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-701739/6/KPe

Datum:
Linz, 11. Jänner 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Pernsteiner über die Beschwerde T B, W, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 02.03.2022, GZ: Pol-304-VP18-325-2021, wegen Übertretung des Epidemiegesetzes 1950

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird hinsichtlich der Strafhöhe stattgegeben und die Strafen
   a) hinsichtlich des Tatvorwurfs des Nichttragens einer FFP2-Makse auf 50 Euro bzw. 16 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe und
   b) hinsichtlich des Tatvorwurfs der Nichteinhaltung des gebotenen Mindestabstands von 2 Metern auf 50 Euro bzw. 16 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe

   herabgesetzt.

II. Der Beitrag der beschwerdeführenden Partei zu den Kosten des behördlichen Verwaltungsstrafverfahrens wird in Abänderung des angefochtenen Straferkenntnisses mit 20 Euro festgesetzt. Für die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die beschwerdeführende Partei keinen Kostenbeitrag 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

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels (im Folgenden: belangte Behörde) vom 02.03.2022, GZ: Pol-304-VP18-325-2021, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Geldstrafe in Höhe von 150 Euro bzw. im Nichteinbringungsfall eine Ersatzfreiheitsstrafe von 35 Stunden verhängt. Dem Bf wurde folgende Tat zur Last gelegt:

> *„Herr T B, geb. x, hat am 28.02.2021 von 17:00 Uhr bis 18:15 Uhr als Teilnehmer einer Veranstaltung beim Betreten eines Ortes zum Zweck der Teilnahme an einer Veranstaltung, nämlich bei der Versammlung ‚Corona-Spaziergang' in 4600 Wels, Stadtplatz 1/Rathaus, keinen Abstand von mindestens zwei Metern gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, eingehalten und keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen, obwohl zur Verhinderung der Weiterverbreitung von COVID-19 von 18.02.2021 bis 14.03.2021 beim Betreten von Orten zum Zweck der Teilnahme an Veranstaltungen ein Abstand von mindestens zwei Metern gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, einzuhalten war und zusätzlich eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard zu tragen war.*
> *[…]*
>
> *Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:*
> *§ 15 Epidemiegesetz 1950, BGBl. Nr. 186/1950 i. d. F. BGBl I Nr. I 136/2020 i. V. m. § 13 Abs 3 Z 2 und Abs 4 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung (4. COVID-19-SchuMaV), BGBl II Nr. 58/2021 i. d. F. BGBl II Nr. 76/2021.*
>
> *Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:*
> *Geldstrafe von — falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von*
> *EURO 150,-- — 35 Stunden*
>
> *Rechtsgrundlagen:*
> *§§ 5, 16 und 46 VStG 1991 i. d. g. F. in Verbindung mit § 40 Abs 2 Epidemiegesetz 1950, BGBl. Nr. 186/1950 i. d. F. BGBl I Nr. 136/2020*
>
> *Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:*
>
> *EURO 15,-- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10 % der Strafe (je eine Stunde Arrest wird gleich EURO 10,-- angerechnet);*
>
> *Der zu zahlende Gesamtstrafbetrag (Strafe, Kosten, Barauslagen) beträgt daher*
> *EURO 165,--„*

[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Binnen offener Frist erhob der Bf gegen das verfahrensgegenständliche Straferkenntnis Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Begründend brachte der Bf im Wesentlichen vor, dass er den Mindestabstand eingehalten habe. Sollte dies zeitweise nicht der Fall gewesen sein, so treffe ihn daran kein Verschulden, weil dies im Zuge einer Versammlung faktisch unmöglich sei. Überdies liege die Beweispflicht bei der Behörde. Der Bf beantragte die Aufhebung des Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, in eventu die Erteilung einer Ermahnung, in eventu die Herabsetzung der Strafe. Der Bf beantragte weiteres seine Einvernahme sowie die Einvernahme der meldungslegenden Polizisten im Rahmen einer öffentlichen mündlichen Verhandlung.

I.3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde (ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen) mittels Schreiben vom 06.04.2022 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich unter Anschluss des Behördenakts zur Entscheidung vorgelegt (Art. 130 Abs. 1 Z 1 iVm Art. 131 Abs. 1 B-VG iVm § 3 VwGVG). Gemäß Art. 135 Abs. 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat daraufhin eine öffentliche mündliche Verhandlung für den 24.10.2022, 9:30 Uhr, anberaumt und in der Ladung den Bf auf Folgendes hingewiesen:

> „*Wenn das Straferkenntnis nur hinsichtlich der Strafhöhe bekämpft werden sollte und der Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung zurückgezogen würde, entfiele die Verhandlung und die Entscheidung erginge schriftlich.*
> *Um Mitteilung wird gebeten bis zum 19. Oktober 2022*."

I.5. Der Bf hat daraufhin mittels E-Mail vom 18.10.2022, 17:09 Uhr, mitgeteilt:

> „*Ich T B ziehe die Beschwerde hinsichtlich .*
> *LVwG-70135 bis LVwG-701739 zurück hinsichtlich der strafhöhe bekämpft werden sollte .*"

I.6. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat daraufhin die mündliche Verhandlung mittels Verfügung vom 20.10.2022 abberaumt und den Bf mittels Schreiben vom 15.11.2022 zur Konkretisierung binnen zwei Wochen aufgefordert, ob seine Mitteilung vom 18.10.2022 (siehe Punkt I.5.) als gänzliche Zurückziehung der Beschwerde zu verstehen sei oder die Beschwerde hinsichtlich der Strafhöhe aufrecht bleibt. Der Bf hat sich dazu nicht geäußert.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Behördenakt und in die Beschwerde. Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte gem. § 44 Abs. 3 VwGVG abgesehen werden, weil die Beschwerde auf die Strafhöhe eingeschränkt wurde und der Bf auf die Durchführung einer Verhandlung verzichtet hat (vgl. Punkt I.5.).

II.2. Folgender S a c h v e r h a l t steht fest:

Der Bf hat die ihm mittels Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt vom 02.03.2022, GZ: Pol-304-VP18-325-2021 vorgeworfene und in Punkt I.1. wiedergegebene Tat in objektiver und subjektiver Hinsicht begangen. Der Bf verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen von ca. 1.500 Euro, ist verpflichtet zur Alimentenzahlung für zwei minderjährige Kinder und sorgepflichtig für ein weiteres Kind. Der Bf hat Schulden in Höhe von rund 9.000 Euro (Kredit) und zahlreiche offene Verwaltungsstrafen.

II.3. Der festgestellte Sachverhalt gründet sich auf dem klaren Akteninhalt. Was die persönlichen Verhältnisse betrifft, wurden diese einerseits in der Beschwerde offengelegt, andererseits sind diese aufgrund zahlreicher Verfahren vor dem erkennenden Gericht bereits notorisch, sodass – auch ohne Angaben des Bf in der Beschwerde – die vorhandenen Schulden zu berücksichtigen waren.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Gemäß § 27 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) hat das Landesverwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid bzw. das angefochtene Straferkenntnis aufgrund der Beschwerde zu prüfen, soweit nicht eine Rechtswidrigkeit aufgrund Behördenunzuständigkeit vorliegt (vgl. VwGH 27.10.2014, Ra 2014/02/0053).

Aus der Mitteilung des Bf vom 18.10.2022 (siehe oben Punkt I.5.) ist – in Zusammenschau mit der Hinweis in der Ladung (siehe oben Punkt I.6.) – zumindest anzunehmen, dass die Beschwerde auf die Strafhöhe eingeschränkt und der Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung zurückgezogen wurde. In Ermangelung einer weiteren Konkretisierung durch den Bf geht das erkennende Gericht aber nicht davon aus, dass der Bf die Beschwerde zur Gänze zurückziehen wollte.

Hinsichtlich der Frage der Strafbarkeit ist daher Teilrechtskraft eingetreten (vgl. VwGH 20.9.2013, 2013/17/0305).

Demnach ist der Prüfungsumfang des Verwaltungsgerichts nur auf die Strafbemessung beschränkt. Die Tatfrage ist – aufgrund der eingetretenen Rechtskraft – jedoch nicht mehr Gegenstand des Verfahrens. Die vorgeworfene Tat ist sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht als erfüllt zu betrachten.

III.2. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG iVm § 38 VwGVG 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 iVm § 38 VwGVG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) und überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegen einander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafbemessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfung des Ermessensaktes auf eine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetztes erforderlich ist (VwSlg. 8134 A/1971).

§ 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) erfolgt. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbesondere Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB. Gemäß § 32 Abs. 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach § 32 Abs. 3 StGB ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat,

wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen u.a. im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw. bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

III.2.4. Zur Verhängung einer Gesamtstrafe

Die belangte Behörde hat dem Bf zwei Tathandlungen vorgeworfen. Zum einen hat der Bf gegen die Pflicht zum Tragen einer FFP2-Maske, zum anderen gegen die Pflicht zur Einhaltung eines Mindestabstands verstoßen. Der Bf hat daher zwei verschiedene Verwaltungsübertretungen verwirklicht. Die beiden Delikte stehen schon deshalb nicht im Verhältnis einer bloßen Scheinkonkurrenz (Spezialität, Konsumtion oder stillschweigende Subsidiarität), weil sich die Tatbestands-elemente deutlich voneinander unterscheiden und die Bestrafungen damit nicht wegen derselben Fakten erfolgten. Obwohl mit beiden Tatbestandselementen das Ziel verfolgt wird, die Ausbreitung des hochinfektiösen Virus SARS-CoV-2 einzudämmen, umfasst der Unrechtsgehalt des Nichttragens eines Mund-Nasen-Schutzes nicht auch den Unrechtsgehalt der Unterschreitung des normierten Mindestabstands; keines der Tatbestandselemente tritt hinter das andere zurück.

Der Spruch des behördlichen Straferkenntnisses ist daher insofern zu korrigieren, als anstelle einer Gesamtstrafe zwei Einzelstrafen zu verhängen waren (vgl. dazu VwGH 22.02.2018, Ra 2017/11/0066, zuletzt 29.01.2021, Ra 2021/09/0003). Da die Summe der Geldstrafen die Höhe der behördlich festgelegten Gesamtstrafe nicht übersteigt, ist darin auch kein Verstoß gegen das Verbot der reformatio in peius (Verschlechterungsverbot) zu erblicken (vgl. VwGH 27.01.1995, 94/02/0383, zuletzt 25.01.2005, 2004/02/0293; VwGH 16.12.2011, 2010/02/0105; VwGH 05.09.2018, Ra 2018/11/0144).

III.2.5. Zur konkreten Strafbemessung

Die Milderungsgründe und die Erschwerungsgründe sind gegeneinander abzuwägen.

Die verhängte Geldstrafe in der Höhe von 150 Euro für das Nichttragen einer FFP2-Maske und das Unterschreiten des Mindestabstands bei einem Strafrahmen von bis zu 500 Euro pro Delikt erscheint im konkreten Fall als zu hoch festgesetzt. Der Bf verfügt über ein monatliches Einkommen von 1.500 Euro, hat drei Sorgepflichten und Schulden. Nachdem im Behördenakt zum Tatzeitpunkt keine rechtskräftigen Verwaltungsstrafen aufscheinen, kommt dem Bf auch der Milderungsgrund der Unbescholtenheit zugute.

Aus diesen Gründen war die verhängte Geldstrafe und die Ersatzfreiheitsstrafe auf einen tat- und schuldangemessenen Betrag zu reduzieren und – im Sinne der obigen Ausführungen – entsprechend aufzuteilen.

Da die von der Bf verletzte Rechtsvorschrift das Rechtsgut des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, nämlich den Schutz der Bevölkerung vor einer weiteren Ausbreitung des COVID-19-Virus, zum Inhalt hat und diesem Rechtsgut erhebliche Bedeutung zukommt, war eine weitere Herabsetzung der Geldstrafe – oder der Ausspruch einer Ermahnung – schon aus spezial- und generalpräventiven Erwägungen nicht geboten.

III.2.6. Zu den Verfahrenskosten

Bei diesem Ergebnis ist dem Bf gem. § 52 Abs. 8 VwGVG kein Beitrag zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aufzuerlegen.

Die Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde sind nach § 64 VStG zu bestimmen. Danach sind die Kosten mit 10% der verhängten Strafe, mindestens aber 10 Euro zu bemessen. Wird die Strafe durch das Verwaltungsgericht neu bemessen, so ist auch der Kostenbeitrag anhand der im Rechtsmittelverfahren festgesetzten Strafe zu bemessen (vgl. *Fister* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG² § 64, Rdz 7). Vom Verbot der „reformatio in peius“ ist die Bemessung der Kosten des Strafverfahrens nicht betroffen (vgl. VwGH vom 25.09.2018, Ra 2018/17/0013). Nachdem der Bf hinsichtlich zweier Delikte bestraft wurde, ist der Kostenbeitrag mit je 10 Euro, insgesamt daher 20 Euro, zu bestimmen.

IV. 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. 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, vielmehr konnte der gegenständliche Fall anhand des klaren Normenwortlautes gelöst werden.

Für die beschwerdeführende Partei 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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist.
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.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde eine aktualisierte Vorschreibung zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Dr. Pernsteiner