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-701488/34/BMa/TK

Datum:
Linz, 11. August 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde der E M, vertreten durch W GmbH, x, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 22.11.2021, GZ: San-472/21, wegen Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19.07.2022, die am 26.06.2023, nach Ergehen des Erkenntnisses des VwGH vom 03.05.2023, Ra 2023/09/0030-10, fortgesetzt wurde

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Strafverfahren eingestellt.

II. Die beschwerdeführende Partei hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens noch zu jenen des Verwaltungsstrafverfahrens erster Instanz 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

Zu I.

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 22. November 2021, GZ: San-472/21, wurde über die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) wie folgt abgesprochen:

„Sie haben es verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten, dass Sie sich am 28.3.2021 um 18.24 Uhr in 4400 Steyr, auf dem Stadtplatz nächst dem Hause Nr. x, aufhielten.
Sie nahmen dort an einer Veranstaltung, und zwar dem ‚Spaziergang für Grundrechte, Freiheit und Selbstbestimmung' teil.
Sie haben somit Ihren eigenen privaten Wohnbereich zum Zwecke der Teilnahme an einer Veranstaltung verlassen.
Sie trugen keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard.
Weiters hielten Sie zu ebenfalls teilnehmenden Personen, die nicht mit Ihnen in einem Haushalt leben, keinen Abstand von mindestens zwei Metern ein.
Dies stellt eine Übertretung der Bestimmungen des COVID-19-Maßnahmengesetzes und der 4. COV1D-19-Schutzmaßnahmenverordnung dar.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 13 (1), (3) Ziff. 2, (4) Ziff. 1 der 4.COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, BGBl. II Nr. 58/2021 i.d.g.F. i.V.m. § 1 (1), (2), § 5 und § 8 (5) des COVID-19-Maßnahmengesetzes, BGBl. I Nr. 12/2020 i.d.g.F.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von EURO	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	gemäß
€ 100,-	48 Stunden	§ 8 (5) COVID-19-MaßnahmenG.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:
€ 10, -- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (je ein Tag Arrest wird gleich S 200,- angerechnet);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 110.--
Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen (§ 54 d VStG)."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Mit der rechtzeitig dagegen eingebrachten Beschwerde, die dem LVwG OÖ gemeinsam mit dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt vorgelegt wurde, wurde abschließend u.a. die Einstellung des Verfahrens gemäß § 45 Abs. 1 VStG beantragt.

2.1. Das LVwG OÖ entscheidet gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

2.2. Das LVwG OÖ hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt der belangten Behörde und am 19.07.2022 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt und das Erkenntnis vom 28.11.2022, LVwG-701488/16/BMa/MSt, erlassen.

2.3. Über die gegen dieses Erkenntnis des LVwG OÖ vom 28.11.2022 vom Bundesministerium Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz erhobene außerordentliche Revision hat der VwGH das Erkenntnis vom 03.05.2023, Ra 2023/09/0030 erlassen.

Im Wesentlichen hat der VwGH dazu in diesem Erkenntnis ausgeführt:

„ 9 4.1. Die Revision erweist sich als zulässig und auch begründet, wenn darin im Hinblick auf die zu einem ähnlich gelagerten Fall ergangene Entscheidung (VwGH 7.2.2022, Ra 2021/03/0277), ein Abweichen von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage der Möglichkeit der Ausnahme von der Verpflichtung zum Tragen einer Maske aus gesundheitlichen Gründen durch Vorlage eines ärztlichen Attests im Sinne des § 55 Ärztegesetz 1998 (ÄrzteG 1998) geltend gemacht wird.

10 4.2. Im Tatzeitpunkt sah die unter anderem auf die Verordnungsermächtigung des § 5 Abs. 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes gestützte 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung (4. COVID-19-SchuMaV), BGBl. II Nr. 58/2021, in der damals maßgeblichen Fassung BGBl. II Nr. 120/2021, in § 13 Abs. 4 beim Betreten von Orten u.a. zum Zweck der Teilnahme an Versammlungen nach dem Versammlungsgesetz 1953, BGBl. Nr. 98/1953, die Verpflichtung zum Tragen einer Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder einer Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard vor. In § 17 Abs. 5 leg. cit. wurden hiervon Personen ausgenommen, denen dies aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden konnte. Diese durften nach dieser Bestimmung auch eine den Mund- und Nasenbereich vollständig abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung tragen. Die Pflicht zum Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung galt nicht, sofern den Personen auch dies aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden konnte. Das Vorliegen u.a. dieser Voraussetzungen war gemäß § 19 Abs. 1 Z 1 4. COVID-19-SchuMaV gegenüber Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes auf Verlangen glaubhaft zu machen. Ein Ausnahmegrund nach § 17 Abs. 5 4. COVID-19-SchuMaV war gemäß § 19 Abs. 2 leg. cit. durch eine von einem in Österreich zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung nachzuweisen.

11 Gemäß § 8 Abs. 5 COVID-19-Maßnahmengesetz, BGBl. I Nr. 12/2020 idF BGBl. I Nr. 23/2021, begeht eine Verwaltungsübertretung, wer einer Verordnung gemäß § 5 zuwiderhandelt, und ist mit einer Geldstrafe von bis zu € 1 450,--, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu vier Wochen, zu bestrafen.

12 4.3. Das Verwaltungsgericht stellte im Hinblick auf das Nichttragen einer Atemschutzmaske lediglich fest, dass die Mitbeteiligte über ein ausgestelltes ärztliches Attest verfügt habe. Beweiswürdigend stellte es in diesem Zusammenhang lediglich darauf ab, dass der Arzt in die Ärzteliste der Österreichischen Ärztekammer eingetragen gewesen sei. Rechtlich folgerte das Verwaltungsgericht schließlich allein aus dem Umstand des Vorliegens eines „Maskenbefreiungsattestes“, wonach der Mitbeteiligten das Tragen jeglicher den Mund- und Nasenbereich abdeckender Schutzvorrichtung aus medizinischen Gründen unzumutbar sei, dass das Strafverfahren diesbezüglich einzustellen gewesen sei.

13 4.4. Der Verwaltungsgerichtshof hat jedoch bereits in seinem zu § 15 Abs. 5 und § 16 Abs. 2 3. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung (3. COVID-19-NotMV - denen insoweit die im Revisionsfall anwendbaren Bestimmungen der 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung entsprechen) ergangenen Erkenntnis vom 7. Februar 2022, Ra 2021/03/0277, ausgeführt:

„Die Ausnahme von der Verpflichtung zum Tragen des Mund-Nasen-Schutzes gemäß § 15 Abs. 5 der 3. COVID-19-NotMV knüpft nicht bloß daran an, dass der Betroffene über ein ärztliches Attest verfügt, sondern ob ihm die Erfüllung der Verpflichtung des Tragens einer Maske aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden kann. 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.

...

Wenn § 16 Abs. 2 der 3. COVID-19-NotMV vorsieht, dass der ‚Ausnahmegrund des § 15 Abs. 3‘ [...] leg. cit. durch eine ärztliche Bestätigung nachzuweisen ist, werden damit die Bescheinigungsmittel, die dem Betroffenen zur Glaubhaftmachung zur Verfügung stehen, eingeschränkt. Um seiner Obliegenheit zur Glaubhaftmachung zu entsprechen, muss er demnach eine von einem in Österreich zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung vorweisen. Bei einer derartigen Bestätigung handelt es sich um ein ärztliches Zeugnis im Sinne des § 55 ÄrzteG 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.

...

Nur wenn die ärztliche Bestätigung unbedenklich war, hätte der Betroffene seine Obliegenheit zur Glaubhaftmachung im Sinne des § 16 Abs. 2 der 3. COVID-19-NotMV erfüllt. Von einer unbedenklichen Bestätigung konnte der Betroffene aber jedenfalls dann nicht ausgehen, wenn er davon Kenntnis hatte, dass die ärztliche Bestätigung ohne gewissenhafte ärztliche Untersuchung und ohne genaue Erhebung der darin bestätigten Tatsachen erstellt worden war, etwa wenn ein solcher ‚Attest‘ online bestellt und ohne Untersuchung ausgestellt worden wäre.

Bestand für die Behörde daher Grund zur Annahme, dass es sich bei der Bestätigung um ein ‚Gefälligkeitsattest‘ handle, das entgegen den Voraussetzungen des § 55 ÄrzteG ausgestellt wurde, so reichte diese Bestätigung zur Glaubhaftmachung im Sinne des § 16 Abs. 2 der 3. COVID-19-NotMV nicht aus. ...“

14 4.5. Im vorliegenden Fall lautete das vorgelegte Attest 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 somit unzumubar ist“. Entgegen den Ausführungen in der Revisionsbeantwortung der Mitbeteiligten hat der Arzt daher eine „Begründung“ für die Ausstellung des Attests angeführt.

15 Indem das Verwaltungsgericht im vorliegenden Fall vor dem Hintergrund der Formulierungen in diesem Attest keinerlei Erwägungen anstellte und Feststellungen dazu traf, ob der Mitbeteiligten die Erfüllung der Verpflichtung des Tragens einer Maske aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden konnte, sondern lediglich das Vorliegen eines Attests feststellte und allein aus diesem Umstand die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens für angezeigt erachtete, belastete es sein Erkenntnis wegen sekundärer Feststellungsmängel mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit. Sollte sich das Attest nämlich als ohne Untersuchung ausgestelltes bloßes Gefälligkeitsgutachten herausstellen, wäre dieses als Bestätigung zur Glaubhaftmachung der Unmöglichkeit der Erfüllung der Maskentragepflicht jedoch nicht geeignet (vgl. VwGH 28.3.2023, Ra 2022/09/0148; 22.3.2023, Ra 2023/09/0019).

16 Das angefochtene Erkenntnis war deshalb gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.“

Entsprechend den Ausführungen des VwGH hat das LVwG OÖ den Sachverhalt ergänzend erhoben und am 26.06.2023 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der die Bf und ihr Gatte sowie der geladene Zeuge Dr. J B gekommen sind. Die Verfahren LVwG-701488 und LVwG-701486 wurden zur gemeinsamen Verhandlung verbunden.

3. Das LVwG OÖ hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Die Bf hat sich gemeinsam mit ihrem Gatten am 28. März 2021 um 18:24 Uhr in 4400 Steyr auf dem Stadtplatz in der Nähe des Hauses mit der Nummer x aufgehalten. Zu dieser Zeit fand am Stadtplatz eine Veranstaltung statt und zwar der „Spaziergang für Grundrechte, Freiheit und Selbstbestimmung“. Die an der Veranstaltung teilnehmenden Menschen haben sich vor allem um den dort befindlichen Brunnen versammelt.
Die Bf hatte ein Maskenbefreiungsattest, welches durch einen in Österreich zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellt wurde und hat aus diesem Grund keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne

Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen.
Ihr war bewusst, dass insbesondere Personen, die ohne Maske an der Veranstaltung teilnehmen, einer polizeilichen Kontrolle unterzogen werden und sie hat aus diesem Grund auf die Einhaltung des gesetzlich geforderten Mindestabstandes geachtet. Deshalb hat sie sich auch nicht zu den am Stadtplatz Steyr versammelten Personen begeben, sondern hat sich gemeinsam mit ihrem Gatten in eine Nische vor einem Schuhgeschäft gestellt, damit der gesetzlich geforderte Mindestabstand zu anderen Personen eingehalten werden konnte.
In der Anzeige ist bei der Tatbeschreibung vermerkt, dass die Angezeigte an der Veranstaltung „Spaziergang für Grundrechte, Freiheit und Selbstbestimmung“ mit Ausgangs- und Endpunkt Steyr/Stadtplatz teilgenommen habe, zu keinem Zeitpunkt der Veranstaltung eine FFP2-Maske getragen habe und zudem den Abstand von mindestens zwei Metern gegenüber haushaltsfremden Personen wiederholt nicht eingehalten habe, sodass sie am 28.03.2021 um 18:24 Uhr nächst dem Haus Steyr, Stadtplatz x, beanstandet worden sei. Zu diesem Zeitpunkt sei die Bf inmitten der „Spaziergänger“ gegangen.

Beim Haus Stadtplatz x befindet sich eine Nische in der die Bf zur vorgeworfenen Tatzeit um 18:24 Uhr mit ihrem Gatten gestanden ist. In einem Umkreis von vier bis fünf Metern haben sich keine weiteren Personen, mit Ausnahme ihres Gatten, mit dem sie im gleichen Haushalt lebt, befunden.

Dr. J B ist seit mehreren Jahrzehnten in die Ärzteliste eingetragen und nicht nur Allgemeinmediziner, sondern auch Gemeindearzt. Bevor der Gatte der Bf für nahezu zwei Jahrzehnte aufgrund seiner Berufstätigkeit in Deutschland tätig war, war Dr. B dessen Hausarzt. Seit seiner Rückkehr nach Österreich hatte der Gatte der Bf keinen anderen Hausarzt. Aus diesem Grund hat sich der Gatte der Bf auch zur Ausstellung des Attests, zu dem ihm aus früheren Zeiten bekannten Hausarzt begeben und die Bf hat ihn in der gleichen Intention dorthin begleitet, weil sie nicht einen weiteren Termin absolvieren wollte.

Dr. B hat das im Akt einliegende ärztliche Gutachten vom 17.11.2020 betreffend E M nach einer ca. 20-minütigen Untersuchung, die sowohl eine klinische Untersuchung als auch eine Anamneseerhebung und eine therapeutische Aussprache beinhaltet hat, ausgestellt. Der Gatte der Bf hat diese gedrängt, sich ein ärztliches Attest ausstellen zu lassen, weil er ca. 1 Jahr vor der Untersuchung durch Dr. B bei Arbeiten, als er eine Staubschutzmaske getragen hatte, ein Blackout hatte und in der Folge längere Zeit im Krankenhaus war. Die Bf hat ihren Mann, nachdem sie nach Hause gekommen war, in einem sehr schlechten gesundheitlichen Zustand vorgefunden, war schockiert und hat dessen Zustand in Zusammenhang mit der von diesem getragenen Staubschutzmaske gesehen. Die Bf war immer bemüht, eine Maske zu tragen, sobald sie diese jedoch aufgesetzt hat, hat sie eine körperliche Reaktion darauf gezeigt (Seite 3 des

Verhandlungsprotokolls vom 26.07.2023). Die von Dr. B in seiner Stellungnahme vom 16.06.2023 geschilderten Beschwerden der Bf, die er in der öffentlichen mündlichen Verhandlung präzisierend ausführte, decken sich mit den Angaben der Bf. Der Bf war es aufgrund dessen, dass sie vor allem unter Panikattacken, sobald sie eine FFP2-Maske oder einen Mund-Nasen-Schutz getragen hat, sowie des aufgetretenen Hyperkapniesyndroms nicht möglich, diese Schutzutensilien zu gebrauchen. Aufgrund des Auftretens von Kopfschmerzen, Dyspnoe und Panikattacken war es der Bf nicht möglich und nicht zumutbar, eine FFP2-Maske ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard zu tragen.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der Sachverhalt aus dem vorgelegten erstinstanzlichen Verfahrensakt und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung, der Beschwerde und dem nachträglich vorgelegten ärztlichen Attest des Dr. B sowie dessen Stellungnahme vom 16.06.2023 betreffend E M und der Aussage des Arztes in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 26.06.2023 ergibt.

Die Aussage der über Antrag der Bf vernommenen Zeugen, des Gatten der Bf, ist deshalb glaubwürdig, weil er sich auch an Details erinnern konnte, die sich mit der Aussage der Bf selbst decken.
Dass beim Haus Stadtplatz x in 4400 Steyr eine Nische im Gebäude vorhanden ist, ergibt sich auch aus der Nachschau in Google Maps. Sowohl die Bf als auch der Zeuge haben ihre Aussagen maßgeblich darauf gestützt, dass sie sich zum Zeitpunkt der Kontrolle in dieser Nische aufgehalten haben und schon aus diesem Grund einen größeren Abstand als vier bis fünf Meter zu anderen Personen eingehalten werden konnte. Der als Zeuge vernommene Polizeibeamte, der bei der Amtshandlung anwesend war, konnte sich an diese nicht mehr erinnern und daher auch gar keine Auskunft geben. Im Zweifel ist daher der Aussage der Bf und des unter Wahrheitspflicht aussagenden Zeugen zu folgen, wonach ein gesetzeskonformer Abstand zu nicht im gemeinsamen Haushalt lebenden Personen zur vorgeworfenen Tatzeit eingehalten wurde.
Der Zeuge und die Bf haben insbesondere glaubwürdig dargelegt, dass die Bf gemeinsam mit ihrem Gatten zur vorgeworfenen Tatzeit bewusst einen Abstand, der den gesetzlichen Vorgaben entspricht, von rund vier bis fünf Metern zu anderen Personen eingehalten hat.

Die Feststellungen zu der durchgeführten ärztlichen Untersuchung, der Ausstellung des Attests und dem dargelegten Gesundheitszustand der Bf ergeben sich aus dem vorgelegten ärztlichen Attest vom 17.11.2020, der schriftlichen Stellungnahme des Dr. J B vom 16.06.2023 und der Aussage des Arztes als Zeuge in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 26.06.2023. Die Schilderung der Bf, dass sie die ca. 1 Jahr zurückliegende und von ihrem Gatten dokumentierte Erkrankung schockiert hat, die sie in Zusammenhang mit dem Tragen einer

Staubschutzmaske gebracht hat, unterstreichen die Glaubwürdigkeit des der Bf attestierten Gesundheitszustandes. Es besteht somit keine Veranlassung, an der Aussage des zur Wahrheit verpflichteten Zeugen zu zweifeln oder das von ihm ausgestellte Attest als Gefälligkeitsgutachten einzustufen.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG OÖ erwogen:

3.3.1. Rechtsgrundlagen:

Die 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, BGBl. II Nr. 58/2021 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. II Nr. 120/2021, lautet auszugsweise:

§ 13.
(1) Veranstaltungen sind untersagt.
[.....]
(3) Abs. 1 gilt nicht für
[.....]
2.
Versammlungen nach dem Versammlungsgesetz 1953, BGBl. Nr. 98/1953,
[.....]
(4) Beim Betreten von Orten zum Zweck der Teilnahme an Veranstaltungen gemäß Abs. 3 Z 1, 2, 4 bis 7, 9, 10, 11 und 12 ist gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ein Abstand von mindestens zwei Metern einzuhalten. Zusätzlich ist
1.
bei Veranstaltungen gemäß Abs. 3 Z 1, 2, 4 bis 7, 10 und 11 sowie
[.....]
eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard zu tragen. Bei Zusammenkünften nach Abs. 3 Z 9 darf der Mindestabstand von zwei Metern gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, kurzfristig unterschritten werden.

§ 17.
[.....]
(5)Die Pflicht zum Tragen einer Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard gilt nicht für Personen, denen dies aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden kann. In diesem Fall darf auch eine 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 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.
[.....]

Das Epidemiegesetz 1950, BGBl. Nr. 186/1950 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 33/2021, lautet auszugsweise:

§ 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,
[.....]
2. an die Einhaltung bestimmter Voraussetzungen oder Auflagen zu binden oder
[.....]
(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,
[.....]

§ 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.

3.3.2. Wie sich aus den Feststellungen ergibt, wurde von der Bf im Zuge der Teilnahme an der Veranstaltung „Spaziergang für Grundrechte, Freiheit und Selbstbestimmung“ am 28.03.2021 zur vorgeworfenen Tatzeit um 18:24 Uhr, als sie sich in der Nähe des Hauses Steyr/Stadtplatz x aufgehalten hat, ein Abstand zu anderen Personen im Ausmaß von vier bis fünf Metern, also von mehr als zwei Metern, wie dies gemäß § 13 Abs. 4 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung – 4. COVID-19-SchuMaV – gefordert wird, eingehalten.

Vom VwGH wurde in seinem Erkenntnis vom 03.05.2023, Ra 2023/09/0030-10, sekundäre Feststellungsmängel darin gesehen, dass vor dem Hintergrund der Formulierung des Attests keinerlei Erwägungen angestellt und keine Feststellungen getroffen wurden, ob der Bf die Verpflichtung des Tragens einer Maske aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden könne.

Wie sich aus den nunmehr erweiterten Feststellungen ergibt, erfolgte vor Ausstellung des Attests eine gründliche Untersuchung durch den ehemaligen Hausarzt des Gatten der Bf, wonach die Bf klinisch untersucht wurde, eine therapeutische Aussprache stattfand und eine Anamneseerhebung erfolgte. Erst danach wurde das Attest ausgestellt.
In seiner schriftlichen Stellungnahme vom 16.06.2023 wurden vom ausstellenden Arzt die Beschwerden der Bf beschrieben und diese wurden in der öffentlichen mündlichen Verhandlung auch erörtert.

Demnach war das Tragen sowohl einer FFP2-Maske ohne Ausatemventil oder einer Maske mit mindestens gleichwertigem genormten Standard der Bf aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich bzw. zumutbar.

Damit aber kommt die Ausnahme gemäß § 17 Abs. 5 4. Covid-19-SchuMaV in diesem Fall zur Anwendung.
Weil die Bf damit zur vorgeworfenen Tatzeit einen Abstand von mindestens 2 Metern gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, eingehalten hat und die Ausnahmebestimmung hinsichtlich des Tragens einer Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder des Tragens einer Maske mit mindestens gleichwertigem genormten Standard zum Tragen kommt, hat sie auch das jeweilige Tatbild der ihr vorgeworfenen Verwaltungsübertretungen nicht erfüllt.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG ist von der Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, u.a. wenn die der Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet. Weil zugunsten der Bf davon auszugehen war, dass sie einen Abstand von mehr als 2 Meter zu anderen Personen, die nicht mit ihr im gemeinsamen Haushalt leben, eingehalten hat und hinsichtlich des Tragens einer FFP2-Maske ohne Ausatemventil oder des Tragens einer Maske mit mindestens gleichwertigem genormten Standard, aufgrund des Erfüllens des Ausnahmetatbestands des § 17 Abs. 5 befreit war, war das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Zu II.
Bei diesem Ergebnis waren der Bf gemäß § 52 Abs. 8 und 9 VwGVG weder Beiträge zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens noch zu jenem des Beschwerdeverfahrens vorzuschreiben.

Zu III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Insbesondere weicht die Entscheidung von der oben zitierten Rechtsprechung des VwGH nicht ab.

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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt 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. Bergmayr-Mann