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-604103/7/BMa/TK

Datum:
Linz, 15. März 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des H P, W, W, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 12.10.2020, GZ: BHFR/920060011238/20, wegen Übertretung des Kraftfahrgesetzes 1967 (KFG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 12.01.2021

zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird mit der Maßgabe Folge gegeben, dass die vorgeworfene Strafnorm wie folgt lautet: § 134 KFG BGBl. Nr. 267/1967 idF BGBl. I Nr. 19/2019 und die vorgeworfene Sanktionsnorm wie folgt lautet: § 102 Abs. 3 5. Satz KFG, BGBl. Nr. 267/1967 idF BGBl. I Nr. 19/2019.
Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen und das bekämpfte Erkenntnis bestätigt.

II. Für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist ein Kostenbeitrag von 12 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

Zu I.:

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„1. Datum/Zeit: 09.06.2020, 14:25 Uhr

Ort: 4240 Freistadt, Linzer Straße 20, Linzer Straße (B 125) auf Höhe des Hauses Linzer Straße 20, 4240 Freistadt.

Betroffenes Fahrzeug: Kennzeichen: x (A)

Sie haben als Lenker während der Fahrt ohne Benützung einer Freisprecheinrichtung im Sinne der Verordnung vom 11. Mai 1999, BGBL. Nr. II/152/1999 telefoniert.

Ferner haben Sie während der Fahrt ein Mobiltelefon verwendet, obwohl jegliche Verwendung des Mobiltelefons, ausgenommen als Navigationssystem, sofern es im Wageninneren befestigt ist, verboten ist. Das Mobiltelefon wurde auch nicht entsprechend der Ausnahmebestimmung als Navigationssystem verwendet.

Dies wurde bei einer Anhaltung gem. § 97 Abs. 5 StVO festgestellt.

Sie haben die postalische Einzahlung der Organstrafverfügung nicht durchgeführt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1. § 102 Abs. 3 5. Satz KFG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
1. € 60,00	0 Tage(n) 19 Stunde(n) 0 Minute(n)	§ 134 Abs. 3c KFG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:

€ 10,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 70,00.“ [Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, die vorgeworfene Verwaltungsübertretung sei aufgrund der aufgenommenen Beweismittel, insbesondere der Anzeige der PI Freistadt vom 10.06.2020, PAD 20/00989027/001/VStV, der

Niederschrift mit dem Zeugen GrInsp. G S vom 01.09.2020 und der Niederschrift mit dem Bf als Beschuldigtem vom 17.09.2020, erwiesen.

2.1. Mit Mail vom 28.10.2020 hat der Bf dagegen rechtzeitig Beschwerde erhoben und darin im Wesentlichen vorgebracht, er bekräftige nochmals, das Handy nicht zum Ohr gehalten zu haben, er habe mit der Freisprecheinrichtung des Handys telefoniert, welches am Beifahrersitz gelegen sei. Nach dem Telefonieren habe er das Handy umlegen wollen, er habe dieses dann doch wieder auf den Beifahrersitz zurückgelegt. Er habe nie mit dem Handy hantiert. Bei der Anhaltung habe er dem Polizisten die Funktion der Freisprecheinrichtung des Handys erklärt. Der Polizist habe ihm daraufhin mitgeteilt, dass er eine Strafe von 50 Euro zu zahlen habe. In seiner Beschwerde hat der Bf noch Ausführungen zu Freisprecheinrichtungen und Freisprechanlagen vorgebracht und abschließend die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung beantragt.

Die belangte Behörde hat den Verwaltungsakt dem LVwG OÖ vorgelegt, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen. Damit ergibt sich die Zuständigkeit des LVwG OÖ, welches durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin entscheidet.

2.2. Das LVwG OÖ hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Behördenakt samt Beschwerde sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 12.01.2021. An dieser hat der Bf und ein Vertreter der belangten Behörde teilgenommen. Der anzeigende Beamte wurde als Zeuge einvernommen.

Das LVwG OÖ hat nach Schluss der Verhandlung seine Entscheidung mündlich verkündet. Daraufhin hat der Bf die Zustellung einer ungekürzten Ausfertigung der Entscheidung beantragt. Die Niederschrift über die öffentliche mündliche Verhandlung wurde gemäß § 29 Abs. 2a VwGVG allen Parteien zugestellt. Der Bf hat mit Mail vom 22.02.2021 nochmals die Zustellung einer ungekürzten Ausfertigung begehrt.

3. Das LVwG OÖ hat erwogen:

3.1. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Der Bf hat am 09.06.2020 um 14.25 Uhr in der Linzer Straße 20, 4240 Freistadt, während er das Kfz mit dem Kennzeichen x (A) gelenkt hat, mit seinem Mobiltelefon telefoniert, indem er das Handy am Ohr gehalten hat. Der Bf ist von

Rainbach kommend Richtung Linz gefahren. Zu dieser Zeit fand eine Verkehrskontrolle, insbesondere hinsichtlich des Anlegens von Gurten und des Telefonierens mit Handys oder Freisprecheinrichtungen statt.
Die Polizisten waren mit ihrem Auto bei der Tankstelle „O“ platziert und haben den VW Polo des Bf wahrgenommen und auch beobachtet, dass er beim Fahren das Handy am Ohr gehalten und telefoniert hat. Daraufhin haben die Polizisten die Nachfahrt aufgenommen. Anlässlich der Anhaltung hat der Bf auch gar nicht bestritten, dass er telefoniert hatte. Der Bf ist der Aufforderung zur Zahlung der Organstrafverfügung nicht nachgekommen.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem erstinstanzlichen Akt, der Beschwerde des Rechtsmittelwerbers und insbesondere aus dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung beim LVwG OÖ am 12.01.2021 ergibt.
Der zeugenschaftlich vernommene GrInsp. G S hat unmissverständlich und wiederholt angegeben, dass er beobachtet hat, dass der Bf das Handy am Ohr gehalten hat, während dieser seinen VW Polo gelenkt hat. Die Aussage des Bf, er habe das Handy nicht in der Hand gehabt, sondern telefoniert, als dieses am Beifahrersitz gelegen war, wird als Schutzbehauptung gewertet. Die Verantwortung des Bf in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 12.01.2021 hat gezeigt, dass der Bf auch Argumente, die lebensfremd sind, ins Treffen führt, um einer Bestrafung zu entgehen. Diesbezüglich wird insbesondere auf das Vorbringen des Bf in der mündlichen Verhandlung verwiesen, wonach dieser plötzlich, als der Zeuge angegeben hatte, er sei sich sicher, gesehen zu haben, dass der Bf das Handy am Ohr gehalten habe, vorgebracht hat, dass die Scheiben seines Autos in einer Weise abgedunkelt seien, auch im Fahrerbereich, dass der Zeuge das Telefonieren gar nicht sehen habe können. Diese Aussage ist schon deshalb unglaubwürdig, weil an Seitenscheiben der ersten Sitzreihe nur solche Folien angebracht werden dürfen, die nahezu keine Tönung aufweisen und die für die Anbringung in der ersten Sitzreihe gesondert geprüft wurden. Damit ist das Vorbringen des Bf, die Scheibe im Fahrerbereich sei in einer Weise abgedunkelt, dass der Polizist ihn nicht sehen habe können, als Schutzbehauptung zu werten. Der unter Wahrheitspflicht aussagende Zeuge konnte sich jedenfalls daran erinnern, und hat dies auch glaubwürdig ausgesagt, gesehen zu haben, dass der Bf das Handy zum Telefonieren an das Ohr gehalten hatte.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG OÖ erwogen:

3.3.1. Rechtsgrundlagen:

§ 102 Abs. 3 5. Satz KFG in der zur Tatzeit geltenden Fassung:

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.

§ 134 Abs. 3c KFG in der zur Tatzeit geltenden Fassung:
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 oder aus Beweismaterial aus bildgebender Verkehrsüberwachung gemäß §§ 98a, 98b, 98c, 98d oder 98e StVO 1960 einwandfrei erkennbar ist, eine Verwaltungsübertretung, welche im Falle einer Anhaltung mit einer Organstrafverfügung gemäß § 50 VStG mit einer Geldstrafe von 50 Euro zu ahnden ist. Wenn die Zahlung des Strafbetrages verweigert wird, oder wenn die Übertretung anhand von Beweismaterial aus bildgebender Verkehrsüberwachung festgestellt wird, ist von der Behörde eine Geldstrafe bis zu 72 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit eine Freiheitsstrafe bis zu 24 Stunden, zu verhängen. Erfolgt die Übertretung durch eine Person, die sich noch in der Probezeit befindet, so sind auch im Falle einer Anhaltung die Daten der Person (Name, Geburtsdatum) sowie Zeit und Ort der Übertretung zu erfassen und es ist die Führerscheinbehörde davon zu verständigen.

3.3.2. Wie sich aus den Feststellungen ergibt, hat der Bf während der Fahrt mit dem Kfz mit einem Handy, das er an sein Ohr gehalten hat, telefoniert und damit das Tatbild der ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

3.3.3. Zur Erfüllung der subjektiven Tatseite reicht gemäß § 5 Abs. 1 VStG iVm § 38 VwGVG fahrlässiges Verhalten aus. Der Bf hat durch das Telefonieren mit einem Handy während der Fahrt – unterstellt man zu seinen Gunsten Gedankenlosigkeit – zumindest fahrlässig gehandelt und damit auch die subjektive Tatseite der ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

3.3.4. Strafzumessung:

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

Nach § 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 Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden.

Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

§ 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Die belangte Behörde hat bei der Strafbemessung ein monatliches Einkommen von 1.000 Euro, den Besitz eines Einfamilienhauses und das Fehlen von Sorgepflichten angenommen. Diese Feststellungen werden auch im Verfahren vor dem LVwG OÖ zugrunde gelegt und dahingehend ergänzt, dass der Bf Schulden in Höhe von ca. 200.000 Euro hat.
Weil der Bf anlässlich seiner Anhaltung die Zahlung der Geldstrafe verweigert hat, beträgt der Strafrahmen bis zu 73 Euro und im Fall der Uneinbringlichkeit ist eine Freiheitsstrafe bis zu 24 Stunden zu verhängen. Durch die Verhängung einer Geldstrafe von 60 Euro hat die belangte Behörde ihr Ermessen im gesetzlich möglichen Rahmen ausgeübt und die Verhängung der Geldstrafe in dieser Höhe ist damit nicht zu beanstanden. Im Übrigen bleibt die begangene Tat auch nicht hinter dem deliktstypischen Bild des Tatbestandes zurück. Die Verhängung der Strafe in dieser Höhe ist aus generalpräventiven Gründen notwendig, aber auch aus spezialpräventiven Gründen geboten.

3.3.5. Die Spruchergänzung bezüglich der Fundstelle der Verbots- und der Strafnorm erfolgte in Entsprechung der Entscheidung des VwGH vom 06.06.2020, Ra 2020/09/0013-5. Eine Schlechterstellung des Bf erfolgte dadurch nicht.

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. Insbesondere waren im gegenständlichen Fall nur Sachverhaltselemente zu beurteilen und die gegenständliche Entscheidung weicht von der bisherigen

Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab, es fehlt auch nicht an solchen. Es liegen keine Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Nach den Bestimmungen des § 25a Abs. 4 VwGG ist keine Revision zulässig. Nach dieser Bestimmung ist eine Revision wegen Verletzung in Rechten (Art. 133 Abs. 6 Z 1 B-GV) 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 diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof. 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. 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. Bergmayr-Mann