne aber nicht ausschließen, dass der Bf einen solchen zB unter der Zunge gehabt habe.

Gemäß der in der Verhandlung am 4. Juni 2020 von RI E vorgelegten Eichbestätigung des Bundesamtes für Eich- und Vermessungswesen wurde der in der Anzeige angeführte Alkomat Alcotest MKIII A 7110 mit der IdentifikationsNr. ARDD-0006 zuletzt vor dem Vorfall vom 9. November 2019 am 12. April 2018 mit Nacheichfrist bis 31. Dezember 2020 geeicht.
Laut Überprüfungsbericht der Fa D wurde das Gerät mit der Id.Nr. ARDD-0006 am 28. Oktober 2019 zuletzt überprüft und für in Ordnung befunden. Weiters hat RI E den Überprüfungsbericht der Fa. D für dieses Gerät vom 30. April 2020 vorgelegt; auch damals wurde ds Gerät für in Ordnung befunden.
Dem Bf wurden diese Unterlagen in der Verhandlung gezeigt; er hat deren Richtigkeit nicht angezweifelt.

Gemäß Punkt 3.1.1 „Vorbedingungen für die Atemalkoholmessung“ der Bedienungsanleitung „Information für geschulte Organe der Straßenaufsicht“, darf die Messung erst durchgeführt werden, wenn sichergestellt ist, dass die Testperson in einer Zeitspanne von mindestens 15 Minuten keine Flüssigkeiten, Nahrungsmittel und/oder Genussmittel, Medikamente oder dergleichen (zB Mundsprays) zu sich genommen hat und auch nach Rauchen, Aufstoßen von Flüssigkeiten oder Erbrechen ist diese Wartezeit einzuhalten.

Laut Auskunft von Herrn T F, „Leitung Sparte Sicherheitstechnik – Prokurist“, D A GmbH, Wien, vom 20. Mai 2020 zur Frage, inwieweit ein möglicherweise erst innerhalb der 15minütigen Wartezeit aus dem Mund entfernter Kaugummi in der Lage ist, ein Alkomat-Ergebnis zum Nachteil des kontrollierten Lenkers zu verfälschen, erkennt das Gerät Messsignale, die aufgrund eines Stoffes hervorgerufen werden, welcher nicht Ethanol ist. Die Wartezeit dient der Verflüchtigung eines ev. vorhandenen Mundalkohols. Ein plausibler Grund für die Verfälschung des Messwertes ist nicht bekannt, es sei denn, der Kaugummi enthält Ethanol.
Dazu wird auf die Gebrauchsanweisung hingewiesen: „In dem Gerät Alcotest 7110 MKIII A sind 2 Messsysteme unterschiedlicher analytischer Spezifität integriert: ein Infrarot-Messsystem und ein elektrochemisches Messsystem. Beide Systeme führen unabhängig voneinander eine Bestimmung der Alkoholkonzentration der Atemprobe durch. Gegebenenfalls vorhandene Begleitstoffe im Atem eines Probanden, die nicht Ethanol sind, werden durch Vergleich der Ergebnisse der beiden Messsystems erkannt (Interferenzerkennung).“

Der Vertreter des Bf hat in der Verhandlung vom 8. September 2020 dargelegt, der Bf habe einen Kaugummi während seines Alkoholkonsums zu kauen begonnen und bei der Amtshandlung noch immer im Mund gehabt. Beim Alkoholkonsum sei Ethanol in den Kaugummi gelangt, der sowohl beim Vortest als auch während der 15minütigen Wartezeit dort vorhanden gewesen sei. Der Bf sei von den Beamten nie zum Ausspucken des Kaugummis aufgefordert worden und habe diesen erst unmittelbar vor dem 1. Blasversuch um 19.13 Uhr herausgenommen.

Der AmtsSV hat dazu ausgeführt, dass der Alkomat der Marke Dräger über 2 verschiedene Messsysteme verfügt, nämlich einerseits über einen elektrochemischen Sensor und andererseits über einen Infrarotsensor. Würden beim Einblasen der Atemluft unterschiedliche Werte von diesen beiden Sensoren ermittelt worden sein, dann wäre kein entsprechendes Ergebnis zustande gekommen. Das Herausnehmen eines bereits längere Zeit im Mund befindlichen Kaugummis unmittelbar vor der 1. Messung bringe hier keine nennenswerten Verfälschungen. Laut Auskunft des Alkomaterzeugers träfen diese Informationen insofern zu, als, wenn dieser Kaugummi ethanolhältige Substanzen abgegeben hätte, der Alkomat diese erkannt und „Mundrestalkohol“ angezeigt hätte und weiters führte Ethanol im Mund- und Rachenraum zu unterschiedlichen Ergebnissen der beiden Sensoren.
Das Ergebnis des nicht geeichten Vortests sei nur insofern relevant, als ab einem Wert von 0,22 mg/l AAG zur Atemluftalkoholuntersuchung ein geeichter Alkomat heranzuziehen sei. Aus messtechnischer Sicht habe ein vor dem Alkomattest im Mund befindlichen Kaugummi keinen Einfluss auf das Messergebnis.

Der AmtsSV hat dazu eine schriftliche Stellungnahme von Herrn T L, „Key Account & Project Management – Product Specialist Mobile Gasdetection & Impairment Checks“, D A GmbH, W, vom 15. Juni 2020 vorgelegt, wonach Kaugummis kein Ethanol sondern mehrwertige Alkohole enthalten, die der verwendete Alkomat zuverlässig nicht anzeige. Hätte der vom Bf im Mund behaltene Kaugummi Ethanol enthalten, hätte der Alkomat „Mundrestalkohol“ angezeigt – die zwischen den Blasvorgängen aufgrund der Mischung mit ethanolfreier Atemluft aus der Lunge abfallende Alkoholkonzentration wäre vom Infrarot-Sensor erkannt und die Messung mit dieser Anzeige abgebrochen worden. Da durch die zwischen den Blasvorgängen durchzuführenden Handlungen (Abnahme des Mundstücks, Spülen, Nulltest) bis zur 2. Messung Zeit vergehe, würde der Mundrestalkohol weiter absinken, sodass die Ergebnisse der Infrarot-Messungen unterschiedlich ausfallen würden; damit würde nur dann ein verwertbares Messergebnis vorliegen, wenn die beiden Messungen innerhalb der Toleranz lägen. Auch laut Auskunft des Geräteherstellers ist ein messtechnischer Einfluss auf das Messergebnis durch einen Kaugummi ausgeschlossen.

Der Vertreter des Bf verwies darauf, dass der auskunftserteilende Herr F gelernter Elektriker sei, Herr L sei Projektmanager für Alkomaten.

Letztlich schloss er die Vorlage eines von ihm selbst eingeholten Gutachtens zu seiner Schilderung des Kaugummikonsums des Bf bei der Amtshandlung aus Kostengründen aus, beantragte jedoch Verfahrenseinstellung wegen eines nicht verwertbaren Messergebnisses infolge Kaugummikauens während der vorgeschriebenen Wartezeit.

Beweiswürdigend ist vonseiten des Landesverwaltungsgerichtes auszuführen, dass der Bf dezidiert betont hat, RI E habe ihn kurz vor dem 1. Blasversuch darauf hingewiesen, er solle den Kaugummi ausspucken. Die Zeugenaussage des Ml bestätigt das glaubhaft. RI E hat auf die vor Alkomatuntersuchungen vorgeschriebene und von ihm üblicherweise und so auch beim Bf durchgeführte Belehrung hinsichtlich der 15minütigen Wartezeit vor einer Alkomatuntersuchung hingewiesen, die auch Kaugummis umfasse, hat aber ausdrücklich betont, er könne sich nicht erinnern, dass der Bf einen Kaugummi aus dem Mund gegeben habe.
Die Behauptung des Bf-Vertreters, der Bf sei nie zum Herausnehmen von Kaugummi aufgefordert worden, widerspricht der Verantwortung des Bf und beiden Zeugenaussagen.

Zur Zeugenaussage des Ml ist auffällig, dass dieser zunächst ausführte, nach seiner Erinnerung habe der Bf einen Kaugummi vor dem Vortest ausgespuckt, er sich bei nochmaliger genauer Befragung aber nur mit Sicherheit erinnern konnte, dass RI E mit dem Bf gesprochen habe, während er mit dem Alkomat beschäftigt gewesen sei. Letztlich wurde deutlich, dass er sich an einen tatsächlich vom Bf verwendeten Kaugummi überhaupt nicht erinnern konnte.

Zur Zeugenaussage von RI E ist zu sagen, dass sich dieser – glaubwürdig – nicht an einen aus dem Mund des Bf entfernten Kaugummi erinnern konnte, dh entweder hat der Bf die – zweifellos stattgefunden habende – Belehrung missachtet und den Kaugummi im Mund behalten oder er hatte tatsächlich keinen Kaugummi im Mund, den er herausnehmen hätte können.

Beim Bf fällt außerdem auf, dass er bei der Amtshandlung angab, er habe um 15.00 Uhr eine Aspirin-Tablette genommen, aber nichts (in Bezug auf Alkohol) Nennenswertes gegessen. Er hat seinen Bierkonsum von 17.30 Uhr bis 18.15 Uhr mit vier Seidel angegeben. Diese Angaben stammen von ihm, dh die nunmehrigen Behauptungen seines Vertreters, der Alkoholkonsum habe über einen weit längeren Zeitraum stattgefunden, widerspricht der Verantwortung des Bf.

Dem Bf, dem – vom Ml bestätigt – bei der Amtshandlung das Alkomatergebnis von 0,47 mg/l zu hoch für seinen Bierkonsum vorkam, fiel in der Verhandlung erstmals ein, dass er am Nachmittag vorher ja auch noch 20 Passedan-Tropfen zu sich genommen habe, wobei er aber aufgrund der von ihm überlegten Einnahmezeit einen unmittelbaren Einfluss auf das Alkomatergebnis selbst ausschloss. Warum

er nicht bei der Amtshandlung schon auf den Kaugummi als eventuellen Einflussfaktor für den Alkomatwert hingewiesen hat, obwohl ihm nach der (zweifellos durch RI E darüber erfolgten) Belehrung bewusst sein musste, dass die 15 Minuten dann nicht eingehalten worden wären, bleibt unerfindlich.
Andererseits ist aufgrund der Offensichtlichkeit des Herausnehmens eines Kaugummis aus dem Mund sowie dessen weiteren Deponierung nicht erklärbar, warum RI E ein solches Verhalten beim Bf nicht aufgefallen ist, wenn es laut Bf tatsächlich stattgefunden haben sollte – abgesehen davon, dass das Herausnehmen einen erneuten Beginn der Wartezeit ausgelöst bzw ein Nichtherausnehmen eines (erkennbar im Mund befindlichen) Kaugummis eine Verweigerung der Alkomat-Untersuchung bedeutet hätte.

Insgesamt steht für das Landesverwaltungsgericht OÖ nicht zweifelsfrei fest, dass der Bf bei der Alkomat-Amtshandlung am 9. November 2019, wie er behauptet hat, bis kurz vor dem 1. Blasversuch tatsächlich einen Kaugummi im Mund hatte. Auf der Grundlage des konkreten Beschwerdevorbringens vom Hinweis eines befreundeten Polizisten liegt durchaus nahe, dass der Bf, der gegen den Entziehungsbescheid trotz der gemäß § 24 Abs 3 FSG angeordneten Maßnahmen kein Rechtsmittel ergriffen hat, diesen theoretischen Rat in der Praxis erproben wollte, wofür eben nur noch das Verwaltungsstrafverfahren offenstand.

Die Einholung des Gutachtens des AmtsSV erfolgte – unter Bedachtnahme auf das vom Bf eingewandte VwGH-Erkenntnis vom 29. Mai 2015, Ra 2015/02/0018, wonach eine Auskunft des Alkomatherstellers zum Zustandekommen eines gültigen Messergebnisses in Bezug auf Kaugummi-Kauen während der vorgeschriebenen 15minütigen Wartezeit nicht ausreicht – lediglich zur weiteren Absicherung trotz der Bedenken im Hinblick auf den Wahrheitsgehalt der Verantwortung des Bf sowie der Glaubwürdigkeit des Zeugen RI E.

Die Einholung einer – nicht namensbezogenen aber – konkret fallbezogenen Auskunft des Alkomatherstellers ergab keine Relevanz in Bezug auf die Beschwerdebehauptung, auch wenn der Vertreter des Bf jegliche Ausbildung und Qualifikation von Firmenmitarbeitern, die offensichtlich für solche Auskünfte von der D A GmbH autorisiert sind, in Zweifel gezogen hat. Der für Alkomat-Gutachten vom Amt der OÖ Landesregierung autorisierte AmtsSV hat zwar keine chemische Ausbildung aber jahrelange berufliche praktische Erfahrung, die er durch eine selbst eingeholte – inhaltlich bestätigende – Auskunft des Alkomatherstellers (zusätzlich zu seinen in diesem Sinne selbst gemachten beruflichen Erfahrungen) lediglich untermauert hat.

Die gutachterlichen Ausführungen des beigezogenen AmtsSV sind aus der Sicht des Landesverwaltungsgerichtes OÖ dahingehend schlüssig und nachvollziehbar, dass ein bereits vor Fahrtantritt zur Zeit des Alkoholkonsums des Bf – dh vor 18.15 Uhr – in den Mund gesteckter Kaugummi, in den laut Behauptung des Bf beim

Alkoholkonsum Ethanol gelangt ist, um kurz vor 19.13 Uhr – der Zeit der relevanten 1. Messung mit dem Ergebnis 0,47 mg/l AAG – nach logischen Überlegungen aufgrund des Speichelflusses während dieser Stunde keine messtechnisch relevante Menge Ethanol mehr enthalten kann, welches vom Alkomat als solches erkannt würde, sodass mit der Anzeige „Mundrestalkohol“ kein gültiges Messergebnis zustande käme. Eine technische Unzulänglichkeit des verwendeten Atemluftalkoholuntersuchungsgerätes ist auf der Grundlage der aufrechten Eichung sowie der unbedenklichen Prüfbestätigungen des Alkomatherstellers über die einwandfreie Funktionstauglichkeit des verwendeten Gerätes auszuschließen. Damit ist die vom Bf – nicht verifiziert – eingewendete Nichteinhaltung der Wartezeit allein kein Grund, das vom Alkomat als „relevant“ (im Sinne von verwertbar) erkannte Messergebnis von 0,47 mg/l um 19.13 Uhr des 9. November 2019 zu verwerfen.

Auf dieser Grundlage besteht kein Anhaltspunkt für Zweifel an der Richtigkeit der gutachterlichen Feststellung des AmtsSV, wonach selbst ein kurz vor dem 1. Blasversuch, also innerhalb der 15minütigen Wartezeit, erfolgtes Entfernen eines bereits mehr als eine Stunde im Mund befindlichen Kaugummis keinen messtechnischen Einfluss auf das erzielte Alkomatergebnis hatte und der günstigste vom Bf erzielte Messwert von 0,47 mg/l AAG damit ein als Grundlage für den Tatvorwurf heranzuziehendes Ergebnis darstellt.
Dabei ist irrelevant, aus welchen Überlegungen der Bf letztlich auf die Vorlage eines eigeninitiierten Gutachtens eines gerichtlich beeideten Sachverständigen zu diesem Thema verzichtet hat, sodass vom Beschwerdevorbringen letztlich nur unsubstantiierte Behauptungen übrigbleiben.
Nicht einmal der Bf hat behauptet, er habe den Kaugummi zusammen mit im Mund befindlichem Bier gekaut, sodass ein über einer Minimalst-Dosis liegender Ethanolgehalt im Kaugummi schon fragwürdig ist; noch dazu wusste der Bf damals noch nicht, dass er wegen einer Alkoholfahrt anonym angezeigt werden und den Kaugummi „noch brauchen“ würde. Eine Stunde danach ist nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes OÖ nicht mehr von einem „ethanolhaltigen“ Kaugummi auszugehen – falls ein solcher überhaupt jemals existiert hat.

Auch ist nicht nachvollziehbar, dass der Bf, wenn ihm der erzielte Alkomatwert von 0,47 mg/l AAG tatsächlich zu hoch erschienen wäre, diesen ohne Nachprüfung durch einen selbst initiierten Blutalkoholwert akzeptiert hat. Die Zeugen haben ihn darauf nicht explizit hingewiesen, allerdings war davon auch vonseiten des Bf nicht die Rede.

Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat in rechtlicher Hinsicht erwogen:
Gemäß § 5 Abs 1 StVO 1960 darf, wer sich in einem durch Alkohol oder Suchtgift beeinträchtigten Zustand befindet, ein Fahrzeug weder lenken noch in Betrieb nehmen. 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 zu bestrafen, wer in einem Alkohol beeinträchtigten Zustand ein Fahrzeug lenkt oder in Betrieb nimmt.

In der Zusammenschau der Alkoholbestimmungen der StVO 1960 und des FSG umfasst diese Bestimmung einen Alkoholgehalt des Blutes von 0,8 %o oder mehr, aber weniger als 1,2 %o, oder einen Alkoholgehalt der Atemluft von 0,4 mg/l oder mehr, aber weniger als 0,6 mg/l.

Unbestritten steht auf der Grundlage der Ergebnisse des Beweisverfahrens fest, dass der Bf am 9. November 2019 um 18.45 Uhr als Lenker des Pkw x im Ortsgebiet von Andorf nach einer anonymen Anzeige von den beiden Zeugen angehalten und aufgrund eines merkbaren leichten Alkoholgeruchs aus dem Mund zu einem Alkohol-Vortest aufgefordert wurde. Als dieser um 18.47 Uhr einen Wert von 0,55 mg/l AAG ergab, erfolgte vom Ml die Aufforderung zum Alkomattest. Das ordnungsgemäß geeichte und technisch einwandfrei funktionierende Gerät mit der Id.Nr. ARDD-0006 wurde im Polizeifahrzeug mitgeführt und vom Ml betriebsbereit gemacht.

Nach den unbedenklichen Ergebnissen des Beweisverfahrens wurde der Bf von RI E auf die Einhaltung der vorgeschriebenen 15minütigen Wartezeit aufmerksam gemacht, in der ua kein Kaugummi verwendet werden darf. RI E konnte sich in der Verhandlung glaubwürdig nicht erinnern, dass der Bf einen Kaugummi aus dem Mund genommen hätte. Der Ml war zu diesem Zeitpunkt mit der Inbetriebnahme des im Polizeifahrzeug mitgeführten Alkomat beschäftigt und konnte letztendlich keine Aussage dazu machen, ob ihm Kaugummi beim Bf aufgefallen ist; er hat aber glaubhaft bestätigt, die Belehrung des Bf durch RI E selbst wahrgenommen zu haben.

Für das Zustandekommen eines gültigen, nicht verfälschten Messergebnisses ist die Einhaltung der Betriebsanleitung des Messgerätes erforderlich. Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Proband auf jeden Fall während des Zeitraums von 15 Minuten vor Beginn der ersten Messung vom Exekutivorgan beobachtet werden muss; maßgebend ist vielmehr, dass er während dieser Zeit die in der Zulassung durch das Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen und die in der Betriebsanleitung angeführten Handlungen, die zu einer Verfälschung des Messergebnisses geführt hätten, unterlässt (vgl VwGH 29. Mai 2015, Ra 2015/02/0018).

Die Atemluftalkoholuntersuchung mit dem ordnungsgemäß vom Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen geeichten und vom Hersteller, der D A GmbH, technisch für in Ordnung befundenen Alkomat mit der IdNr. ARDD-0006 ergab laut

dem im Akt befindlichen Messstreifen einen günstigsten relevanten Messwert von 0,47 mg/l AAG um 19.13 Uhr – 1. Messung um 19.13 Uhr mit 0,47 mg/l AAG, Fehlversuch wegen zu kleinem Blasvolumen um 19.14 Uhr und 2. Messung um 19.15 Uhr mit 0,50 mg/l AAG.

Da sich der Bf angesichts des ihm bei der angegebenen Trinkmenge hoch erscheinenden Alkomatwertes im Nachhinein – bei der Amtshandlung selbst war davon keine Rede und die Entziehung seiner Lenkberechtigung für die Klassen AM und B für die Dauer eines Monats gemäß § 26 Abs 1 FSG (BH Schärding zu VerkR21-68-2019/SD) hat der Bf ohne Erhebung eines Rechtmittels akzeptiert – damit verantwortete, er habe bereits vor Fahrtantritt bis unmittelbar vor dem 1. Blasversuch einen Kaugummi im Mund gehabt, der das Messergebnis möglicherweise zu verfälschen in der Lage sei, wurde zunächst eine Herstellerauskunft eingeholt – laut der keine Relevanz für die Verwertbarkeit des Messergebnisses gegeben ist – und ein Gutachten eines technischen Amtssachverständigen eingeholt, laut dem eine nachteilige Beeinflussung oder gar Verfälschung des vom Bf erzielten günstigsten Alkomat-Messwertes von 0,47 mg/l selbst dann ausgeschlossen werden kann, wenn er tatsächlich zur Zeit des letzten Alkoholkonsums einen Kaugummi in den Mund gesteckt und diesen bis unmittelbar vor der 1. Messung um 19.13 Uhr im Mund behalten haben sollte.

In seinem Erkenntnis vom 29. Mai 2015, Ra 2015/02/0018, hat der VwGH ausgesprochen, dass auch die Nichteinhaltung der vorgesehenen Wartefrist das Zustandekommen eines gültigen Messergebnisses nicht in jedem Fall hindert. Auch bei Nichteinhaltung der erforderlichen Wartfrist kann das Zustandekommen eines gültigen Messergebnisses angenommen werden, wenn diese Annahme aus fachlichen, durch das Gutachten eines Sachverständigen belegten Gründen zulässig ist (vgl E 25. Juni 1999, 99/02/0074). Im dem Erkenntnis zugrundeliegenden Fall hat das Verwaltungsgericht zur Begründung der Gültigkeit des Messergebnisses lediglich auf eine Stellungnahme des Alkomat-Herstellers Bezug genommen. Dieses Schreiben des Herstellers stellt jedoch keine entsprechende fachliche Grundlage im Sinne der hg Rechtsprechung dar, weil es im Wesentlichen nur allgemein gehaltene Aussagen ohne Bezug zum vorliegenden Fall enthält und darin auch nicht dargelegt wird, weshalb in der Bedienungs-anleitung - entgegen den Ausführungen des Herstellers in diesem Schreiben - dennoch eine Wartezeit vorgeschrieben wird. Zur verlässlichen Abklärung der Frage, ob die Konsumation eines Kaugummis durch den Revisionswerber und die Nichteinhaltung der Wartezeit einen Einfluss auf das im vorliegenden Fall erzielte Atemalkoholmessergebnis hatte, wäre die Beiziehung eines Sachverständigen notwendig gewesen.

Auf dieser Grundlage erfolgte die Beiziehung des technischen AmtsSV, der ein eindeutiges Gutachten insofern erstellt hat, als ein innerhalb der Wartezeit von 15 Minuten vor Durchführung einer Atemluftalkoholuntersuchung mittels Alkomat der

Fa D im Mund des vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten und daher zum Alkomattest aufgeforderten Lenkers befindlicher Kaugummi aus messtechnischer Sicht keine für den Lenker nachteilige Relevanz in Bezug auf das Messergebnis hat. Damit war vonseiten des Landesverwaltungsgerichtes OÖ davon auszugehen, dass der vom Bf um 19.13 Uhr des 9. November 2019 erzielte Atemluftalkoholwert von 0,47 mg/l AAG als Grundlage für den Tatvorwurf gemäß §§ 5 Abs 1 iVm 99 Abs 1b StVO 1960 heranzuziehen ist.

Damit steht auf der Grundlage des Beweisverfahrens zweifelsfrei fest, dass der Bf den Pkw SD-BAD1 am 9. November 2019 um 18.45 Uhr auf Straßen mit öffentlichem Verkehr im Ortsgebiet von Andorf in einem durch Alkohol beeinträchtigtem Zustand von 0,47 mg/l AAG gelenkt hat.
Er hat damit den ihm zur Last gelegten Tatbestand in objektiver Hinsicht erfüllt und ist ihm die Begehung der Verwaltungsübertretung auch subjektiv vorwerfbar, zumal ihm die Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens im Sinne des § 5 Abs 1 VStG nicht gelungen ist.
Allerdings ist aus der Sicht des Landesverwaltungsgerichtes OÖ (im Gegensatz zum seitens der belangten Behörde angenommenen Vorsatz) von Fahrlässigkeit auszugehen. Vorsatz ist hingegen nicht nachweisbar – Gemäß § 5 Abs 1 StGB handelt vorsätzlich, „wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, dass der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.“

Zur Strafbemessung ist zu sagen, dass der Strafrahmen des § 99 Abs 1b StVO 1960 von 800 Euro bis 3700 Euro Geldstrafe, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit von einer bis sechs Wochen Freiheitsstrafe, reicht.

Die belangte Behörde hat – zutreffend – berücksichtigt, dass der Bf unbescholten ist. Seine finanziellen Verhältnisse wurden trotz Aufforderung vom 13. November 2019 nicht bekanntgegeben. Es wird daher davon ausgegangen, dass er über ein durchschnittliches Einkommen verfügt und weder Vermögen noch Sorgepflichten hat.

Die verhängte Geldstrafe von 800 Euro stellt die gesetzliche Mindeststrafe dar, die nur bei Vorliegen der in § 20 VStG genannten Voraussetzungen unterschritten werden kann. Ein beträchtliches Überwiegen des Milderungsgrundes der Unbescholtenheit bei Wegfall des als erschwerend gewerteten Vorsatzes ist beim x geborenen Bf aber nicht erkennbar.

Die Ersatzfreiheitsstrafe war jedoch herabzusetzen auf die gesetzliche Mindeststrafe von einer Woche, das sind 7 Tage. Die auch von der belangten Behörde nicht begründete Höher-Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafe gegenüber der Mindestgeldstrafe ist sachlich nicht gerechtfertigt.
Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Damit bleibt der 10%ige Beitrag zu den Verfahrenskosten der belangten Behörde aufrecht.

Zu II.:

Gemäß § 52 Abs 8 VwGVG entfällt die Vorschreibung eines Kostenbeitrages zum Beschwerdeverfahren.

Zu III.:

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 diese Entscheidung 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. Erfolgt die Zustellung bis zum 30.04.2020, beginnt die Frist mit 01.05.2020 neu zu laufen. 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint. Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können. Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Verfahrenshilfe für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten. Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können. Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bissenberger