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-601919/2/FP

Datum:
Linz, 26. April 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von S.M., T., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land, vom 11. Mai 2017, GZ: VerkR96-44071-2016, wegen Übertretung des § 102 Abs 3 5. Satz KFG,

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird mit der Maßgabe Folge gegeben, dass die Ersatzfreiheitsstrafe auf 20 Stunden herabgesetzt wird.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis vom 11. Mai 2017 warf die belangte Behörde dem Beschwerdeführer (Bf) zusammengefasst vor, er habe am 21. Oktober 2016 um 20:05 Uhr an einem im Straferkenntnis näher bezeichneten Ort während der Fahrt ein Mobiltelefon verwendet, obwohl jede Verwendung des Mobiltelefons, außer als Navigationssystem, verboten sei.

Die belangte Behörde verhängte eine Geldstrafe von 60 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 24 Stunden) und sprach aus, dass der Bf 10 Euro als Beitrag zu den Kosten des behördlichen Strafverfahrens zu leisten habe.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf rechtzeitig Beschwerde in welcher er zusammengefasst ausführte, dass er mit dem Mobiltelefon weder telefoniert noch hantiert habe. Das Telefon habe in der Halterung geläutet und geleuchtet und habe er lediglich einen Anruf abgewiesen.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 23. Mai 2017 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Akt. Der Bf hat trotz entsprechenden Hinweises in der Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Bescheids keine Verhandlung beantragt und wurde keine 500 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt. Von einer Verhandlung wird deshalb gemäß §44 Abs 3 Z 4 VwGVG abgesehen.

II.2. Nachstehender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

Der Bf lenkte am 21. Oktober 2016, 20:05 Uhr, in L. ein Taxi. Er verwendete während der Fahrt ein Mobiltelefon zumindest durch Ablehnen eines eingehenden Anrufes ohne Benutzung einer Freisprecheinrichtung. [Vorbringen Bf, Anzeige]
Die Verwendung des Mobiltelefons wurde von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes beobachtet und fand eine Anhaltung gemäß § 97 Abs 5 StVO statt. Dem Bf wurde eine Organstrafe angeboten, die er nicht annahm. [Anzeige]

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus dem vorliegenden Verwaltungsakt, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln.
Wie in der rechtlichen Beurteilung auszuführen sein wird, reicht das vom Bf selbst vorgebrachte Verhalten (Ablehnen eines Anrufes; Telefon in einer Halterung) für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes bereits aus, sodass die Frage, ob der Bf

zudem mit dem Mobiltelefon hantiert hat, unbeantwortet bleiben kann. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich in seinen wesentlichen Teilen insofern schon aus dem Vorbringen des Bf. Dass der Bf angehalten wurde ergibt sich aus der Anzeige ebenso wie das Angebot, die Angelegenheit mittels Organstrafverfügung zu erledigen. Diese Umstände sind unbestritten.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Anzuwendende gesetzliche Bestimmungen

§ 102 Abs 3 KFG idF BGBl. Nr. 267/1967, geändert durch BGBl. I Nr. 67/2016 lautete:

§ 102. Pflichten des Kraftfahrzeuglenkers

[...]

(3) Der Lenker muß die Handhabung und Wirksamkeit der Betätigungsvorrichtungen des von ihm gelenkten Kraftfahrzeuges kennen. Ist er mit ihrer Handhabung und Wirksamkeit noch nicht vertraut, so darf er das Fahrzeug nur mit besonderer Vorsicht lenken. Er muß die Lenkvorrichtung während des Fahrens mit mindestens einer Hand festhalten und muß beim Lenken Auflagen, unter denen ihm die Lenkerberechtigung erteilt wurde, erfüllen. Er hat sich im Verkehr der Eigenart des Kraftfahrzeuges entsprechend zu verhalten. Während des Fahrens ist dem Lenker das Telefonieren ohne Benützung einer Freisprecheinrichtung sowie jegliche andere Verwendung des Mobiltelefons, ausgenommen als Navigationssystem, sofern es im Wageninneren befestigt ist, verboten. Der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie hat unter Bedachtnahme auf die Verkehrssicherheit und den Stand der Technik durch Verordnung die näheren Vorschriften bezüglich der Anforderungen für Freisprecheinrichtungen festzulegen. Freisprecheinrichtungen müssen den Anforderungen der Produktsicherheitsbestimmungen für Freisprecheinrichtungen entsprechen.

[...]

[Hervorhebung nicht im Original]

§ 134 Abs 3c KFG idF BGBl. Nr. 267/1967 geändert durch BGBl. I Nr. 40/2016 lautete:

§ 134. Strafbestimmungen

[...]

(3c) Wer als Lenker eines Kraftfahrzeuges die in § 102 Abs. 3 fünfter Satz angeführte Verpflichtung nicht erfüllt, begeht, wenn dies bei einer Anhaltung gemäß § 97 Abs. 5 StVO 1960 festgestellt wird, eine Verwaltungsübertretung, welche mit einer Organstrafverfügung gemäß § 50 VStG mit einer Geldstrafe von 50 Euro zu ahnden ist. Wenn die Zahlung des Strafbetrages verweigert wird, ist von der Behörde eine Geldstrafe bis zu 72 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit eine Freiheitsstrafe bis zu 24 Stunden, zu verhängen.

[...]

III.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.2.1. Gemäß § 102 Abs 3 5. Satz KFG in der zum Tatzeitpunkt gültigen Fassung war während der Fahrt nicht nur das Telefonieren ohne Freisprecheinrichtung, sondern auch jegliche andere Verwendung des Mobiltelefons, außer als Navigationssystem (unter bestimmten Bedingungen), verboten.

Das Wort „jeglich“ bringt in nachdrücklicher Art und Weise, ähnlich der Wendung „unter allen Umständen“ zum Ausdruck, dass die Anordnung für jedweden Fall gilt.

Bezugnehmend auf die Materialien (Erläut 32) wird in *Grundtner/Pürstl,* KFG[10], § 102, Anm. 38a wie folgt ausgeführt: „Es soll ausdrücklich klargestellt werden, dass während des Fahrens jegliche andere Handhabung des Mobiltelefons verboten ist. Ausgenommen wird nur das Verwenden des Navigationssystems des Mobiltelefons, wenn dieses im Fz befestigt ist. Es werden ja auch in Fz eingebaute oder temporär angebrachte Navigationsgeräte verwendet (Erläut 32).“

Aus nachvollziehbaren Gründen, weil jede Bedienung des Mobiltelefons zu gefährlichen Situationen führen kann, aber wohl auch, weil die Vorgängerregelung gezeigt hat, dass es beim Verbot konkreter formulierter Tathandlungen zu erheblichen Beweisschwierigkeiten kommt, hat sich der Gesetzgeber entschlossen, jegliches Verwenden des Mobiltelefons, also jede Verwendung zu verbieten. Der Gesetzgeber sah in engem Rahmen eine Ausnahme für das der Verkehrssicherheit und dem Verkehrsfluss dienende Benutzen fest montierter Mobiltelefone zum ausschließlich zum Zweck der Benutzung als Navigationsgerät vor, wollte aber im Straßenverkehr nicht erforderliche Handlungen gänzlich verbieten.

Es ist also schon nach dem ausdrücklichen Gesetzestext jegliches Verwenden des Mobiltelefons im genannten Sinne verboten, sofern nicht der Ausnahmetatbestand zum Tragen kommt. Darunter fällen demnach auch das Verwenden des Telefons, wenn es sich in einer Halterung befindet, sofern keine Freisprecheinrichtung iSd FreisprecheinrichtungsV- oder das Navigationssystem des Telefons benutzt wird.

Schon zur Vorgängerbestimmung führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dass das im § 102 Abs 3 KFG geregelte Verbot für den Lenker, während des Fahrens ohne Verwendung einer Freisprecheinrichtung zu telefonieren, jede Verwendung eines Mobiltelefons ohne Freisprecheinrichtung zu Fernsprechzwecken umfasst, wie etwa auch aus welchen Gründen immer gescheiterte Versuche, das Mobiltelefon während des Lenkens (ohne Freisprecheinrichtung) in Betrieb zu nehmen. (VwGH 14. Juli 2000, 2000/02/0154).

Verschärft der Gesetzgeber die gesetzliche Regelung nun dahin, dass er ausdrücklich jegliche Verwendung eines Mobiltelefons untersagt, kann kein Zweifel daran bestehen, dass er damit auch jegliches Berühren des Telefons zu

Fernsprechzwecken, also auch das Ablehnen des Telefonats durch Tastendruck (oder Displayberührung) am Gerät selbst, weil der Gesetzgeber ein dem Straßenverkehr nicht nützliches und den Lenker ablenkendes Handeln schlicht unterbinden wollte. Es kann dabei weder auf die Dauer des Handelns, noch auf die Positionierung, etwa in einer Halterung, ankommen, hat sich der Gesetzgeber doch ausdrücklich entschlossen, eine Ausnahme für in festen Halterungen befindlichen Mobiltelefonen ausschließlich bei Verwendung der Navigationsfunktion zu erlauben. Es ergibt sich aus dieser Ausnahme auch, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff des „Verwendens“ auch das schlichte Drücken von Tasten oder das Bedienen des Displays meint, wird das Mobiltelefon doch auch bei der erlaubten Bedienung als Navigationssystem in gleicher Weise „verwendet“. Dort aufgrund der ausdrücklichen Ausnahme im Gesetz, rechtmäßig.

Es wurde eine Anhaltung iSd § 97 Abs 5 StVO vorgenommen und wurde dem Bf eine Organstrafe angeboten.

Der Bf hat daher den objektiven Tatbestand des § 102 Abs 3 5. S KFG schon nach eigenem Vorbringen erfüllt.

Das Vorbringen des Bf in Zusammenhang mit dem Verlust von Fahrgästen ist für die Beurteilung des ggst. Falles nicht von Relevanz. Die Organe der Straßenaufsicht sind nach § 97 Abs 5 StVO auch ohne unmittelbar ersichtlichen Grund zur Anhaltung (und auch zur Kontrolle von Fahrgästen) berechtigt und nimmt das Gesetz Folgen, wie die vom Bf behaupteten, in Kauf.

III.2.2. Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes 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.

§ 5 Abs 1 S 2 VStG ordnet der Sache nach an, dass bei fahrlässigen Ungehorsamsdelikten der Verstoß gegen den entsprechenden verwaltungsstrafrechtlichen Rechtsbefehl grundsätzlich Fahrlässigkeit indiziert; der Täter muss diesfalls glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift „kein Verschulden trifft“ (*Lewisch* in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 5 Rz 5).

Zur Entkräftung der gesetzlichen Vermutung seines fahrlässigen Handelns hätte der Bf im Sinne der stRsp des Verwaltungsgerichtshofes initiativ alles darzulegen gehabt, was für seine Entlastung spricht.

Wenn sich aus dem festgestellten Sachverhalt und dem Vorbringen des Bf zur subjektiven Tatseite nicht ergibt, dass er zur Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt subjektiv nicht in der Lage oder ihm diese nicht zumutbar war, wird die Strafbarkeit nicht gehindert.

Der Bf bringt in seiner Beschwerde nur vor, er habe einen Anruf abgelehnt, um eine Umleitung zum nächsten Kollegen zu bewirken. Er tut damit keine Umstände dar, die ihn entlasten könnten. Der vom Bf behauptete Zweck des Verwendens des Mobiltelefons entschuldigt den Bf nicht. Nach den Angaben zum Tatort befand sich der Bf schon in unmittelbarer Nähe zum Ziel seiner Fahrt, dem am Tatort gelegenen Hotel. Der Bf hätte die wenigen Sekunden bis zum Anhalten seines Fahrzeuges ohne weiteres zuwarten können.

Der Bf hat seine Tat insofern auch subjektiv zu vertreten.

III.3. Zur Strafhöhe

III.3.1. Die Bemessung der Strafe erfolgt im Verwaltungsstrafverfahren innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens. Innerhalb dieses Rahmens hat die Behörde Ermessen. Die Behörde muss ihre Strafbemessung nachvollziehbar begründen, also Erwägungen darstellen, um der Partei und den Gerichten die Nachprüfung zu ermöglichen (vgl. VwGH 17. Oktober 2008, 2005/12/0102).
Bei der Strafbemessung sind objektive Kriterien (Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat; Abs 1) und subjektive Kriterien (Erschwerungs- und Milderungsgründe, Einkommens- und Vermögensverhältnisse, allfällige Sorgepflichten; Abs 2) zu berücksichtigen. (vgl. *Weilguni*, in Lewisch/Pfister/Weilguni, VStG § 19, RZ 1-3, rdb.at).

III.3.2. Gemäß § 134 Abs 3c KFG beträgt der Strafrahmen für Übertretungen nach § 102 Abs 3 5. Satz KFG bis zu 72 Euro (24 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe).

Die belangte Behörde hat eine Strafe von 60 Euro verhängt, wobei sie von einem Einkommen des Bf von 1.800 Euro ausging. Dies blieb unwidersprochen.

Moderne Kraftfahrzeuge sind in aller Regel bereits ab Werk mit Freisprech-einrichtungen ausgestattet. Einfache der FreisprecheinrichtungsV entsprechende Freisprechsysteme kosten idR nur wenige Euro. Oftmals erfolgt der Verzicht auf eine solche nur aus Bequemlichkeit oder aus dem wenig nachvollziehbaren Drang ständig in sozialen Netzwerken präsent zu sein. Insgesamt besteht kein Grund während der Fahrt ohne Freisprecheinrichtung ein Mobiltelefon zu nutzen. Das Verwenden von Mobiltelefonen während der Fahrt und ohne Freisprecheinrichtung stellt eine immense Gefahr für die Sicherheit im Straßenverkehr dar und gehört diesbezüglich zu den rücksichtslosesten Verhaltensweisen, sodass das Verwenden

von Mobiltelefonen ohne Freisprecheinrichtung das Rechtsgut der Sicherheit des Straßenverkehrs erheblich beeinträchtigt. Auch wenn es in einem nicht allzu erheblichen Ausmaß, wie vorliegend erfolgt.

Vor diesem Hintergrund und angesichts der neun aktenkundigen, mit dem Straßenverkehr in Verbindung stehenden, Vorstrafen des Bf, kann der belangten Behörde nicht entgegen getreten werden, wenn sie eine Geldstrafe von 60 Euro verhängt.

Eine Ermahnung kommt angesichts der hohen Bedeutung des geschützten Rechtsgutes und seiner nicht nur geringfügigen Beeinträchtigung nicht in Betracht.

III.3.3. Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde von der belangten Behörde jedoch zu hoch bemessen, zumal sie diesbezüglich die höchst mögliche Dauer verhängt hat. Sie war daher in korrektem Verhältnis zur Geldstrafe anzupassen.

III.4. Vor diesem Hintergrund waren gemäß § 52 Abs 8 VwGVG keine Kosten für das Beschwerdeverfahren aufzuerlegen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist für die belangte Behörde und die revisionsberechtigte Formalpartei 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.

Für den Bf ist nach der Bestimmung des § 25a Abs 4 VwGG keine Revision zulässig. Nach dieser Bestimmung ist eine Revision wegen Verletzung in Rechten (Art. 133 Abs 6 Z 1 B-VG) nicht zulässig, wenn in einer Verwaltungsstrafsache – wie gegenständlich – eine Geldstrafe von bis zu 750 Euro und keine Freiheitsstrafe verhängt werden durfte sowie im Erkenntnis eine Geldstrafe von bis zu 400 Euro verhängt wurde.

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 Verfassungs-gerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei

diesem einzubringen. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde ist eine Eingabengebühr von 240 Euro zu entrichten.

Da für den vorliegenden Fall gemäß § 25a Abs 4 VwGG eine Revision nur wegen Verletzung in subjektiven Rechten (Art. 133 Abs 6 Z 1 B-VG) ausgeschlossen ist, steht der belangten Behörde und der revisionslegitimierten Formalpartei die außerordentliche Revision beim Verwaltungsgerichtshof offen, die beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzubringen 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl