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-606616/26/KH

Datum:
Linz, 4. Juli 2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Hörzing über die Beschwerde des M R, vertreten durch RA Ing. Mag. K H, Adresse, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft X vom 19. Februar 2024, GZ: BHKI/923090020710/23, wegen einer Übertretung der Straßenverkehrsordnung (StVO) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Die beschwerdeführende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 320 Euro zu leisten.

III. 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:

1. Mit Straferkenntnis vom 19. Februar 2024, GZ: BHKI/923090020710/23, verhängte die Bezirkshauptmannschaft X (im Folgenden: belangte Behörde) über M R (im Folgenden: Beschwerdeführer – Bf) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 1.600 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 14 Tage), da ihm vorgeworfen wurde, am 9. Dezember 2023 gegen 23:30 Uhr in X, von X ausgehend auf die X auf direktem Weg bis zur Adresse das Fahrzeug mit dem Kennzeichen X in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt zu haben, wobei der Alkoholgehalt seines Blutes laut Rückrechnung unter Berücksichtigung des bewiesenen Nachtrunkes von 3 Halben Bier zum Lenkzeitpunkt mindestens 2,192 Promille betragen habe.

2. In seiner binnen offener Frist erhobenen Beschwerde brachte der Bf vor, dass jene Alkoholisierung, die bei ihm am 10. Dezember 2023 um 16:00 Uhr festgestellt wurde, ausschließlich von der Konsumation mehrerer alkoholischer Getränke nach dem vermeintlichen Tatzeitpunkt stamme. Aus dem erstinstanzlichen Beweisverfahren habe sich ergeben, dass er zum vermeintlichen Tatzeitpunkt, als er B B nach Hause gefahren habe, nicht alkoholisiert gewesen sei. Der im erstinstanzlichen Verfahren einvernommene Zeuge J K habe bestätigt, dass er mit ihm nach der gegenständlichen Fahrt ein „paar“ Schnäpse getrunken habe, wobei es sich tatsächlich konkret um zumindest 5–6 „Leibwächter“ mit einem Inhalt von je 4 cl gehandelt habe. Diese Konsumation sei zwischen 9. Dezember 2023 um Mitternacht und 10. Dezember 2023, 01:00 Uhr morgens erfolgt. Ausschließlich aus dieser Konsumation von hochprozentigem Alkohol sowie seiner weiteren Konsumation von 4 halben Litern Bier bei einem Frühschoppen mit H H, zu dem er sich am 10. Dezember 2023 mit seinem Hund zu Fuß begeben habe, resultiere die bei der an jenem Tag um 16:00 Uhr durchgeführten Alkomatmessung festgestellte Atemalkoholkonzentration von 0,92 mg/l.

Auch in einer Stellungnahme im Führerscheinentzugsverfahren vom 2. Jänner 2024 habe er wiederholt, dass er zum Zeitpunkt des Lenkens am 9. Dezember 2023 um 23:30 Uhr jedenfalls nicht fahruntauglich gewesen sei und keinesfalls eine Alkoholisierung von mehr als 0,8 Promille aufgewiesen hätte.

Zu den im Vergleich zu seinen Erstangaben gegenüber der Polizei differierenden Nachtrunkangaben führte der Bf aus, dass er bei der polizeilichen Befragung am 10. Dezember 2024 in keiner Weise nach der Konsumation am Vortag mit J K befragt worden sei und dass man naturgemäß mit mehr als 1,8 Promille Alkohol im Blut nicht mehr in der Lage sei, präzise Angaben über die Entstehung der Alkoholisierung zu machen. Der Vorwurf beruhe auf einer unrichtigen

Rückrechnung aufgrund von willkürlichen „Annahmen“ der Polizei über sein Trinkverhalten nach dieser Fahrt.

Beantragt wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die nochmalige Einvernahme des H H sowie die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens.

3. Die belangte Behörde übermittelte die Beschwerde mit dem Bezug habenden Verwaltungsakt an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Dieses entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

4. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens wurde am 13. Mai 2024 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, bei welcher der Bf, sein Rechtsvertreter und die Vertreterin der belangten Behörde anwesend waren. Zeugenschaftlich einvernommen wurden H H, J K, B B sowie RI F T/PI X. Als medizinische Amtssachverständige nahm Dr. K A an der Verhandlung teil.

Die Verhandlung wurde mit jener im Akt LVwG-653107 (Administrativverfahren betreffend Entziehung der Lenkberechtigung im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahren) zu einer Verhandlung verbunden.

Ein von der medizinischen Amtssachverständigen erstelltes und den Parteien vor der Verhandlung übermitteltes Gutachten vom 5. Mai 2024 (ON 8), welches beide vom Bf angegebenen Nachtrunkvarianten (3 Halbe Bier am 10. Dezember 2023 zwischen 09:50 und 15:16 Uhr bzw. 5-6 Flaschen „Leibwächter“ und 1 Bier am 10. Dezember 2023 zwischen 00:30 und 01:00 Uhr sowie 4 Halbe Bier am 10. Dezember 2023 zwischen 09:50 und 15:16 Uhr) berücksichtigte, wurde in der mündlichen Verhandlung erörtert. In der Folge urgierte der Rechtsvertreter des Bf eine Rückrechnung des Blutalkoholgehalts auf den Lenkzeitpunkt auf Basis einer Abbaurate von 0,1 Promille pro Stunde.

5. Die erwähnte Abbaurate von 0,1 Promille pro Stunde wurde einer weiteren Berechnung der medizinischen Amtssachverständigen vom 20. Mai 2024 (ON 16), dem Verwaltungsgericht übermittelt am 27. Mai 2024) zugrunde gelegt, wobei nach Einvernahme des Bf sowie der Zeugen in der Verhandlung am 13. Mai 2024 die Menge der ersten Nachtrunkvariante mit 3 Halben Bier und jene der zweiten Nachtrunkvariante mit 4 Halben Bier und 5 bzw. 6 Flaschen „Leibwächter“ angenommen wurde. Die Berechnung vom 20. Mai 2024 wurde den Parteien vor der am 6. Juni 2024 fortgesetzten Verhandlung übermittelt und in der mündlichen Verhandlung erörtert, wobei der Bf, sein Rechtsvertreter und die medizinische Amtssachverständige anwesend waren. Die belangte Behörde war entschuldigt.
6. Aufgrund eines in der mündlichen Verhandlung am 6. Juni 2024 aufgezeigten Rechenfehlers im medizinischen Gutachten erfolgte eine Neuberechnung durch die medizinische Amtssachverständige mit 22. Juni 2024 (ON 23). Das Gutachten, das

auf Basis der Erhebungen aus den vorherigen zwei Verhandlungsterminen drei Berechnungsvarianten enthielt (1. Variante: 3 Halbe Bier am 10. Dezember 2023 zwischen 09:50 und 15:20 Uhr, 2. Variante: 6 Flaschen „Leibwächter“ und 1 Bier am 10. Dezember 2023 zwischen 00:00 und 01:00 Uhr sowie 4 Halbe Bier am 10. Dezember 2023 zwischen 09:50 und 15:20 Uhr, 3. Variante: 5 Flaschen „Leibwächter“ und 1 Bier am 10. Dezember 2023 zwischen 00:00 und 01:00 Uhr sowie 4 Halbe Bier am 10. Dezember 2023 zwischen 09:50 und 15:20 Uhr) wurde den Parteien vor der am 28. Juni 2024 fortgesetzten Verhandlung übermittelt.

7. Bei der Verhandlung am 28. Juni 2024 waren der Bf, sein Rechtsvertreter sowie die medizinische Amtssachverständige anwesend. Das Gutachten vom 22. Juni 2024 wurde in der Verhandlung eingehend erörtert bzw. gab der Rechtsvertreter des Bf dazu eine Stellungnahme ab, welche zusammengefasst zum Inhalt hatte, dass die erste Berechnungsvariante aus Sicht des Bf nicht von der tatsächlich konsumierten Nachtrunkmenge ausgehe und die zweite bzw. dritte Berechnungsvariante den Tatsachen entsprächen, wobei angemerkt wurde, dass die auf den Seiten 5 und 9 des Gutachtens angeführten negativen Promillewerte nur Zwischenergebnisse darstellen und nicht für sich alleine zu betrachten seien, dass aufgrund des langen Rückrechnungszeitraumes Unschärfen bestünden und es dem Bf auch nicht vorzuwerfen gewesen sei, dass dieser naturgemäß keine genauen Aufzeichnungen über seine Konsumationen geführt habe. Die jeweiligen Berechnungsergebnisse aus dem Gutachten vom 22. Juni 2024 wurden vom Bf nicht bestritten.

II. Aus Sicht des Verwaltungsgerichts steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

1. Der Bf und B B verbrachten den 9. Dezember 2023 in Wien, wobei sie von X mit dem Zug dorthin fuhren. Sie tranken an diesem Tag Alkohol, wobei sie eine geraume Zeit im Lokal „X“ im 15. Wiener Gemeindebezirk verbrachten, wo sie die Kinder von Frau B trafen. Am Abend des 9. Dezember 2023 fuhren beide wieder mit dem Zug zurück nach X, wo sie mit dem Auto des Bf zu ihm nach Hause fuhren und seinen Mitbewohner J K antrafen. Frau B war zu diesem Zeitpunkt stark alkoholisiert und wurde vom Bf nach einer Auseinandersetzung mit dem Auto zu ihr nach Hause gebracht. Der Bf lenkte dabei am 9. Dezember 2023 gegen 23:30 Uhr das Fahrzeug mit dem Kennzeichen X in X von X ausgehend auf die X bis zur Adresse X in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand, wobei die im Beschwerdeverfahren durchgeführte Rückrechnung einen Blutalkoholgehalt zum Lenkzeitpunkt von 2,33 Promille ergab.

2. Der Bf fuhr danach wieder zu sich nach Hause, unterhielt sich dort noch mit seinem Mitbewohner J K und ging danach schlafen. Am nächsten Tag begab er sich in das Büro des H H, das in der X in unmittelbarer Nähe der PI X liegt. Er

konsumierte dort mit Hochhauser und zwei weiteren Personen, deren Namen nicht mehr eruierbar waren, mehrere Bier, wobei die Angaben des Bf zur getrunkenen Menge in der mündlichen Verhandlung am 13. Mai 2024 zwischen 3 und 5 Halben Bier schwankten und eine Trinkzeit von 09.50 bis ca. 15.20 Uhr festgehalten wurde. Für die weitere Berechnung wurde von einer Nachtrunkmenge von 3 Halben Bier ausgegangen, was den Erstangaben des Bf im Rahmen seiner Befragung durch die Beamten der PI X entspricht. Der Bf hat während der Zeit, die er bei H H im Büro verbracht hat, keine relevante Nahrung („nicht viel, eher gar nichts“) zu sich genommen.

3. Aufgrund einer Anzeige im Zusammenhang mit einer Körperverletzung von B B wurde der Bf von der PI X angerufen, als er sich noch bei H H befand und begab sich von dort zu Fuß zur PI X, wo er gegen 15:30 Uhr eintraf. Der Bf wies zu dieser Zeit keinerlei Alkoholisierungssymptome auf, er schwankte weder beim Gehen, noch hatte er Sprachschwierigkeiten. Er wies lediglich einen leichten Alkoholgeruch des Atems auf und wirkte auch ansonsten klar und orientiert. RI T, der die Einvernahme des Bf gemeinsam mit seiner Kollegin durchführte, war selbst überrascht, dass der Alkomattest um 16:00 Uhr einen Alkoholgehalt der Atemluft des Bf von 0,92 mg/l ergab.

Der Bf gab bei der Befragung gegenüber den Polizisten an, dass er am 9. Dezember 2023 über den Tag verteilt bis um ca. 22:00 Uhr etliche Punsche und Biere und am 10. Dezember 2023 zwischen 09:50 und 15:16 Uhr 3 Halbe Zipfer Märzen getrunken hat.
In der Anzeige wurde nach Befragung des Bf am Posten der PI X wörtlich Folgendes festgehalten: *„Ich habe Frau B B am 09.12.2023 um ca. 23:00 Uhr oder 23:30, das kann ich nicht mehr genau sagen, mit meinem PKW zu sich nach Hause (von X nach X) gebracht. Ich weiß, dass ich da wahrscheinlich nicht mehr fahren hätte dürfen. Ich möchte hier aber die Wahrheit sagen. (Auf Nachfrage von RevInsp T): Ich habe dann meinen PKW wieder zu mir nach Hause gelenkt. Wann das war weiß ich nicht mehr. Dann bin ich in das Bett gegangen und habe nach dem ersten und auch nach dem zweiten Lenken keinen Alkohol mehr getrunken. Am nächsten Tag war ich bei einem Freund in X, das ist H H. Da bin ich zu Fuß gegangen. Bei ihm habe ich drei halbe Bier Zipfer Märzen getrunken (10.12.2023 von 09.50-15:16 Uhr). […]“*
4. Im Rahmen des in Folge eingeleiteten Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde gab der Bf erstmals in seiner schriftlichen Äußerung vom 16. Februar 2024 an, dass er am 10. Dezember 2023 zwischen 00:00 Uhr 01:00 Uhr im Beisein seines Vermieters J K in der Gemeinschaftsküche bei ihm zu Hause zumindest 5-6 Leibwächter mit einem Inhalt von 4 cl konsumiert habe.

5. Es wird festgestellt, dass der Bf am 10. Dezember 2023 zwischen 09:50 Uhr und 15:20 Uhr 3 Halbe Bier, jedoch in der Nacht des 10. Dezember 2023 nicht 5-6 Leibwächter und 1 Bier getrunken hat.

6. Im medizinischen Gutachten vom 22. Juni 2024 wurde dazu Nachstehendes festgehalten: Das beim Nachtrunk (3 Halbe Bier am 10. Dezember 2023 zwischen 09:50 und 15:20 Uhr) konsumierte Bier wurde mit einer Alkoholkonzentration von 5,0 Vol.-% angenommen, was bei 3 Halben Bier einer Menge von 60 Gramm Alkohol entspricht. Aufgrund der Angaben des Bf (keine relevante Nahrungsaufnahme) wurde ein Resorptionsdefizit von 10% zugrunde gelegt. Aus der mit 60 Gramm angenommenen Nachtrunk-Alkoholmenge ergibt sich durch Abzug von 10 % Resorptionsdefizit eine wirksam gewordene Alkoholmenge von 54 Gramm.

Die aus dem Nachtrunk resultierende BAK ist neben der wirksam gewordenen Alkoholmenge u.a. abhängig vom Körpergewicht und dem Körperwasser-Anteil des Betroffenen. Diese beiden Faktoren werden bei der Berechnung mit der in der forensischen Praxis akzeptierten Widmark-Formel berücksichtigt. Der aufgrund des Körpergewichts für den Körperwasser-Anteil hier anzusetzende sog. Reduktionsfaktor (Widmark-Faktor) ist 0,7. Durch Division des wirksam gewordenen Alkohols (in Gramm) mit dem Produkt aus dem Körpergewicht (in Kilogramm) und dem Reduktionsfaktor ergibt sich eine Nachtrunk-Blutalkoholkonzentration von 1,16 Promille [54/(66x0,7)].

Beim Bf wurde am 10. Dezember 2023 um 16:00 Uhr eine Atemluftalkoholkonzentration von 0,92 mg/l ermittelt, was im gegenständlichen Fall eine Blutalkoholkonzentration von 1,84 Promille ergibt.

Wird von diesem Wert die obig abgeleitete Nachtrunk-Blutalkoholkonzentration von 1,16 Promille in Abzug gebracht, ergibt sich eine aus der gemessenen Atemalkoholkonzentration konvertierte und um den Nachtrunk bereinigte Blutalkoholkonzentration zum Alkomat-Messzeitpunkt von 0,68 Promille.

Die Alkomat-Messung fand 16,5 Stunden nach dem rückrechnungsrelevanten Lenkzeitpunkt (9. Dezember 2023, 23:30 Uhr) statt, wobei der in diesem Zeitfenster erfolgte Alkoholabbau zu berücksichtigten ist. Mit der vom Rechtsvertreter des Bf urgierten Abbaurate von 0,1 Promille pro Stunde ist zu der aus der gemessenen Atemalkoholkonzentration konvertierten und um den Nachtrunk bereinigten Blutalkoholkonzentration zum Alkomat-Messzeitpunkt von 0,68 Promille daher ein Blutalkoholkonzentration-Abbauwert von 1,65 Promille zu addieren [0,1x16,5 = 1,65], womit sich eine Blutalkoholkonzentration zum rückrechnungsrelevanten Lenkzeitpunkt von 2,33 Promille ergibt.

III. Beweiswürdigung:

1. Das Verwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den mit der Beschwerde übermittelten Behördenakt und Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 13. Mai 2024, die am 6. Juni 2024 sowie am 28. Juni 2024 fortgesetzt wurde. Am 13. Mai 2024 wurden H H, J K, B B sowie RI T / PI X zeugenschaftlich einvernommen und es waren der Bf, sein Rechtsvertreter, die Vertreterin der belangten Behörde und die medizinische Amtssachverständige anwesend. Bei den beiden weiteren Verhandlungsterminen waren jeweils der Bf, sein Rechtsvertreter und die medizinische Amtssachverständige anwesend.

2. Im Ermittlungsverfahren vor dem Verwaltungsgericht erfolgte eine Rückrechnung des Blutalkoholgehalts des Bf zum Lenkzeitpunkt durch die medizinische Amtssachverständige, wobei die schriftlichen Ausführungen vom 5. Mai 2024 in der Verhandlung am 13. Mai 2024 erörtert wurden. Auf Urgenz des Rechtsvertreters des Bf in der Verhandlung am 13. Mai 2024 nach Zugrundelegung einer stündlichen Abbaurate von 0,1 Promille erfolgte eine weitere schriftliche Berechnung vom 20. Mai 2024 durch die medizinische Amtssachverständige, welche in der mündlichen Verhandlung am 6. Juni 2024 erörtert wurde. Dabei wurde augenscheinlich, dass beide Berechnungen einen – inhaltsgleichen - Rechenfehler hinsichtlich des angenommenen Alkoholabbaus enthielten, weshalb in der Folge eine schriftliche Neuberechnung des Blutalkoholgehalts des Bf zum Lenkzeitpunkt im Rahmen eines mit 22. Juni 2024 datierten Gutachtens unter Zugrundelegung von 3 Varianten betreffend den anzunehmenden Nachtrunk (siehe Pkt. I.6.) vorgenommen wurde. Die im Gutachten vom 22. Juni 2024 durchgeführten Berechnungen wurden vom Rechtsvertreter nicht bestritten, wobei dieser von einer der letzteren beiden Nachtrunkvarianten ausging und die erste Variante ausschloss. Das mit 22. Juni 2024 datierte und in der mündlichen Verhandlung am 28. Juni 2024 erörterte Gutachten war der gegenständlichen Entscheidung zugrunde zu legen.

3. Der festgestellte Sachverhalt gründet insbesondere auf den Angaben in der Anzeige der PI X vom 12. Dezember 2023 und den in der Verhandlung am 13. Mai 2024 durchgeführten Einvernahmen der geladenen Zeugen sowie des Bf, wobei den der gegenständlichen Entscheidung zugrunde gelegten Angaben zum Nachtrunk (3 Bier am 10. Dezember 2023 zwischen 09:50 und 15:20 Uhr) aus nachstehenden Gründen Glauben zu schenken ist und die Nachtrunkangaben betreffend die angeblich in der Nacht des 10. Dezember 2023 konsumierten 5-6 Flaschen „Leibwächter“ sowie einer zusätzlichen Halben Bier als nicht glaubwürdig einzustufen sind:

3.1. Der Bf hat in seiner Einvernahme am Nachmittag des 10. Dezember 2023 auf der PI Kirchdorf angegeben, am 9. Dezember 2023 etliche Punsche und Biere getrunken zu haben, wobei er einen Nachtrunk von 3 Halben Bier am 10.

Dezember 2023 zwischen 09:50 Uhr und ca. 15:20 Uhr angab. Zur Autofahrt am 9. Dezember 2023 um ca. 23:30 Uhr sagte er „Ich weiß, dass ich da wahrscheinlich nicht mehr fahren hätte dürfen. Ich möchte hier aber die Wahrheit sagen.“ In seiner glaubwürdigen Zeugenaussage in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht hielt RI T/PI X fest, dass der Bf außer einer leichten Alkoholfahne keine Alkoholisierungssymptome aufwies, insbesondere keine Gleichgewichtsstörungen oder Sprachschwierigkeiten hatte und er selbst überrascht war, dass der Alkomattest in der Folge so hoch ausfiel.

RI T gab auch befragt im Rahmen seiner Einvernahme vor dem Verwaltungsgericht nochmals an, dass die Polizisten den Bf im Rahmen der Befragung auf die verwaltungsstrafrechtlichen bzw. führerscheinrechtlichen Rechtsfolgen seiner Angaben aufmerksam gemacht hätten und ihnen dieser geantwortet habe, dass ihm dies bewusst sei, dass er aber reinen Tisch machen und die Wahrheit sagen wolle, weshalb den zu diesem Zeitpunkt getätigten Nachtrunkangaben des Bf mehr Glauben zu schenken ist, als seiner erst im Zuge des Verfahrens vor der belangten Behörde mit schriftlicher Eingabe seines Rechtsvertreters vom 16. Februar 2024 erfolgten Angabe eines nächtlichen Nachtrunks von 5-6 Flaschen „Leibwächter“ sowie einer Halben Bier.

3.2. In diesem Zusammenhang ist auf die ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes im Hinblick auf den Zeitpunkt der Behauptung eines Nachtrunks hinzuweisen, wobei dieser dazu beispielsweise Nachstehendes festhält:

Im Zusammenhang mit der Glaubwürdigkeit eines behaupteten Nachtrunkes ist dem Umstand 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). (*VwGH 95/02/0289, 26.01.1996)*

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. etwa das Erkenntnis vom 30. Oktober 2006, Zl. 2005/02/0315) im Zusammenhang mit der Glaubwürdigkeit eines behaupteten Nachtrunkes dem Umstand Bedeutung beigemessen, zu welchem Zeitpunkt der Lenker diese Behauptung aufgestellt hat. In Anbetracht der Wichtigkeit dieses Umstandes ist nach dieser Rechtsprechung davon auszugehen, dass vom Lenker auf einen allfälligen Nachtrunk bei erster sich bietender Gelegenheit - von sich aus - hingewiesen wird. […] Schon auf Grund dieser im Verfahren wechselnden Angaben des Beschwerdeführers konnte die belangte Behörde diese spätere Nachtrunkbehauptung zu Recht als unglaubwürdig erachten. (VwGH 2006/02/0274, 07.09.2007)

3.3. Auch scheint die Begründung des Bf in der mündlichen Verhandlung am 13. Mai 2024 auf die Frage, warum er den angeblichen nächtlichen Konsum einer nicht unbeträchtlichen Menge an Flaschen „Leibwächter“ bei der polizeilichen Befragung am darauffolgenden Tag nicht angegeben hat, dass er am Polizeiposten nervös gewesen sei, da er zuletzt in seiner Jugend Kontakt mit der Polizei gehabt habe, scheint insofern gänzlich unschlüssig, als die Angabe des Konsums von mehreren Flaschen hochprozentigen Alkohols nach dem Lenken den Bf entlasten hätte können bzw. jedenfalls nicht belastet hätte. Darüber hinaus ist auch das weitere diesbezügliche Vorbringen des Bf, dass man naturgemäß mit mehr als 1,8 Promille Alkohol im Blut nicht mehr in der Lage sei, präzise Angaben über die Entstehung der Alkoholisierung zu machen, im Lichte der Verhaltensbeobachtungen des RI T im Rahmen der polizeilichen Einvernahme des Bf am 10. Dezember 2023 als im vorliegenden Fall als nicht zielführend anzusehen, da das im Hinblick auf eine Alkoholisierung völlig unauffällige Verhalten des Bf mit Ausnahme eines leichten Alkoholgeruchs der Atemluft keineswegs auf eine derart hohe Alkoholisierung desselben hinwies, was nebenbei ein Indiz für eine nicht unerhebliche Alkoholgewöhnung des Bf darstellt.

Zum Vorbringen des Bf, dass es ihm nicht vorwerfbar sei, dass er keine genauen Aufzeichnungen hinsichtlich seines Alkoholkonsums geführt und sich deshalb im Rahmen seiner Vernehmung nicht mehr genau daran habe, da er nicht damit rechnen habe müssen, sich am Nachmittag des darauffolgenden Tages einem Alkomattest zu unterziehen, ist festzuhalten, dass der Zeitraum zwischen dem sachverhaltsrelevanten Alkoholkonsum, beginnend am 9. Dezember 2023 untertags bis zum 10. Dezember 2023 nachmittags nicht als derart lange anzusehen ist, als dass man sich an die erst später im Verfahren angegebene nächtliche Konsumation von 5-6 Flaschen „Leibwächter“ nicht mehr hätte erinnern können, zumal der Bf trotz seiner hohen Blutalkoholkonzentration einen völlig klaren und nicht beeinträchtigten Zustand auf die Polizisten machte.

3.4. Die Zeugin B B war als einzige der in der Verhandlung am 13. Mai 2024 einvernommenen Zeugen am Tag des 9. Dezember 2023 bis in die späten Abendstunden – somit vor der und zur Tatzeit – mit dem Bf unterwegs, wobei sie selbst am nachfolgenden Tag noch erheblich alkoholisiert war und sich in der mündlichen Verhandlung auch an die Zeit nach ihrer Rückkehr aus Wien am späten Abend des 9. Dezember 2023 kaum mehr erinnern konnte, was mit ihren Angaben korrespondiert, dass sie gemeinsam mit dem Bf in Wien untertags nicht unerhebliche Mengen an Alkohol getrunken hat. In diesem Zusammenhang war ihre Angabe in der Verhandlung, dass sowohl ihre Kinder, als auch deren Vater bezeugen können, dass sie mit dem Bf untertags in dem genannten Lokal Alkohol konsumiert hat, als glaubwürdig einzustufen. Ihre Aussage zum Alkoholkonsum untertags in Wien korreliert mit der maßgeblichen Aussage des Bf bei seiner ersten Befragung auf der PI X, dass er wisse, dass er da wahrscheinlich nicht mehr fahren hätte dürfen, jedoch die Wahrheit sagen wolle. Es wäre lebensfremd, dass der Bf

eine derartige Aussage tätigt, wenn er angeblich den ganzen Tag über – wie nachfolgend in der mündlichen Verhandlung angegeben - kaum Alkohol konsumiert hätte.

3.5. Der Zeuge H H konnte sich in der Verhandlung am 13. Mai 2024 nicht mehr detailhaft an den Vormittag des 10. Dezember 2023 erinnern, wobei die Angaben zum Alkoholkonsum des Bf an diesem Tag im Büro von H relativ genau mit jenen des Bf im Rahmen seiner Befragung auf der PI X übereinstimmten (3-4 Bier).

3.6. Der Zeuge J K wirkte in der mündlichen Verhandlung am 13. Mai 2024 teilweise ausweichend, insbesondere zur genaueren Nachfrage betreffend die Angabe des Bf, dass er in der Nacht des 10. Dezember 2023 5-6 Flaschen „Leibwächter“ getrunken habe - K gab dazu nur an, dass er gesehen habe, dass der Bf eine Flasche „Leibwächter“ begonnen habe zu trinken und er danach ins Bett gegangen sei.

K hatte im Behördenverfahren, als er am 29. Jänner 2024 zeugenschaftlich einvernommen wurde, angegeben, dass er am 10. Dezember 2024 gegen 00:30 Uhr mit dem Bf noch gemeinsam jeweils ein Bier getrunken habe, wobei er eine Dose Schwechater und der Bf eine Flasche Gösser getrunken habe, und der Bf danach noch „ein paar Schnäpse“ getrunken habe, wobei er nicht mehr angeben konnte, wieviele und welche Schnäpse der Bf getrunken hat. Die Tatsache, dass K sich knapp zwei Monate nach dem Vorfall angeblich noch an die jeweilige Marke des von ihm und vom Bf getrunkenen Biers erinnern konnte, ist in diesem Zusammenhang als eher ungewöhnlich einzustufen.
Unklar ist auch, warum K bei seiner Einvernahme durch die belangte Behörde behauptet hat, dass der Bf „ein paar Schnäpse“ getrunken habe, da er seinen Angaben in der Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht zufolge nur gesehen hat, dass der Bf angefangen habe, die erste Flasche „Leibwächter“ zu trinken und sie auch am darauffolgenden Tag bzw. später darüber nicht mehr gesprochen haben.

3.7. Insbesondere die Tatsache, dass der Bf die ihn eigentlich entlastende Angabe des Konsums der 5-6 Flaschen „Leibwächter“ nach dem Lenken in der Befragung gegenüber den Polizisten gar nicht angegeben hat, dieses Vorbringen erst im Laufe des Behördenverfahrens im Rahmen der schriftlichen Eingabe seines Rechtsvertreters vom 16. Februar 2024 erfolgte und sich in einer Höhe bewegte, die von niemandem auch nur ansatzweise bezeugt wurde, wobei der Bf völlig konträr dazu bei seiner ersten Befragung auf der PI X am 10. Dezember 2023 den Polizisten wörtlich sagte, dass er die Wahrheit sagen wolle, dass er zur Tatzeit nicht mehr fahren hätte dürfen und als Nachtrunk lediglich die am 10. Dezember 2023 im Büro von H H konsumierten 3 Bier angegeben hat, legt den Schluss nahe, dass die erst im Laufe des Behördenverfahrens getätigten schriftlichen Angaben zum Nachtrunk von 5-6 Flaschen „Leibwächter“ und zusätzlich einer Halben Bier

in der Nacht des 10. Dezember 2023 als nicht glaubwürdig und demzufolge als Schutzbehauptung einstufen sind.

Es ist vielmehr von den Angaben des Bf in seiner Befragung am 10. Dezember 2023 auf der Polizeiinspektion X auszugehen, dass er vor der Tatzeit am 9. Dezember 2023 über den Tag hinweg nicht unerhebliche Mengen an Alkohol konsumiert und am 10. Dezember 2023 zwischen 09:50 und ca. 15:20 Uhr einen Nachtrunk in Höhe von 3 Halben Bier zu sich genommen hat. Diesbezüglich schwankten die Angaben des Bf zwischen der polizeilichen Vernehmung von 3 Halben Bier und der mündlichen Verhandlung von „4-5“ bis zu „mindestens 3-4“, wobei im Sinn der höchstgerichtlichen Judikatur die Erstangaben des Bf im Rahmen seiner Einvernahme auf der PI X am 10. Dezember 2023 hinsichtlich des zu sich genommenen Nachtrunks (3 Bier) als die glaubwürdigsten anzusehen sind.

4. Das am 10. Dezember 2023 um 16:00 Uhr erzielte Alkomat-Testergebnis sowie die Tatsache, dass er am 9. Dezember 2023 das gegenständliche Kraftfahrzeug lenkte, wurden vom Bf nicht bestritten.

5. Zur Rückrechnung des Blutalkoholgehalts des Bf zum Lenkzeitpunkt durch die medizinische Amtssachverständige ist festzuhalten, dass ihr in den schriftlichen Berechnungen vom 5. Mai 2024 sowie vom 20. Mai 2024 (welche auf Urgenz des Rechtsvertreters des Bf eine niedrigere stündliche Alkoholabbaurate zugrunde legte) derselbe Berechnungsfehler unterlaufen ist, welcher in der Verhandlung am 6. Juni 2024 zutage kam.

Die in der Folge durchgeführte Neuberechnung des Blutalkoholgehalts des Bf zum Lenkzeitpunkt im Gutachten der medizinischen Amtssachverständigen vom 22. Juni 2024 wurde um diesen Fehler bereinigt und ist als schlüssig und nachvollziehbar anzusehen. Das Gutachten wurde hinsichtlich der Berechnungsergebnisse unter Voraussetzung einer Zugrundelegung der Varianten 2. bzw. 3. - von denen das Verwaltungsgericht aus den im Rahmen der Beweiswürdigung erwähnten Gründe jedoch nicht ausgeht - vom Bf nicht bestritten und war dem vorliegenden Verfahrensergebnis zugrunde zu legen.

Das Gutachten beinhaltet unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Angaben des Bf im Laufe des Verfahrens (3 Halbe Bier am 10. Dezember 2023 zwischen 09:50 und ca. 15:20 Uhr; 6 „Leibwächter“ und 1 Bier in der Nacht des 10. Dezember 2023 sowie 4 Bier am 10. Dezember 2023 zwischen 09:50 und ca. 15:20 Uhr; 5 „Leibwächter“ und 1 Bier in der Nacht des 10. Dezember 2023 sowie 4 Bier am 10. Dezember 2023 zwischen 09:50 und ca. 15:20 Uhr), 3 Berechnungsvarianten, wobei dem gegenständlichen Verfahren - wie im entscheidungsrelevanten Sachverhalt festgestellt und insbesondere unter Pkt. III.3. ausführlich begründet - die Nachtrunkangaben von 3 Halben Bier am 10. Dezember 2023 zwischen 09:50 und ca. 15:20 Uhr zugrunde zu legen sind. Unter

Zugrundelegung dieser Angaben wies - wie im medizinischen Gutachten vom 22. Juni 2024 festgehalten - der Bf zum Lenkzeitpunkt eine Blutalkoholkonzentration von 2,33 Promille auf.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

1. Rechtsgrundlagen:

Die maßgeblichen Bestimmungen der Straßenverkehrsordnung (StVO) lauten wie folgt:

§ 5 Abs. 1 StVO, BGBl. Nr. 159/1960 idF BGBl. I Nr. 6/2017:
„§ 5. (1) Wer sich in einem durch Alkohol oder Suchtgift beeinträchtigten Zustand befindet, darf 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."

§ 99 Abs. 1 lit. a StVO, BGBl. Nr. 159/1960 idF BGBl. I Nr. 154/2021:
„§ 99. (1) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe von
1600 Euro bis 5900 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe von zwei bis sechs Wochen, zu bestrafen,
a) wer ein Fahrzeug lenkt oder in Betrieb nimmt, obwohl der Alkoholgehalt seines Blutes 1,6 g/l (1,6 Promille) oder mehr oder der Alkoholgehalt seiner Atemluft 0,8 mg/l oder mehr beträgt, […]"

2. Rechtliche Beurteilung:

2.1. Zum objektiven Tatbestand:

Dem Bf wurde vorgeworfen, am 9. Dezember 2023 gegen 23:30 Uhr ein Kraftfahrzeug in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt zu haben, wobei der Alkoholgehalt seines Blutes laut Rückrechnung unter Berücksichtigung des bewiesenen Nachtrunkes von 3 Halben Bier zum Lenkzeitpunkt mindestens 2,192 Promille betragen habe.

Vom Bf wurden das Ergebnis des Alkomat-Tests sowie die Tatsache, dass er am 9. Dezember 2023 das gegenständliche Kraftfahrzeug lenkte, nicht bestritten.

Wie im entscheidungsrelevanten Sachverhalt festgestellt, ist nach dem im Beschwerdeverfahren festgestellten Beweisergebnis ein Nachtrunk von 3 Halben Bier am 10. Dezember 2023 zwischen 09:50 und ca. 15:20 Uhr zugrunde zu legen, was bei einem Alkomat-Testergebnis am 10. Dezember 2023 um 16:00 Uhr in Höhe von 1,84 Promille Blutalkoholkonzentration eine solche des Bf zum

Lenkzeitpunkt am 9. Dezember 2023 um 23:30 Uhr in Höhe von 2,33 Promille ergibt, wobei im Beschwerdeverfahren auf Urgenz des Rechtsvertreters des Bf eine stündliche Alkoholabbaurate von 0,1 Promille angenommen wurde und u.a. zusätzliche Ermittlungen hinsichtlich der erfolgten Nahrungsaufnahme im Zusammenhang mit dem Nachtrunk getätigt wurden. Folglich wurde der von der Behörde errechnete Wert („mindestens 2,192 Promille“) jedenfalls erreicht, weshalb der objektive Tatbestand der dem Bf vorgeworfenen Verwaltungsstraftat – Lenken eines Fahrzeuges, obwohl der Alkoholgehalt seines Blutes 1,6 g/l (1,6 Promille) oder mehr oder der Alkoholgehalt seiner Atemluft 0,8 mg/l oder mehr beträgt, […] - als erfüllt anzusehen ist.

2.2. Zur subjektiven Tatseite der dem Bf vorgeworfenen Verwaltungsstraftat ist auszuführen, dass gemäß § 5 Abs. 1 VStG 1991, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten ausreicht. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Gebot dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch das Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht. Der Bf hat keine Vorbringen erstattet, die nicht zumindest die Annahme fahrlässigen Verhaltens rechtfertigen würden.

Somit ist auch der subjektive Tatbestand der dem Bf vorgeworfenen Verwaltungsstraftat als erfüllt anzusehen.

2.3. Zur Strafbemessung ist auszuführen, dass im Verwaltungsstrafverfahren die Strafbemessung im Rahmen der gesetzlich vorgegebenen Strafdrohungen erfolgt, wobei innerhalb dieses gesetzlichen Strafrahmens die Strafbehörden eine Ermessensentscheidung zu treffen haben. Die Ermessensausübung der Strafbehörden wird durch § 19 VStG determiniert (VwGH 12.12.2001, 2001/03/0027). Die Behörde ist verpflichtet, die Strafbemessung in nachvollziehbarer Weise zu begründen, d.h. die bei der Ermessensausübung maßgebenden Umstände und Erwägungen insoweit darzulegen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und die Nachprüfbarkeit durch den Verwaltungsgerichtshof erforderlich ist (VwGH 17.10.2008, 2005/12/0102).

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden

Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die belangte Behörde wertete die Unbescholtenheit des Bf als strafmildernd, straferschwerend waren keine Umstände zu werten.

Der Bf war bis zum Zeitpunkt der vorliegenden Entscheidung vorübergehend im Rahmen der Miliz beim Bundesheer tätig, hat keine Sorgepflichten und kein relevantes Vermögen und ist wie erwähnt unbescholten.

Die belangte Behörde hat im vorliegenden Fall lediglich die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe verhängt, wobei diese aus spezial- und generalpräventiven Gründen als ausreichend, aber auch notwendig anzusehen ist, weshalb das angefochtene Straferkenntnis vollumfänglich zu bestätigen war.

2.4. Der Ausspruch betreffend den Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens ist in § 52 Abs. 1 und 2 Verwaltungsgerichts-verfahrensgesetz (VwGVG) begründet.

Somit war spruchgemäß zu entscheiden.

V. 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 des Verwaltungsgerichtshofes. 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. Im vorliegenden Fall waren ausschließlich Fragen der Beweiswürdigung, welche einzelfallbezogen zu bewerten sind, zu beurteilen. Es wurden jedoch keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aufgeworfen.

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. 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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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

Mag. Hörzing