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-701694/18/KPe

Datum:
Linz, 4. Juli 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Pernsteiner über die Beschwerde der C S, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 03.03.2022, GZ: BHRO/922130017870/22, wegen Übertretung des Epidemiegesetzes 1950 iVm der 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben und die verhängte Strafe auf 70 Euro, und die für den Nichteinbringungsfall verhängte Ersatzfreiheitsstrafe auf 23 Stunden herabgesetzt. Weiters wird der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses

a) dahingehend korrigiert, dass die verletzten Rechtsvorschriften zu lauten haben:

„§ 40 Abs. 2 Epidemiegesetz 1950, BGBl. Nr. 186/1950 in der Fassung BGBl. I Nr. 136/2020, § 15 Epidemiegesetz 1950, BGBl. Nr. 186/1950 in der Fassung BGBl. I Nr. 33/2021, iVm § 13 Abs 3 und Abs 4 der 4. COVID-19-SchumaV, BGBl II Nr. 58/2021, in der Fassung BGBl II Nr. 111/2021“

und die angewendete Strafnorm zu lauten hat:

„§ 40 Abs. 2 Epidemiegesetz 1950, BGBl 186/1950, in der Fassung BGBl. I Nr. 136/2020“ und

b) wie folgt ergänzt:

> „*Die Ausnahme von der Pflicht zum Tragen einer Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard für Personen, denen dies aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden kann, (§ 17 Abs 5 der 4. COVID-19-SchumaV, BGBl II Nr. 58/2021, in der Fassung BGBl II Nr. 111/2021) liegt nicht vor*."

Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde wird von 12 Euro auf 10 Euro herabgesetzt.

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 Strafverfügung vom 14.06.2021, GZ: BHPE/921110004411/21, verhängte die Bezirkshauptmannschaft Perg gegen die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) eine Geldstrafe in Höhe von 200 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von 2 Tagen und 19 Stunden. Vorgeworfen wurde der Bf, dass sie am 14.05.2021 um 14:40 Uhr in M, gegenüber dem Objekt x, auf einem Parkplatz, an der Versammlung „Behördenwillkür“ teilgenommen habe und dabei keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen habe.

I.2. Mit E-Mail vom 20.06.2021 erhob die Bf fristgerecht Einspruch.

I.3. Am 25.01.2022 wurde das Verwaltungsstrafverfahren von der Bezirkshauptmannschaft Perg an die Bezirkshauptmannschaft Rohrbach (im Folgenden: belangte Behörde) abgetreten.

I.4. Die Aufforderung der belangten Behörde vom 26.01.2022 zur Bekanntgabe der Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfälliger Sorgepflichten ließ die Bf unbeantwortet.

I.5. Nach Aufforderung der belangten Behörde vom 15.02.2022 zur Rechtfertigung brachte die Bf vor, aus gesundheitlichen Gründen von der Maskentragungspflicht befreit zu sein und legte ein ärztliches Maskenbefreiungsattest vor. Die Bf verwies zur Rechtsgültigkeit des Attests auf ein Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich mit der Geschäftszahl „LVwG-700947/2/Kli“. Überdies sei das Tragen einer FFP2-Maske ein massiver Eingriff in ihre Gesundheit und damit in ihre Rechte. Die Bf verwies zudem auf das Recht auf Maskenpause. Zudem führte sie aus, dass sämtliche Corona-Maßnahmen hochgradig verfassungswidrig seien und verwies auf verschiedene Studien, wonach das Tragen einer Maske im Alltag schade. Angeführt wurde weiters eine Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Wien vom 24.03.2021 (GZ: VGW–103/048/3227/2021-2) und eine Studie aus China.

I.6. Mit dem hier verfahrensgegenständlichen Straferkenntnis der belangten Behörde vom 03.03.2022 (zugestellt am 07.03.2022), GZ: BHRO/922130017870/22, wurde der Bf vorgeworfen, sie habe um 14:40 Uhr in M, Parkplatz, an der Versammlung "Behördenwillkür" teilgenommen und dabei keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormten Standard getragen. Dadurch habe die Bf die Bestimmungen entgegen der Bestimmungen des § 40

Abs. 2 i.V.m. § 15 EpiG, BGBl. Nr. 186/1950 idF BGBl. I Nr. 64/2021, i.V.m. § 13 Abs. 3 und Abs. 4 der 4. COVID-19-SchuMaV, BGBl. II Nr. 58/2021 idF BGBl. II Nr. 206/2021 am 14.05.2021, verletzt. Gemäß § 40 Abs. 2 i.V.m. § 15 EpiG, BGBl. Nr. 186/1950 idF BGBl. I Nr. 64/2021, i.V.m. § 13 Abs. 3 und Abs. 4 der 4. COVID-19-SchuMaV, BGBl. II Nr. 58/2021 idF BGBl. II Nr. 206/2021, wurde über die Bf eine Geldstrafe in Höhe von 120 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 1 Tag und 16 Stunden) verhängt.

I.7. Mit E-Mail vom 13.03.2022 erhob die Bf gegen das Straferkenntnis der belangten Behörde Beschwerde und teilte darin inhaltlich mit, dass der Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 02.11.2021 (Ra 2021/11/0112-3) zum Thema Gültigkeit von Maskenbefreiungsattesten nicht relevant sei, da dieser erst 6 Monate nach dem Tatzeitpunkt ergangen sei und die Bf daher hiervon noch keine Kenntnis haben konnte. Die Bf verwies zudem auf das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich (GZ: 700947) vom 14.04.2021 wonach bestätigt worden sei, dass ein ähnliches Attest Gültigkeit besitze und sie gegen kein Gesetz verstoße. Sie habe sich aufgrund ihrer gesundheitlichen Beschwerden an einen Arzt ihres Vertrauens gewendet und dieser habe ihr ein Attest ausgestellt. Falls ein Arzt nach Ausstellung eines Attestes nicht mehr bei der Ärztekammer gelistet sei, ändere dies nichts an den gesundheitlichen Beschwerden und der fachlichen Beurteilung des Arztes zum Zeitpunkt der Ausstellung. Weiters wurden verfassungsrechtliche Bedenken vorgebracht und im Übrigen auf das Rechtfertigungsschreiben vom 20.02.2022 verwiesen.

I.8. Mit Schreiben vom 28.03.2022 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt – ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen – dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Dieses erkennt durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die Beschwerde und den vorgelegten Verwaltungsstrafakt. Zudem wurde eine öffentliche mündliche Verhandlung am 02.06.2022 durchgeführt.

II.2. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt steht fest:

Die Bf nahm am 14.05.2021 um 14:40 Uhr in M am Parkplatz gegenüber dem Objekt x, an der Versammlung „Behördenwillkür“ teil. Dabei trug die Bf keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard. Im Rahmen einer

Kontrolle durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes berief sich die Bf auf ein Maskenbefreiungsattest und wies dabei ein als „Ärztliches Attest lt. COVID-19-LV §111 Abs. 3 197. Verordnung vom 30.04.2020“ titulierte und an die Bf adressiertes Schreiben vor, welches am 20.08.2020 von Dr. P E, Arzt für psychosomatische und psychotherapeutische, Arbeits- und Allgemeinmedizin, x, ausgestellt worden ist. Der Inhalt dieses Schriftstücks lautete wie folgt:

„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.“

Ob der Ausstellung des oben genannten „ärztlichen Attests“ eine gewissenhafte Untersuchung vorausgegangen ist und dabei die darin bestätigten Tatsachen genau erhoben wurden, konnte nicht festgestellt werden.

Ob der Bf am 14.05.2021 das Tragen einer Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (oder gleichwertig) aus gesundheitlichen Gründen tastsächlich unzumutbar war, konnte nicht festgestellt werden.

II.3. Beweiswürdigung:

Der unter Punkt II.2. festgestellte Sachverhalt ergibt sich für das erkennende Gericht eindeutig und schlüssig aus dem Verwaltungsstrafakt der belangten Behörde und dem Vorbringen der Bf. Die Bf bestreitet die Tatsache der Teilnahme an der Versammlung am 14.05.2021 und den Umstand, dass sie bei dieser Versammlung keine entsprechende Maske getragen hat, nicht. Darüber hinaus bestätigte der im Rahmen der mündlichen Verhandlung zeugenschaftlich einvernommene Meldungsleger die Verantwortung der Bf.

Dass die Bf anlässlich der Kontrolle auch ihr ärztliches Attest vorgezeigt hat, ergab sich aus der nachvollziehbaren Aussage der Bf. Das Gericht sah diesbezüglich keinen Grund, an der Richtigkeit zu zweifeln.

Die Negativfeststellung zu den gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Bf, die ihr das Tragen einer FFP2-Maske unzumutbar machen, war aufgrund der Weigerung der Bf zu treffen, hiezu Angaben zu machen.

Konkret hat sich die Bf nicht dazu geäußert, wie sie das „Attest“ erhalten hat, ob sie dafür bezahlt hat oder auf welche medizinischen Gründe sich das Attest stützt (Protokoll Seite 3). Ebenso hat die Bf das Bestehen von gesundheitlichen Einschränkungen, die ihr das Tragen einer FFP2-Maske unzumutbar machen, behauptet, jedoch weitere Erklärungen dazu abgelehnt (Protokoll Seite 3).

Nach eigenen Angaben verfügt die Bf über kein anderes (aktuelleres) Maskenbefreiungsattest (Protokoll Seite 3), sodass alleine aufgrund der Tatsache, dass das vorgelegte „Attest“ vom 20.08.2020 zum Tatzeitpunkt (14.05.2021) beinahe 9 Monate alt war, keine Rückschlüsse auf den damaligen Gesundheitszustand der Bf möglich sind.

Zur Frage, ob dem Attest eine gewissenhafte Untersuchung vorausgegangen ist, musste ebenso eine Negativfeststellung getroffen werden, zumal auch hier die Bf nähere Angaben verweigerte (Protokoll Seite 3). Notorisch ist zudem die Tatsache, dass dem das „Attest“ ausstellenden Arzt wegen Ausstellung von Gefälligkeitsattesten (ohne Untersuchung) vom Disziplinarrat der Österreichischen Ärztekammer, Disziplinarkommission für Steiermark, mit Beschluss vom 21.09.2020 (zugestellt am 1. Oktober 2020) die Berufsausübung vorläufig untersagt wurde (VwGH vom 02.11.2021, Ra 2021/11/012). Mit Beschluss der Österreichischen Ärztekammer vom 8. März 2021 (zugestellt am 11. März 2021) wurde Dr. P E endgültig aus der Liste der zur Berufsausübung in Österreich befugten Ärzte gestrichen. Aufgrund dieser Umstände hat das erkennende Gericht erhebliche Zweifel an der Unbedenklichkeit und damit an der Richtigkeit der im Attest bekundeten gesundheitlichen Einschränkungen der Bf.

Nachdem offensichtliche gesundheitliche Einschränkungen bei der Bf im Rahmen der mündlichen Verhandlung nicht zu Tage getreten sind und die Bf eine nähere Auskunftserteilung verweigerte, konnten keine entsprechenden Feststellungen getroffen werden.

II.4. Mitwirkungspflicht der Beschwerdeführerin:

Was die entscheidungserhebliche Tatsache betrifft, nämlich ob die Bf gesundheitliche Einschränkungen zum Tatzeitpunkt hatte, die ihr das Tragen einer FFP2-Maske unzumutbar machten, musste – wie oben dargelegt – eine Negativfeststellung getroffen werden.

Dazu ist anzumerken, dass im Verwaltungsverfahren im Allgemeinen und im Verwaltungsstrafverfahren im Besondern der Grundsatz der amtswegigen Ermittlungspflicht der Behörden gilt. Der Grundsatz der Amtswegigkeit des Verfahrens befreit den Beschuldigten aber nicht von der Verpflichtung, zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes beizutragen (VwGH 27.03.1991, 90/10/0215; s auch § 41 Abs 1 Z 2 und § 42 Abs 1 Z 2). Die Mitwirkungspflicht hat insbesondere dort Bedeutung, wo ein Sachverhalt nur im Zusammenwirken mit der Partei geklärt werden kann (zB VwGH 14.12.2012, 2010/09/0160 [Umstände, die der Privatsphäre der Partei zuzuordnen sind]), und erfordert es, dass der Beschuldigte seine Verantwortung nicht darauf beschränken kann, die ihm zur Kenntnis gelangten Erhebungsergebnisse für unrichtig zu erklären, ohne diesen ebenso konkrete Behauptungen entgegenzusetzen und entsprechende

Beweise anzubieten (VwGH 25.09.1981, 81/02/0050; 20.09.1999, 98/21/0137; 22.03.2012, 2011/09/0004; insb zu Ungehorsamsdelikten, bei denen es Sache des Beschuldigten ist, initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht, vgl VwGH 15.10.1987, 87/02/0080). Insbesondere liegt es grundsätzlich an der Partei, das Vorliegen von Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründen durch ein konkretes Vorbringen zu behaupten und der Behörde die für die Beurteilung erforderlichen Informationen an die Hand zu geben (VwGH 25.9.2014, 2012/07/0214). Das bloße globale Bestreiten des Beschuldigten, ohne nähere Konkretisierung und Stellung von Beweisanträgen, löst keine weitere Ermittlungspflicht aus (VwGH 27.01.1987, 84/10/0219; 20.09.1999, 98/21/0137). Unterlässt der Beschuldigte die gebotene Mitwirkung im Verwaltungsstrafverfahren, so bedeutet es keinen Verfahrensmangel, wenn die Behörde von Amts wegen keine weiteren Erhebungen durchführt (VwGH 25.9.1981, 81/02/0050; 4.9.1995, 94/10/0099; 20.09.1999, 98/21/0137; vgl auch VwGH 25.02.2015, Ra 2014/02/0179, wonach es dem Beschuldigten zur Last fällt, wenn dieser zur Erteilung einer gesetzlichen Auskunft mangels entsprechender Aufzeichnungen nicht in der Lage ist). Möchte die Behörde die Mitwirkungspflicht des Beschuldigten aktualisieren, so hat sie ihn nachweislich zur Mitwirkung an der Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes aufzufordern (etwa durch Verfahrensanordnung oder im Wege der Ladung zur mündlichen Verhandlung), widrigenfalls ihr Verfahren mangelhaft ist (vgl *Raschauer* in *Raschauer/Wessely*² § 25 Rz 5).

Nachdem die Bf trotz Durchführung einer mündlichen Verhandlung und ausdrücklich gestellten Fragen an der Aufklärung des Sachverhalts nicht mitwirkte, konnten vom erkennenden Gericht – in Ermangelung eines entsprechenden Tatsachensubstrats – auch keine (für die Bf günstigeren) Feststellungen getroffen werden.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Rechtsgrundlagen:

§ 15 Abs. 1 Epidemiegesetz 1950, BGBl. Nr. 186/1950 idF BGBl. I Nr. 33/2021, (im Folgenden: EpiG) ermöglicht beim Auftreten einer meldepflichtigen Krankheit zum Schutz vor deren Weiterverbreitung unter anderem, dass Veranstaltungen, die ein Zusammenströmen größerer Menschenmengen mit sich bringen, an die Einhaltung bestimmter Voraussetzungen oder Auflagen zu binden sind. Im § 15 Abs. 2 Z 2 EpiG ist als eine solche Voraussetzung oder Auflage die „*Verpflichtung zum Tragen einer mechanischen Mund-Nasen-Schutzvorrichtung*“ genannt.

Die 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung (BGBl. II Nr. 58/2021 in der hier anzuwendenden Fassung BGBl. II Nr. 206/2021), die unter anderem aufgrund von § 15 EpiG erlassen wurde, legt im § 13 Abs. 1 fest, dass Veranstaltungen untersagt

sind. Dies gilt allerdings unter anderem nicht für „*Versammlungen nach dem Versammlungsgesetz 1953 ...*“ (vgl. § 13 Abs. 3 Z 2 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung).

Bei der Teilnahme an erlaubten Veranstaltungen (wie etwa Versammlungen) ordnet § 13 Abs. 4 leg.cit. an, dass zu haushaltsfremden Personen ein Mindestabstand einzuhalten ist und zusätzlich bei Veranstaltungen unter anderem iSd § 13 Abs. 3 Z 2 leg.cit. (Versammlungen) „*eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard zu tragen*“ ist.

Eine Ausnahme von der Tragepflicht solcher Masken sieht § 17 Abs. 5 leg.cit. vor, „*für Personen, denen dies aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden kann.*“

Dieser Umstand der gesundheitlichen Unzumutbarkeit ist nach § 19 Abs. 2 leg.cit. folgendermaßen glaubhaft zu machen: „*Der Ausnahmegrund, wonach aus gesundheitlichen Gründen das Tragen einer Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil [...] nicht zugemutet werden kann, ist durch eine von einem in Österreich zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung nachzuweisen.*“

Für die Ausstellung ärztlicher Zeugnisse sieht § 55 Ärztegesetz 1998 (idF BGBl. I Nr. 169/1998) vor, dass ein Arzt ärztliche Zeugnisse „*nur nach gewissenhafter ärztlicher Untersuchung und nach genauer Erhebung der im Zeugnis zu bestätigenden Tatsachen nach seinem besten Wissen und Gewissen ausstellen*“ darf.

Die Verwaltungsstrafnorm des § 40 Abs. 2 EpiG (BGBl. Nr. 186/1950 idF BGBl. I Nr. 136/2020) legt fest, dass „*wer einen Veranstaltungsort gemäß § 15 entgegen den festgelegten Voraussetzungen oder Auflagen betritt, ... eine Verwaltungsübertretung“* begeht *„und ... mit einer Geldstrafe von bis zu 500 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu einer Woche, zu bestrafen*“ ist.

III.2. Zur objektiven Tatseite:

Unstrittig steht fest, dass die Bf bei der Versammlung am 14.05.2021 um 14:40 Uhr teilgenommen hat und dabei keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen hat.

Damit steht aber auch fest, dass die Bf in objektiver Hinsicht gegen die Verpflichtung zum Tragen einer FFP2-Maske bei Versammlungen (gemäß der

Bestimmung des § 13 Abs 3 Z 2 iVm § 13 Abs 4 der 4. COVID-19-SchuMaV) verstoßen hat.

Die Bf beruft sich aber auf die Unzumutbarkeit des Tragens einer FFP2-Maske aus gesundheitlichen Gründen. Der entsprechende Ausnahmetatbestand des § 17 Abs. 5 der 4. COVID-19-SchuMaV ist hingegen nur anwendbar, wenn bei der Bf gesundheitliche Einschränkungen vorliegen, die ihr das Tragen einer FFP2-Maske unzumutbar machen. Das Vorliegen derartiger gesundheitlicher Gründe zum Tatzeitpunkt konnte aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens (aus den oben genannten Gründen) nicht erwiesen werden.

Darüber hinaus ist auch zu erwähnen, dass nur eine unbedenkliche ärztliche Bestätigung geeignet ist, einen entsprechenden Nachweis für das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands zu erbringen. Eine unbedenkliche Bestätigung liegt aber nicht vor, wenn diese ohne gewissenhafte ärztliche Untersuchung und ohne genaue Erhebung der darin bestätigten Tatsachen erstellt worden war, etwa wenn ein solches „Attest“ online bestellt und ohne Untersuchung ausgestellt worden wäre (vgl. VwGH vom 07.02.2022, Zl Ra 2021/03/2077). Nachdem auch zu den näheren Umständen der Attest-Ausstellung keine Feststellungen getroffen werden konnten, liegt im Sinne der Rechtsprechung im konkreten Fall auch kein unbedenkliches Attest vor.

Zur in der Beschwerde behaupteten Verfassungswidrigkeit der 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung ist zunächst auf das in den Art. 89, 139, 139a, 140 und 140a Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) grundgelegte System der Verfassungsgerichtsbarkeit hinzuweisen. Dieses beruht auf dem Grundgedanken, dass der Verfassungsgerichtshof als einzige Instanz über die Rechtmäßigkeit auf Grund der österreichischen Verfassung erzeugter genereller, allgemein verbindlicher Normen zu entscheiden hat. Damit wird ein Element der Rechtssicherheit etabliert, das die österreichische Verfassungsordnung maßgeblich prägt: Die Verbindlichkeit solcher genereller Normen soll für niemanden in Frage stehen, solange deren Rechtswidrigkeit nicht in einem förmlichen Verfahren durch den Verfassungsgerichtshof festgestellt wird. Das Ergebnis einer solchen verfassungsgerichtlichen Prüfung wird in gleicher Weise wie die als rechtswidrig befundene generelle Norm kundgemacht (vgl. VfGH 28.06.2017, V4/2017 [V4/2017-24]). Gemäß Art. 89 Abs. 2 B-VG iVm. Art. 135 Abs. 4 B-VG ist ein Gericht nur verpflichtet, einen Antrag auf Aufhebung einer Verordnung an den Verfassungsgerichtshof zu stellen, wenn es gegen eine von ihm anzuwendende Verordnung aus dem Grunde der Gesetzwidrigkeit Bedenken hat.

Die Bf bringt unter anderem auch vor, dass die hier angewendeten Bestimmungen der 4.COVID-19-SchuMaV verfassungswidrig wären. Solche Bedenken gegen die gegenständlich relevante Norm des § 13 4. COVID-19-SchuMaV, die auf der Bestimmung des § 15 Abs. 1 EpiG basiert und im Bundesgesetzblatt Nr. II

ordnungsgemäß kundgemacht wurde, hegt das erkennende Gericht allerdings nicht. Das Vorbringen der Bf, es handle sich um einen „Verstoß gegen das rechtsstaatliche Prinzip der Bundesverfassung“ wurde von der Bf auch nicht weiter begründet. Insbesondere ist mit der Äußerung, der Verfassungsgerichtshof habe „*schon mehr als 30 Verordnungen in vollem Umfange, oder zum Teil aufgehoben*“, für das gegenständliche Verfahren nichts gewonnen; in Bezug auf die Verordnungsbestimmung des § 13 4. COVID-19-SchuMaV ist es bisher gerade zu keiner Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof gekommen.

Sollte die Bf dennoch weiterhin der Meinung sein, sie sei aufgrund einer verfassungswidrigen Bestimmung bestraft worden, steht es ihr frei, sich mit einer Beschwerde gemäß Art. 144 Abs. 1 B-VG an den Verfassungsgerichtshof zu wenden (vgl. zu den Voraussetzungen die Rechtsmittelbelehrung im Anschluss an die rechtliche Begründung).

III.3. Zur subjektiven Tatseite:

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts 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 (sogenanntes „Ungehorsamsdelikt“). Die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl *Lewisch* in *Lewisch/ Fister/Weilguni*, VStG2 § 5 Rz 9 [Stand 01.05.2017, rdb.at]; Hengstschläger/Leeb, Verwaltungsverfahrensrecht6 [2018] Rz 691 mwN). Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.

Nachdem die Bf Angaben zu ihrem Gesundheitszustand und zum vorgelegten Attest verweigerte (siehe oben) und auch sonst keine Umstände vorbrachte, warum sie am Zustandekommen der ihr angelasteten Verwaltungsübertretung kein Verschulden trifft, hat das erkennende Gericht im konkreten Fall daher zumindest von Fahrlässigkeit auszugehen.

Die Bf bringt auch vor, dass die aktuelle höchstgerichtliche Rechtsprechung (VwGH vom 02.11.2021, Ra 2021/11/0112-3) nicht relevant sei, weil diese erst 6 Monate

nach dem Tatzeitpunkt erfolgt ist und die Bf die Problematik von derartigen „Maskenbefreiungsattesten“ nicht wissen konnte.

Diesem Argument ist entgegenzuhalten, dass die Tatsache, dass dem das „Attest“ ausstellenden Arzt gerade aufgrund der Ausstellung derartiger „Atteste“ die Berufsausübung verboten wurde, spätestens seit Dezember 2020 allgemein bekannt war (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).

Darüber hinaus entschuldigt den Betroffenen ein unrichtiges Gesetzesverständnis nur dann, wenn sie unverschuldet war. Um sich darauf berufen zu können, bedarf es (zur Einhaltung der einen am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht) einer Objektivierung der eingenommenen Rechtsauffassung durch geeignete Erkundigungen. Solche Erkundigungen haben an der geeigneten Stelle zu erfolgen, worunter im Zweifelsfall die zur Entscheidung der Rechtsfrage zuständige Behörde zu verstehen ist. Die Argumentation mit einer auch plausiblen Rechtsauffassung kann ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht ausschließen, vielmehr trägt das Risiko des Rechtsirrtums der, der es verabsäumt, sich an geeigneter Stelle zu erkundigen.

Selbst eine plausible eigene Rechtsauffassung des Beschuldigten oder dessen guter (eigener) Glaube vermag das Unterbleiben der gebotenen Erkundigung nicht zu kompensieren (VwSlg 5486 A/1961; VwGH 27.03.1990, 89/04/0226; 18.03.2015, 2013/10/0141; 07.10.2013, 2013/17/0592). Der Beschuldigte trägt diesfalls das Risiko der Unrichtigkeit der eigenen Rechtsmeinung (zB VwGH 7.10.2013, 2013/17/0592; 17.06.2013, 2010/11/0079). Auch wenn es an einschlägiger höchstgerichtlicher Judikatur fehlt, darf der Beschuldigte nicht eine beliebige Interpretationsvariante ohne Erkundigung frei wählen (VwGH 07.10.2013, 2013/17/0592).

Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist der Bf daher auch in subjektiver Hinsicht vorzuwerfen.

III.4. Zur Strafbemessung:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den vom Gesetzgeber in der Bestimmung des § 19 VStG festgelegten Kriterien vorzunehmen ist (vgl. VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013). 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 §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat, ist hingegen seit der VStG-Novelle BGBl. I Nr. 33/2013 kein Strafbemessungskriterium mehr (*Weilguni* in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG[2] § 19 Rz 5).

Der Verpflichtung zum Tragen einer FFP2-Maske (oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard) im Rahmen einer Versammlung kam eine wichtige Bedeutung zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 in der epidemiologischen Situation und damit zum Schutz der Gesundheit der Menschen sowie der Gesundheitsinfrastruktur zu (vgl. dazu etwa VfGH 03.12.2021, V 617/2020 u. a.). Dieses bedeutende Rechtsgut wurde von der Bf durch ihr inkriminiertes Verhalten nicht unwesentlich beeinträchtigt. Es liegt ein zumindest fahrlässiges Verhalten der Bf vor.

Von der belangten Behörde wurde zu Recht die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit der Bf als strafmildernd gewertet. Straferschwerend waren hingegen keine Umstände zu berücksichtigen. Mangels Mitwirkung der Bf vor der belangten Behörde und auch vor dem erkennenden Gericht sind die bei der Strafbemessung von durchschnittlichen Einkommens- und Vermögens-verhältnissen auszugehen (vgl. VwGH 31.01.2012, 2009/05/0123).

Wer – wie die Bf – bei Teilnahme an einer Versammlung keine FFP2-Maske (oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard) träg, ist gemäß § 40 Abs. 2 Epidemiegesetz 1950 mit einer Geldstrafe von bis zu 500 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu einer Woche, zu bestrafen. Die von der belangten Behörde festgesetzte Geldstrafe in Höhe von 120 Euro (das sind 24% des möglichen Strafrahmens) erscheint – insbesondere im Hinblick auf die bisherige Unbescholtenheit der Bf – als zu hoch angesetzt. Insgesamt erscheint dem Landesverwaltungsgericht in Abwägung der oben im Einzelnen angeführten Kriterien der Strafzumessung eine Geldstrafe in der Höhe von 70 Euro als tat- und schuldangemessen. Insbesondere im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut der körperlichen Integrität erscheint diese Strafe aus spezialpräventiven Gründen aber notwendig, um die Bf von weiteren gleich gelagerten Delikten abzuhalten. Auch generalpräventive Gründe sprechen nicht gegen die Herabsetzung der Geldstrafe.

III.5. Zur Spruchkorrektur:

Der Beschuldigte hat ein Recht darauf, dass im Spruch die richtige und nur die richtige verletzte Verwaltungsvorschrift aufscheint; gleiches gilt für die Anführung der Strafnorm nach § 44a Z 3 VStG. Die Anführung von unrichtigen Bestimmungen im Sinne des § 44a Z 2 und 3 VStG stellt daher eine offenkundige Verletzung des Gesetzes zum Nachteil des Bestraften dar (VwGH 15.10.2013, 2010/02/0161).

Einem Beschuldigten kommt weiters das subjektive Recht zu, dass ihm die durch die Tat verletzte Verwaltungsvorschrift richtig und vollständig vorgehalten wird, wobei die von dem Beschuldigten begangene Tat bestimmt umschrieben werden muss (VwGH 15.10.2009, 2008/09/0009).

Dem Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses ist die konkrete wörtliche Umschreibung des dem Bf vorgeworfenen Fehlverhaltens zu entnehmen, unrichtig bezeichnet sind jedoch die zum Tatzeitpunkt geltenden Fassungen der Rechtsvorschriften. Damit entspricht der Spruch nicht den in § 44a VStG normierten Voraussetzungen; er war folglich zum Zweck der Richtigstellung der angewendeten Gesetzesbestimmungen entsprechend zu korrigieren bzw. zu ergänzen (vgl. etwa VwGH 14.09.2021, Ra 2021/09/0172).

Nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Präzisierung der rechtlichen Grundlage der Bestrafung (Angabe der verletzten Verwaltungsbestimmung und der angewendeten Strafnorm) geboten und zulässig, wenn es nicht zu einem ‚Austausch der Tat' durch Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zu Grunde gelegten Sachverhalts kommt (vgl. VwGH 07.08.2018, Ra 2018/02/0139 mwN).

Die zum Tatzeitpunkt gültige Fassung der Bestimmungen waren entsprechend zu korrigieren (vgl zur Zulässigkeit der Präzisierung der angewendeten Strafnorm zuletzt etwa VwGH 08.05.2020, Ra 2019/09/0025).

Ferner war der Spruch im Hinblick auf das Nichtvorliegen der Voraussetzungen für die Anwendung der Ausnahmebestimmung betreffend die Maskentragepflicht (gesundheitliche Gründe) zu ergänzen, weil sich die Bf explizit darauf berufen hat. Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH ist das Fehlen der Voraussetzungen für die Anwendung einer im Gesetz vorgesehenen, ein Verbot einschränkenden Ausnahmeregelung, immer dann erforderlich, wenn sich ein Beschuldigter durch ein entsprechendes konkretes Sachverhaltsvorbringen mit der für ihn geltenden Ausnahmeregelung verantwortet oder dies nach der Aktenlage offenkundig ist (vgl. VwGH vom 30.09.1993, 93/18/0239).

III.6. Zur Kostenentscheidung:

Bei diesem Ergebnis ist der Bf gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

Die Kosten des behördlichen Strafverfahrens reduzieren sich auf 10% der verhängten Strafe, mindestens aber 10 Euro (§ 64 VStG). Bei einem Strafbetrag von 70 Euro ist der Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde daher mit 10 Euro festzusetzen.

Es war im Ergebnis daher spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist für die belangte Behörde 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 die 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 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 die außerordentliche Revision beim Verwaltungs-

gerichtshof 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. Dr. Pernsteiner