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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-602271/6/Bi

Datum:
Linz, 12. Februar 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bissenberger über die Beschwerde des Herrn Hans P S, vertreten durch Frau RAin Mag. A S, vom 9. Jänner 2018 gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion OÖ, PK Wels, vom 13. Dezember 2017, VStV/917301724312/2017, wegen Übertretung der StVO 1960, nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 2. Februar 2018

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 320 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1. Mit dem oben bezeichneten, am 18. Dezember 2017 zugestellten Straferkenntnis wurde über den Beschuldigten wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß §§ 99 Abs 1 lit a iVm 5 Abs 1 StVO 1960 eine Geldstrafe von 1600 Euro und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Tagen verhängt sowie ihm gemäß § 64 Abs 1 VStG ein Verfahrenskostenbeitrag von 160 Euro auferlegt. Zugrundegelegt wurde laut Schuldspruch, er habe am 7. November 2017 um 20.12 Uhr in x W, R x, öffentlicher Parkplatz direkt vor der Hausnummer x, das Fahrzeug mit dem Kennzeichen x in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand in Betrieb genommen. Der Test am geeichten Alkomaten habe einen Alkoholgehalt der Atemluft von 0,83 mg/l ergeben.

2. Dagegen hat der Beschwerdeführer (in Folge: Bf) fristgerecht Beschwerde gemäß § 7 VwGVG iVm Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG eingebracht, die von der belangten Behörde ohne Beschwerdevorentscheidung dem Landesverwaltungsgericht OÖ zur Entscheidung vorgelegt wurde, das darüber gemäß Art 131 B-VG zu entscheiden hat. Am 2. Februar 2018 wurde, verbunden mit dem Verfahren LVwG-651066, eine öffentliche mündliche Verhandlung in Anwesenheit des Bf und seiner Rechtsvertreterin RAin Mag. A S, des Vertreters der belangten Behörde Mag. J B, der Zeugen Insp A P (Insp P) und Insp S T (Insp T) sowie des kfztechnischen Amtssachverständigen Dipl.HTL-Ing R H durchgeführt. Auf die mündlicher Verkündung des Erkenntnisses wurde verzichtet.

3. Der Bf macht im Wesentlichen geltend, er habe um 18.00 Uhr des Vorfallstages ein Lokal in der Innenstadt von Wels verlassen und gesehen, dass seine Gattin mehrmals versucht habe, ihn am Handy zu erreichen, dessen Akku aber leer gewesen sei. Er habe, auch um ein Taxi zu rufen, das Handy im Auto aufladen wollen und dazu das Fahrzeug insofern aktiviert, als er den Startknopf gedrückt habe. Dabei werde nicht der Motor in Gang gesetzt, sondern nur die gesamte Fahrzeug-Beleuchtung innen und außen und der Navi-Bildschirm eingeschaltet. Zum Starten des Motors sei hingegen nur die Betätigung der Kupplung erforderlich. In sein Fahrzeug sei ein Sicherheitssystem, das Uniqa-SafeLine-System, integriert, das sämtliche Bewegungen des Fahrzeuges im aktivierten Zustand aufzeichne. Er verweist auf den ihm von Uniqa übermittelten Nachweis, dass das Fahrzeug von 18.00 Uhr bis 20.12 Uhr nicht bewegt worden sei.
Er habe zu keinem Zeitpunkt den Motor in Gang gesetzt. Es sei aber aufgrund des leisen Motors und der vollen Beleuchtung im aktivierten Zustand nicht ohne weiteres erkennbar, ob der Motor tatsächlich laufe. Die belangte Behörde habe ihre Feststellung nicht begründet und sie habe auch nicht unterschieden hinsichtlich Aktiviervorgang und Ingangsetzen des Motors. Der Aktiviervorgang sei dem Einschalten der Zündung gleichzusetzen. Dabei handle es sich nicht um eine

Rechtsfrage sondern um eine technische Frage, weshalb die Einholung eines bereits beantragten kfztechnischen Gutachtens erforderlich gewesen wäre.
Fakt sei, dass er den Startknopf betätigt habe, um die Stromversorgung und die Beleuchtung zu aktivieren. Darin sei keine Inbetriebnahme zu sehen. Zu einer aktiven Inbetriebnahmehandlung sei es aufgrund der überdurchschnittlichen technischen Ausrüstung des Fahrzeuges nicht gekommen.
Ginge man von einer Inbetriebnahme aus, müsse man ihm unterstellen, dass er beabsichtigt habe, tatsächlich eine Fahrt anzutreten, was sich mit dem festgestellten Sachverhalt nicht in Einklang bringen lasse. Dass er um 20.12 Uhr schlafend im Fahrzeug angetroffen worden sei, sei unstrittig, und er habe mit dem System-Auszug nachgewiesen, dass das Fahrzeug keinen Millimeter bewegt worden sei. Seine Ausführungen seien nicht lebensnah gewürdigt und eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorgenommen worden.
Hintergrund bzw einziger Zweck für die extensive Judikatur zur Inbetriebnahme sei ausschließlich die Gefahr von Schutzbehauptungen von Seiten der Beschuldigten. Der VfGH habe diesbezüglich auf die Ausführungen der Bundesregierung in den Materialien verwiesen. Ohne entsprechende Sanktionierung der Inbetriebnahme könnten nämlich nach Ansicht des Gesetzgebers Schutzbehauptungen der Beschuldigten in vielen Fällen nicht widerlegt werden (VfGH 22.11.2012, ZVR 2013/97).
In seinem Fall könne eine Schutzbehauptung ausgeschlossen werden, da eine Absicht, das Fahrzeug fortzubewegen, ausgeschlossen werden könne. Beantragt wird die Aufhebung des Straferkenntnisses und Verfahrenseinstellung.

4. Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt der belangten Behörde sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, bei der beide Parteien gehört, die oben angeführten Zeugen unter Hinweis auf die Wahrheitspflicht des § 288 StGB einvernommen und eine Fahrzeugbesichtigung und –erprobung mit dem kfztechnischen AmtsSV erfolgt sei.

Folgender Sachverhalt ist entscheidungswesentlich:
Am 7. November 2017, 20.04 Uhr, rief ein Passant den Polizeinotruf, weil eine Person in einem vor dem Haus R x in W geparkten weißen Audi, bei dem der Motor laufe und Licht eingeschaltet sei, mit hängendem Kopf sitze. Als die Beamten Insp T und Insp P dort eintrafen, fanden sie im abgestellten Pkw x den Bf an, der mit hängendem Kopf am Lenkersitz des versperrten Fahrzeuges saß und auf Klopfen und Zurufe nicht reagierte. Zunächst wurde von den Zeugen ein medizinischer Notfall angenommen und Feuerwehr und Rettung verständigt. Die Beamten stellten fest, dass der Motor des Fahrzeuges hörbar lief und aus dem Auspuff Rauch kam. Als sie schließlich begannen, das Fahrzeug hin und her zu schaukeln, wachte der Bf auf und öffnete dann auch das Auto von innen. Feuerwehr und Rettung wurden abbestellt, da ein Notfall auszuschließen war. Der Bf roch deutlich nach Alkohol und der Vortest ergab um 20.13 Uhr einen Atemalkoholwert von 0,73 mg/l.

Der Bf wurde zur PI Innere Stadt mitgenommen und absolvierte dort einen Atemluftalkoholtest um 20.33 Uhr und 20.34 Uhr, der jeweils 0,83 mg/l AAG ergab.

Das Beweisverfahren hat ergeben, dass der Bf sich bis 18.00 Uhr in einem Lokal in der Innenstadt aufgehalten und dort Bier getrunken hatte. Da er feststellte, dass seine Gattin versucht hatte, ihn zu erreichen, und dass der Akku seines Handys leer war, beschloss er, das Handy im Auto aufzuladen, um damit seine Gattin anrufen zu können. Nach seinen Angaben wollte er auch ein Taxi rufen, schlief aber während des Aufladevorgangs ein. Erst um 20.07 Uhr erwachte er durch die Schaukelbewegungen der beiden Beamten.

Der Bf erklärte in der Verhandlung, er habe seinen Pkw nicht gestartet sondern nur die Stromversorgung aktiviert, um sein Handy aufladen zu können. Das Fahrzeug, ein etwa 3,5 Jahre alter Audi A7 mit Dieselantrieb und Automatik, wurde auch bei der Verhandlung mit dem kfztechnischen Amtssachverständigen besichtigt und zur Frage der Aktivierung der Stromversorgung und Inbetriebnahme erprobt.

Fest steht, dass das Fahrzeug durch Drücken des Startknopfs, ohne Anstecken des Schlüssels, aktiviert wird, wobei bei dessen Betätigung die Innenbeleuchtung aufleuchtet, das Navigationsgerät hochfährt, das Radio zu laufen beginnt und die Stromversorgung erfolgt, dh ein Handy-Akku aufgeladen werden kann. Dieser Vorgang entspricht dem Einschalten der Zündung. Um den Motor zu starten, ist es erforderlich, zusätzlich das Bremspedal zu betätigen und einen Knopf neben der Automatikschaltung zu drücken. Beim gestarteten Pkw leuchtet vorne das Tagfahrlicht in Form eines LED-Bogens auf und das Laufen des Motors ist deutlich hörbar, auch wenn zum Zeitpunkt der Besichtigung des Fahrzeuges im Rahmen der Verhandlung (möglicherweise temperaturbedingt) kein Rauch aus dem Auspuff sichtbar war.

Die beiden Zeugen verwiesen darauf, dass bei der Amtshandlung für sie das Geräusch des laufenden Motors deutlich zu hören war und der Bf auch aufgefordert wurde, den Motor abzustellen, was er nach längerem Zureden und Abstreiten, dass der Motor laufe, auch getan habe. Die Zeugen verwiesen auch auf die Aussage im Notruf, dass da ein Pkw mit laufendem Motor stehe.

Der Bf bestritt vehement, den Motor gestartet zu haben, und verwies darauf, dass er ja zwei Stunden im Auto geschlafen und keinesfalls beabsichtigt habe wegzufahren. Dazu legte er den ihm auf sein Ersuchen von der Uniqa-Versicherung übermittelten Ausdruck des im Fahrzeug eingebauten SafeLine-Systems vor.
Dieses gleichzeitig mit der Stromversorgung aktivierte System dient dem Versicherer dazu, das Fahrzeug zu überwachen und bei Bedarf orten zu können. Aus dem vorgelegten Einzelfahrtennachweis geht hervor, dass der Bf am 7.

November 2017 um 18:00:05 Uhr das Fahrzeug in W, F x, aktiviert und um 20:12:04 Uhr in W, R x, deaktiviert hat, wobei die zurückgelegte Wegstrecke 0,0 km betragen hat. Die Orte F x und R x, das ist der Ort der Anhaltung, liegen einander gegenüber, sodass diese Adressdivergenz navigationssystembedingt erklärt werden kann. Daran, dass der Bf das Fahrzeug in dieser Zeit nicht bewegt hat, besteht kein Zweifel.

In der mündlichen Verhandlung wurde durch Vorlage der Alkomatunterlagen auch geklärt, dass der verwendete Alkomat Dräger Alcotest 7110 A mit der IdentifikationsNr. ARDD-0024 zuletzt vor dem Vorfall am 18. Jänner 2017 vom Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen mit Nacheichfrist bis 31. Dezember 2019 ordnungsgemäß geeicht und bei der letzten Überprüfung durch den Hersteller am 18. Juli 2017 für in Ordnung befunden worden war. Damit war davon auszugehen, dass das Atemluftalkoholuntersuchungsgerät einwandfrei funktioniert hat und der um 20.33 Uhr und 20.34 Uhr erzielte Atemluftalkoholwert von 0,83 mg/l heranzuziehen ist.

Aus der Sicht des Landesverwaltungsgerichtes OÖ sind die Angaben des Bf im Hinblick auf den Zeitablauf, seine Absicht, im Fahrzeug das Handy aufzuladen, und sein Einschlafen während dieser Zeit nicht in Zweifel zu ziehen. Ebenso ist die sich aus dem vorgelegten Einzelfahrtennachweis ergebende Aussage, das Fahrzeug sei zwischen 18.00 Uhr und 20.12 Uhr nicht bewegt worden, einwandfrei nachvollziehbar. Tatsache ist aber auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen bei der Besichtigung des Fahrzeuges, dass bei der bloßen Aktivierung der Stromversorgung der Motor nicht hörbar läuft, während beide Zeugen glaubwürdig betont haben, sie hätten das Geräusch des laufenden Dieselmotors einwandfrei gehört und auch beim Notruf sei solches erwähnt worden. Der Motor ist aber nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens nur beim gestarteten Fahrzeug zu hören, dh nach Betätigung des Bremspedales und des Knopfes neben der Automatikschaltung. Auf dieser Grundlage kommt das Landesverwaltungsgericht OÖ einwandfrei zum Ergebnis, dass bei der Anhaltung des Bf durch die beiden Zeugen der Motor des Fahrzeuges gestartet war, dh der Bf das Fahrzeug in Betrieb genommen hatte. Wäre der Motor nicht gelaufen, hätte sich die gesamte Amtshandlung – mit Ausnahme der Klärung, ob ein medizinischer Notfall bestanden hat – erübrigt, was auch die Zeugen bestätigt haben.

Der Einzelfahrtennachweis unterscheidet nicht nach bloßer Aktivierung der Stromversorgung oder gleichzeitiger Inbetriebnahme. Für die in der Verhandlung angeklungene Vermutung der Rechtsvertreterin des Bf, der Motor könnte sich von selbst gestartet haben, nachdem das zweistündige Aufladen des Handy-Akkus vermutlich die Batterie geschwächt habe, besteht keine realistische Grundlage. Der Bf vermochte die Aussage der beiden Zeugen mit seiner Verantwortung nicht zu erklären bzw hat er sich nicht zur Aussage der Zeugen geäußert, er habe bei der Amtshandlung nach entsprechender Aufforderung den Motor durch neuerliche

Betätigung des Startknopfes abgestellt. Es mag sein, dass der Bf den Startvorgang unbewusst, möglicherweise gewohnheitsbedingt, durchgeführt hat und sich deshalb nicht daran erinnern konnte, zumal es für das bloße Aufladen seines Handy-Akkus auch nicht notwendig war, den Motor zu starten. Nichtsdestotrotz ist nach den einwandfreien Ergebnissen des Beweisverfahrens von einem laufenden Motor und damit zweifellos von einer Inbetriebnahme des Fahrzeuges am 7. November 2017, 20.12 Uhr, auszugehen, wobei die Inbetriebnahme nicht als Tätigkeit sondern bezogen auf den Zeitpunkt 20.12 Uhr als Zustandsbeschreibung zu verstehen ist.

Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat in rechtlicher Hinsicht erwogen:
Gemäß § 5 Abs 1 StVO 1960 darf ua, wer sich in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand befindet, ein Fahrzeug weder lenken noch in Betrieb nehmen. Bei einem Alkoholgehalt des Blutes von 0,8 g/l (0,8 Promille) oder darüber oder bei einem Alkoholgehalt der Atemluft von 0,4 mg/l oder darüber gilt der Zustand einer Person jedenfalls als von Alkohol beeinträchtigt.
Gemäß § 99 Abs 1 lit a leg. cit. begeht eine Verwaltungsübertretung und ist zu bestrafen, 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.

Auf der Grundlage des Beweisverfahrens ist zweifelsfrei davon auszugehen, dass der Bf am 7. November 2017 um 20.12 Uhr in W, R x, den Pkw x in Betrieb genommen hat, zumal er im, wie oben ausgeführt, mit laufendem Motor abgestellten Fahrzeug schlafend angetroffen wurde.
Der Atemluftalkoholwert von 0,83 mg/l AAG wurde mit einem ordnungsgemäß geeichten und technisch einwandfreien Gerät gemessen und ist damit ordnungsgemäß zustandegekommen und daher als Grundlage für den Tatvorwurf heranzuziehen.

Ein um 20.33 Uhr erzielter Atemalkoholwert von 0,83 mg/l AAG entspricht einem Blutalkoholgehalt von 1,66 %o, wobei der Bf, als er sich ins Fahrzeug setzte, unter Zugrundelegung eines stündlichen Abbauwertes von 0,1 %o annähernd 1,9 %o BAG hatte, was die möglicherweise unbewusste weil ungewollte Inbetriebnahme des Fahrzeuges erklären könnte.

Der VfGH hat den Antrag auf Aufhebung der Wortfolgen „noch in Betrieb nehmen“ am Ende des ersten Satzes des § 5 Abs 1 StVO 1960 und „oder in Betrieb nimmt“ in § 99 Abs 1 lit a StVO 1960, jeweils idF BGBl. I Nr. 34/2011, als verfassungswidrig aufzuheben, abgewiesen (vgl E 22.11.2012, G16/12 ua).

Der VwGH vertritt in ständiger Rechtsprechung die Rechtsansicht, dass das Ingangsetzen des Motors, unabhängig von der Absicht, das KFZ zu lenken, auch dann eine vollendete Inbetriebnahme des Fahrzeuges darstellt, wenn das Fahren

wegen Fahruntauglichkeit des Fahrzeuges, zB durch einen Kupplungsschaden, unmöglich ist (vgl E 16.3.1994, 93/03/0204; 30.4.2007, 2006/02/0305), selbst wenn der Betretene nie die Absicht hatte, den Pkw in Betrieb zu nehmen (vgl E 20.4.2004, 2006/02/0305; 31.1.2014, 2013/02/0239).

Damit hat der Bf den ihm zur Last gelegten Tatbestand ohne jeden Zweifel erfüllt und, da ihm die Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens im Sinne des § 5 Abs 1 VStG nicht gelungen ist, sein Verhalten als Verwaltungsübertretung zu verantworten.

Zur Strafbemessung ist zu sagen, dass der Strafrahmen des § 99 Abs 1 lit a StVO 1960 von 1600 Euro bis 5900 Euro Geldstrafe, für den Fall der Uneinbringlichkeit von 2 bis 6 Wochen Ersatzfreiheitsstrafe reicht.

Die belangte Behörde hat die gesetzliche Mindeststrafe verhängt und dabei laut Begründung des Straferkenntnisses berücksichtigt, dass der Bf selbständig (Verweis auf den ESt-Bescheid ohne nähere Angaben) und sorgepflichtig für zwei Kinder ist und Vermögen in Form der Hälfte eines Einfamilienhauses hat.
Laut Vormerkungsverzeichnis ist der Bf nicht unbescholten, hat aber auch keine einschlägigen Vormerkungen, sodass nichts mildernd und nichts erschwerend zu werten war.

Das Landesverwaltungsgericht OÖ kann nicht finden, dass die belangte Behörde mit der Verhängung der Mindestgeld- und -ersatzfreiheitsstrafe ohne Anwendung des § 20 VStG oder des § 45 Abs 1 Z 4 und letzter Satz VStG den ihr bei der Strafbemessung zukommenden Ermessensspielraum in irgendeiner Weise überschritten hätte. Ein für eine Unterschreitung der Mindeststrafe erforderliches beträchtliches Überwiegen von Milderungsgründen liegt nicht vor, und auch von einer geringen Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, nämlich der Verkehrssicherheit, und einem geringen Verschulden des Bf kann nicht ausgegangen werden, auch wenn der Bf im ordnungsgemäß geparkten Pkw geschlafen hat.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu II.:

Gemäß § 52 Abs 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat. Gemäß Abs 2 ist dieser Betrag für das Beschwerdeverfahren mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit zehn Euro zu bemessen.

Zu III.:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs.4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bissenberger