

**Titel:**

**Verbotswidrige Benutzung eines Mobiltelefons bei Ablegen auf Oberschenkel**

**Normenkette:**

StVO § 23 Abs. 1a S. 1, § 49 Abs. 1 Nr. 22

**Leitsatz:**

**Die verbotswidrige Benutzung eines Mobiltelefons durch ein Halten i.S.v. § 23 Abs. 1a Satz 1 StVO liegt nicht nur dann vor, wenn dieses mit der Hand ergriffen wird, sondern auch dann, wenn es auf dem Oberschenkel abgelegt wird. (Rn. 5)**

**Schlagworte:**

Handy, Smartphone, Mobiltelefon, Bedienung, Ablenkung, Blickablenkung, Benutzung, bremsbereit, Gerät, fahrfremd, Rechtsfortbildung, Gefährdungspotenzial, Halten, hand-held-Verbot, Hand, lenken, Muskulatur, Nutzung, Oberschenkel, Wortlaut, Wortsinn, Wortbedeutung, Normzweck, Sinngrenze, Verkehrssicherheit, verbotswidrige Benutzung, Ablegen auf dem Oberschenkel

**Fundstellen:**

SVR 2022, 155

DAR 2022, 156

LSK 2022, 149

NStZ 2022, 495

MMR 2022, 508

**Tenor**

I. Auf die Rechtsbeschwerde der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Amtsgerichts vom 20.05.2021 mit den Feststellungen aufgehoben.

II. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsbeschwerde, an das Amtsgericht zurückverwiesen.

**Gründe**

I.

1

Die Zentrale Bußgeldstelle im Bayer. Polizeiverwaltungsamt verhängte gegen die Betroffene als Führerin eines Kraftfahrzeugs mit Bußgeldbescheid vom 07.09.2020 wegen Nutzung eines elektronischen Geräts, das der Kommunikation, Information oder Organisation dient oder zu dienen bestimmt ist, eine Geldbuße in Höhe von 100 Euro. Nach form- und fristgerechter Einlegung des Einspruchs hat das Amtsgericht die Betroffene aufgrund der Hauptverhandlung vom 20.05.2021 aus rechtlichen Gründen freigesprochen. Gegen diese Entscheidung wendet sich die Staatsanwaltschaft mit der Rechtsbeschwerde, deren Zulassung sie beantragt, und mit der sie die Verletzung materiellen Rechts rügt. Die Generalstaatsanwaltschaft, die das Rechtsmittel vertritt, hat mit Stellungnahme vom 26.10.2021 beantragt, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, das Urteil des Amtsgerichts vom 20.05.2021 auf die Rechtsbeschwerde der Staatsanwaltschaft aufzuheben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Amtsgericht zurückzuverweisen. Hierzu hat sich die Verteidigung mit Schriftsatz vom 15.12.2021 erklärt.

2

Der Einzelrichter hat mit Beschluss vom 03.01.2022 die Rechtsbeschwerde zur Fortbildung des materiellen Rechts zugelassen und dem Senat in der Besetzung mit drei Richtern übertragen, § 80a Abs. 3 Satz 1, Satz 2 OWiG.

II.

### 3

Der gemäß § 79 Abs. 1 Satz 2 OWiG statthaften und auch sonst zulässigen Rechtsbeschwerde der Staatsanwaltschaft ist der Erfolg nicht zu versagen. Entgegen der Rechtsauffassung des Amtsgerichts erfüllt das Verhalten der Betroffenen den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Nr. 22 i.V.m. § 23 Abs. 1a Satz 1 1. Alt. StVO.

### 4

1. Zum Tatgeschehen hat das Amtsgericht festgestellt, dass die Betroffene am 18.06.2020 um 11:00 Uhr mit ihrem Pkw aufgrund stockenden Verkehrs langsam in der W-Straße in B fuhr, wobei sie - nicht widerlegbar bereits vor Antritt der Fahrt - ihr Mobiltelefon auf dem rechten Oberschenkel abgelegt hatte und kurz durch Tippen mit dem Finger die Wahlwiederholung einer Fluggesellschaft aus- und anwählte. Einen Verstoß gegen § 23 Abs. 1a StVO durch die bloße Bedienung des auf dem Oberschenkel liegenden Mobiltelefons verneinte das Amtsgericht. Bei der Regelung des § 23 Abs. 1a Nr. 1 StVO handele es sich um ein „hand-held-Verbot“. Das Mobiltelefon sei weder aufgenommen noch gehalten worden. Auch die Tatbestandsvariante des § 23 Abs. 1a Satz 1 Nr. 2b StVO sei nicht erfüllt, weil die Einlassung der Betroffenen, wonach sie jederzeit bremsbereit und ohne ihren Blick vom Verkehrsgeschehen abzuwenden nur kurz die Wahlwiederholungstaste bedient habe, nicht zu widerlegen gewesen sei.

### 5

2. Der Freispruch des Amtsgerichts hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit nach §§ 23 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1, 49 Abs. 1 Nr. 22 StVO erfüllt, wer ein dort bezeichnetes elektronisches Gerät zum Zwecke der Nutzung aufnimmt oder hält und wenn kein Ausnahmetatbestand nach Nr. 2 vorliegt. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des angefochtenen Urteils hat die Betroffene das Mobiltelefon benutzt, indem sie durch Tippen der Wahlwiederholung eine Rufnummer aus- und angewählt hat (ausführlich zum tatbestandlichen Erfordernis des „Benutzens“ elektronischer Geräte Will NZV 2019, 331; Krumm SVR 2019, 209). Die Betroffene hat dabei das auf ihrem rechten Oberschenkel liegende Mobiltelefon auch gehalten. Entgegen der Rechtsauffassung des Amtsgerichts ist die verbotswidrige Benutzung eines Mobiltelefons durch ein Halten auch dann zu bejahen, wenn das Mobiltelefon zwar nicht mit bzw. in der Hand gehalten, aber auf dem Oberschenkel abgelegt wird.

### 6

a) Maßgebend für die Auslegung einer Norm ist in erster Linie der Wortlaut (vgl. BGH, Urt. v. 31.10.1986 - 2 StR 33/86 = BGHSt 34, 211 = NJW 1987, 1280 = NSTZ 1987, 323 = StV 1987, 151), wobei der Wortsinn einerseits die Grenze der Auslegung bestimmt, andererseits aber bei der Auslegung zwischen den möglichen Wortbedeutungen bis zur „äußersten sprachlichen Sinnengrenze“ gewählt werden darf (vgl. KK/Rogall OWiG 5. Aufl. § 3 Rn. 73 u. 53 m.w.N.). Dabei ist es eine gängige Methode, dass sich die Gerichte im Rahmen der Auslegung an dem im Duden definierten Wortsinn orientieren (vgl. BVerfG NJW 2010, 3209, 3214). Demgegenüber ist eine verfassungsrechtlich unzulässige richterliche Rechtsfortbildung dadurch gekennzeichnet, dass sie, ausgehend von einer teleologischen Interpretation, den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, ihren Widerhall nicht im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder - bei Vorliegen einer erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke - stillschweigend gebilligt wird. Richterliche Rechtsfortbildung überschreitet die verfassungsrechtlichen Grenzen, wenn sie deutlich erkennbare, möglicherweise sogar ausdrücklich im Wortlaut dokumentierte gesetzliche Entscheidungen abändert oder ohne ausreichende Rückbindung an gesetzliche Aussagen neue Regelungen schafft (BVerfG NJW 2012, 669, 671 m.w.N.). Dabei ist primär der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck und nicht der Wortlaut einzelner Passagen der Gesetzesbegründung maßgeblich (vgl. BGH, Beschluss vom 13.03.2018 - 4 StR 570/17 = BGHSt 63, 98 = NJW 2018, 2655 = NSTZ 2019, 22 = StV 2019, 551). Dies gilt für die Auslegung von Verordnungen in gleicher Weise.

### 7

b) Vom Wortsinn her bedeutet „Halten“ demnach einerseits „festhalten“ und andererseits „bewirken, dass etwas in seiner Lage, seiner Stellung oder Ähnlichem bleibt“ (www.duden.de „halten“, Bedeutungen). Demnach liegt ein Halten nicht nur dann vor, wenn ein Gegenstand mit der Hand ergriffen wird, sondern etwa auch dann, wenn ein elektronisches Gerät bei der Nutzung zwischen Schulter und Ohr (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 04.12.2020 - 1 RBs 347/20 = NZV 2021, 275; AG Coesfeld, Urt. v. 20.04.2018 - 3b OWi - 89 Js 2030/17-306/17 = DAR 2018, 640) bzw. zwischen Oberschenkel und Lenkrad fixiert wird (König DAR 2020, 362, 372). Darüber hinaus ist ein Halten aber auch dann gegeben, wenn ein in § 23 Abs. 1a StVO

genanntes Gerät in sonstiger Weise mit Hilfe der menschlichen Muskulatur in seiner Position bleibt. Wie die Staatsanwaltschaft in ihrer Rechtsbeschwerde zutreffend darlegt, kann ein Mobiltelefon während der Fahrt, verbunden mit den damit einhergehenden Geschwindigkeits- und Richtungsänderungen, nicht allein durch die Schwerkraft auf dem Schenkel verbleiben, sondern es bedarf bewusster Kraftanstrengung, um die Auflagefläche so auszubalancieren, dass das Mobiltelefon nicht vom Bein herunterfällt. Auch dieses durch menschliche Kraftanstrengung bewirkte Ausbalancieren unterfällt dem Begriff des Haltens.

## 8

c) Für dieses Ergebnis sprechen auch Sinn und Zweck der Regelung des § 23 Abs. 1 Satz 1 StVO. Die Vorschrift verlangt, dass Sicht und Gehör des Fahrers während der Fahrt nicht beeinträchtigt sind. Dementsprechend erlaubt § 23 Abs. 1a StVO die Benutzung eines dort genannten elektronischen Geräts nur dann, wenn hierfür das Gerät weder aufgenommen noch gehalten wird und entweder nur eine Sprachsteuerung oder eine Vorlesefunktion genutzt wird oder die Bedienung des Geräts nur eine kurze Blickzuwendung erfordert. Dies zeigt in der Gesamtschau, dass sich der Fahrer primär auf das Verkehrsgeschehen konzentrieren soll und durch die Nutzung eines elektronischen Geräts nur innerhalb der durch § 23 Abs. 1a Satz 1 StVO vorgegebenen Grenzen abgelenkt wird. Die Bestimmung dient damit dem Ziel, Gefahren für die Verkehrssicherheit zu verhindern, die aus einem Aufnehmen und Halten des Geräts und einer mit der Gerätenutzung verbundenen, nicht nur unwesentlichen Beeinträchtigung der visuellen Wahrnehmung des Verkehrsgeschehens resultieren (vgl. BGH, Beschluss vom 16.12.2020 - 4 StR 526/19 = BGHSt 65, 217 = ZfS 2021, 169 = DAR 2021, 220 = NJW 2021, 1404 = NSTZ 2021, 501 = NZV 2021, 580). Eine solche unzulässige Ablenkung liegt insbesondere dann vor, wenn der Fahrer nicht mehr beide Hände zum Lenken des Fahrzeugs zur Verfügung hat (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.03.2020 - 1 Rb 36 Ss 832/19 = ZfS 2020, 473 = VerkMitt 2020, Nr. 50 = DAR 2020, 520; OLG Hamm, Beschluss vom 28.05.2019 - 4 RBs 92/19 = DAR 2019, 632 = NZV 2019, 647), wobei nicht das Halten also solches, sondern nur die Benutzung bei gleichzeitigem Halten untersagt ist (König, in Hentschel/König/Dauer Straßenverkehrsrecht 46. Aufl. § 23 Rn. 32; Heß, in Burmann/Heß/Hühnemann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht 26. Aufl. 2020 § 23 StVO Rn. 22a). Wenngleich die Vorschrift des § 23 Abs. 1a StVO damit in erster Linie auf die Verhinderung solcher Verhaltensweisen abzielt, die dazu führen, dass der Fahrzeugführer nicht mehr beide Hände zum Lenken seines Fahrzeugs zur Verfügung hat und/oder seinen Blick vom Verkehrsgeschehen abwenden muss, so besteht der Sinn der Vorschrift darüber hinaus gehend darin, solchen nicht mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs in Zusammenhang stehenden Verhaltensweisen entgegenzuwirken, die sich abträglich auf die Notwendigkeit der Konzentration auf das Verkehrsgeschehen auswirken (OLG Köln a.a.O.; OLG Hamm, Beschluss vom 03.11.2020 - 4 RBs 345/20 = NJW 2021, 99 = ZfS 2021, 53 = DAR 2021, 107; König a.a.O. § 23 StVO Rn. 14, 30). Um eine solche fahrfremde Tätigkeit mit erheblichem Gefährdungspotenzial handelt es sich hier zweifelsohne. Das Halten eines Mobiltelefons durch Ausbalancieren auf dem Oberschenkel, insbesondere auf dem rechten Oberschenkel, mit dessen Hilfe üblicherweise Gaspedal und Bremse betätigt werden, stellt sich als mindestens ebenso gefährlich dar, wie das Halten in der Hand. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die nicht fernliegende Gefahr, dass das Gerät vom Bein zu rutschen bzw. in den Fußraum des Fahrzeugs zu fallen droht, der Fahrzeugführer unwillkürlich reagiert und dies zu verhindern sucht und dadurch häufig noch stärker vom gegenwärtigen Verkehrsgeschehen abgelenkt ist, als wenn er das Mobiltelefon - verbotswidrig - von vornherein in der Hand hält. Damit liegt eine gänzlich andere Konstellation vor, als wenn das Mobiltelefon in einer Halterung fest fixiert ist, bei der sich der Fahrer um die Stabilität des Geräts regelmäßig keine Gedanken machen muss (vgl. OLG Köln a.a.O.).

## 9

d) Der Senat verkennt hierbei nicht, dass der Verordnungsgeber ausweislich der Verordnungsbegründung davon ausgegangen ist, dass unter „Halten“ ein „in der Hand Halten“ zu verstehen ist und es dabei bleiben soll, dass das Annehmen eines Telefongesprächs durch Drücken einer Taste oder das Wischen über den Bildschirm eines Smartphones zu diesem Zweck erlaubt bleiben soll, soweit das Mobiltelefon nicht in die Hand genommen wird (BR-Drs. 556/17 S. 25, 26). Für die Auslegung sind aber nicht einzelne Passagen der Verordnungsbegründung, sondern primär der vom Verordnungsgeber verfolgte Zweck maßgeblich, soweit die entsprechende Auslegung mit dem Wortlaut der Norm in Übereinstimmung zu bringen ist (OLG Köln a.a.O.). Zwar hat der Verordnungsgeber der Benutzung von elektronischen Geräten mit den Händen eine erhöhte Ablenkungsgefahr beigemessen, er hat aber gesehen, dass auch fahrfremde Tätigkeiten jenseits solcher Fallgestaltungen eine die Verkehrssicherheit gefährdende Ablenkungswirkung entfalten können (vgl. nur BR-Drs. 556/17 S. 12). Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sowie mit Blick auf etwaige

Nachweisschwierigkeiten hat er jedoch bei der Neufassung der Vorschrift davon abgesehen, die Nutzung elektronischer Geräte während des Führens eines Fahrzeugs gänzlich zu untersagen. Ausweislich der Verordnungsbegründung sollte die Nutzung von Geräten aus den in der Vorschrift genannten Gerätekategorien im Interesse der Verkehrssicherheit aber an die Erfüllung der strengen Anforderungen geknüpft werden, die in § 23 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 und 2 StVO normiert sind. Der Wille des Verordnungsgebers spricht deshalb für eine weite, die Wortbedeutung ausschöpfende Auslegung des Tatbestandsmerkmals (vgl. BGH a.a.O. für die Auslegung, dass auch ein Taschenrechner ein elektronisches Gerät i.S.v. § 23 Abs. 1a StVO darstellt). Auch von daher erscheint es geboten, fahrfremde Tätigkeiten wie das Halten und Benutzen eines elektronischen Geräts auf dem Oberschenkel, bei dem ebenfalls die Gefahr der Ablenkung des Fahrzeugführers verbunden mit einer körperlich eingeschränkten Bewegungssituation gegeben ist, als verboten anzusehen, nachdem dies der Wortlaut der Vorschrift des § 23 Abs. 1a StVO als äußerste Auslegungsgrenze hier zulässt (so zutreffend OLG Köln a.a.O. für die Nutzung eines vom Fahrzeugführers während der Fahrt zwischen Ohr und Schulter eingeklemmten Mobiltelefons).

#### 10

3. Da bereits ein Halten des Mobiltelefons vorliegt, kommt es nicht mehr entscheidungserheblich darauf an, dass das Amtsgericht die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands nach § 23 Abs. 1a Satz 1 Nr. 2b StVO rechtsfehlerfrei als erfüllt angesehen hat. Der Senat kann auch offenlassen, ob die - eher fernliegende - Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft zutreffend ist, wonach beim Ablegen des Geräts ein fortgesetztes Aufnehmen vorliegt.

#### III.

#### 11

Wegen des aufgezeigten Rechtsfehlers (§ 337 StPO) ist das angefochtene Urteil samt der ihm zugrundeliegenden Feststellungen aufzuheben (§ 353 Abs. 1, Abs. 2 StPO). Die für sich genommen rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zum Tathergang können nicht aufrechterhalten bleiben, da die Betroffene das Urteil nicht anfechten konnte (vgl. BGH, Urt. v. 23.02.2000 - 3 StR 595/99 = NStZ-RR 2000, 300).

#### 12

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Amtsgericht zurückverwiesen (§ 79 Abs. 6 OWiG).

#### 13

Der Senat entscheidet durch Beschluss gemäß § 79 Abs. 5 Satz 1 OWiG.