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-701699/16/BMa

Datum:
Linz, 17. März 2023

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des G M, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 24.01.2022, GZ: BHLL/921100122130/21, wegen Übertretung nach dem COVID-19-Maßnahmengesetz (COVID-19-MG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18.01.2023

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Die beschwerdeführende Partei hat keine Verfahrenskostenbeiträge zu leisten.

II. 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 der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 24.01.2022 wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wie folgt abgesprochen:

„1. Datum/Zeit: 22.12.2021, 10:42 Uhr
Ort: x

Sie haben als Kunde die geschlossenen Räume des Kundebereiches der Betriebsstätte EKZ ‚x' in x, betreten und dabei keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen, obwohl beim Betreten oder Befahren des Kundenbereiches von Betriebsstätten sowie der Verbindungsbauwerke baulich verbundener Betriebsstätten (z.B. Einkaufszentren, Markthallen) gemäß 6. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung – 6. COVID-19-SchuMaV, BGBl. II Nr. 537/2021, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 568/2021, in der Zeit von 22.12.2021 bis 31.12.2021 von Kunden in geschlossenen Räumen eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard zu tragen ist.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
1. § 8 Abs. 2 Zif. 1 und § 3 Abs. 1 COVID-19-MG i.V.m. § 6 Abs. 4 der 6. COVID-19-SchuMaV, BGBl. II Nr. 537/202, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 568/2021

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

| Geldstrafe von | falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von | Freiheitsstrafe von | Gemäß |
|---|---|---|---|
| 1. € 120,00 | 1 Tage(n) 16 Stunde(n) 0 Minuten | | § 8 Abs. 2 COVID-19-Maßnahmengesetz – COVID-19-MG, BGBl. I Nr. 12/2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 204/2021 |

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG zu zahlen:

€ 12,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 132,00“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Dagegen wurde vom Rechtsmittelwerber rechtzeitig Beschwerde erhoben und – konkludent – die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt. Unter anderem wurde darauf hingewiesen, dass ein Maskenbefreiungsattest vorliege, das von einem Arzt erstellt wurde, dem laut Ärztekammer Oberösterreich die Berechtigung zukomme, Maskenbefreiungsatteste auszustellen.

2. Die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem LVwG OÖ zur Entscheidung vorgelegt. Dieses entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

2.1. Das LVwG OÖ hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18.01.2023, zu der der Bf mit seiner rechtsfreundlichen Vertretung gekommen ist. Jener Arzt, der das Attest ausgestellt hat, wurde zur Verhandlung ordnungsgemäß geladen. Es wurde auch versucht, Auskünfte zur Ausstellung des Attests schriftlich zu erlangen. An Dr. T konnten jedoch weder durch die Post noch durch Zustellung unter Beiziehung von örtlichen Polizeiorganen im Rahmen der Amtshilfe Zustellungen ergehen, weil er sich im Ausland aufhält und dessen Aufenthalt unbekannt ist.

3. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG OÖ erwogen:

3.1. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Der Bf hat am 22.12.2021 um 10:42 Uhr den Gang des Einkaufszentrums „x“ in x, als Kunde betreten und dabei keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen, obwohl beim Betreten oder Befahren des Kundenbereichs von Betriebsstätten sowie der Verbindungsbauwerke baulich verbundener Betriebstätten (z.B. Einkaufszentren, Markthallen) gemäß 6. Covid-19-Schutzmaßnahmenverordnung in der Zeit von 22.12.2021 bis 31.12.2021 von Kunden in geschlossenen Räumen eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard zu tragen war.
Vom Bf wurde ein „Covid-19-Risiko-Attest“, das am 01.07.2020 von Dr. W T, einem zur Zeit der Ausstellung des Attests und zur Tatzeit in die Ärzteliste eingetragenen Arzt aus x, vorgelegt. Über Anfrage der belangten Behörde, vor Aktenvorlage an das LVwG OÖ, hat die Österreichische Ärztekammer mit Schreiben vom 08.02.2022 mitgeteilt, dass Dr. W T zum Datum der Ausstellung des ärztlichen Attests in die Ärzteliste eingetragen und somit zur selbständigen

Berufsausübung berechtigt gewesen sei. Dies beinhalte grundsätzlich auch die Ausstellung ärztlicher Atteste gemäß den Vorgaben des § 55 ÄrzteG 1998.
Die Ausstellung des gegenständlichen Attests erfolgte nach einer ca. 20 bis 25 Minuten dauernden Untersuchung des Bf durch Dr. T, der die körperliche Konstitution des Bf erhoben hatte. Der Arzt hat das Attest ausgestellt, nachdem der Bf ihm jene Symptome geschildert hat, die er beim Tragen der Maske hatte. Es kann – im Zweifel zugunsten des Bf – nicht festgestellt werden, dass die ärztliche Bestätigung bedenklich ist.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorliegenden Verfahrensakt der belangten Behörde und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung beim LVwG OÖ ergibt. Die Feststellungen zum Ablauf der Untersuchung beruhen auf der Aussage des Bf in der öffentlichen mündlichen Verhandlung. Gegenteilige Feststellungen können nicht getroffen werden, es ergeben sich keine Anhaltspunkte aus dem vorgelegten Verfahrensakt, dass der Ausstellung des Attests keine ordnungsgemäße Untersuchung des Bf vorangegangen wäre. Der das Attest ausstellende Arzt Dr. T konnte nicht als Zeuge vernommen werden. Aus einem Vermerk auf einem retournierten Brief ergibt sich, dass er bis 03.08.2024 ortsabwesend ist. Dr. T kann daher in diesem Verfahren nicht mehr zum Sachverhalt als Zeuge befragt werden. Es kann nur die Aussage des Bf hinsichtlich der Untersuchung der Entscheidung zugrunde gelegt werden. Überdies wurde von der Österreichischen Ärztekammer mit Schreiben vom 08.02.2022 bestätigt, dass der ausstellende Arzt zum Datum der Ausstellung dieses Attestes in die Ärzteliste eingetragen und somit zur selbständigen Berufsausübung berechtigt gewesen sei. Dies beinhalte grundsätzlich auch die Ausstellung ärztlicher Atteste gemäß den Vorgaben des § 55 ÄrzteG 1998. Im vorliegenden Attest wurde zwar nur auf die „individuelle gesundheitliche Situation“ des Bf abgestellt, ohne diese näher zu umschreiben, es kann aber auf Grund des vorliegenden Aktes nicht davon ausgegangen werden, dass es sich gegenständlich um ein Gefälligkeitsattest handelt.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG OÖ erwogen:

3.3.1. Rechtsgrundlagen:

Gemäß § 3 Abs. 1 COVID-19-Maßnahmengesetz (COVID-19-MG), BGBl. I Nr. 12/2020 in der zum Tatzeitpunkt gültigen Fassung BGBl. I Nr. 90/2021, kann, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist, beim Auftreten von COVID-19 durch Verordnung geregelt werden,
1. das Betreten und das Befahren von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen,

2. das Betreten und das Befahren von Arbeitsorten oder nur bestimmten Arbeitsorten gemäß § 2 Abs. 3 des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes (ASchG) durch Personen, die dort einer Beschäftigung nachgehen, und
3. das Benutzen von Verkehrsmitteln oder nur bestimmten Verkehrsmitteln.

Nach Abs. 2 leg.cit. kann in einer Verordnung gem. Abs. 1 entsprechend der epidemiologischen Situation festgelegt werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit oder unter welchen Voraussetzungen und Auflagen Betriebsstätten oder Arbeitsorte betreten und befahren oder Verkehrsmittel benutzt werden dürfen. Weiters kann das Betreten und Befahren von Betriebsstätten oder Arbeitsorten sowie das Benutzen von Verkehrsmitteln untersagt werden, sofern gelindere Mittel nicht ausreichen.

Nach § 8 Abs. 2 Z 1 COVID-19-MG, BGBl. I Nr. 12/2020 in der zum Tatzeitpunkt gültigen Fassung, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 500 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu einer Woche, zu bestrafen, wer eine Betriebsstätte oder einen Arbeitsort entgegen den in einer Verordnung gemäß § 3 festgelegten Voraussetzungen oder an ihn gerichteten Auflagen betritt oder befährt oder ein Verkehrsmittel entgegen den in einer Verordnung gemäß § 3 festgelegten Voraussetzungen oder an ihn gerichteten Auflagen benutzt.

Gemäß § 6 Abs. 4 der 6. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung (6. COVID-19-SchuMaV), BGBl. II Nr. 537/2021 in der zum Tatzeitpunkt gültigen Fassung, haben Kunden beim Betreten und Befahren des Kundenbereichs von Betriebsstätten sowie der Verbindungsbauwerke baulich verbundener Betriebsstätten (z.B. Einkaufszentren, Markthallen) Kunden in geschlossenen Räumen eine Maske zu tragen.

Nach § 21 Abs. 4 Z 8 6. COVID-19-SchuMaV gilt die Pflicht zum Tragen einer Maske für Personen, denen dies aus gesundheitlichen oder behinderungsspezifischen Gründen nicht zugemutet werden kann, nicht. 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.

3.3.2. Aus den Feststellungen ergibt sich, dass der Bf zum Tatzeitpunkt über ein ärztliches Maskenbefreiungsattest verfügt hat, das von einem in die Ärzteliste eingetragenen Arzt, der zur Ausstellung solcher Atteste berechtigt war, nach Untersuchung des Bf, ausgestellt wurde. Damit kommt der Ausnahmetatbestand des § 21 Abs. 4 Z 8 6. COVID-19-SchuMaV zum Tragen, sodass der Bf die ihm vorgeworfene Verwaltungsübertretung nicht begangen hat.
Der Bf hat damit nicht das Tatbild der ihm vorgeworfenen Rechtsvorschriften erfüllt, sodass der Beschwerde gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen war.

Zu II.:
Weil die Beschwerde erfolgreich war, sind gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG keine Kosten zum Rechtsmittelverfahren zu leisten.

Zu III.: 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. Es waren im konkreten Fall lediglich Sachverhaltsfragen zu klären, denen keine Relevanz für andere Entscheidungen zukommt.
Für den 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 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. Bergmayr-Mann