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-701474/7/BZ

Datum:
Linz, 19. September 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Zauner über die Beschwerde der E.W., X, W., gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 30. November 2021, GZ: Pol-304-VP18-166-2021, wegen Übertretung des Epidemiegesetzes iVm der 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 14. September 2022

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 50 Euro und die verhängte Ersatzfreiheitsstrafe auf 16 Stunden herabgesetzt werden.

II. Die Beschwerdeführerin hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde verringert sich auf 10 Euro.

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

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels (in der Folge: belangte Behörde) vom 30. November 2021, GZ: Pol-304-VP18-166-2021, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) wegen eines Verstoßes nach § 15 Epidemiegesetz 1950, BGBl. Nr. 186/1950 idF BGBl. I Nr. 136/2020, iVm § 12 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung, BGBl. II Nr. 598/2020, eine Geldstrafe von 165 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 35 Stunden, verhängt. Zudem wurde ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von 15 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Frau E.W., geb. x, hat am 24.01.2021 um 17:06 Uhr als Teilnehmerin einer Veranstaltung beim Betreten eines Ortes zum Zweck der Teilnahme an einer Veranstaltung, nämlich bei der Versammlung ‚Corona-Spaziergang' in 4600 Wels, Stadtplatz 10, keine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung getragen, obwohl zur Verhinderung der Weiterverbreitung von COVID-19 von 05.01.2021 bis 24.01.2021 beim Betreten von Orten zum Zweck der Teilnahme an Veranstaltungen eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen war.
Diese Verwaltungsübertretung wurde von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes festgestellt und im System unter der Deliktsnummer X registriert."

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis hat die Bf die Beschwerde vom 12. Dezember 2021 erhoben. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Bf über ein gültiges Befreiungsattest mit Ausstellungsdatum 9. Juli 2020 verfüge und ihr aus gesundheitlichen Gründen das Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung nicht zumutbar sei.

I.3. Mit Schreiben vom 17. Dezember 2021 hat die belangte Behörde die Beschwerde samt ihrem Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt.

I.4. Über Aufforderung hat die Bf mit E-Mail vom 13. August 2022 ein ärztliches Attest von Dr. P.E., datiert mit 9. Juli 2020, mit folgendem Inhalt vorgelegt:
„Hiermit bestätige ich, dass das Tragen von einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung für die oben genannte Person aus gesundheitlichen Gründen kontraindiziert, wissenschaftlich belegbar gesundheitsschädlich und im Sinne der Psychohygiene traumatisierend und damit unzumutbar ist."

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 14. September 2022. An der Verhandlung hat die Bf teilgenommen.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

Am 24. Jänner 2021 um 17:06 Uhr fand in 4600 Wels am Stadtplatz eine Demonstration, sog. „Corona-Spaziergang“ statt. Die Bf nahm an dieser Versammlung am 24. Jänner 2021 um 17:06 Uhr teil. Sie trug als Teilnehmerin an dieser Versammlung keine den Mund- und Nasenbereich abdeckende eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung.

Sie verfügt über ein von Dr.med. P.E. ausgestelltes ärztliches Attest, das mit 9. Juli 2020 datiert ist und bestätigt, dass „*das Tragen von einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung für die oben genannte Person aus gesundheitlichen Gründen kontraindiziert, wissenschaftlich belegbar gesundheitsschädlich und im Sinne der Psychohygiene traumatisierend und damit unzumutbar ist.“*

Die Bf war nicht in der Ordination des Dr. E. und hat dieser auch keinerlei ärztliche Untersuchung durchgeführt. Das Maskenbefreiungsattest hat Dr. E. der Bf zugesendet.

Dr. E. stellte regelmäßig gegen Entgelt Maskenbefreiungsatteste an ihm unbekannte Personen aus, ohne diese vorher einer entsprechenden Untersuchung zu unterziehen. Ab Oktober 2020 war er nicht mehr befugt, den ärztlichen Beruf auszuüben.

II.2. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich schlüssig und vollständig aus dem vorgelegten Verwaltungsstrafakt, aus der Beschwerde sowie aus dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung und ist unstrittig.
Die Tatsache, dass Dr. P.E. Maskenbefreiungsatteste ohne vorhergehende Untersuchung ausstellte und ab Oktober 2020 nicht mehr befugt war, den ärztlichen Beruf auszuüben, ist allgemein bekannt (vgl. für nähere Informationen etwa die Antwort auf die parlamentarische Anfrage Nr. 3698/J vom 2.12.2020, GZ: 2020-0.739.523, abrufbar unter: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/AB/AB_03695/imfname_853487.pdf).

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1.1. Die maßgeblichen Bestimmungen der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung einer Notsituation aufgrund von COVID-19 getroffen werden (2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung – 2. COVID-19-NotMV), BGBl. II Nr. 598/2020 lauten:

„Allgemeine Bestimmungen

§ 12.

(1) Das Verlassen des eigenen privaten Wohnbereichs und der Aufenthalt außerhalb des eigenen privaten Wohnbereichs zum Zweck der Teilnahme an Veranstaltungen ist nur für folgende Veranstaltungen zulässig:

1. unaufschiebbare berufliche Zusammenkünfte, wenn diese zur Aufrechterhaltung der beruflichen Tätigkeiten erforderlich sind und nicht in digitaler Form abgehalten werden können,
2. Versammlungen nach dem Versammlungsgesetz 1953, BGBl. Nr. 98/1953,
3. Veranstaltungen im Spitzensport gemäß § 13,
4. unaufschiebbare Zusammenkünfte von Organen politischer Parteien, sofern eine Abhaltung in digitaler Form nicht möglich ist,
5. unaufschiebbare Zusammenkünfte von statutarisch notwendigen Organen juristischer Personen, sofern eine Abhaltung in digitaler Form nicht möglich ist,
6. unaufschiebbare Zusammenkünfte gemäß dem Arbeitsverfassungsgesetz, BGBl. Nr. 22/1974, sofern eine Abhaltung in digitaler Form nicht möglich ist,
7. Begräbnisse mit höchstens 50 Personen, *(Anm. 1)*
8. Proben und künstlerische Darbietungen ohne Publikum, die zu beruflichen Zwecken erfolgen,
9. Zusammenkünfte zu unbedingt erforderlichen beruflichen Aus- und Fortbildungszwecken, zur Erfüllung von erforderlichen Integrationsmaßnahmen nach dem Integrationsgesetz, BGBl. I Nr. 68/2017, und zu beruflichen Abschlussprüfungen, sofern eine Abhaltung in digitaler Form nicht möglich ist.

(2) Beim Betreten von Orten zum Zweck der Teilnahme an Veranstaltungen gemäß Abs. 1 Z 1, 2 und 4 bis 9 ist gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten. Zusätzlich ist bei Veranstaltungen gemäß Abs. 1 Z 1, 2, 4 bis 7 und 9 ist eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen.

[...]

Betreten

§ 14

Als Betreten im Sinne dieser Verordnung gilt auch das Verweilen (§ 1 Abs. 2 des COVID-19-Maßnahmengesetzes [COVID-19-MG], BGBl. I Nr. 12/2020).

Ausnahmen

§ 15

(1) Diese Verordnung gilt nicht für

1. Elementare Bildungseinrichtungen, Schulen gemäß dem Schulorganisationsgesetz, BGBl. Nr. 242/1962, Art. V Z 2 der 5. SchOG-Novelle, BGBl. Nr. 323/1975, und dem Privatschulgesetz, BGBl. Nr. 244/1962, land- und forstwirtschaftliche Schulen, die regelmäßige Nutzung von Sportstätten im Rahmen des Regelunterrichts und Einrichtungen zur außerschulischen Kinderbetreuung,
2. Universitäten gemäß dem Universitätsgesetz 2002, BGBl. I Nr. 120/2002, und dem Privatuniversitätengesetz, BGBl. I Nr. 74/2011, Fachhochschulen gemäß dem Fachhochschul-Studiengesetz, BGBl. Nr. 340/1993, und Pädagogische Hochschulen gemäß dem Hochschulgesetz 2005, BGBl. I Nr. 30/2006, einschließlich der Bibliotheken dieser Einrichtungen,
3. Tätigkeiten im Wirkungsbereich der Organe der Gesetzgebung und Vollziehung mit Ausnahme des Parteienverkehrs in Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten, sofern keine anderslautenden Regelungen im Bereich der Hausordnung bestehen,
4. Veranstaltungen zur Religionsausübung.

(2) Beschränkungen gemäß § 1, Betretungsverbote sowie Bedingungen und Auflagen nach dieser Verordnung gelten nicht

1. zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leib, Leben und Eigentum oder
2. zur Wahrnehmung der Aufsicht über minderjährige Kinder.

(3) Die Pflicht zum Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden und eng anliegenden mechanischen Schutzvorrichtung und die Pflicht zum Tragen einer Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske), einer Corona SARS-CoV-2 Pandemie Atemschutzmaske (CPA) oder jeweils einer äquivalenten bzw. einem höheren Standard entsprechenden Maske gelten nicht

1. für Kinder bis zum vollendeten sechsten Lebensjahr,
2. für Personen, denen dies aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden kann. Diesfalls darf auch eine nicht eng anliegende, aber den Mund- und Nasenbereich vollständig abdeckende mechanische Schutzvorrichtung getragen werden. Eine vollständige Abdeckung liegt vor, wenn die nicht eng anliegende Schutzvorrichtung bis zu den Ohren und deutlich unter das Kinn reicht. Sofern den Personen auch dies aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden kann, gilt die Pflicht zum Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung nicht,
3. während der Konsumation von Speisen und Getränken, und
4. für gehörlose und schwer hörbehinderte Personen sowie deren Kommunikationspartner während der Kommunikation.

Glaubhaftmachung

§ 16

(1) Das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 1, § 12 und § 15 ist auf Verlangen gegenüber

1. Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes,
2. Behörden und Verwaltungsgerichten bei Parteienverkehr und Amtshandlungen sowie
3. Inhabern einer Betriebsstätte oder eines Arbeitsortes sowie Betreibern eines Verkehrsmittels zur Wahrnehmung ihrer Pflicht gemäß § 8 Abs. 4 COVID-19-MG,

glaubhaft zu machen.

(2) Der Ausnahmegrund des § 15 Abs. 3, wonach aus gesundheitlichen Gründen das Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung nicht zugemutet werden kann, ist durch eine von einem in Österreich zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung nachzuweisen.
[...].“

III.1.2. Die maßgeblichen Bestimmungen des Epidemiegesetzes 1950 (EpiG), BGBl. Nr. 186/1950 idF BGBl. I Nr. 23/2021 bzw. 136/2020, lauten:

„Maßnahmen gegen das Zusammenströmen größerer Menschenmengen.
§ 15

(1) Sofern und solange dies im Hinblick auf Art und Umfang des Auftretens einer meldepflichtigen Erkrankung zum Schutz vor deren Weiterverbreitung unbedingt erforderlich ist, sind Veranstaltungen, die ein Zusammenströmen größerer Menschenmengen mit sich bringen,
1. einer Bewilligungspflicht zu unterwerfen,
2. an die Einhaltung bestimmter Voraussetzungen oder Auflagen zu binden oder
3. auf bestimmte Personen- oder Berufsgruppen einzuschränken.

Erforderlichenfalls sind die Maßnahmen gemäß Z 1 bis 3 nebeneinander zu ergreifen. Reichen die in Z 1 bis 3 genannten Maßnahmen nicht aus, sind Veranstaltungen zu untersagen.
(2) Voraussetzungen oder Auflagen gemäß Abs. 1 können je nach epidemiologischen Erfordernissen insbesondere sein:
1. Vorgaben zu Abstandsregeln,
2. Verpflichtungen zum Tragen einer mechanischen Mund-Nasen-Schutzvorrichtung,
3. Beschränkung der Teilnehmerzahl,
4. Anforderungen an das Vorhandensein und die Nutzung von Sanitäreinrichtungen sowie Desinfektionsmitteln,
   (Anm.: Z 5 mit Ablauf des 31.12.2021 außer Kraft getreten)
6. ein Präventionskonzept zur Minimierung des Infektions- sowie des Ausbreitungsrisikos. Ein Präventionskonzept ist eine programmhafte Darstellung von Regelungen zur Verhinderung der Weiterverbreitung einer näher bezeichneten meldepflichtigen Erkrankung im Sinne dieses Bundesgesetzes.

(3) Voraussetzungen oder Auflagen im Sinne des Abs. 1 dürfen nicht die Verwendung von Contact-Tracing-Technologien umfassen. Dies gilt nicht für die Kontaktdatenerhebung gemäß § 5c.
(4) Beschränkungen auf Personen- oder Berufsgruppen gemäß Abs. 1 Z 3 dürfen nicht auf Geschlecht, Behinderung, ethnische Zugehörigkeit, Alter, Religion, Weltanschauung, sexuelle Orientierung oder auf das Bestehen einer allfälligen Zuordnung zu einer Risikogruppe einer meldepflichtigen Erkrankung abstellen.
(5) Die Bezirksverwaltungsbehörde kann die Einhaltung von Voraussetzungen und Auflagen – auch durch Überprüfung vor Ort – kontrollieren. Dazu sind die Organe der Bezirksverwaltungsbehörde und die von ihnen herangezogenen Sachverständigen berechtigt, Veranstaltungsorte zu betreten und zu besichtigen, sowie in alle Unterlagen, die mit der Einhaltung von Voraussetzungen und Auflagen nach diesem Bundesgesetz im Zusammenhang stehen, Einsicht zu nehmen und Beweismittel zu sichern. Der Veranstalter hat den Organen der Bezirksverwaltungsbehörde und den von diesen herangezogenen

Sachverständigen das Betreten und die Besichtigung des Veranstaltungsortes zu ermöglichen, diesen die notwendigen Auskünfte zu erteilen und die erforderlichen Unterlagen vorzulegen.
(6) Wird aufgrund des Abs. 1 eine Verordnung erlassen oder geändert und hat dies zur Folge, dass eine Veranstaltung nicht mehr bewilligt werden könnte, darf eine bereits erteilte Bewilligung für die Dauer der Geltung dieser Rechtslage nicht ausgeübt werden. In dieser Verordnung kann abweichend vom ersten Satz angeordnet werden, dass bestehende Bewilligungen unter Einhaltung der Anordnungen dieser Verordnung, die im Zeitpunkt der Erteilung der Bewilligung nicht gegolten haben und hinreichend bestimmt sind, ausgeübt werden dürfen. In einem solchen Fall gelten die Bewilligungen für die Dauer der Geltung der neuen Rechtslage als entsprechend der Verordnung geändert. § 68 Abs. 3 AVG bleibt unberührt.
(7) Wird auf Grund des Abs. 1 eine Verordnung erlassen oder geändert und hat dies zur Folge, dass eine allfällige Bewilligung in einer für den Veranstalter günstigeren Weise erteilt werden könnte, so kann die Behörde einen neuen Antrag auf Bewilligung nicht wegen entschiedener Sache zurückweisen.

Sonstige Übertretungen
§ 40

[...]
(2) Wer einen Veranstaltungsort gemäß § 15 entgegen den festgelegten Voraussetzungen oder Auflagen betritt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 500 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu einer Woche, zu bestrafen."

III.2. Nach § 12 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 2. COVID-19-NotMV war zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt beim Betreten von Orten zum Zweck der Teilnahme an Versammlungen nach dem Versammlungsgesetz (unter anderem) eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen.

Von der Pflicht zum Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden und eng anliegenden mechanischen Schutzvorrichtung, einer Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske), einer Corona SARS-CoV-2 Pandemie Atemschutzmaske (CPA) oder jeweils einer äquivalenten bzw. einem höheren Standard entsprechenden Maske ausgenommen waren gemäß § 15 Abs. 3 Z 2 COVID-19-NotMV Personen, denen dies aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden kann. Wer sich auf diese Ausnahme berufen wollte, musste das Vorliegen derselben gemäß § 16 leg. cit. glaubhaft machen und durch eine von einem in Österreich zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung nachweisen.

Verfahrensgegenständlich nahm die Bf am 24. Jänner 2021 um 17:06 Uhr in Wels am Stadtplatz 10 an einer Demonstration, einem sog. „Corona-Spaziergang" teil ohne eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen. Sie beruft sich auf das Vorliegen des

Ausnahmetatbestands gemäß § 15 Abs. 3 Z 2 2. COVID-19-NotMV, indem sie auf ein von Dr. P.E. ausgestelltes Maskenbefreiungsattest verweist.

Die Ausnahme von der Verpflichtung zum Tragen von Masken gemäß § 15 Abs. 3 Z 2 leg. cit. knüpft nach jüngster Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs allerdings nicht bloß daran an, dass der Betroffene über ein ärztliches Attest verfügt, sondern ob ihm die Erfüllung dieser Verpflichtung aus gesundheitlichen Gründen unzumutbar ist. Die glaubhaft zu machende Tatsache ist demnach nicht die Existenz einer von einem Arzt ausgestellten Bestätigung, sondern die Unzumutbarkeit der Erfüllung der Tragepflicht aus gesundheitlichen Gründen. (vgl. VwGH 7.2.2022, Ra 2021/03/0277; *Anm.: Die Entscheidung ist zwar zur 3. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung ergangen, kann aufgrund der insofern gleichlautenden Bestimmungen aber auf die Rechtslage nach der 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung übertragen werden.*)

Dadurch, dass der Ausnahmegrund des § 15 Abs. 3 Z 2 leg. cit. gemäß § 16 Abs. 2 2. COVID-19-NotMV durch eine ärztliche Bestätigung nachzuweisen ist, werden die Bescheinigungsmittel, die betroffenen Personen zur Glaubhaftmachung zur Verfügung stehen, eingeschränkt. Um der Obliegenheit zur Glaubhaftmachung zu entsprechen, muss demnach eine von einem in Österreich zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung vorgewiesen werden. Bei einer derartigen Bestätigung handelt es sich um ein ärztliches Zeugnis im Sinne des § 55 Ärztegesetz 1998, das vom Arzt nur nach gewissenhafter ärztlicher Untersuchung und nach genauer Erhebung der im Zeugnis zu bestätigenden Tatsachen nach seinem besten Wissen und Gewissen ausgestellt werden darf. Die Obliegenheit zur Glaubhaftmachung im Sinne der relevanten Bestimmungen wird nur bei Vorlage einer unbedenklichen ärztlichen Bestätigung erfüllt. Eine unbedenkliche ärztliche Bestätigung ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn Grund zur Annahme besteht, dass sie ohne gewissenhafte ärztliche Untersuchung und ohne genaue Erhebung der darin bestätigten Tatsachen erstellt wurde („Gefälligkeitsattest“). (vgl. VwGH 7.2.2022, Ra 2021/03/0277)

Verfahrensgegenständlich hat das Beweisverfahren ergeben, dass es sich bei dem von der Bf vorgelegten Dokument vom 9. Juli 2020 um ein solches „Gefälligkeitsattest“ handelt, das entgegen den Voraussetzungen des § 55 Ärztegesetz 1998 ohne vorhergehende ärztliche Untersuchung ausgestellt wurde, (vgl. dazu den unter Punkt II.1. festgestellten Sachverhalt und die Ausführungen in der Beweiswürdigung unter Punkt II.2.). Da das Attest kein ärztliches Zeugnis im Sinne des § 55 Ärztegesetz 1998 darstellt, reicht es zur Glaubhaftmachung im Sinne der §§ 15 Abs. 3 Z 2 und 16 Abs. 2 2. COVID-19-NotMV nicht aus; die Bf konnte sich folglich auf keine Ausnahme von der Maskentragepflicht gemäß § 15 Abs. 3 Z 2 leg. cit. berufen. Sie hat somit den objektiven Tatbestand der ihr vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

III.3. Gemäß § 5 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebots gemäß Abs. 1 und Abs. 1a par. cit. dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört, der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft und die Verwaltungsübertretung nicht mit einer Geldstrafe von über 50.000 Euro bedroht ist (Ungehorsamsdelikt). Solange der Täter bei einem ihm vorgeworfenen Ungehorsamsdelikt nicht glaubhaft gemacht hat, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich gewesen ist, hat das Verwaltungsgericht anzunehmen, dass der Verstoß bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können (VwGH 16.9.2020, Ra 2019/09/0143).

Bei dem gegenständlichen Delikt handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG, weil zum Tatbestand der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und über das zur Strafbarkeit erforderliche Verschulden nichts bestimmt ist. Zur Strafbarkeit genügt daher fahrlässiges Verhalten.

Das in Rede stehende Maskenbefreiungsattest wurde ohne gewissenhafte ärztliche Untersuchung und ohne genaue Erhebung der darin bestätigten Tatsachen erstellt, weshalb die Bf jedenfalls von keiner unbedenklichen Bestätigung ausgehen durfte (vgl. VwGH 7.2.2022, Ra 2021/03/0277). Ihr Vorbringen, sie habe „*im guten Glauben keine Maske getragen*“, weil das Attest von einem Arzt während aufrechter Berufsberechtigung ausgestellt worden sei, ist damit nicht zielführend. Es ist ihr letztlich nicht gelungen, im Sinne der §§ 15 Abs. 3 Z 2, 16 leg. cit. glaubhaft zu machen, dass ihr das Tragen einer Maske zum Tatzeitpunkt unzumutbar war; der vorliegende Sachverhalt rechtfertigt keine Subsumtion unter einen der Ausnahmetatbestände des § 15 leg. cit. Die Bf hat durch das Nichttragen einer Maske bei der Teilnahme an einem „Corona-Spaziergang“ am 24. Jänner 2021 den Straftatbestand des § 40 Abs. 2 EpiG damit zumindest fahrlässig erfüllt und ihr tatbildliches Verhalten somit auch subjektiv zu verantworten.

Im Ergebnis ist auch das Vorliegen der subjektiven Tatseite zu bejahen.

III.4.1. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 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 (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten 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 der Entscheidung soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

III.4.2. Der Strafrahmen für die gegenständliche Übertretung beträgt gemäß § 40 Abs. 2 EpiG bis 500 Euro.

Strafmildernd ist die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit der Bf zu werten. Straferschwerungsgründe liegen nicht vor.

Die verhängte Geldstrafe von 165 Euro beträgt etwa 30 % der in § 40 EpiG normierten Höchststrafe und erscheint als zu hoch. Unter Berücksichtigung des zur Verfügung stehenden Strafrahmens sowie des Milderungsgrundes der Unbescholtenheit zur Tatzeit erscheint eine Herabsetzung der Strafe auf 50 Euro als angemessen. In Anbetracht der Bedeutung des geschützten Rechtsgutes und auch vor dem Hintergrund des durch die übertretene Rechtsvorschrift verfolgten öffentlichen Interesses, die Bevölkerung vor einer weiteren Ausbreitung des COVID-19-Virus zu schützen, konnte eine weitere Herabsetzung nicht in Erwägung gezogen werden. Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde im Verhältnis der Geldstrafe festgesetzt.

III.5. Zusammenfassend wurde das von der Bf vorgelegte Maskenbefreiungsattest ohne vorhergehende ärztliche Untersuchung und damit entgegen den Voraussetzungen des § 55 Ärztegesetz 1998 ausgestellt. Es war daher für die Glaubhaftmachung des Ausnahmegrunds gemäß § 15 Abs. 3 Z 2 2. COVID-19-NotMV nicht geeignet. Die Bf wäre daher bei der Teilnahme an der Versammlung „Corona-Spaziergang“ am 24. Jänner 2021 gemäß §§ 12 Abs. 1 Z 2 iVm Abs. 2 2. COVID-19-NotMV verpflichtet gewesen, eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen. Der Verstoß gegen die Maskentragepflicht war als Verwaltungsübertretung strafbar.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III.6. Im Ergebnis war der Beschwerde daher insofern Folge zu geben, als eine Geldstrafe in der Höhe von 50 Euro sowie eine Ersatzfreiheitsstrafe von 16 Stunden zu verhängen war.

Bei diesem Ergebnis war der Bf kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht vorzuschreiben. Die Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens waren gemäß § 38 VwGVG iVm § 64 Abs. 1 und 2 VStG mit 10 Euro festzusetzen.

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; insbesondere konnten die zu lösenden Rechtsfragen aufgrund der eindeutigen Bestimmungen der 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung sowie aufgrund der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs beantwortet werden.

Für die Beschwerdeführerin 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 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. Zauner