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-701675/13/Kl/MSt

Datum:
Linz, 2. August 2022

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des M P, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. P R, MMag. D P, K, I, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Schärding vom 28. Februar 2022, GZ: BHSD/922140000804/22, wegen Übertretung nach dem Epidemiegesetz 1950 nach der am 20. Juli 2022 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung durch mündliche Verkündung

zu Recht e r k a n n t :

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass im Spruch im Einleitungssatz der 30.1.2022 zu zitieren ist und die Strafnorm mit „§ 40 Abs. 1 Schlussteil Epidemiegesetz 1950 – EpiG BGBl. Nr. 196/1950 idF BGBl. I Nr. 255/2021“ zu zitieren ist.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren von 60 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

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Schärding vom 28. Februar 2022, GZ: BHSD/922140000804/22, wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von 300 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 19 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 40 Abs. 1 lit. a iVm § 5 Abs. 1 Epidemiegesetz 1950, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 255/2021 iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 15/2020 verhängt.
Folgende Tat wurde vorgeworfen:
„Am 30.01.2021 wurde von der Bezirkshauptmannschaft Schärding telefonisch zur Verhütung der Weiterverbreitung der anzeigepflichtigen Krankheit ‚2019 neuartiges Coronavirus' (SARS-CoV-2/COVID-19) angeordnet, dass Sie mit sofortiger Wirkung in Ihrer Unterkunft in S, A, abgesondert werden, weil Sie als Verdachtsfall eingestuft worden sind. Sie haben es auf telefonische Anordnung der Gesundheitsbehörde vom 30.01.2022 unterlassen, sich beim DriveIn 1 in 4792 Münzkirchen, Eisenbirnerstraße 7, am 30.01.2022 einer PCR-Testung zu unterziehen, obwohl Kranke, Krankheitsverdächtige und Ansteckungsverdächtige verpflichtet sind, den zuständigen Behörden die erforderlichen Auskünfte zu erteilen und sich den notwendigen ärztlichen Untersuchungen sowie der Entnahme von Untersuchungsmaterial zu unterziehen. Auch bei einer Polizeikontrolle am 31.01.2022 haben Sie sich beharrlich geweigert, sich testen zu lassen."

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und darin die Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt. Im Wesentlichen wurde ausgeführt, dass es unrichtig sei, dass sich der Beschwerdeführer beharrlich geweigert hätte. Er habe sich umgehend in häusliche Absonderung begeben und diese auch strikt eingehalten. Auch habe er sich nicht geweigert einen weiteren PCR-Test zu machen, jedoch nicht unter einem Verlassen des Hauses in einer DriveIn-Station. Dies sei für kranke Personen unzumutbar, bestehe Ansteckungsgefahr für die Mitmenschen und stelle offenkundig keine notwendige ärztliche Untersuchung dar, wenn bereits ein positives PCR-Testergebnis vorgelegen habe. Die Aufforderung sei rechtlich nicht gedeckt, zumal bereits eine positive Testung vorgelegen habe. Auch habe der Beschwerdeführer Fieber gehabt. Es fehle an einer gesetzlichen Grundlage, bei positiv getesteten abgesonderten Personen nochmals mittels eines weiteren PCR-Tests eine Überprüfung durchzuführen. Auch könne eine Entnahme von Untersuchungsmaterial auch vor Ort bei der kranken Person erfolgen. Die Annahme der Behörde, der Beschwerdeführer habe kein Fieber gehabt, sei geradezu absurd und lebensfremd, zumal Fieber geradezu ein typisches Symptom dieser Krankheit sei. Außerdem werde die Strafbemessung bekämpft.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Schärding als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt und einen Verwaltungsstraf-vormerkungsauszug beigeschlossen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme, insbesondere in den EPM-PDF-Export. Weiters wurde eine öffentliche mündliche Verhandlung für den 20. Juli 2022 anberaumt, zu welcher der Beschwerdeführer mit seinem Rechtsvertreter geladen wurde und erschienen ist. Die weiters geladene Behörde hat sich entschuldigt. Weiters wurden die Zeugen GI H R und Mag. D R geladen und einvernommen.

4.1. Folgender Sachverhalt ist erwiesen und wird zugrunde gelegt:

Eine Probenahme durch den Beschwerdeführer am 24. Jänner 2022 im Rahmen „Oberösterreich gurgelt“ ergab ein positives Testergebnis, das per E-Mail am 27.1.2022 an den Beschwerdeführer übermittelt wurde und von diesem am Folgetag (28.1.2022) geöffnet wurde. Das positive Testergebnis vom 27.1.2022 wurde zunächst an das CT-Pool beim Amt der Oö. Landesregierung abgetreten und wurden von dort aus erste Eintragungen in das EPM gemacht, wobei der Beschwerdeführer bei einer Kontaktnahme am 29.1.2022 Auskünfte zur weiteren Datenerhebung verweigerte und telefonisch auf die Quarantäne hingewiesen wurde. Die weitere fortgesetzte Behandlung erfolgte durch die Mitarbeiterin Mag. R der Bezirkshauptmannschaft Schärding, wonach diese am 30. Jänner 2022 telefonischen Kontakt mit dem Beschwerdeführer aufnahm, die fehlenden Daten abgefragt hat und vervollständigt hat und mündlich per Telefon den Beschwerdeführer zu einer weiteren PCR-Testung aufgefordert hat, wobei auch ein konkreter Termin und die DriveIn-Teststraße bekanntgegeben wurden. Auch wurde bei diesem Telefonat mündlich die Quarantäne ausgesprochen. Weiters wurden auch der PCR-Testtermin und die Teststraße per SMS an den Beschwerdeführer bekanntgegeben, nämlich bei jener Telefonnummer, die zuvor angerufen wurde. Eine Zusendung dieser Aufforderung per E-Mail, welche von dem Beschwerdeführer verlangt wurde, wurde nicht mehr gemacht. Vom Beschwerdeführer wurde in diesem Telefonat weder bekanntgegeben, dass er keine SMS empfangen kann, noch dass er Fieber hätte und nicht zum DriveIn kommen könne. Es wurden keine Symptome, also auch nicht Fieber bekanntgegeben. Der Testtermin wäre noch am selben Tag, also am 30.1.2022, gewesen. Der Testtermin selbst steht nicht im EPM-Export, weil es für Testtermine ein gesondertes Programm gibt, in welchem alle Termine aufgelistet sind.
Am nächsten Tag (31.1.2022) fiel auf, dass der Beschwerdeführer nicht zur Testung erschienen ist. Die Behörde hat daher die Polizei veranlasst, eine Kontrolle der Quarantäne durchzuführen und zur Vornahme einer PCR-Testung aufzufordern. Zu einer weiteren PCR-Testung nach einem positiven Gurgeltest wird insofern von der Behörde aufgefordert, als Gurgeltests als unsicher gelten und daher zur Absicherung des Testergebnisses immer dann ein behördlicher PCR-Test verlangt wird.

Durch Gruppeninspektor H R fand dann im Auftrag der Behörde eine Kontrolle der Quarantäne am Wohnsitz des Beschwerdeführers am 31.1.2022 statt. Er wurde zuhause angetroffen. Auch wurde er zu einer PCR-Testung bei der Straßenmeisterei Münzkirchen im DriveIn aufgefordert. Der Beschwerdeführer gab dabei an, dass ihn das nicht interessiere, er einen Anwalt habe und er dies rechtlich durchfechten werde. Angaben, dass er so krank sei, dass er nicht zur Straßenmeisterei fahren könne oder dass er Fieber hätte, machte er gegenüber der Polizei nicht. Das Ergebnis der Kontrolle wurde vom Kontrollorgan der Behörde mündlich mitgeteilt.

4.2. Dieser Sachverhalt ist aufgrund des im Akt einliegenden EPM-PDF-Exports sowie der Angaben der in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen erwiesen. Die Zeugen erschienen glaubwürdig und gab es bei den Aussagen keine Widersprüche. Die Angaben der Zeugen können daher glaubwürdig der Beweiswürdigung zugrunde gelegt werden. Es ist demnach eindeutig davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer am 30. Jänner 2022 der Aufforderung zur PCR-Testung am selben Tag im DriveIn nicht nachgekommen ist und auch am Folgetag 31. Jänner 2022 sich nicht einer Testung unterzogen hat.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 5 Abs. 1 Epidemiegesetz 1950 – EpiG, BGBl. Nr. 186/1950 in der Fassung BGBl. I Nr. 100/2021, haben über jede Anzeige sowie über jeden Verdacht des Auftretens einer anzeigepflichtigen Krankheit die zuständigen Behörden durch die ihnen zur Verfügung stehenden Ärzte unverzüglich die zur Feststellung der Krankheit und der Infektionsquelle erforderlichen Erhebungen und Untersuchungen einzuleiten. Kranke, Krankheitsverdächtige und Ansteckungsverdächtige sind verpflichtet, den zuständigen Behörden die erforderlichen Auskünfte zu erteilen und sich den notwendigen ärztlichen Untersuchungen sowie der Entnahme von Untersuchungsmaterial zu unterziehen. Zum Zwecke der Feststellung von Krankheitskeimen sind hiebei nach Möglichkeit fachliche Untersuchungsanstalten in Anspruch zu nehmen.

Gemäß § 40 Abs. 1 lit. a EpiG, BGBl. Nr. 186/1950 idF. BGBl. I Nr. 255/2021 (in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung), macht sich, wer durch Handlungen oder Unterlassungen den in den Bestimmungen der §§ 5, 8, 12, 13, 21 und 44 Abs. 2 enthaltenen Geboten und Verboten zuwiderhandelt, sofern die Tat nicht mit gerichtlicher Strafe bedroht ist, einer Verwaltungsübertretung schuldig und ist mit Geldstrafe von 145 Euro bis zu 1.450 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe bis zu vier Wochen zu bestrafen.

5.2. Im Grunde des durchgeführten Beweisverfahrens ist erwiesen, dass der Beschwerdeführer der behördlichen Anordnung vom 30. Jänner 2022, sich einer PCR-Testung im DriveIn Straßenmeisterei Münzkirchen noch am 30.1.2022 zu

unterziehen, nicht Folge geleistet hat und auch in weiterer Folge anlässlich der polizeilichen Kontrolle am 31.1.2022 der nochmaligen Aufforderung zur PCR-Testung im DriveIn in Münzkirchen nicht nachgekommen ist. Es wurde daher der behördlichen Aufforderung sich der Entnahme von Untersuchungsmaterial zu unterziehen nicht Folge geleistet. Der Beschwerdeführer ist daher seiner Verpflichtung gemäß § 5 Abs. 1 2. Satz EpiG nicht nachgekommen. Er hat daher den objektiven Tatbestand der Verwaltungsübertretung gemäß § 40 Abs. 1 lit. a EpiG erfüllt. Da bereits ein positiver Gurgeltest vorhanden war, galt er als krankheitsverdächtig und war daher zur Entnahme von Untersuchungsmaterial über Aufforderung der zuständigen Behörde verpflichtet. Da Gurgeltests durch den Beschwerdeführer durchgeführt werden und Unsicherheiten des Ergebnisses auftreten können, war die Behörde auch gehalten Klarheit über die Bestätigung des Krankheitsverdachtes zu verschaffen und daher auch berechtigt, zur Feststellung der Krankheit und der Infektionsquelle Erhebungen durch Anordnung eines behördlichen PCR-Testes zu treffen.

Da die Behörde zur Feststellung der Krankheit und der Infektionsquelle berechtigt und verpflichtet war, waren daher auch weitere Beweisanträge des Beschwerdeführers, ob die Vorgehensweise über die Nachtestung geboten war, nicht relevant und daher nicht aufzunehmen.

Schließlich ist die Behörde bei Zweifel eines entsprechenden Ansteckungsverdachtes oder bezüglich der Fortdauer einer COVID-Erkrankung gehalten zu überprüfen, ob eine aufrechte Absonderung noch rechtmäßig ist. Eine gewissenhafte Überprüfung der Behörde erfordert daher auch die Erhebung labordiagnostischer Nachweise, wie CT-Werte, die auf die vorhandene Virenlast schließen lassen und so eine fundierte Aussage über den Infektions- bzw. Krankheitsverlauf und über die Ansteckungsfähigkeit einer Person ermöglichen. Auch ist die Ermittlung des CT-Werts und damit der Ansteckungsfähigkeit zur Festlegung einer angemessenen Absonderungsdauer erforderlich.

5.3. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. 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.
Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar, wobei zur Strafbarkeit bereits Fahrlässigkeit ausreicht und Fahrlässigkeit im Sinne der zitierten Bestimmungen ohne weiteres anzunehmen ist, sofern vom Beschwerdeführer kein Entlastungsnachweis erbracht wird.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht aus.
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 16.09.2020, Ra 2019/09/0143).

Ein entsprechendes Vorbringen hat der Beschwerdeführer nicht gemacht. Er hat daher ein mangelndes Verschulden nicht glaubhaft gemacht. Vielmehr ist aus seiner Weigerung, den Aufforderungen zu folgen, ein zumindest bedingter Vorsatz abzuleiten. Es ist daher auch Verschulden gegeben.

5.4. 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.
Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind 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 §§ 32 bis 35 des 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 des Bescheides soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

Für die gegenständliche Übertretung beträgt gemäß § 40 Abs. 1 lit. a EpiG die Mindeststrafe 145 Euro und die gesetzliche Höchststrafe 1.450 Euro.

Die belangte Behörde hat ein monatliches Nettoeinkommen von 1.500 Euro, kein Vermögen und keine Sorgepflichten der Strafbemessung zugrunde gelegt. Der Beschwerdeführer ist nicht unbescholten; es liegt eine rechtskräftige Vorstrafe nach der Kurzparkzonenüberwachungsverordnung in Verbindung mit der StVO vor. Es liegt daher der Strafbemessung kein Milderungsgrund zugrunde. Nach ständiger

Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist nur die absolute Unbescholtenheit als mildernd zu werten. Weitere bei der Strafbemessung zu berücksichtigende Umstände wurden vom Beschwerdeführer nicht vorgebracht und kamen nicht hervor. Es ist daher die belangte Behörde bei dem ihr bei der Strafbemessung zukommenden Ermessen in gesetzmäßiger Weise vorgegangen. Der Beschwerdeführer zeigt keine Einsicht hinsichtlich seines unrechten Verhaltens und ist daher die Strafe auch erforderlich, um die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens eindrücklich dem Beschwerdeführer vor Augen zu führen um ihn von einer weiteren Begehung künftiger gleichartiger Übertretungen abzuhalten.
Es konnte daher die festgelegte Geldstrafe und Ersatzfreiheitsstrafe, welche im untersten Bereich des Strafrahmens gelegen sind, bestätigt werden.

5.5. Da es sich in der Einleitung des Spruches des Straferkenntnisses um einen offensichtlichen Schreibfehler handelt, konnte eine Berichtigung im Straferkenntnis durchgeführt werden.

5.6. Da die Beschwerde keinen Erfolg hatte, war dem Beschwerdeführer ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren in der Höhe von 20 % der verhängten Strafe, das sind 60 Euro, gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG aufzuerlegen.

6. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, weil keine Rechtsfragen zu klären waren, denen grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung konnte auf den klaren Wortlaut der zitierten Bestimmungen gestützt werden.

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 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. 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

Dr. Klempt