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-701861/5/KH

Datum:
Linz, 5. Oktober 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Hörzing über die Beschwerde des J F, H, x R, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 17. Mai 2022, GZ: BHPE/921110011202/21, wegen Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoweit stattgegeben, als die verhängte Strafe auf 100 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 33 Stunden) herabgesetzt wird.

II. Die beschwerdeführende Partei hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des Behördenverfahrens 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:

1. Mit Straferkenntnis vom 17. Mai 2022, GZ: BHPE/921110011202/21, verhängte die Bezirkshauptmannschaft Perg (im Folgenden: belangte Behörde) über J F (im Folgenden: Beschwerdeführer – Bf) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 200 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 2 Tage 19 Stunden), da ihm Folgendes vorgeworfen wurde:

„1. Datum/Zeit: 27.11.2021, 15:48 Uhr
Ort: x L, L

Sie haben am 27.11.2021 um 15:58 Uhr als Teilnehmer einer Veranstaltung ‚Liebe zur Wahrheit', in x L auf der L, beim Betreten eines Ortes zum Zweck der Teilnahme an einer Veranstaltung gemäß § 14 Abs. 1 Z. 1, 2, 4, 7, 10 und 11 der 5. Covid-19-NotMV, keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen, obwohl beim Betreten von Orten zum Zweck der Teilnahme an Veranstaltungen gemäß Abs. 1 Z 1, 2, 4 bis 7, 10 und 11, sofern nicht alle Personen einen 2G-Nachweis vorweisen, gemäß der 5. Covid-19-NotMV, 5. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung, BGBl. II Nr. 475/2021, in der Zeit vom 22.11.2021 bis 01.12.2021, eine Maske zu tragen ist.
Es konnten nicht alle Personen einen 2G-Nachweis vorweisen.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1. § 8 Abs. 5a Zif. 2 COVID-19-Maßnahmengesetz i.V.m. § 14 Abs. 2 dder 5. COVID-19-NotMV, BGBl. II Nr. 475/2021"

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

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
1. € 200,00	2 Tage(n) 19 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 8 Abs. 5a Zif. 2 COVID-19-Maßnahmengesetz, BGBl. I Nr. 12/2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 183/2021"

2. In seiner binnen offener Frist erhobenen Beschwerde brachte der Bf zusammengefasst vor, dass im Rahmen von Rehaaufenthalten in den Jahren 1995, 2000, 2002 und 2012 in der Sonderkrankenanstalt Bad Ischl der PVA eine eingeschränkte Lungenfunktion festgestellt worden sei und er eine allfällige Maskentragepflicht nicht verletzt habe. Er müsse eine FFP2-Maske immer wieder für eine gewisse Zeit abnehmen, um frische Luft zu atmen. Außerdem habe er einen Mindestabstand von 2 Metern zu den anderen Teilnehmern eingehalten. Die

dem Straferkenntnis zugrunde gelegte Strafnorm verstoße zudem gegen das Legalitätsprinzip und verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte. Weiters sei die verhängte Strafe weder straf-, noch schuldangemessen. Beantragt wurde die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens.

3. Die belangte Behörde übermittelte die Beschwerde mit dem Bezug habenden Verwaltungsakt an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Dieses entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

4. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens vor dem Verwaltungsgericht wurde der Bf mit Schreiben vom 6. Juli 2022 aufgefordert, eine ärztliche Bestätigung betreffend eine eventuelle Maskenbefreiung vorzulegen.

5. Der Bf legte am 27. September 2022 einen Befund eines Lungenfacharztes vor, welcher aufgrund einer Untersuchung am 23. September 2022 erstellt wurde und zum Inhalt hatte, dass aus pneumologischer Sicht keine Indikation für eine Maskenbefreiung bestehe. Auch enthielt der Befund keine weiteren Hinweise dahingehend, dass der Bf eine FFP2-Maske aus gesundheitlichen Gründen nur für eine gewisse Zeit tragen dürfe.

II. Aus Sicht des Verwaltungsgerichts steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

1. Der Bf nahm am 27. November 2021 um 15:48 Uhr in x L, L, an der Veranstaltung „Liebe zur Wahrheit“, welche eine Versammlung nach dem Versammlungsgesetz darstellte, teil und trug keine Maske (FFP2-Maske ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard). Es konnten nicht alle Versammlungsteilnehmer einen 2G-Nachweis vorweisen [Behördenakt – Anzeige].

2. Laut eines Befundes eines Lungenfacharztes, welcher den Bf am 23. September 2022 untersucht hat, liegt beim Bf eine 30 %ige Einschränkung der Lungenfunktion vor. Es besteht jedoch entgegen des Vorbringens des Bf, welcher behauptet hat, aufgrund der eingeschränkten Lungenfunktion eine FFP2-Maske immer wieder für eine gewisse Zeit abnehmen zu müssen, um frische Luft zu atmen, keine Indikation für eine Maskenbefreiung. Es ist davon auszugehen, dass diese auch zur Tatzeit nicht bestanden hat [ON 4].

III. Beweiswürdigung:

1. Das Verwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den mit der Beschwerde übermittelten Behördenakt sowie Einholung einer fachärztlichen Stellungnahme im Wege des Bf zur Frage einer eventuellen Maskenbefreiung aufgrund einer eingeschränkten Lungenfunktion des Bf, wobei der Befund ergeben hat, dass keine Indikation für eine Maskenbefreiung vorliegt. Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 3 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) abgesehen werden, da im angefochtenen Straferkenntnis eine 500 Euro übersteigende Geldstrafe nicht verhängt wurde und keine Partei die Durchführung einer Verhandlung beantragt hat.

2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich eindeutig und widerspruchsfrei aus den in den eckigen Klammern genannten Beweismitteln. Der Bf hat nicht bestritten, dass er zur Tatzeit keine FFP2-Maske getragen hat, sondern Gründe vorgebracht, aus denen er seiner Ansicht nach von der Pflicht, eine Maske zu tragen, befreit war.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

1. Rechtsgrundlagen:

Die maßgeblichen zur Tatzeit anzuwendenden Bestimmungen lauten wie folgt:

5. COVID-Notmaßnahmenverordnung - 5. COVID-19-NotMV, BGBl II Nr. 475/2021:

„§ 14. (1) Das Verlassen des eigenen privaten Wohnbereichs und der Aufenthalt außerhalb des eigenen privaten Wohnbereichs zum Zweck der Teilnahme an Zusammenkünften ist nur für folgende Zusammenkünfte zulässig:
[…]
2. Versammlungen nach dem Versammlungsgesetz 1953, BGBl. Nr. 98/1953,
[…]

(2) Bei Zusammenkünften gemäß Abs. 1 Z 1, 2, 4 bis 7, 10 und 11 ist eine Maske zu tragen, sofern nicht alle Personen einen 2G-Nachweis vorweisen. Für Zusammenkünfte gemäß Abs. 1 Z 8 gilt § 6 Abs. 1.

§ 18. (4) Die Pflicht zum Tragen einer Maske gilt nicht
8. für Personen, denen dies aus gesundheitlichen oder behinderungsspezifischen Gründen nicht zugemutet werden kann. In diesem Fall darf auch eine sonstige den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung getragen werden. Sofern den Personen auch dies aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden kann, darf auch eine sonstige 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.

§ 19. (2) Der Ausnahmegrund gemäß § 18 Abs. 10 und die Ausnahmegründe, wonach aus gesundheitlichen Gründen
1. das Tragen einer Maske oder einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden und eng anliegenden mechanischen Schutzvorrichtung oder einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung nicht zugemutet werden kann,
2. die Durchführung eines nach § 2 Abs. 2 vorgesehenen Tests nicht zugemutet werden kann, sowie das Vorliegen einer Schwangerschaft ist durch eine von einem in Österreich oder im EWR zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung nachzuweisen."

§ 8 Abs. 5a Z. 2 COVID-19-Maßnahmengesetz - COVID-19-MG, BGBl. I Nr. 12/2020 idF BGBl. I Nr. 143/2021:

„§ 8. (5a) Wer
[…]
2. eine Zusammenkunft entgegen den sonstigen gemäß § 5 Abs. 4 festgelegten Beschränkungen organisiert oder daran teilnimmt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 500 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu einer Woche, zu bestrafen; […]"

2. Rechtliche Beurteilung:

2.1. Der Bf hat am 27. November 2021 an einer Versammlung nach dem Versammlungsgesetz teilgenommen und keine Maske (FFP2-Maske ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard) getragen, obwohl nicht alle Versammlungsteilnehmer einen 2G-Nachweis vorweisen konnten. Der Bf hat in seiner Beschwerde vorgebracht, dass im Rahmen von Rehaaufenthalten in den Jahren 1995, 2000, 2002 und 2012 in der Sonderkrankenanstalt Bad Ischl der PVA eine eingeschränkte Lungenfunktion festgestellt worden sei und er eine allfällige Maskentragepflicht nicht verletzt habe.

Um unter die Ausnahmebestimmung des § 18 Abs. 4 Z. 8 5. COVID-19-NotMV zu fallen, ist es notwendig, glaubhaft zu machen, dass das Tragen einer Maske aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden kann, wozu es gemäß § 19 Abs. 2 leg. cit. notwendig ist, über eine ärztliche Bestätigung zu verfügen, welche von einem in Österreich zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellt sein muss.

Im Beschwerdeverfahren wurde der Bf in der Folge aufgefordert, eine Bestätigung über eine eventuelle Maskenbefreiung vorzulegen. Er legte schließlich einen

Befund über eine lungenfachärztliche Untersuchung des Dr. W vom 23. September 2022 vor, welcher feststellte, dass aus pneumologischer Sicht keine Indikation für eine Maskenbefreiung besteht. Darüber hinausgehende gesundheitliche Gründe für eine eventuelle Maskenbefreiung wurden vom Bf nicht geltend gemacht. Der Bf trug entgegen den Bestimmungen des § 14 5. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung bei einer Versammlung iSd Versammlungsgesetzes keine FFP2-Maske, obwohl unbestritten nicht alle Teilnehmer einen 2G-Nachweis vorweisen konnten. Einer der in § 18 leg. cit. normierten Ausnahmegründe lag nicht vor. Folglich wurde der objektive Tatbestand der dem Bf im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfenen Verwaltungsstraftat erfüllt.

2.2. Zur subjektiven Tatseite ist auszuführen, dass gemäß § 5 Abs. 1 VStG 1991, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten ausreicht. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Gebot 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. 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 das Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht.

Über den vom Bf beigebrachten Befund des Lungenfacharztes vom 23. September 2022 hinaus hat der Bf keine Vorbringen erstattet, welche gegen zumindest fahrlässiges Verhalten sprechen würden. Somit ist davon auszugehen, dass auch die subjektive Tatseite erfüllt ist.

2.3. Zur Strafbemessung ist auszuführen, dass im Verwaltungsstrafverfahren die Strafbemessung im Rahmen der gesetzlich vorgegebenen Strafdrohungen erfolgt, wobei innerhalb dieses gesetzlichen Strafrahmens die Strafbehörden eine Ermessensentscheidung zu treffen haben. Die Ermessensausübung der Strafbehörden wird durch § 19 VStG determiniert (VwGH 12.12.2001, 2001/03/0027). Die Behörde ist verpflichtet, die Strafbemessung in nachvollziehbarer Weise zu begründen, d.h. die bei der Ermessensausübung maßgebenden Umstände und Erwägungen insoweit darzulegen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und die Nachprüfbarkeit durch den Verwaltungsgerichtshof erforderlich ist (VwGH 17.10.2008, 2005/12/0102).

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 StGB sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die belangte Behörde führte an, dass mangels einschlägiger verwaltungsstrafrechtlicher Vormerkungen vom Milderungsgrund der Unbescholtenheit des Bf auszugehen sei, Erschwerungsgründe wurden nicht berücksichtigt. Weiters wurde mangels Angaben des Bf ein durchschnittliches Einkommen angenommen.

Im Beschwerdeverfahren sind ebenso keine Erschwerungsgründe hervorgekommen, allerdings ist auszuführen, dass die belangte Behörde zwar in der Begründung festgehalten hat, dass der Milderungsgrund der Unbescholtenheit vorliegt, dennoch eine Strafe in Höhe von 200 Euro verhängt hat, weshalb die verhängte Verwaltungsstrafe auf 100 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 33 Stunden) herabgesetzt wird, wobei dieser Strafbetrag als angemessen und aus spezial- und generalpräventiver Sicht ausreichend angesehen wird.

2.4. Der Ausspruch über die Verfahrenskostenbeiträge ist in § 52 Abs. 8 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) begründet.

Somit war spruchgemäß zu entscheiden.

V. 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 des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.
Für den Beschwerdeführer 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. Hörzing