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-651639/12/MS

Datum:
Linz, 17. April 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde des R A S, vertreten durch x Rechtsanwälte GmbH, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 28. November 2019, GZ: BHGRVerk-2019-435313/15-MR, betreffend den Entzug der Lenkberechtigung nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen (im Folgenden: belangte Behörde) vom 28. November 2019, GZ: BHGRVerk-2019-435313/15-MR, wurde die mit anwaltlichem Schreiben eingebrachte Vorstellung gegen den Bescheid der belangten Behörde vom 26. September 2019, mit dem Herrn R A S (im Folgenden: Beschwerdeführer) die Lenkberechtigung aufgrund eines Alkoholdeliktes im Straßenverkehr für die Dauer von 24 Monaten, gerechnet ab der vorläufigen Abnahme des Führerscheins am 16. September 2019, sohin bis einschließlich 16. September 2021, entzogen wurde und die Beibringung einer verkehrspsychologischen Stellungnahme sowie eines amtsärztlichen Gutachtens aufgetragen und eine Nachschulung angeordnet wurde, als unbegründet abgewiesen. Mit gleichem Bescheid wurde einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung aberkannt.

Begründend führt die belangte Behörde Folgendes aus:

„1. Festgestellter Sachverhalt:

Sie haben sich am 16.09.2019 um 22 Uhr 31 in 4775 Taufkirchen a. d. Pram, L, nach Aufforderung durch ein besonders geschultes Organ der Bundespolizei geweigert, Ihre Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, wobei vermutet werden konnte, dass Sie am 16.09.2019 gegen 21 Uhr 00 im Gemeindegebiet von Taufkirchen a. d. Pram auf einer Straße mit öffentlichem Verkehr, nämlich auf der Gemeindestraße L bis zum Objekt L, das Kraftfahrzeug der Marke x mit dem Kennzeichen x in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt haben.

Der Verdacht Ihrer Alkoholisierung gründet sich auf die vom Zeugen GI F T bei Ihnen deutlich wahrgenommenen Alkoholisierungsmerkmale (v.a. intensiver Alkoholgeruch, stark gerötete und gläsrige Augen, verzögerte Wahrnehmung, Schwerfälligkeit). Die Tatsache des Lenkens wurde von Ihnen selbst zugestanden.

Darüber hinaus steht fest, dass Ihnen die Lenkberechtigung aufgrund von Alkoholdelikten im Straßenverkehr in der Vergangenheit bereits mehrfach entzogen werden musste:

1.) Das 1. Alkoholdelikt im Straßenverkehr haben Sie im Jahr 2005 begangen. Dieses hatte eine Entziehung der Lenkberechtigung von 24.05.2005 bis 24.01.2007 (20 Monate) zur Folge, wobei dieses Delikt aufgrund der seither verstrichenen Zeit von gut 14 Jahren bei der Festsetzung der Entziehungsdauer nicht mehr berücksichtigt wurde.

2.) Das nächste Alkoholdelikt im Straßenverkehr haben Sie am 26.02.2014 mit einem Alkoholisierungsgrad von 1,4 Promille begangen und wurde Ihnen die Lenkberechtigung daraufhin von 26.02.2014 bis 26.07.2014 (5 Monate) entzogen.

3.) Ein weiteres Alkoholdelikt im Straßenverkehr haben Sie am 06.04.2015 mit einem Alkoholisierungsrad von 2,06 Promille begangen, sodass Ihnen die Lenkberechtigung von 11.08.2015 bis 11.06.2016 (10 Monate) entzogen wurde.

4.) Ein weiteres Alkoholdelikt im Straßenverkehr wurde von Ihnen am 27.07.2015 mit einem Alkoholisierungsgrad von 1,9 Promille begangen, woraufhin Ihnen die Lenkberechtigung von 10.08.2015 bis 10.06.2016 (10 Monate) entzogen wurde.

Zu den Entzügen 3.) und 4.), die eine weitgehende Überschneidung der Entziehungsdauer aufweisen, ist festzuhalten, dass das unter Punkt 3.) genannte Entzugsverfahren mit Bescheid vom 24.06.2015 zunächst ausgesetzt wurde, da gegen Sie beim Amtsgericht Passau ein Verfahren wegen Trunkenheit im Straßenverkehr anhängig war. Mit Schriftsatz vom 27.10.2015, also zu einem Zeitpunkt, zu dem der Entzugsbescheid zu Punkt 4.) bereits rechtskräftig war, haben Sie die gegen den Entzugsbescheid zu 3.) erhobene Vorstellung zurückgezogen, da das Strafverfahren vor dem Amtsgericht Passau mit einer Verurteilung abgeschlossen wurde. Dies hatte zur Folge, dass trotz 2 schwerer Alkoholdelikte im Straßenverkehr (§ 99 Abs. 1 StVO), die innerhalb eines Zeitraumes von nicht einmal 4 Monaten begangen wurden, eine Entziehungsdauer von lediglich 10 Monaten festgesetzt wurde.

Gegenständlich handelt es sich also um das 4. (!) Alkoholdelikt innerhalb der letzten ca. 6 Jahre (3 davon schwer iSv § 99 Abs. 1 StVO).

2. Beweiswürdigung:
Der festgestellte Sachverhalt gründet sich auf die dienstlichen Wahrnehmungen der Polizeiorgane, die Angaben in der Anzeige der PI A vom 17.09.2019 sowie Einsichtnahme in das Führerscheinregister und vorangehende Akten. Weiters wurde Beweis erhoben durch Ihre niederschriftliche Einvernahme sowie jene der Zeugen G H, M D und GI F T.

Die zeugenschaftlichen Einvernahmen der Zeugen G H, M D und GI F T wurden Ihnen von der Behörde mit der Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme übermittelt.

In der dazu abgegebenen Stellungnahme vom 28.10.2019 führen Sie unter Aufrechterhaltung Ihres bisherigen Vorbringens insb. aus, dass Sie sich des Eindruckes nicht erwehren könnten, der Zeuge GI T nehme die Angelegenheit persönlich. Sie werfen dem Zeugen vor, er habe ergänzende Erhebungen durchgeführt, welche er in seiner Einvernahme nicht ausdrücklich angegeben habe. Auch sei es unrichtig, dass der Zeuge Ihnen das Handy aus dem Auto geholt habe. Dies sei durch die Vorlage von Einzelverbindungsnachweisen erwiesen. Insgesamt bestünden Ihrer Ansicht nach an der Aussage des GI T mehr als Zweifel.

Von der Behörde wird zunächst festgehalten, dass die Zeugen H und D mangels eigener Wahrnehmungen weder zum Lenkzeitpunkt, noch zum behaupteten Nachtrunk Angaben machen konnten, sodass aus deren Aussagen keine entscheidungsrelevanten Feststellungen gewonnen werden konnten. Zudem wurde von den Einvernahmen der in der Stellungnahme vom 28.10.2019 beantragten Zeugen mangels jeglicher Entscheidungsrelevanz Abstand genommen. So ist es etwa nicht von Bedeutung, ob Sie den Alkohol im Golfklub M, in einem anderen Gasthaus, zu Hause etc. konsumiert haben.

Anders als bei diesen Zeugen verhält es sich hingegen beim Zeugen GI F T. Der amtshandelnde Beamte konnte den Geschehensablauf sehr detailliert und nachvollziehbar schildern. Er machte auf die Behörde einen kompetenten, glaubwürdigen und pflichtbewussten Eindruck. Dass der Zeuge GI T kurze Zeit nach dem Vorfall ergänzende Erhebungen durchgeführt hat, gehört zu den Kernaufgaben seiner beruflichen Tätigkeit als Polizeibeamter. Die Erkundigungen beim Golfplatz in M etwa wurden aufgrund Ihrer

eigenen Angaben anlässlich der Amtshandlung am 16.09.2019, vom Golfplatz in M zu kommen, durchgeführt. Mangels für den Vorfall vom 16.09.2019 entscheidungswesentlicher Angaben haben diese ergänzenden Erhebungen keinen Niederschlag im Vernehmungsprotokoll des Zeugen GI T gefunden.

2.1. Zur Nachtrunkbehauptung:
Vorweg ist festzuhalten, dass nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes im Falle der Verwirklichung eines Verweigerungsdeliktes nach § 99 Abs. 1 lit. b StVO nur dann von der Entziehung der Lenkberechtigung Abstand genommen werden darf, wenn nach der Verweigerung vom Betroffenen – nachträglich – der einwandfreie Nachweis erbracht wird, dass er nicht im Sinne des § 5 Abs. 1 StVO durch Alkohol beeinträchtigt war, wobei dieser Nachweis nur durch eine Blutuntersuchung oder allenfalls durch eine Atemluftuntersuchung am geeichten Gerät als erbracht anzusehen ist. Ob der zur Vornahme der Atemluftuntersuchung aufgeforderte Lenker beim Lenken des Fahrzeuges bereits alkoholisiert war und wie weit er gefahren ist, ist irrelevant (vgl. etwa LVwG Steiermark v. 10.10.2016, LVwG 42.19-1736/2016). Selbst eine Glaubhaftmachung, erst nach dem Lenken Alkohol konsumiert zu haben, ist nicht ausreichend (LVwG Tirol v. 15.09.2016, LVwG-2016/31/0984-2).
Entgegen der von Ihnen vertretenen Rechtsansicht hat daher im Fall der Verweigerung der Atemluftuntersuchung nicht die Behörde den Nachweis der Alkoholisierung im Lenkzeitpunkt zu erbringen, sondern ist es vielmehr Sache des Betroffenen, den Nachweis der Nichtalkoholisierung im Lenkzeitpunkt zu erbringen. Die amtshandelnden Polizisten waren daher nicht verpflichtet, eine Blutuntersuchung oder Ähnliches zu veranlassen. Es wäre vielmehr an Ihnen gelegen, nachträglich einen entsprechenden Nachweis Ihrer Nichtalkoholisierung im Lenkzeitpunkt zu erbringen!

Ein solcher ‚einwandfreier Nachweis' der Nichtalkoholisierung im Lenkzeitpunkt konnte von Ihnen nicht erbracht werden. Selbst eine – für eine Entlastung aber ohnehin nicht ausreichende – Glaubhaftmachung, erst nach dem Lenken des Fahrzeuges Alkohol konsumiert zu haben, ist Ihnen aus nachfolgenden Gründen nicht gelungen:
a) Sie haben während der gesamten Amtshandlung keinerlei diesbezügliche Angaben gemacht. Erst im Rahmen des Antrages auf Wiederausfolgung des Führerscheines und in der Vorstellung gegen den Mandatsbescheid haben Sie erstmals behauptet, erst nach dem Lenken des Fahrzeuges und während des Wartens auf Herrn H begonnen zu haben, ‚von den mitgebrachten Alkoholika' zu trinken. Dabei ist nach der Rechtsprechung des VwGH im Zusammenhang mit der Glaubwürdigkeit eines behaupteten Nachtrunkes dem Umstand entscheidende Bedeutung beizumessen, zu welchem Zeitpunkt der Lenker diese Behauptung aufgestellt hat. In Anbetracht der Wichtigkeit dieses Umstandes ist davon auszugehen, dass auf einen allfälligen Nachtrunk bei erster sich bietender Gelegenheit (von sich aus!) hingewiesen wird (Hinweis E 12.10.1970, 133/70, und E 12.11.1987, 87/02/0134). Ihrer erstmals anlässlich der Vorstellung gegen unseren Mandatsbescheid bzw. des Antrags auf Wiederausfolgung des Führerscheines – nach rechtsanwaltlicher Konsultation – aufgestellten Behauptung, erst nach dem Lenken des Fahrzeuges Alkohol konsumiert zu haben, wird von der Behörde schon allein aus diesem Grund keine Glaubwürdigkeit beigemessen. Im Übrigen entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass derjenige, der sich auf einen Nachtrunk beruft, die Menge des solcherart konsumierten Alkohols konkret zu behaupten und zu beweisen hat (vgl.

VwGH 28.6.2013, 2011/02/0038; 23.4.2013, 2011/02/0282; 18.11.2011, 2010/02/0219; 18.11.2011, 2008/02/0395; u.a.). Auch das haben Sie nicht gemacht.

Zudem ist Ihre Behauptung, anlässlich der Amtshandlung den Nachtrunk lediglich aufgrund der irrigen Annahme, auf Privatgrund nicht zur Ablegung des Alkomattests verpflichtet zu sein, nicht erwähnt zu haben, bereits durch Ihre eigenen Angaben im Zuge der Amtshandlung widerlegt. Dort gaben Sie gegenüber den amtshandelnden Beamten nämlich fragend an, warum Sie blasen sollten, Sie seien ja nicht gefahren. Dass Sie sich auf Privatgrund befänden und deshalb nicht blasen müssten, haben Sie hingegen nicht behauptet. Im Übrigen kommt es auf das Motiv, weshalb der Betroffene den Nachtrunk gegenüber den einschreitenden Beamten nicht unverzüglich erwähnt hat, nach der Rechtsprechung nicht an (VwGH 21.12.2001, 99/02/0097).

b) Weiters hat der unter Diensteid stehende Zeuge GI T auch in seiner schriftlichen Stellungnahme vom 07.11.2019 nochmals bestätigt, dass er Ihr Handy aus dem Fahrzeug geholt hat, um es Ihnen auszufolgen. Die Ausfolgung ist letztlich aber nicht erfolgt, da Sie sich vom Ort der Amtshandlung entfernt haben und er Ihnen nicht ‚nachgelaufen' ist. Hinzu kommt, dass der Zeuge GI T bereits bei seiner Einvernahme vor der Behörde glaubwürdig angegeben hat, in Ihr Fahrzeug gestiegen zu sein, um die Zündung einzuschalten und die geöffneten Seitenfenster zu schließen. An der Richtigkeit dieser Angaben bestehen für die Behörde ebenso wenig Zweifel wie an der Tatsache, dass dem Zeugen GI T ein allfälliges Leergebinde im Auto jedenfalls aufgefallen wäre. Dies war aber gerade nicht der Fall.

c) Schließlich gaben Sie im Rahmen Ihrer Vernehmung vor der Behörde über Befragen an, dass Sie die mitgebrachten Alkoholika hinter dem Beifahrersitz in einer Schachtel Karton gehabt hätten, auf welcher ein Deckel drauf gewesen sei. Auch diese Behauptung erscheint vor dem Hintergrund Ihrer Schilderung des Geschehensablaufes, wonach Sie sinngemäß ‚beim Trinken' eingeschlafen seien und sich erst wieder an das Klopfen des Polizisten erinnern hätten können, nicht nachvollziehbar. Dass Sie vor dem Einschlafen noch sämtliches Leergebinde (Wodkaflasche(n), Red Bull Dose(n), Plastikbecher) in die Schachtel, die noch dazu hinter dem Beifahrersitz gestanden und sogar auch noch mit einem Deckel zugedeckt gewesen sei, weggeräumt hätten, erscheint in Anbetracht der Gesamtumstände nicht glaubwürdig. Hier ist vielmehr den schlüssigen und glaubwürdigen Angaben des unter Diensteid stehenden Zeugen GI T Glauben zu schenken, der angab, einerseits im Zuge des Herausholens Ihres Handys aus dem Fahrzeug bzw. des Schließens der Seitenfenster und andererseits im Zuge des Hineinleuchtens mit der Taschenlampe in Ihr Auto keinerlei Schachtel, Karton oder Ähnliches, was auf den nunmehr behaupteten Nachtrunk hingewiesen hätte, wahrgenommen zu haben.

Letztlich ist auch Ihre in der Stellungnahme vom 28.10.2019 vorgetragene Begründung für Ihre geröteten Bindehäute in Anbetracht der vom Zeugen GI T eindeutig wahrgenommenen starken Alkoholisierungsmerkmale (v.a. intensiver Alkoholgeruch) nicht überzeugend.

3. Rechtliche Beurteilung:
Gemäß § 24 Abs. 1 Z 1 FSG ist Besitzern einer Lenkberechtigung, bei denen die Voraussetzungen für die Erteilung der Lenkberechtigung (§ 3 Abs. 1 Z 2 bis 4) nicht mehr gegeben sind, von der Behörde entsprechend den Erfordernissen der Verkehrssicherheit

die Lenkberechtigung zu entziehen. Für den Zeitraum einer Entziehung der Lenkberechtigung für die Klassen A1, A2, A, B oder F ist nach § 24 Abs. 1 zweiter Satz FSG auch das Lenken von vierrädrigen Leichtkraftfahrzeugen unzulässig.

Nach § 7 Abs. 1 FSG gilt eine Person als verkehrszuverlässig, wenn nicht auf Grund erwiesener bestimmter Tatsachen (Abs. 3) und ihrer Wertung (Abs. 4) angenommen werden muss, dass sie wegen ihrer Sinnesart beim Lenken von Kraftfahrzeugen die Verkehrssicherheit, insbesondere durch rücksichtsloses Verhalten im Straßenverkehr oder durch Trunkenheit oder einen durch Suchtmittel oder durch Medikamente beeinträchtigten Zustand gefährden wird, oder sich wegen der erleichternden Umstände, die beim Lenken von Kraftfahrzeugen gegeben sind, sonstiger schwerer strafbarer Handlungen schuldig machen wird.

Gemäß § 7 Abs. 3 Z 1 FSG gilt als bestimmte Tatsache insbesondere, wenn jemand ein Kraftfahrzeug gelenkt oder in Betrieb genommen und hiebei eine Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 bis 1b Straßenverkehrsordnung (Alkoholdelikt) begangen hat, auch wenn die Tat nach § 83 Sicherheitspolizeigesetz (SPG) zu beurteilen ist.

§ 24 Abs. 3 FSG: Bei der Entziehung oder Einschränkung der Lenkberechtigung kann die Behörde begleitende Maßnahmen (Nachschulung und dgl.) oder die Beibringung eines amtsärztlichen Gutachtens über die gesundheitliche Eignung anordnen. Die Behörde hat unbeschadet der Bestimmungen des Abs. 3a eine Nachschulung anzuordnen:
1. wenn die Entziehung in der Probezeit (§ 4) erfolgt,
2. wegen einer zweiten in § 7 Abs. 3 Z 4 genannten Übertretung innerhalb von zwei Jahren oder
3. wegen einer Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 oder 1a StVO 1960.
Die Behörde hat unbeschadet der Bestimmungen des Abs. 3a und sofern es sich nicht um einen Probeführerscheinbesitzer handelt, bei der erstmaligen Übertretung gemäß § 99 Abs. 1b StVO 1960 ein Verkehrscoaching zur Bewusstmachung der besonderen Gefahren des Lenkens von Kraftfahrzeugen unter Alkoholeinfluss oder Suchtgiftbeeinträchtigung und dessen Folgen, bei Begehung einer Übertretung gemäß § 99 Abs. 1b StVO 1960 innerhalb von fünf Jahren ab der Begehung einer Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 bis 1b StVO 1960 jedoch eine Nachschulung anzuordnen. Im Rahmen des amtsärztlichen Gutachtens kann die Beibringung der erforderlichen fachärztlichen oder einer verkehrspsychologischen Stellungnahme aufgetragen werden. Bei einer Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 StVO 1960 ist unbeschadet der Bestimmungen des Abs. 3a zusätzlich die Beibringung eines von einem Amtsarzt erstellten Gutachtens über die gesundheitliche Eignung gemäß § 8 sowie die Beibringung einer verkehrspsychologischen Stellungnahme anzuordnen. Wurde eine dieser Anordnungen innerhalb der festgesetzten Frist nicht befolgt oder wurden die zur Erstellung des ärztlichen Gutachtens erforderlichen Befunde nicht beigebracht oder wurde die Mitarbeit bei Absolvierung der begleitenden Maßnahme unterlassen, so endet die Entziehungsdauer nicht vor Befolgung der Anordnung. Wurde von einem Probeführerscheinbesitzer die Anordnung der Nachschulung nicht befolgt oder die Mitarbeit bei dieser unterlassen, so ist die Lenkberechtigung bis zur Befolgung der Anordnung zu entziehen.
Wurde die Anordnung der Absolvierung der fehlenden Stufe(n) gemäß § 4c Abs. 2 nicht befolgt oder wurde dabei die Mitarbeit unterlassen, so ist die Lenkberechtigung jener

Klasse, für die die angeordnete(n) Stufe(n) nicht absolviert wurde(n), bis zur Befolgung der Anordnung zu entziehen.
Eine diesbezügliche Entziehung der Klasse B zieht jedenfalls eine Entziehung der Klassen C(C1), CE(C1E), D(D1) und DE(D1E) nach sich. Die Anordnung der begleitenden Maßnahme oder des ärztlichen Gutachtens hat entweder im Bescheid, mit dem die Entziehung oder Einschränkung ausgesprochen wird, oder in einem gesonderten Bescheid zugleich mit dem Entziehungsbescheid zu erfolgen. Die Behörde hat eine angemessene Frist zu setzen, innerhalb derer das Verkehrscoaching zu absolvieren ist. Wird das Verkehrscoaching nicht innerhalb dieser Frist absolviert, hat die Behörde die Lenkberechtigung bis zur Befolgung der Anordnung zu entziehen.

3.1. Zum Vorliegen eines Entziehungstatbestandes:
Gemäß § 7 Abs. 3 Z 1 FSG gilt als bestimmte Tatsache insbesondere, wenn jemand ein Kraftfahrzeug gelenkt oder in Betrieb genommen und hiebei eine Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 bis 1b Straßenverkehrsordnung (Alkoholdelikt) begangen hat, auch wenn die Tat nach § 83 Sicherheitspolizeigesetz (SPG) zu beurteilen ist.

Anders als bei der verwaltungsstrafrechtlichen Beurteilung der Verweigerung der Atemluftuntersuchung kommt es bei der Entziehung der Lenkberechtigung nach dem klaren Wortlaut des § 7 Abs. 3 Z 1 FSG 1997 (‚... gelenkt oder in Betrieb genommen und hiebei ...') für das Vorliegen einer bestimmten Tatsache auch entscheidend auf das tatsächliche Lenken oder Inbetriebnehmen eines Kraftfahrzeuges durch die betreffende Person an, sodass die Kraftfahrbehörde, wenn das Lenken oder Inbetriebnehmen des Fahrzeuges bestritten wird, diese Frage selbstständig zu prüfen und zu beurteilen hat (Hinweis E 23.5.2000, 2000/11/0065).

Die Tatsache des Lenkens eines Kraftfahrzeuges wird von Ihnen nicht bestritten, vielmehr haben Sie selbst bestätigt, am 16.09.2019 gegen 21 Uhr 00 im Gemeindegebiet von Taufkirchen a. d. Pram auf einer Straße mit öffentlichem Verkehr, nämlich auf der Gemeindestraße L bis zum Objekt L, das Kraftfahrzeug der Marke x mit dem Kennzeichen x gelenkt zu haben.

Auch haben Sie hiebei eine Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 bis 1b Straßenverkehrsordnung (Alkoholdelikt) begangen. Dass ‚hiebei' im Falle des § 99 Abs. 1 lit. b StVO (Verweigerung) nicht wörtlich zu verstehen ist, ergibt sich schon aus logischen Erwägungen, andernfalls die Verweigerung ja noch während des Lenkens (hiebei = beim Lenken) stattfinden müsste. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang vielmehr die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, wie lange nach dem Lenken eines KFZ noch eine Aufforderung zur Atemluftprobe erfolgen darf. Nach der Rechtsprechung ist die Aufforderung zur Atemluftprobe (nur) dann berechtigt, wenn die seit dem Zeitpunkt, zu dem gelenkt wurde bzw. für den der Verdacht des Lenkens bestand, bis zur allfälligen Messung der Atemluft verstrichene Zeit noch ‚verwertbare Ergebnisse' erwarten lässt (Hinweis E 15.11.2001, 2000/03/0348, sechs Stunden; E 29.8.2003, 2003/02/0033, sieben Stunden). Dass die Aufforderung zur Ablegung des Alkomattestes in einem ‚engeren zeitlichen Zusammenhang zum Verdacht des Lenkens' steht, wird von der Judikatur des VwGH nicht gefordert (VwGH vom 26.03.2004, 2004/02/0037).

Die Aufforderung zur Ablegung des Alkomattests durch die erhebenden Polizeibeamten erfolgte am 16.09.2019 um ca. 22 Uhr 30, sohin lediglich 1,5 Stunden nachdem Sie – unbestritten – das Fahrzeug auf Straßen mit öffentlichem Verkehr gelenkt haben. Die Aufforderung war damit zweifelsfrei rechtmäßig, zumal aufgrund des von GI T bei Ihnen wahrgenommenen intensiven Alkoholgeruchs jedenfalls noch ein verwertbares Ergebnis zu erwarten war, anhand dessen eine Rückrechnung Ihres Alkoholisierungsgrades auf den Lenkzeitpunkt um 21 Uhr 00 möglich gewesen wäre.

Wie an obiger Stelle bereits aufgezeigt, darf nach der Rechtsprechung im Falle der Verwirklichung eines Verweigerungsdeliktes nach § 99 Abs. 1 lit. b StVO nur dann von der Entziehung der Lenkberechtigung Abstand genommen werden, wenn nach der Verweigerung vom Betroffenen – nachträglich – der einwandfreie Nachweis erbracht wird, dass er nicht im Sinne des § 5 Abs. 1 StVO durch Alkohol beeinträchtigt war, wobei dieser Nachweis nur durch eine Blutuntersuchung oder allenfalls durch eine Atemluftuntersuchung am geeichten Gerät als erbracht anzusehen ist.

Dadurch, dass Sie die Atemluftuntersuchung verweigert haben, war eine Feststellung Ihrer Alkoholbeeinträchtigung nicht möglich und haben Sie eine Rückrechnung Ihres Alkoholisierungsgrades zum Lenkzeitpunkt vereitelt. Aus diesem Grund ist es nach der Judikatur gerechtfertigt, in Ansehung der Entziehung der Lenkberechtigung wegen Verkehrsunzuverlässigkeit denjenigen, der die Untersuchung der Atemluft verweigert in gleicher Weise zu behandeln, wie denjenigen, der in dem in § 99 Abs. 1 lit. a StVO beschriebenen Ausmaß durch Alkohol beeinträchtigt war und ein Kraftfahrzeug gelenkt hat. Ob der zur Vornahme der Atemluftuntersuchung aufgeforderte Lenker beim Lenken des Fahrzeuges bereits alkoholisiert war und wie weit er gefahren ist, ist dabei irrelevant! (LVwG Steiermark v. 10.10.2016, LVwG 42.19-1736/2016). Selbst eine Glaubhaftmachung, erst nach dem Lenken Alkohol konsumiert zu haben, ist nicht ausreichend (LVwG Tirol v. 15.09.2016, LVwG-2016/31/0984-2).

Im Fall einer Verweigerung der Untersuchung kann die Behörde nur dann von einer Entziehung der Lenkberechtigung absehen, wenn der Nachweis, nicht durch Alkohol beeinträchtigt gelenkt zu haben, vom Betroffenen einwandfrei erfolgt (vgl. VwGH 14.03.2000, 99/11/0207). Es wäre daher an Ihnen gelegen, entsprechende Nachweise für eine allfällige Nichtalkoholisierung im Lenkzeitpunkt zu erbringen (etwa durch Veranlassung einer Blutuntersuchung). Solche Nachweise haben Sie nicht erbracht.

Sie haben damit eine bestimmte Tatsache iSd § 7 Abs. 3 Z 1 FSG verwirklicht.

Im Übrigen ist es ausschließlich Sache der Behörde, den von der Polizei angezeigten Sachverhalt einer rechtlichen Beurteilung zu unterziehen. Ob die Führerscheinabnahme daher von der Polizei zunächst auf die Inbetriebnahme des Fahrzeuges gestützt wurde, ist – auch im Hinblick auf die Gleichwertigkeit von Lenken und Inbetriebnahme – aus rechtlicher Sicht unerheblich.

3.2. Zum Ausmaß der festgesetzten Entziehungsdauer:
§ 26 FSG sieht Sonderfälle der Entziehung vor. § 26 Abs. 2 Z 2 FSG lautet: Wird beim Lenken oder Inbetriebnehmen eines Kraftfahrzeuges ein Delikt gemäß § 99 Abs. 1 StVO

1960 innerhalb von fünf Jahren ab der Begehung eines Deliktes gemäß § 99 Abs. 1 StVO 1960 begangen, ist die Lenkberechtigung auf mindestens zwölf Monate zu entziehen.

Wie bereits festgestellt, haben Sie innerhalb der letzten 5 Jahre bereits ein Delikt gemäß § 99 Abs. 1 StVO 1960 begangen, sodass die Mindestentzugsdauer gegenständlich 12 Monate beträgt.

Mindestentziehungszeiten stehen dem Ausspruch der Entziehung für einen längeren Zeitraum dann nicht entgegen, wenn Umstände vorliegen, die aufgrund der Verwerflichkeit und Gefährlichkeit der strafbaren Handlung die Prognose der Verkehrszuverlässigkeit für einen über die Mindestentziehungszeit hinausreichenden Zeitraum rechtfertigen und somit die Festsetzung einer längeren Entziehungszeit erforderlich machen (vgl. Novak, Österreichisches Straßenverkehrsrecht – Kraftfahrrecht, 77.Lfg 2015, zu § 26 FSG, Seite 4).

Es handelt sich gegenständlich um das 4. (!) Alkoholdelikt innerhalb der letzten ca. 6 Jahre.

Die Vergangenheit hat gezeigt, dass Sie als beharrlicher Wiederholungstäter offenbar eine Neigung zur Begehung derartiger Verwaltungsübertretungen, welche zu den schwersten Verstößen gegen Verkehrsvorschriften zählen, haben. Auch haben die bisherigen Entziehungen der Lenkberechtigung ganz offensichtlich nicht die nötige Wirkung gezeigt, sodass ein längerer Ausschluss von der Teilnahme am öffentlichen Straßenverkehr als Kraftfahrzeuglenker unbedingt erforderlich ist.

Aus Sicht der Behörde ist eine Entziehungsdauer im Ausmaß von 24 Monaten zur Wiedererlangung Ihrer Verkehrszuverlässigkeit daher unbedingt erforderlich.

Dies entspricht auch den vom Verwaltungsgerichtshof in vergleichbaren Fällen jeweils für angemessen erachteten Entziehungsdauern (vgl. VwGH vom 21.5.1996, 96/11/0112: 3 Alkoholdelikte innerhalb von 7 Jahren – Entziehungsdauer 2 Jahre; VwGH vom 19.3.1997, 96/11/0336: 4 Alkoholdelikte innerhalb von 7 Jahren – Entziehungsdauer 2 Jahre; VwGH vom 23.4.2002, 2001/11/0151: 3 Alkoholdelikte innerhalb von 5 Jahren – Entziehungsdauer 2 Jahre, VwGH vom 14.12.1999, 99/11/0292: 4 Alkoholdelikte innerhalb von 6 Jahren – Entziehungsdauer sogar 4 Jahre!).
Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Gegen diesen Bescheid, der dem Beschwerdeführer zu Handen seiner Rechtsvertretung zugestellt worden ist, richtet sich die am 20. Dezember 2019 verfasste und am gleichen Tag mit E-Mail eingebrachte rechtzeitige Beschwerde, in der beantragt wurde, der Beschwerde Folge zu geben und die verfügte Führerscheinentziehung ersatzlos aufzuheben, in eventu die Mindestentzugsdauer festzusetzen.

Begründend wurde Folgendes dargelegt:
„Zur Führerscheinentziehung dem Grunde nach:

1. Entschieden wird an dieser Stelle auch noch einmal bestritten, dass der Beschuldigte überhaupt ein Führerscheindelikt gesetzt hat. Es wird sohin die Verwirklichung des § 99 Abs. 1 lit. b StVO bestritten.
Gegen das korrespondierende Straferkenntnis der belangten Behörde vom 28.11.2019 zu BHGR/919080017612/19 wurde vom Beschwerdeführer Beschwerde erhoben, die mit aufschiebender Wirkung ausgestattet ist. Im Führerscheinentzugsverfahren ist die Frage des Vorliegens eines Führerscheindeliktes (als Teil der bestimmten Tatsache gemäß § 7 Abs. 3 Z 1 FSG) als Vorfrage zu beurteilen.
Es wird festgehalten, dass der Beschwerdeführer in Übereinstimmung mit dem eindeutigen Wortlaut des § 99 Abs. 6 lit. b StVO der Meinung war, dass im abgesperrten Garten hinter dem Hause D auf Privatgrund die StVO nicht gelten würde und er deswegen einer Aufforderung zum Alkotest nicht nachzukommen hätte.
Selbst wenn man aber von der Verwirklichung eine Verwaltungsübertretung wegen Verweigerung des Alkotestes ausginge, was noch einmal entschieden bestritten wird, so fehlen in der hier gegenständlichen keineswegs alltäglichen Situation doch die Voraussetzungen für eine Führerscheinentziehung. In diesem Sinne wurde auch im Rahmen des bisherigen Verfahrens vor der belangten Behörde durch den Beschwerdeführer argumentiert.
2. In führerscheinrechtlicher Hinsicht ist zwischen der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung des Beschwerdeführers gemäß § 99 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit § 5 StVO einerseits und dem Vorliegen einer bestimmten Tatsache gemäß § 7 Abs. 3 Z 1 FSG andererseits zu unterscheiden! Um einen Führerscheinentzug zu rechtfertigen, muss also neben dem Vorliegen eines Führerscheindeliktes (hier gemäß dem Vorwurf der belangten Behörde die Verweigerung des Alkotestes) als weiteres Tatbestandsmerkmal dazukommen, dass das Führerscheindelikt beim Lenken oder bei der Inbetriebnahme eines Kraftfahrzeuges gesetzt wurde (arg ‚hiebei' in § 7 Abs. 3 Z 1 FSG).
Es wird auf die sehr eindeutige Rechtsprechung des VwGH zum Verhältnis von § 99 StVO zu § 7 FSG verwiesen. Etwa in 2012/11/0171 führt der VwGH konkret zum Fall der Verweigerung des Alkotestes aus wie folgt:
‚(...)
3.2. Die Weigerung der so ‚verdächtigten' Person, die Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, bildet eine Verwaltungsübertretung nach § 99 Abs. 1 lit. b StVO (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. Dezember 2001, ZI. 99/02/0073, mwN).
3.3. Demgegenüber gilt gemäß § 7 Abs. 3 Z 1 FSG als bestimmte Tatsache im Sinne des Abs. 1, wenn jemand ‚ein Kraftfahrzeug gelenkt oder in Betrieb genommen und hiebei eine Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 bis Ib StVO begangen hat'.
Ebenso stellen die in § 26 Abs. 1 und Abs. 2 FSG genannten Übertretungen jeweils auf ein ‚Lenken oder Inbetriebnehmen eines Kraftfahrzeuges' ab.
3.4. Anders als bei der verwaltungsstrafrechtlichen Beurteilung der Verweigerung der Atemluftuntersuchung kommt es also im Beschwerdefall, in dem es um die Entziehung der Lenkberechtigung geht, entscheidend auch auf das tatsächliche Lenken oder Inbetriebnehmen eines Kraftfahrzeuges durch den Beschwerdeführer an (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2000, ZI. 2000/11/0065, mwN).
(...)'
Hierbei muss das Lenken oder die (hier gegenständliche) Inbetriebnahme auf einer Straße mit öffentlichem Verkehr gemäß § 1 Abs. 1 StVO erfolgt sein, um einen Führerscheinentzug zu rechtfertigen. Konkret zum Fall der Verweigerung des Alkotestes (dort im Falle des Lenkens eines Kraftfahrzeuges) führt der VwGH in 2001/11/0271 wie folgt aus:

‚(...)
Nach dem klaren Wortlaut dieser Gesetzesstelle (‚... gelenkt oder in Betrieb genommen und hiebei ...') kommt es - anders als bei der verwaltungsstrafrechtlichen Beurteilung der Verweigerung der Atemluftuntersuchung - für das Vorliegen einer bestimmten Tatsache gemäß § 7 Abs. 3 Z. 1 FSG auch entscheidend auf das tatsächliche Lenken oder Inbetriebnehmen eines Fahrzeuges durch die betreffende Person an (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2000, ZI. 2000/11/0065, mwN), wobei gemäß § 1 Abs. 1 StVO 1960 nur das Lenken (Inbetriebnehmen) auf Straßen mit öffentlichem Verkehr in Betracht kommt. Die belangte Behörde hatte daher - ungeachtet einer allfälligen rechtskräftigen Bestrafung des Beschwerdeführers wegen der Übertretung gemäß § 5 Abs. 2 in Verbindung mit § 99 Abs. 1 lit. b StVO 1960 (in der im Akt befindlichen Ablichtung der Niederschrift vom 19. Dezember 2000 ist der Vordruck nur schlecht lesbar ausgefüllt; der Beschwerdeführer wurde danach - ohne nähere Begründung - wegen einer Übertretung nach § 5 Abs. 1 StVO gemäß § 99 Abs. 1 lit. a oder § 99 Abs. la StVO 1960 bestraft) - selbständig zu prüfen, ob der Beschwerdeführer tatsächlich ein Kraftfahrzeug auf einer Straße mit öffentlichem Verkehr gelenkt hat.
(...)'
Dem Beschwerdeführer kann in einer für ihn denkbar schlechtestmöglichen Sichtweise nur vorgeworfen werden, dass er den Alkotest verweigert hat, obgleich er ein Fahrzeug in Betrieb genommen hat. Die Inbetriebnahme fand allerdings in der hier gegenständlichen - zweifelsohne nicht alltäglichen - Konstellation nicht auf einer Straße mit öffentlichem Verkehr gemäß § 1 Abs. 1 StVO sondern auf dem Rasen im mit einer Kette abgesperrten Garten hinter dem Haus L in Taufkirchen an der Pram statt.
Dem Beschwerdeführer kann daher der Führerschein nicht entzogen werden. Er mag zwar aufgrund der Verweigerung des Alkotestes (ein Verschulden vorausgesetzt) eine Verwaltungsübertretung begangen haben. Die korrespondierende Inbetriebnahme des Fahrzeuges erfolgte allerdings nicht auf einer Straße mit öffentlichem Verkehr!
Weiters wird eingewendet, dass der Beschwerdeführer bei der Inbetriebnahme des Fahrzeuges nüchtern war und den Alkohol im stehenden Fahrzeug wenn auch mit laufendem Motor zu sich genommen hat.
3. Ohne weitere Begründung geht die belangte Behörde auf der Seite 7 (oben) des angefochtenen Bescheides davon aus, dass der Beschwerdeführer ein Kraftfahrzeug auf einer Straße mit öffentlichem Verkehr gelenkt und hiebei die Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 bis 1b StVO 1960 begangen hätte. Ohne Judikaturzitat bringt die belangte Behörde vor, dass das Wort ‚hiebei' im Falle des § 99 Abs. 1 lit. b StVO nicht wörtlich zu verstehen sei. Nachdem der Entzug der Lenkberechtigung in die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte des Beschwerdeführers auf Erwerbsfreiheit und Eigentumsfreiheit massiv eingreift, kann der Entzug der Lenkberechtigung nicht auf eine nicht vom Wortlaut gedeckte und die Grenzen des Wortlautes überschreitende Auslegung des Gesetzes gestützt werden.
In der hier gegenständlichen Konstellation, in der dem Beschwerdeführer auf Basis des festgestellten Sachverhaltes das alkoholisierte Lenken auf einer Straße mit öffentlichem Verkehr gerade nicht vorgeworfen und erst recht nicht nachgewiesen werden kann, greift der Auffangtatbestand der Inbetriebnahme des Fahrzeuges. Die Inbetriebnahme des Fahrzeuges erfolgte aber im Garten hinter dem Hause D und sohin nicht auf einer Straße mit öffentlichem Verkehr!
Auf das Abstellen des Fahrzeuges im Garten hinter dem Hause D, auf das Abstellen des Motors und auf die nachträgliche Inbetriebnahme des bereits außer Betrieb genommenen

Fahrzeuges geht die belangte Behörde in der Begründung des angefochtenen Bescheides nicht ein. Es liegen auch keine Beweismittel vor, die die diesbezügliche Aussage des Beschwerdeführers in Zweifel ziehen können.
Es liegen nur unsubstantiierte Vermutungen der belangten Behörde und des einschreitenden Polizeibeamten vor.
Die beschwerdeführende Partei kann sich an dieser Stelle nicht des Eindruckes erwehren, dass auch die belangte Behörde diesen Zusammenhang erkannt hat und deswegen nunmehr das (angebliche) Führerscheindelikt auf das Lenken auf der Straße mit öffentlichem Verkehr beziehen will.
Hätte die belangte Behörde mit ihrer Argumentation recht, dann wäre das Abstellen auf die Inbetriebnahme gänzlich inhaltsleer. Ein Fahrzeug müsste ja immer zu der Örtlichkeit, an der sich befindet, gelenkt werden.
4. Die von der belangten Behörde zitierte Rechtsprechung vermag nicht zu überzeugen: Die auf der Seite 7 (oben) des angefochtenen Bescheides zitierten VwGH Entscheidungen 2000/03/0348, 2003/02/0033 und 2004/02/0037 sind allesamt im Verwaltungsstrafverfahren ergangene Entscheidungen und berücksichtigen damit nicht die Unterschiedlichkeit der verwaltungsstrafrechtlichen und führerscheinrechtlichen Einordnung der Berechtigung zur Aufforderung zum Alkotest. In den 3 Erkenntnissen wird aus verwaltungsstrafrechtlicher Sicht die Berechtigung der einschreitenden Polizeibeamten bejaht, einen Alkotest zu verlangen. Um ein Führerscheinentzugs-Verfahren ging es aber nicht!
Auch die zitierten Entscheidungen der Verwaltungsgerichte Steiermark und Tirol können den Standpunkt der belangten Behörde nicht stützen. Unabhängig davon ist das angerufene Oberösterreichische Landesverwaltungsgericht an die Entscheidungen der anderen Verwaltungsgerichte nicht gebunden.
Die belangte Behörde argumentiert (vor dem Hintergrund der oben zitierten Judikatur des VwGH durchaus bemerkenswerterweise), dass die Frage, ob der Lenker beim Lenken des Fahrzeuges bereits alkoholisiert gewesen sei, führerscheinrechtlich überhaupt irrelevant gewesen sei!
Dabei zitiert die belangte Behörde (allerdings aus dem Zusammenhang gerissen und nicht vollständig) aus dem Erkenntnis des LVwG Steiermark zu LVwG 42.19-1736/2016 (Seite 7 unten des angefochtenen Bescheides: Nach den dortigen Ausführungen ist nur für das Verfahren nach § 5 Abs. 2 StVO und nur für die Berechtigung der einschreitenden Beamten, einen Alkotest zu verlangen, irrelevant, ob der Lenker tatsächlich gefahren ist. Das LVwG Steiermark führt wörtlich aus wie folgt:
(...) Mit dem Hinweis auf einen Nachtrunk und auf eine damit nur mehr bedingte Verwertbarkeit des Ergebnisses der Atemluftuntersuchung kann eine Verweigerung nicht entschuldigt werden; es ist nicht Sache des Aufgeforderten in diesem Stadium den Beweiswert der durchzuführenden Atemluftuntersuchung zu würdigen (VwGH 09.11.1994, ZI. 84/02B/0083, 0084). Ob der zur Vornahme der Atemluftuntersuchung aufgeforderte Lenker beim Lenken des Fahrzeuges bereits alkoholisiert war und wie weit er gefahren ist, ist in einem Verfahren nach Abs 2 (Anm.: § 5 Abs. 2 StVO) irrelevant. (...)
Es geht die zitierte Entscheidung des LVwG Steiermark auf die Unterschiedlichkeit der führerscheinrechtlichen und verwaltungsstrafrechtlichen Einordnung in keiner Weise ein.
Die zitierte Entscheidung des LVwG Tirol zu LVwG-2016/31/0984-2 setzt sich mit der hier gegenständlichen Thematik in keiner Weise auseinander. Es geht bei der genannten Entscheidung des LVwG Tirol um eine gänzlich andere Frage: Wenn einmal die bestimmte Tatsache im Sinne des § 7 FSG vorliegt, wird dem Lenker der Freibeweis, dass er nicht

alkoholisiert gefahren ist, ermöglicht und hat hierbei das LVwG Tirol die Rechtsmeinung vertreten, dass auch eine Glaubhaftmachung nicht ausreichend sei.
In der hier gegenständlichen Konstellation geht es aber um die gänzlich andere Frage, nämlich ob überhaupt die bestimmte Tatsache im Sinne des § 7 Abs. 3 Z 1 FSG festgestellt werden kann. Hier liegt die Beweislast bei der Behörde und nicht beim Rechtsmittelwerber!
5. Weiters ist zu betonen, dass im Falle der Verwirklichung eines Verweigerungsdelikts immer dann von der Entziehung der Lenkberechtigung Abstand zu nehmen ist, wenn nach der Verweigerung - nachträglich - der einwandfreie Nachweis erbracht wird, dass der Lenker nicht durch Alkohol beeinträchtigt war. Auch dieser Nachweis ist dem Beschwerdeführer gelungen:
Als Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass Beweismittel dafür, dass der Beschwerdeführer in alkoholisiertem Zustand zur Liegenschaft zugefahren sei, nicht vorliegen. Aus der nachträglichen schriftlichen Stellungnahme des Zeugen Gl T kann entnommen werden, dass dieser eine Rückrechnung des Alkoholgehaltes von dem von ihm wahrgenommenen Zustand gegen 22:30 Uhr auf die Fahrt des Beschwerdeführers um 21:00 Uhr vornimmt. Er kommt hier für sich zu dem, an dieser Stelle noch einmal ausdrücklich bestrittenen, Ergebnis, dass der Beschwerdeführer bereits um 21:00 Uhr alkoholisiert gewesen sein müsse.
Auf Basis welcher fachlichen Qualifikation der Zeuge Gl T diese Rückrechnung vornimmt wird von der belangten Behörde nicht festgestellt.
Zu den von Gl T im Rahmen seiner Zeugeneinvernahme erwähnten angeblich stark geröteten Augen, wurde bereits in der Stellungnahme vom 28.10.2019 festgehalten, dass beim gegenständlichen Fahrzeug die Abgasanlage im Motorraum undicht ist und durch das Heizungsgebläse insbesondere im Standmodus, also wenn kein Fahrtwind ist, die Abgase in den Fahrgastraum angesaugt werden. Vom Mechaniker wurde dem Beschwerdeführer angeraten, das Fahrzeug eben deswegen so nicht mehr zu gebrauchen. Betriebssicher ist das Fahrzeug aber selbstverständlich. Nicht nur die geröteten Augen sondern auch der benommene Zustand des Beschwerdeführers waren nur darauf zurückzuführen, dass er hier doch über einen längeren Zeitraum im Fahrzeug die Abgase eingeatmet hat.
Im Rahmen seiner zeugenschaftlichen Aussage gab Gl T an, dass es sich um frische Spuren des Fahrzeuges im Gras gehandelt hat. Der Beschwerdeführer interpretiert dies so, als ob Gl T dem Beschwerdeführer nicht glaubt, bereits um 21:00 Uhr zur Liegenschaft D zugefahren zu sein. Dazu ist aber zu sagen, dass der Beschwerdeführer nur vor etwas über einer Stunde um ca. 21:00 Uhr über den Rasen gefahren ist. Natürlich ist das eine frische Spur. Der Beschwerdeführer ist um 21.00 Uhr über den Rasen gefahren und wurde dann aufgeweckt um ca. 22.15 Uhr. Die Spuren waren also etwas über 5/4 Stunden alt. Die belangte Behörde geht allerdings ohnehin von einem Zufahren zur Liegenschaft D um 21:00 Uhr aus und folgt entgegen dem Zweifel von Gl T in diesem Punkt der glaubwürdigen Darstellung des Beschwerdeführers.
Es muss festgehalten werden, dass der Grad der vom Zeugen Gl T vermuteten Alkoholisierung durch die belangte Behörde nicht festgestellt werden kann. Eine Rückrechnung auf den Grad der Alkoholisierung beim Zufahren zur Liegenschaft um 21:00 Uhr ist daher ebenfalls nicht möglich.
Anhaltspunkte dafür, dass die Aussage des Beschwerdeführers, wonach er um 21:00 Uhr nüchtern zur Liegenschaft zugefahren ist, unzutreffend sein sollte, liegen ebenfalls nicht vor.
Die von der belangten Behörde zitierte Rechtsprechung, wonach Nachtrunk sofort zu behaupten sei, entbindet die belangte Behörde nicht von einer im Einzelfall

vorzunehmenden Beweiswürdigung! unabhängig davon ist die Rechtsprechung auf den Fall anzuwenden, dass der Grad der Alkoholisierung durch einen Alkotest feststeht und zurückgerechnet werden kann. Der Nachtrunk würde diese Rückrechnung in Zweifel ziehen. Im hier gegenständlichen Fall ist aber keine Rückrechnung möglich. Eine Alkoholisierung überhaupt und erst recht nicht von über 0,5 Promille kann nicht und erst recht nicht gerichtsfest festgestellt werden.

6. Generell ist zur zeugenschaftlichen Aussage von Gl T vom 7.10.2019, die zeitlich nach den beiden Zeugenaussagen D und H erfolgte, auszuführen, dass deren Richtigkeit vom Beschwerdeführer bestritten wird, soferne nicht Übereinstimmung mit dem Vorbringen des Beschwerdeführers besteht.

Zunächst ist es aus Sicht des Beschwerdeführers durchaus bemerkenswert, dass der Zeuge Gl T es im Rahmen seiner Aussage unerwähnt ließ, dass er bereits umfangreiche Ermittlungen dahingehend gepflogen hat, ob der Beschwerdeführer am 16.9.2019 vor dem Einschreiten der Polizeibeamten in einem der umliegenden Gasthäuser Alkohol zu sich genommen hat. Auch suchte Gl T die Familie D/H nach dem 16.9.2019 auf, um dort weitere Ermittlungen und Befragungen durchzuführen. Diese Erhebungen von Gl T haben allesamt den Standpunkt des Beschwerdeführers bestätigt. Warum dies von Gl T nicht erwähnt wird, vermag der Beschwerdeführer nicht nachzuvollziehen.

Es kann sich der Beschwerdeführer nicht des Eindruckes erwehren, dass von Gl T die Angelegenheit ‚persönlich' genommen wird und dieser versucht, dem Beschwerdeführer ein Führerscheindelikt nachzuweisen, das dieser nicht begangen hat und das mangels Alkotest oder Bluttest nicht unter Beweis gestellt werden kann.

Vor diesem Hintergrund sind auch die Aussagen des Gl T zu sehen und im Rahmen der Beweiswürdigung zu werten.

Unrichtig war auch die zeugenschaftliche Aussage von Gl T und wurde diese durch die mit Schriftsatz vom 28.10.2019 vorgelegten Urkunden auch widerlegt, dass der Beschwerdeführer ‚in der Folge noch sein Handy haben wollte, welches sich in seinem Fahrzeug am Beifahrersitz befand und er ihm dies geholt habe'. Das Handy blieb im versperrten Auto. Gl T hat es dem Beschwerdeführer nicht geholt.

Erst als die Gattin des Beschwerdeführers am nächsten Tag mit dem Ersatzschlüssel das Auto abholte, bekam der Beschwerdeführer sein Handy wieder. Dies wird durch die beiden beiliegenden Einzelverbindungsnachweise unter Beweis gestellt, wonach zwischen Montag 16.9.2019 13:16 Uhr und Dienstag 17.9.2019 14:30 Uhr kein Telefonkontakt mit dem Handy stattfand und zwischen Montag 16.9.2019 21:13 Uhr und Dienstag 17.9.2019 16:07 Uhr kein Internetzugang erfolgte. Die Gattin des Beschwerdeführers fuhr erst am nächsten Tag in der Früh zum Hause D, nachdem sich der Beschuldigte nicht bei ihr gemeldet hat.

Im Rahmen seiner nachträglichen schriftlichen Stellungnahme hat Gl T seine Aussage relativiert und musste einräumen, dass er das Handy doch nicht an den Beschwerdeführer ausgefolgt hätte.

Was den von Gl T im Rahmen seiner zeugenschaftlichen Einvernahmen vermuteten Aufenthalt des Beschwerdeführers beim Golfklub M angeht, so wird zunächst auf die Aussage des Beschwerdeführers vom 4.10.2019 verwiesen. Zum Beweis der Richtigkeit, dass der Beschwerdeführer am 16.9.2019 nicht beim Golfklub M Alkohol zu sich genommen hat und nicht einmal dort war, wurde im Rahmen des Schriftsatzes vom 28.10.2019 die zeugenschaftliche Einvernahme von D S, p.A. M H, M, 4775 Taufkirchen an der Pram beantragt. Diesem Beweisantrag ist die belangte Behörde aber nicht nachgekommen, was einen wesentlichen Verfahrensmangel darstellt.

Auch den weiteren Beweisanträgen auf weitere zeugenschaftlichen Einvernahmen im Rahmen des Schriftsatzes vom 28.10.2019 ist die belangte Behörde nicht nachgekommen. Auch das stellt einen wesentlichen Verfahrensmangel dar."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Mit Schreiben vom 10. Jänner 2020 und unter Beifügung des Verfahrensaktes legte die belangte Behörde die ggst. Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor und beantragte die Beschwerde als unbegründet abzuweisen. 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. Sachverhalt, Beweiswürdigung:
Beweis wurde erhoben durch die Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt sowie durch die Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung am 5. März 2020, an der der Beschwerdeführer selbst, sein Rechtsvertreter sowie ein Vertreter der belangten Behörde teilnahmen.
Als Zeugen einvernommen wurden GI F T, M D, GH und D S. Weiters wurde in das Führerscheinregister Einsicht genommen.

Der Beschwerdeführer selbst stellt in Abrede, das Fahrzeug in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt zu haben und führt sowohl in der Beschwerde als auch in der mündlichen Verhandlung aus, der Zeuge H. habe ihn am Vormittag besucht, es sei vereinbart worden dessen Wohnmobil zu erwerben, Unterzeichnung des Kaufvertrages als auch Kaufpreiszahlung hätten bei der Zeugin D. stattfinden sollen, er habe zugesagt, Alkohol mitzunehmen um den Vertragsabschluss zu begießen, als Zeitpunkt sei etwa 21:00 Uhr vereinbart worden, er sei um ca. 20:00 Uhr von ihm weg zur Zeugin D. gefahren. Er habe noch Bekannte beim Golfclub besuchen wollen, was sich zeitlich aber nicht mehr ausgegangen sei, sodass er direkt zur Zeugin D. gefahren wäre, dort angekommen sei das Haus finster gewesen, er habe im Garten geparkt, nachdem er die Kette weggegeben habe, er sei ausgestiegen und habe sich das Wohnmobil angeschaut, geläutet habe er aber nicht, es sei ihm kalt geworden und habe er sich daher wieder in sein Auto gesetzt und die Heizung aufgedreht, sein Auto habe damals ein technisches Problem gehabt und sei bei Stillstand des Fahrzeuges das Abgas beim Laufenlassen des Motors in den Fahrzeuginnenraum eingedrungen, was ev. die Rötung seiner Augen bewirkt haben könnte, um die Wartezeit zu überbrücken, habe er sich aus den mitgebrachten Getränken Mischgetränke (Red Bull und Whisky) hergestellt. Die Alkoholika und Red Bull habe er in einer ca. 70 cm hohen Schachtel hinter dem

Beifahrersitz gehabt, samt Becher. Er habe daraufhin Alkohol konsumiert, sei müde geworden, habe alles wieder in die Schachtel hinter dem Beifahrersitz geräumt und sei, da er schon seit ca. 03:00 Uhr wach gewesen sei, eingeschlafen und sei dann durch den Zeugen T. geweckt worden.

Der Zeuge H. bestätigte in seiner Aussage, er sei am Vormittag beim Beschwerdeführer gewesen, habe mit diesem den Verkauf seines Wohnmobils besprochen, Unterzeichnung des Kaufvertrages und Zahlung des Kaufpreises sollte am selben Abend bei der Zeugin D, wo das Wohnmobil abgestellt war, erfolgen, auch sollte der Beschwerdeführer Alkohol mitbringen, um den Vertragsabschluss zu begießen, sie würden sich bei der Zeugin D. um ca. 21:00 Uhr treffen. Er selber sei aber erst um ca. 22:30 Uhr zur Zeugin D. gekommen und habe er vom Polizeieinsatz nichts mitbekommen. Er habe den Beschwerdeführer wegen seiner Verspätung nicht angerufen, da dieser die Zeugin D. gekannt habe und er angenommen habe, dieser werde im Haus der Zeugin D. auf ihn warten.

Die Zeugin D. gab an, sie habe ihren 11-jährigen Sohn um ca. 20:00 Uhr zu Bett gebracht und sei selber eingeschlafen. Ihre Tochter habe sie geweckt, da in ihrem Garten ein Fahrzeug mit eingeschalteten Scheinwerfern gestanden habe und haben diese in Richtung Haus geleuchtet, sodass sie nicht erkennen habe können, wer auf ihrem Grundstück stehe, sie habe befürchtet es handle sich um einen Einbrecher und habe die Polizei geholt. Sie könne aber nicht mehr angeben, wann sie ihre Tochter geweckt habe.

Der Zeuge T. gab an, er sei zur Zeugin D. gefahren, da diese um ca. 22:15 Uhr die Polizei gerufen habe, da sie befürchte, dass sich auf ihrem Grundstück ein Einbrecher befinde.
Bei seinem Eintreffen habe er festgestellt, dass im Garten ein Fahrzeug mit eingeschaltetem Motor versperrt abgestellt war und im Fahrzeug der Beschwerdeführer schlafend auf dem Fahrersitz saß, er habe dazu mit seiner Taschenlampe in das Fahrzeuginnere geleuchtet und den Beschwerdeführer schließlich durch Klopfen mit der Taschenlampe auf das Fahrerfenster wecken können. Hinter dem Fahrzeug habe er auf der Wiese frische Fahrspuren wahrgenommen. Beim Beschwerdeführer selbst habe er aus dem Mund deutlichen Alkoholgeruch, gerötete, glasige Augen und eine extrem verzögerte Wahrnehmung festgestellt und ihn zum Alkotest aufgefordert, was der jedoch verweigert habe.
Er habe weder im Auto noch um das Auto herum Leergebinde wahrnehmen können, auch keine Schachtel.
Der Beschwerdeführer habe ihm gegenüber angegeben, er sei vom Golfplatz gekommen und habe auf die Frage, wo er seine Golfausrüstung habe, geantwortet, ob er denn Golf spielen müsse.

Der Zeuge S. gab über Befragen an, er könne ausschließen, dass der Beschwerdeführer am fraglichen Tag im Restaurant beim Golfclub gewesen sei,

der Beschwerdeführer sei ihm auch bis Dienstag vor der mündlichen Verhandlung gänzlich unbekannt gewesen, da er jedoch dessen Söhne kenne, habe er mit dem Beschwerdeführer Kontakt aufgenommen, um zu klären, warum er zur Verhandlung geladen worden sei.

Es steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:
Den ersten Verstoß gegen Alkoholvorschriften im Straßenverkehr beging der Beschwerdeführer 2005 und wurde ihm die Lenkberechtigung für 20 Monate (24. Mai 2005 bis 24. Jänner 2007) entzogen. Der nächste Verstoß gegen Alkoholvorschriften im Straßenverkehr hat der Beschwerdeführer am 26. Februar 2014 gesetzt, wobei der Grad der Alkoholisierung 1,4 Promille betrug und wurde ihm die Lenkberechtigung für 5 Monate vom 26. Februar 2014 bis 26. Juli 2014 entzogen. Der nächste Verstoß gegen Alkoholvorschriften wurde vom Beschwerdeführer am 6. April 2015 mit einem Alkoholisierungsgrad von 2,06 Promille begangen und wurde ihm die Lenkberechtigung für 10 Monate vom 11. August 2015 bis 11. Juni 2016 entzogen. Den bisher letzten Verstoß gegen Alkoholvorschriften im Straßenverkehr beging der Beschwerdeführer am 27. Juli 2015, wofür ihm die Lenkberechtigung für 10 Monate vom 10. August 2015 bis zum 10. Juni 2016 entzogen wurde.

Am Vormittag des 16. September 2019 kam der Zeuge H. zum Beschwerdeführer und kamen beide überein, dass der Beschwerdeführer das Wohnmobil des Zeugen erwerben würde. Der Kaufvertrag sollte am Abend bei der Zeugin D., die die Lebensgefährtin des Zeugen H. ist und auf deren Grundstück auch das Wohnmobil abgestellt war, unterfertigt werden und die Zahlung des Kaufpreises erfolgen.
Vereinbart wurde zwischen den beiden, sich um ca. 21:00 Uhr bei der Zeugin D. zu treffen.

Der Beschwerdeführer fuhr mit seinem Fahrzeug von Neumarkt am Hausruck zur Liegenschaft der Zeugin D.. Dort angekommen parkte er nicht vor dem Haus, sondern fuhr gartenseitig auf die Liegenschaft, nachdem er dort eine Kette entfernt hatte.
Die Zeugin D. wurde von ihrer Tochter darauf aufmerksam gemacht, dass im Garten ein Auto mit eingeschalteten Scheinwerfern steht. Aufgrund der Blendung, da die Scheinwerfer in Richtung Haus leuchteten, konnte die Zeugin nicht erkennen, um wen es sich handeln könnte und befürchtete, dass es sich ev. um einen Einbrecher handelt und rief die Polizei.

Der Beschwerdeführer schlief in seinem Fahrzeug ein und wurde durch einen Polizisten, der mit seiner Taschenlampe auf das fahrerseitige Fenster klopfte, geweckt. Er stieg in der Folge aus und verweigerte den Alkotest.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den übereinstimmenden Aussagen der einvernommenen Zeugen sowie des Beschwerdeführers.

Zur Frage, ob der Beschwerdeführer in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand ein Fahrzeug gelenkt hat, ist festzuhalten, dass keiner der Zeugen aus eigener Wahrnehmung dazu Angaben machen kann, da keiner gesehen hat, wann und in welchem Zustand der Zeuge das Fahrzeug gelenkt und abgestellt hat.

Aus den Aussagen der Zeugen D., H. und S. ist zur Klärung der Frage, ob der Beschwerdeführer in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand sein Kraftfahrzeug gelenkt hat, nichts zu gewinnen, da sie zu dieser Frage mangels Wahrnehmung keine Angaben machen können.
Die Zeugin D. und der Zeuge H. geben lediglich übereinstimmend an, sie hätten nie gesehen, dass der Beschwerdeführer im alkoholisierten Zustand ein Kraftfahrzeug gelenkt hatte. Da es sich bei dem hier ggst. Sachverhalt nicht um den ersten Vorfall betreffend Alkohol im Zusammenhang mit dem Lenken eines Kraftfahrzeuges handelt, mag die Beobachtung der Zeugen in jenen Fällen, bei denen diese dabei waren und der Beschwerdeführer Alkohol konsumiert hat und daraufhin nicht mehr mit seinem Kraftfahrzeug gefahren ist, richtig sein, jedoch gab es in der Vergangenheit durchaus Fallkonstellationen, wo der Grundsatz „don‘t drink and drive“ nicht eingehalten wurde, wie die Einsichtnahme in das Führerscheinregister zweifelfrei zeigt.

Zur Klärung der Frage, ob der Beschwerdeführer nun erst Alkohol konsumiert hat, nachdem er bei der Zeugin D. angekommen war oder schon vor dem Lenken oder auf dem Weg zur Zeugin D. verbleiben nur die Angaben des Beschwerdeführers selbst (vor der belangten Behörde, im Verlauf der Amtshandlung mit dem Zeugen T., in der Beschwerde und in der Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich) und die Angaben bzw. Aussagen des Zeugen T. (vor der belangten Behörde, Anzeige und Zeugeneinvernahme), bezogen auf die von ihm durchgeführte Amtshandlung.

Die Aussagen bzw. Vorbringen des Beschwerdeführers im Verlauf der Verfahren (erste Instanz und Landesverwaltungsgericht Oberösterreich) sind nicht frei von Widersprüchen.
Beginnend mit der Angabe im Zuge der Amtshandlung, er sei vom Golfclub gekommen, die im Verlauf des Beschwerdeverfahrens dahingehend relativiert wurde, er habe vorgehabt, Bekannte beim Golfclub zu besuchen, es sei sich zeitlich nicht mehr ausgegangen und sei er daher nur bis zur Zufahrt des Golfclubs gefahren und habe umgedreht (Aussage vor der belangten Behörde) bis hin er sei bei der Zufahrt zum Golfclub vorbeigefahren.

Der Beschwerdeführer selbst gab an, er sei am fraglichen Abend von Neumarkt im Hausruckkreis kommend zur Liegenschaft der Zeugin D. gefahren. Er sei dort um ca. 21:00 angekommen, losgefahren sei er um ca. 20:00 Uhr. Die Entfernung zwischen den beiden Orten ist in etwa in 20 Minuten zurückzulegen, auch die

Wegstrecke von Neumarkt im Hausruckkreis bis zum Golfplatz ist in ca. 20 Minuten zurückzulegen und dauert die Weiterfahrt vom Golfplatz zur Zeugin D. in etwa 5 Minuten. Dies würde bedeuten, dass bei einer Abfahrt in Neumarkt im Hausruckkreis um 20:00 Uhr und unter Zugrundelegen des Weg-Zeit-Diagramms dem Beschwerdeführer noch etwa eine halbe Stunde Zeit geblieben wäre, um seine Bekannten zu besuchen. Dieser Umstand musste ihm, da er nicht das erste Mal zur Liegenschaft der Zeugin D. gekommen war, durchaus bekannt sein, sodass er bereits beim Wegfahren wissen musste, wie lange sein Besuch bei den Bekannten am Golfplatz hätte Zeit in Anspruch nehmen können. Dass ihm das erst bei der Abzweigung zum Golfplatz bewusst geworden ist, ist nicht nachvollziehbar. Dass der Beschwerdeführer unvorhergesehen lange für die Wegstrecke gebraucht hätte, wurde nicht vorgebracht.

Darüber hinaus gibt der Beschwerdeführer an, er sei zur Liegenschaft der Zeugin D. gekommen, habe sein Fahrzeug abgestellt, sei ausgestiegen, das Haus sei finster gewesen und habe er angenommen, es sei niemand zu Hause, er habe aber nicht geläutet, um sich seine Annahme bestätigen zu lassen. Aus den Aussagen der Zeugin D. und des Zeugen H. wurde klar, dass die beiden Zeugen und der Beschwerdeführer einander schon länger kennen und der Beschwerdeführer auch bereits einige Male bei der Zeugin D. war, sodass ihm deren Lebensumstände (2 Kinder, davon ein Sohn mit 11 Jahren) durchaus bekannt sein mussten und musste ihm darüber hinaus klar sein, dass die Zeugin D., schon allein wegen des Sohnes, zuhause sein musste, wie dies der Zeuge H. so treffend in seiner Befragung zum Ausdruck brachte. Daher ist nicht nachvollziehbar, wieso der Beschwerdeführer nicht durch anläuten auf sich aufmerksam gemacht hatte.

Der Beschwerdeführer gab an, er habe die mitgebrachten Getränke samt Becher in einer Schachtel hinter dem Beifahrersitz mitgebracht, wobei die Schachtel bei der Abmessung von 30 x 40 cm eine Höhe von 70 cm aufwies. Dem Zeugen T., der ins Wageninnere geleuchtet hatte, um zu sehen, ob sich neben dem Beschwerdeführer noch weitere Personen im Fahrzeug befinden, ist weder eine Schachtel, noch die sonst vom Beschwerdeführer bekannt gegebenen Dinge, die sich auf der Rückbank befunden haben sollen, aufgefallen.

Der Zeuge T. sagte aus, dass das Fahrzeug des Beschwerdeführers versperrt gewesen war, der Motor sei gelaufen und habe der Beschwerdeführer geschlafen und sei nur schwer zu wecken gewesen. Der Beschwerdeführer gab sowohl in der Beschwerde als auch bei der Befragung in der Verhandlung an, er habe den Motor gestartet, da ihm kalt geworden war und sei er aufgrund seiner Müdigkeit eingeschlafen, da er an diesem Tag bereits um 03:00 Uhr aufgestanden wäre.
Dass er das Fahrzeug abgesperrt hätte nachdem er sich wieder hineingesetzt hatte, wurde weder in der Beschwerde noch in der Verhandlung selbst vorgebracht. Beim ggst. Fahrzeug handelt es sich um einen VW Touareg und ist grundsätzlich bekannt, dass Fahrzeuge bei Erreichen einer bestimmten

Fahrgeschwindigkeit einen Auto Look-Mechanismus auslösen, der jedenfalls beim bloßen Stehen vor Ort nicht auslöst.

Der Beschwerdeführer gab an, er habe sich Mischgetränke, bestehend aus Whisky und Red Bull, gemischt und einige Becher davon im Auto getrunken. Der Zeuge T. gab in der Verhandlung befragt an, er habe im Fahrzeug keinen Geruch, der auf Red Bull hindeuten würde, wahrgenommen, jedoch habe er beim Beschwerdeführer deutlichen Alkoholgeruch aus dem Mund gerochen. Da einerseits der Geruch des Getränks „Red Bull“ sehr charakteristisch eindeutig ist und andererseits der Zeuge T. nicht nur kurz beim Aussteigen des Beschwerdeführers mit dem Geruch aus dem Wageninneren konfrontiert war, sondern sich darüber hinaus eine Wahrnehmung von der Geruchskulisse im Fahrzeug machen konnte, als er die Bestätigung über die vorläufige Abnahme des Führerscheins und das Handy des Beschwerdeführers, welches er vorher aus dem Fahrzeug geholt hatte, wieder auf den Beifahrersitz legte, ist davon auszugehen, dass ihm der Geruch nach „Red Bull“ aufgefallen wäre, was eben nicht der Fall war.

Unter Berücksichtigung, dass es dem Beschwerdeführer frei steht, sich in jede Richtung zu verteidigen, seine Angaben im Verlauf des Verfahrens (Anzeige, erste Instanz, Beschwerdeverfahren) wie dargelegt, teilweise widersprüchlich und nicht nachvollziehbar sind, wirkt die Verantwortung des Beschwerdeführers auf das gewünschte Ergebnis hin konstruiert.

Der Zeuge T. hinterließ in der Verhandlung einen glaubwürdigen Eindruck, er vermittelte keineswegs, wie in der Beschwerde angedeutet, dass es ihm persönlich ein Bedürfnis wäre gegen den Beschwerdeführer vorzugehen, sodass es keinen Grund gibt an der Richtigkeit seiner Angaben zu zweifeln. Auch der Umstand, dass er später die Zeugin D. und den Zeugen H. zum Vorfall befragte, kann nicht in diese Richtung gedeutet werden, zumal die Zeugin D. die Polizei rief und in ihrer Zeugenaussage auch angab, sie sei beim Polizeieinsatz gar nicht nach draußen gegangen.

Basierend auf den Angaben des Zeugen T., der weder eine vom Beschwerdeführer als 70 cm hohe Schachtel gesehen hat, noch sonstige Hinweise aufgefunden hat, die auf einen Alkoholkonsum im Auto hingewiesen hätten, der frische Reifenspuren im Gras hinter dem Auto des Beschwerdeführers gefunden hat, der das Auto bei seiner Ankunft mit laufendem Motor und versperrt vorgefunden hat, obwohl der Beschwerdeführer nicht vorgebracht hat, er habe das Auto versperrt, als er sich wieder hineingesetzt haben soll und auch auf den Umstand, dass der Beschwerdeführer dem Zeugen gegenüber angab, er sei vom Golfclub gekommen und während der Amtshandlung dem Zeugen T. gegenüber im Zuge der Aufforderung zum Alkotest angab, dass er diesen nicht machen werde, da er ja nicht gefahren sei und nicht etwa sinngemäß angegeben hatte, er würde den Test

nicht machen, da er nicht betrunken iS von alkoholisiert gefahren sei oder auch dass er erst nach dem Abstellen des Fahrzeugs getrunken hatte, ist zu schließen, dass der Beschwerdeführer den Alkohol nicht im Zuge des Wartens getrunken hat, sondern vorher, ob dies bereits vor seiner Wegfahrt zur Zeugin D. gewesen ist oder auf dem Weg zu dieser oder ob der Beschwerdeführer von der Zeugin D. wieder weggefahren ist und zwischenzeitlich Alkohol getrunken hat und wieder dorthin gefahren ist, ist völlig irrelevant.

Das Landesverwaltungsgericht geht daher nach Würdigung aller Beweise davon aus, dass der Beschwerdeführer nicht wie von ihm vorgebracht, nach dem Abstellen und der Wiederinbetriebnahme des stehenden Fahrzeuges Alkohol konsumiert hat, sondern in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand das Kraftfahrzeug gelenkt und sich nachfolgend geweigert hat, auf Aufforderung seine Atemluft auf Alkohol überprüfen zu lassen, was im Übrigen bereits im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur GZ: 603481 durch die Abweisung der Beschwerde festgestellt worden ist und wird auf die im dortigen Erkenntnis gemachten Ausführungen hierzu verwiesen.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:
Gemäß § 24 Abs. 1 Z 1 FSG ist Besitzern einer Lenkberechtigung, bei denen die Voraussetzungen für die Erteilung der Lenkberechtigung nicht mehr gegeben sind, von der Behörde entsprechend den Erfordernissen der Verkehrssicherheit die Lenkberechtigung zu entziehen.

Eine wesentliche Voraussetzung für die Erteilung der Lenkberechtigung bildet gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 FSG die Verkehrszuverlässigkeit (§ 7).

Gemäß § 7 Abs. 1 Z 1 FSG gilt eine Person als verkehrszuverlässig, wenn nicht aufgrund erwiesener bestimmter Tatsachen (Abs. 3) und ihrer Wertung (Abs. 4) angenommen werden muss, dass sie wegen ihrer Sinnesart beim Lenken von Kraftfahrzeugen die Verkehrssicherheit insbesondere durch rücksichtsloses Verhalten im Straßenverkehr oder durch Trunkenheit oder einen durch Suchtmittel oder durch Medikamente beeinträchtigten Zustand gefährden wird.

Als bestimmte Tatsache im Sinn des Abs. 1 hat gemäß § 7 Abs. 3 Z 1 FSG insbesondere zu gelten, wenn jemand ein Kraftfahrzeug gelenkt oder in Betrieb genommen und hiebei eine Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 bis 1b StVO begangen hat, auch wenn die Tat nach § 83 Sicherheitspolizeigesetz zu beurteilen ist.

Gemäß § 7 Abs. 4 FSG sind für die Wertung der in Abs. 1 genannten und in Abs. 3 beispielsweise angeführten Tatsachen deren Verwerflichkeit, die Gefährlichkeit der Verhältnisse, unter denen sie begangen wurden, die seither verstrichene Zeit und das Verhalten während dieser Zeit maßgebend, wobei bei den in Abs. 3 Z 14 und

15 genannten bestimmten Tatsachen die seither verstrichene Zeit und das Verhalten während dieser Zeit nicht zu berücksichtigen ist.

§ 24 Abs. 3 FSG lautet:
„Die Behörde kann bei der Entziehung oder Einschränkung der Lenkberechtigung begleitende Maßnahmen (Nachschulung und dgl.) oder die Beibringung eines amtsärztlichen Gutachtens über die gesundheitliche Eignung anordnen. Die Behörde hat unbeschadet der Bestimmungen des Abs. 3a eine Nachschulung anzuordnen:
1. wenn die Entziehung in der Probezeit (§ 4) erfolgt,
2. wegen einer zweiten in § 7 Abs. 3 Z 4 genannten Übertretung innerhalb von zwei Jahren oder
3. wegen einer Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 oder 1a StVO.
Die Behörde hat unbeschadet der Bestimmungen des Abs. 3a und sofern es sich nicht um einen Probeführerscheinbesitzer handelt, bei der erstmaligen Übertretung gemäß § 99 Abs. 1b StVO ein Verkehrscoaching zur Bewusstmachung der besonderen Gefahren des Lenkens von Kraftfahrzeugen unter Alkoholeinfluss oder Suchtgiftbeeinträchtigung und dessen Folgen, bei Begehung einer Übertretung gemäß § 99 Abs. 1b StVO innerhalb von fünf Jahren ab der Begehung einer Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 bis 1b StVO jedoch eine Nachschulung anzuordnen. Im Rahmen des amtsärztlichen Gutachtens kann die Beibringung der erforderlichen fachärztlichen oder einer verkehrspsychologischen Stellungnahme aufgetragen werden. Bei einer Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 StVO ist unbeschadet der Bestimmungen des Abs. 3a zusätzlich die Beibringung eines von einem Amtsarzt erstellten Gutachtens über die gesundheitliche Eignung gemäß § 8 sowie die Beibringung einer verkehrspsychologischen Stellungnahme anzuordnen.“ [...]

Gemäß § 30 Abs. 2 FSG hat die Behörde einem Besitzer einer ausländischen Nicht-EWR-Lenkberechtigung oder eines ausländischen EWR-Führerscheines (§ 1 Abs. 4), der einen Wohnsitz (§ 5 Abs. 1 Z 1) in Österreich hat, die Lenkberechtigung unter Anwendung der §§ 24 bis 29 zu entziehen. Der eingezogene Führerschein ist der Ausstellungsbehörde zusammen mit einer Sachverhaltsdarstellung zu übermitteln. [...]

Gemäß § 26 Abs. 2 Z 1 FSG ist die Lenkberechtigung auf die Dauer von mindestens sechs Monaten zu entziehen, wenn beim Lenken oder Inbetriebnehmen eines Kraftfahrzeuges erstmalig ein Delikt gemäß § 99 Abs. 1 StVO 1960 begangen wird.

Gemäß § 99 Abs. 1 lit. b StVO begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von 1600 Euro bis 5900 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe von zwei bis sechs Wochen, zu bestrafen, wer sich bei Vorliegen der in § 5 bezeichneten Voraussetzungen weigert, seine Atemluft auf Alkoholgehalt

untersuchen oder sich vorführen zu lassen, oder sich bei Vorliegen der bezeichneten Voraussetzungen nicht der ärztlichen Untersuchung unterzieht.

Gemäß § 5 Abs. 2 Z 1 StVO sind Organe des amtsärztlichen Dienstes oder besonders geschulte und – soweit es sich nicht um Organe der Bundespolizei handelt – von der Behörde hierzu ermächtigte Organe der Straßenaufsicht berechtigt, jederzeit die Atemluft von Personen, die ein Fahrzeug lenken, in Betrieb nehmen oder zu lenken oder in Betrieb zu nehmen versuchen, auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Sie sind außerdem berechtigt, die Atemluft von Personen, die verdächtig sind, in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand ein Fahrzeug gelenkt zu haben, auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Wer zu einer Untersuchung der Atemluft aufgefordert wird, hat sich dieser zu unterziehen.

Wie sich bereits aus dem dem Beschwerdeführer zur GZ: LVwG-603481 zugestellten Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich ergibt, wurde dieser für schuldig erkannt, am 16. September 2019 eine Übertretung des § 99 Abs. 1 lit. b StVO begangen zu haben. Dadurch hat der Beschwerdeführer eine bestimmte Tatsache im Sinn des § 7 Abs. 3 Z 1 lit. a FSG verwirklicht.

Liegen bei Besitzern einer Lenkberechtigung die Voraussetzungen für die Erteilung derselben nicht mehr vor, hat die Behörde entsprechend den Erfordernissen der Verkehrssicherheit die Lenkberechtigung zu entziehen.

Eine wesentliche Voraussetzung für die Erteilung der Lenkberechtigung bildet die Verkehrszuverlässigkeit.

Eine Person gilt dann als verkehrszuverlässig, wenn nicht auf Grund erwiesener bestimmter Tatsachen und ihrer Wertung angenommen werden muss, dass sie sich wegen ihrer Sinnesart beim Lenken von Kraftfahrzeugen wegen der erleichternden Umstände, die beim Lenken von Kraftfahrzeugen gegeben sind, sonstiger schwerer strafbarer Handlungen schuldig machen wird.

Als bestimmte Tatsache im Sinn des Abs. 1 hat gemäß § 7 Abs. 3 Z 1 FSG insbesondere zu gelten, wenn jemand eine strafbare Handlung gemäß § 99 Abs. 1 bis Abs. 1b StVO begangen hat.
Aufgrund der unter II. getroffenen Feststellungen ist von der tatsächlichen Begehung einer Verwaltungsübertretung gemäß § 99 Abs. 1 lit. b StVO beim Lenken eines Kraftfahrzeuges und der Verwirklichung die Verkehrs-unzuverlässigkeit indizierender bestimmter Tatsachen auszugehen.

Diese sind gemäß § 7 Abs. 4 in Verbindung mit § 26 FSG dann einer Wertung zu unterziehen, wenn mit der gesetzlich vorgesehenen Mindestentzugsdauer nicht das Auslangen gefunden werden kann.

Wie unter II. dargelegt, hat der Beschwerdeführer bereits vor dem ggst. Vorfall Verwaltungsübertretungen gemäß § 99 Abs. 1 StVO verwirklicht, sodass hier § 26 Abs. 2 Z 2 FSG zur Anwendung gelangt, worin eine Mindestentzugsdauer von 12 Monaten vorgesehen ist.

Die belangte Behörde hat ggst. eine Entzugsdauer von 24 Monaten ausgesprochen und somit eine Verkehrsunzuverlässigkeit desselben Ausmaßes angenommen.

Eine Entziehung der Lenkberechtigung mangels Verkehrszuverlässigkeit (§ 7) ist zufolge Abs. 3 nur dann rechtmäßig, wenn die Behörde aufgrund der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Erlassung ihres Bescheides mit Recht annehmen durfte, es liege Verkehrsunzuverlässigkeit vor und es werde die Verkehrszuverlässigkeit nicht vor Ablauf von 3 Monaten eintreten (VwGH 14. September 2004, 2004/11/0119, 27. März 2007, 2006/11/0273 u.a.).

Gegen die Verneinung der Verkehrszuverlässigkeit des Beschwerdeführers im Rahmen der nach § 7 Abs. 4 FSG vorzunehmenden Wertung durch die belangte Behörde, die sich erkennbar darauf stützte, dass der Beschwerdeführer bereits 2014 einmal und 2016 zweimal und davor 2005 einmal wegen Alkoholdelikten bestraft worden war, bestehen keine Bedenken. Auch ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Entscheidung durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich weiterhin als verkehrsunzuverlässig anzusehen ist.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gehören Alkoholdelikte zu den schwersten Verstößen gegen Verkehrsvorschriften. Die besondere Verwerflichkeit der Wiederholung solcher Delikte fällt daher im Rahmen der Bemessung der Entziehungszeit besonders ins Gewicht.

Aufgrund des Beweisverfahrens steht fest, dass es sich hier um das insgesamt fünfte Entzugsverfahren gegen den Beschwerdeführer handelt, wobei es das dritte innerhalb von fünf und das vierte innerhalb von sechs Jahren ist. Dieser Umstand der Wiederholung dieser Delikte ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes besonders verwerflich und fällt bei der Bemessung der Entzugsdauer besonders ins Gewicht.
Beim wiederholten Verstoß gegen die Alkoholvorschriften ging der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 23. April 2002, 2000/11/0184 davon aus, dass eine Prognoseentscheidung von zwei Jahren und fünf Monaten angemessen sei (vgl. VwGH 24.4.2001, Zl. 2001/11/0101).

Das Landesverwaltungsgericht geht im Lichte oben zitierter Judikatur aufgrund der Tatsache, dass es sich beim Beschwerdeführer bereits um den vierten Verstoß gegen die Alkoholvorschriften innerhalb von 6 Jahren handelt, und der Tatsache, dass die stattgefundenen Vorentzüge der Jahre 2014 und 2016 nicht zur Verhaltensänderung des Beschwerdeführers geführt haben, davon aus, dass beim

Beschwerdeführer nach wie vor eine Verkehrsunzuverlässigkeit vorliegt und diese erst nach Ablauf von 24 Monaten, gerechnet ab der vorläufigen Abnahme des Führerscheins, wieder hergestellt wird.

Laut ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei einer Entziehung einer Lenkberechtigung, auch wenn eine solche Maßnahme vielfach subjektiv als Strafe empfunden werden mag, nicht um eine Strafe, sondern um einen Administrativmaßnahme zum Schutz der Öffentlichkeit vor verkehrsunzuverlässigen Personen (vgl. z.B. VwGH 12.4.1999, 98/11/0053).

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 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 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.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Süß