

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/12/19 2002/03/0287

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.12.2005

## Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
90/01 Straßenverkehrsordnung;  
90/02 Führerscheingesetz;  
95/02 Maßrecht Eichrecht;

## Norm

AVG §37;  
AVG §45 Abs2;  
FSG 1997 §14 Abs8 idF 1998/I/002;  
FSG 1997 §37a idF 1998/I/002;  
MEG 1950 §13 Abs2 Z8 idF 1992/213;  
MEG 1950 §15 Abs2 idF 1992/213;  
MEG 1950 §15 Z2 idF 1992/213;  
StVO 1960 §5 Abs1;  
StVO 1960 §99 Abs1b;  
VStG §44a Z1;  
VwGG §42 Abs2 Z3 litc;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Handstanger und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde des BF in A, vertreten durch Dr. Gerhard Folk und Dr. Gert Folk, Rechtsanwälte in 8605 Kapfenberg, Lindenplatz 4a, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenats für die Steiermark vom 26. September 2002, Zl. UVS 30.8-81,82/2001-32, betreffend Übertretung des Führerscheingesetzes, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid wurde dem Beschwerdeführer zur Last gelegt, er habe

am 23. September 2000 um 20 Uhr 30 an einem näher bezeichneten Ort in Kapfenberg sein nach dem Kennzeichen bestimmtes Kraftfahrzeug mit einem Alkoholgehalt der Atemluft von 0,38 mg/l gelenkt, obwohl das Lenken von Kraftfahrzeugen nur erlaubt sei, wenn der Alkoholgehalt der Atemluft weniger als 0,25 mg/l betrage. Dadurch habe der Beschwerdeführer § 37a FSG iVm § 14 Abs 8 leg cit verletzt, über ihn wurde gemäß § 37a FSG eine Geldstrafe in der Höhe von S 3 000,-

- (Ersatzfreiheitsstrafe drei Tage) verhängt.

Dieser Bescheid wurde im Wesentlichen wie folgt begründet:

Der Beschwerdeführer sei dabei beobachtet worden, wie er am Tatort zur Tatzeit beim Einparken seines Fahrzeuges ein anderes Fahrzeug gestreift habe. Der Beschwerdeführer habe sich in weiterer Folge in ein Gasthaus in Kapfenberg begeben und 0,5 l Bier konsumiert. Um 20.45 Uhr seien von einem Organ der verständigten Stadtpolizei der Stadtgemeinde Kapfenberg beim Beschwerdeführer Alkoholisierungsmerkmale, wie deutlicher Alkoholgeruch, festgestellt worden. Eine Messung der Atemluft habe um 21.07 Uhr eine Alkoholbeeinträchtigung von 0,41 mg/l Atemluft ergeben. Der Beschwerdeführer habe selbst angegeben, am Tattag in der Zeit von 16 Uhr 30 bis 20 Uhr 45 "drei 0,5 l Bier" getrunken zu haben, wobei er im Zeitraum zwischen 20 Uhr 30 und 20 Uhr 45 in dem besagten Gasthaus ein Krügel Bier mit 0,5 l konsumiert habe. In Bezug auf die Marke bzw den Alkoholgehalt des Bieres werde festgestellt, dass der Beschwerdeführer Schankbier mit einem wahrscheinlichen Alkoholgehalt von 5,2 Vol.% (Märzenbier) konsumiert habe. Ein Beweis dafür, dass der Beschwerdeführer ein Starkbier mit einem höheren Alkoholgehalt getrunken habe, habe nicht erbracht werden können. Diese Feststellungen gründeten sich auf die Angaben des Beschwerdeführers und die einvernommenen Zeugen. Erst im Zug des Einbringens der Berufung habe der Beschwerdeführer erläutert, ein Starkbier getrunken zu haben, wobei diese Angaben durch keinen Zeugen hätten bestätigt werden können.

Dem Verfahren seien die medizinischen Sachverständigen Dr. GS und Ass. Prof. Dr. FR beigezogen worden. Dr. GS kam in seinem Gutachten zusammenfassend zu dem Ergebnis, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden könne, dass unter Berücksichtigung des Nachtrunkes von einem halben Liter Bier (5 Vol.% Alkohol) die Atemalkoholkonzentration des Beschwerdeführers zum Vorfallszeitpunkt 20 Uhr 27 mindestens 0,28 mg/l und maximal 0,32 mg/l betragen habe. Ass. Prof. Dr. FR führte in seinem Gutachten (ua) aus, dass sich ausgehend von dem Messergebnis 0,41 mg/l für den Messzeitpunkt ein Blutalkoholäquivalent von 0,82 ‰ ergebe. Von diesem Wert müsse jener Promillewert abgezogen werden, der Resultat des getätigten Nachtrunks gewesen sei, ferner sei zu berücksichtigen, dass zwischen Beginn des Nachtrunks und Atemalkoholmessung ein geringfügiger Teil des bereits resorbierten Nachtrunkalkohols wieder abgebaut und somit zum Zeitpunkt der Messung nicht mehr wirksam gewesen sei. Gehe man von einem Alkoholgehalt des konsumierten Biers von 5,6 Vol.% (dies werde vom Beschwerdeführer angegeben) aus, so gelange man bei einem spezifischen Gewicht des Alkohols von 0,79 zu einem Gewichtsprozentanteil von 4,42 g Alkohol pro 100 ml, gleichbedeutend mit einer Alkoholaufnahme bei einem Krügel von 0,5 l von 22,12 g. Eine derartige Alkoholmenge führe gemäß der Formel von Widmark bei einem 84 kg schweren Mann (wie dem Beschwerdeführer) ohne Berücksichtigung des steten Alkohol-Abbaues zu einer Blutalkoholkonzentration von 0,376 ‰. Ziehe man diesen (Nachtrunk-)Wert vom Messergebnis (BAK-Äquivalent = 0,82 ‰) ab und berücksichtige man die Nachtrunk-Alkoholelimination in der Zeit zwischen 20.30 Uhr (Trinkbeginn) und 21.07 Uhr (Alkomatmessung) von 0,05 ‰, so ergebe sich für den Unfallszeitpunkt eine Alkoholisierung entsprechend einem BAK-Äquivalent von 0,494 ‰. Daraus folge, dass bei einem Alkoholgehalt des als Nachtrunk konsumierten Bieres von mehr als 5,5 Vol.% zum Unfallszeitpunkt eine Blutalkoholkonzentration von 0,5 ‰ bzw eine Atemalkoholkonzentration von 0,25 mg/l unterschritten worden wäre. Erst bei einem Alkoholgehalt des Bieres unter diesem Grenzwert (5,5 Vol.%) wäre ein BAK-Äquivalenzwert von 0,5 ‰ erreicht bzw knapp überschritten worden.

Anhand der Gutachten gehe die belangte Behörde davon aus, dass zum Vorfallszeitpunkt um 20 Uhr 27 eine Alkoholbeeinträchtigung des Beschwerdeführers von zumindest 0,28 mg/l Atemluft vorgelegen habe und somit die Bestimmung des § 14 Abs 8 FSG übertreten worden sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsstrafakten vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 14 Abs 8 des Führerscheingesetzes - FSG, BGBl I Nr 120/1997 idF BGBl I Nr 2/1998, lautet wie folgt:

"(8) Ein Kraftfahrzeug darf nur in Betrieb genommen oder gelenkt werden, wenn beim Lenker der Alkoholgehalt des Blutes weniger als 0,5 g/l (0,5 Promille) oder der Alkoholgehalt der Atemluft weniger als 0,25 mg/l beträgt. Bestimmungen, die für den betreffenden Lenker geringere Alkoholgrenzwerte festsetzen, bleiben unberührt."

Der Beschwerdeführer rügt, die belangte Behörde hätte hinsichtlich seines Nachtrunks von einem höheren als dem von ihr angenommenen Alkoholgehalt von 5,2 Vol.% ausgehen müssen.

Nach der ständigen hg Rechtsprechung (vgl etwa das Erkenntnis vom 21. Dezember 2001, ZI99/02/0097) ist im Zusammenhang mit der Glaubwürdigkeit eines behaupteten Nachtrunks dem Umstand Bedeutung beizumessen, zu welchem Zeitpunkt der Lenker diese Behauptung aufgestellt hat, wobei in Anbetracht der Wichtigkeit dieses Umstands davon auszugehen ist, dass auf einen allfälligen Nachtrunk bei erster sich bietender Gelegenheit - von sich aus - hingewiesen wird. Derjenige, der sich auf einen Nachtrunk beruft, hat auch die Menge des konsumierten Alkohols konkret zu behaupten und glaubhaft zu machen (vgl etwa das hg Erkenntnis vom 11. Oktober 2000, ZI 98/03/0262).

Nach Ausweis der Verwaltungsstrafakten hat der Beschwerdeführer schon bei seiner ersten Einvernahme anlässlich der Atemluftkontrolle angegeben, am Tattag zwischen 20.30 Uhr und 20.45 Uhr ein weiteres Krügel Bier getrunken zu haben. Diese Aussage bekräftigte der Beschwerdeführer gegenüber der Erstbehörde (bei einer Einvernahme sowie in einer Äußerung) und in seiner Berufung gegen das erstinstanzliche Straferkenntnis. Bei der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde am 4. Juni 2002 behauptete der Vertreter des Beschwerdeführers, dass dieser "stärkeres Bier" mit einem Alkoholgehalt von mehr als 5 Vol.% getrunken habe, in der Verhandlung am 17. Juni 2002 gab der Beschwerdeführer an, dass es sich bei diesem Krügel Bier um ein Bitburger Pils mit 5,2 Vol.% gehandelt habe, er führte aber auch gleichzeitig aus, dass ihm auf Grund näherer Recherchen der Wirt des besagten Gasthauses die Auskunft gegeben hätte, dass dieses Bier 5,6 Vol.% aufweisen würde.

Die der Feststellung der belangten Behörde, dass dieses vom Beschwerdeführer konsumierte weitere Krügel Bier einen Alkoholgehalt von "5,2 Vol.% (Märzenbier)" aufgewiesen habe, zu Grunde liegende Beweiswürdigung begegnet aber im Rahmen der Prüfung durch den Verwaltungsgerichtshof (vgl das Erkenntnis eines verstärkten Senats vom 3. Oktober 1985, ZI 85/02/0053) insgesamt keinen Bedenken. Der Beschwerdeführer hat bei seiner Vernehmung am 25. September 2000 vor der Erstbehörde als Zeugen für den Konsum des Krügels Bier PR und OP - den Wirt des Lokals - namhaft gemacht. Der Zeuge PR sagte bei seiner Vernehmung vor der Erstbehörde am 18. Oktober 2000 aus, dass er in dem Lokal zu einer Runde Bier eingeladen habe, die Krügel Bier bereits eingeschenkt gewesen seien, als der Beschwerdeführer im Lokal erschienen sei und er zusammen mit dem Beschwerdeführer dieses Bier konsumiert habe. Auch der Zeuge OP gab bei seiner Vernehmung vor der Erstbehörde am 18. Oktober 2000 an, dass der Beschwerdeführer bei dieser Runde ein Krügel Bier vor sich stehen gehabt habe. Bei der Verhandlung am 17. Juni 2002 vor der belangten Behörde konnte der Zeuge OP weder den genauen Alkoholgehalt von Bitburger Pils angeben noch konnte er bestätigen, dass der Beschwerdeführer überhaupt ein solches Bier getrunken habe. Bei der mündlichen Verhandlung am 4. Juni 2002 gab der Zeuge PR an, dass er damals für die besagte von ihm bezahlte Runde normales Bier bestellt habe, der Beschwerdeführer bei dieser Runde zugegen gewesen sei und auch Bier getrunken habe, wobei der Zeuge davon ausgehe, dass auch der Beschwerdeführer das vom Zeugen bezahlte Bier getrunken habe. Der Zeuge habe damals den Mitgliedern des Sportvereins erklärt, sich auf Kosten des Sportvereins ein Bier zu bestellen, die Mitglieder des Sportvereins hätten dieser Aufforderung Folge geleistet. Wenn die belangte Behörde auf Grund dieser Beweisergebnisse zu der in Rede stehenden Feststellung gelangte, ist dies nicht als rechtswidrig zu erkennen.

Mit dem Einwand, die von einem Alkoholgehalt des Nachtrunks von 5,2 Vol.% ausgehende belangte Behörde hätte sich nicht auf das Gutachten von Dr. GS beziehen dürfen, weil dieses Gutachten hinsichtlich des Nachtrunks nur von einem Alkoholgehalt von 5 Vol.% ausgehe, vermag der Beschwerdeführer keine Mangelhaftigkeit aufzuzeigen, weil jedenfalls auch nach dem Gutachten von Dr. FR bei einem Alkoholgehalt des Bieres unter einem Wert von 5,5 Vol.% ein Blutalkoholäquivalenzwert von 0,5 ‰ erreicht bzw knapp überschritten wird.

Entgegen der Beschwerde leidet der angefochtene Bescheid auch nicht unter einem rechtserheblichen Widerspruch zwischen Spruch (in dem dem Beschwerdeführer zur Last gelegt wird, er habe sein Kraftfahrzeug mit einem Alkoholgehalt der Atemluft von 0,38 mg/l gelenkt) und Begründung (wo die belangte Behörde zum Schluss kommt, dass zum Unfallszeitpunkt eine Alkoholbeeinträchtigung des Beschwerdeführers von zumindest 0,28 mg/l Atemluft

bestanden habe), weil für die Strafbarkeit nach § 14 Abs 8 FSG die Feststellungen dahingehend genügen, dass der Alkoholgehalt des Blutes nicht weniger als 0,5 g/l (0,5 Promille) oder der Alkoholgehalt der Atemluft nicht weniger als 0,25 mg/l beträgt und 0,8 mg/l (0,8 ‰) Blutalkoholgehalt oder 0,4 mg/l Atemluftalkoholgehalt (vgl § 5 Abs 1 iVm § 99 Abs 1b StVO 1960) nicht erreicht werden.

Der Einwand der Beschwerde, eine gesetzeskonforme Eichung des zur Atemalkoholuntersuchung verwendeten Geräts sei im Verwaltungsstrafverfahren nicht nachgewiesen worden, führt die Beschwerde aber zum Erfolg. Gemäß § 13 Abs 2 Z 8 des Maß- und Eichgesetzes, BGBl Nr 152/1950 (in der hier maßgeblichen Fassung des Bundesgesetzes BGBl Nr 213/1992), unterliegen Messgeräte zur Bestimmung des Gehaltes von Alkohol in der Atemluft der Eichpflicht, wobei die Nacheichfrist gemäß § 15 Z 2 leg cit zwei Jahre beträgt. Von daher ist die Eichung eines Alkomaten gesetzlich geboten. Ferner ist es auch im Interesse der Verlässlichkeit eines zu einem Tatvorwurf führenden Messergebnisses unerlässlich, dass die Messung mit einem geeichten Gerät erfolgt (vgl dazu das hg Erkenntnis vom 23. Februar 2000, ZI 99/03/0023). Damit setzt eine Bestrafung in einem Fall wie dem vorliegenden voraus, dass kein Zweifel daran besteht, dass das zur Kontrolle der Atemluft verwendete Gerät dem Gesetz entsprechend geeicht war. Dazu enthält der angefochtene Bescheid aber keine Feststellungen. Eine Eichung oder eine eichamtliche Bestätigung darüber, dass der verwendete Alkomat im Tatzeitpunkt die erforderliche Eichung aufgewiesen hätte, ist auch in den Verwaltungsstrafakten nicht enthalten. In den vorgelegten Verwaltungsakten befindet sich vielmehr lediglich (in der Anzeige) die Angabe, dass der Zeitpunkt "der letzten amtlichen Überprüfung/Kalibrierung" der 6. April 2000 gewesen sei.

Dadurch, dass die belangte Behörde keine Feststellungen über das Vorliegen einer gültigen Eichung getroffen hat, hat sie Verfahrensvorschriften verletzt, bei deren Einhaltung sie zu einem anderen Bescheid hätte kommen können (vgl das hg Erkenntnis vom 28. Februar 2001, ZI 97/03/0251).

Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs 2 Z 3 lit c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Der Spruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2003, BGBl II Nr 333.

Wien, am 19. Dezember 2005

### **Schlagworte**

Tatbild Feststellung der Alkoholbeeinträchtigung "Die als erwiesen angenommene Tat" Begriff Tatbild Beschreibung (siehe auch Umfang der Konkretisierung) freie Beweiswürdigung "zu einem anderen Bescheid" "Die als erwiesen angenommene Tat" Begriff Umfang der Konkretisierung (siehe auch Tatbild) Feststellung der Alkoholbeeinträchtigung Nachtrunk Verfahrensrecht Mitwirkungspflicht der Partei Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Mitwirkungspflicht Beweismittel Beschuldigtenverantwortung

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2005:2002030287.X00

### **Im RIS seit**

15.03.2006

### **Zuletzt aktualisiert am**

03.07.2014

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>