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-702146/16/SB

Datum:
Linz, 21. April 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Buchinger über die Beschwerde des A R, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. M S, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 27.07.2022, GZ: BHLL/921100026895/21, wegen Übertretung der 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung iVm dem COVID-19-Maßnahmengesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoweit stattgegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 80 Euro, Ersatzfreiheitsstrafe 26 Stunden, herabgesetzt wird. Im Übrigen wird die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, als der Spruch wie folgt lautet:
„Sie haben die bauliche Verbindung von Betriebsstätten, nämlich das Einkaufszentrum x, vor der CCC Filiale in x, betreten und dabei keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen, obwohl sie dazu gemäß der 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung verpflichtet gewesen wären.
Ein Ausnahmegrund nach § 19 Abs 2 4. COVID-19-SChuMaV lag nicht vor und war es Ihnen aus gesundheitlichen Gründen zumutbar, eine FFP2-Maske ohne Ausatemventil oder eine Maske mit gleichwertig genormtem Standard zu tragen.“.
Die verletzte Rechtsvorschrift lautet: „§ 8 Abs 2 Z 1 COVID-19-MG, BGBl I 12/2020 idF BGBl I 23/2021, iVm § 5 Abs 2 Z 1 und Abs 1 Z 2 4. COVID-19-SchuMaV“.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Die Kosten im Verfahren vor der belangten Behörde sind mit 10 Euro festzusetzen.

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 vom 27.07.2022, GZ: BHLL/921100026895/21, der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (im Folgenden: bB [belangte Behörde]) wurde über den nunmehrigen Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Geldstrafe iHv 120 Euro, Ersatzfreiheitsstrafe 1 Tag 16 Stunden, gemäß § 8 Abs 2 COVID-19-Maßnahmengesetz, verhängt. Konkret wurde dem Bf vorgeworfen:

„1. Datum/Zeit: 27.03.2021, 10:04 Uhr
Ort: x
Sie haben als Kunde den Kundenbereich der Betriebsstätte x, vor der 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 Kundenbereichs von Betriebsstätten gemäß 4. Novelle zur 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung - 4. Novelle zur 4. COVID-19-SchuMaV, BGBl. II Nr. 58/2021, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 111/2021 in der Zeit von 15.03.2021 bis 11.04.2021 von Kunden eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard zu tragen ist.
Dies gilt nicht, sofern sich der Kundenbereich der Betriebsstätte im Freien befindet und ein physischer Kontakt zu Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ausgeschlossen ist. Dieser Ausnahmegrund lag jedoch nicht vor.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
1. §§ 8 Abs. 2 Z. 1, 3 Abs. 1 COVID-19-MG i.V.m. § 5 Abs. 1 Z. 2 4. Novelle zur 4. COVID-19-SchuMaV, BGBl. II Nr. 58/2021, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 111/2021“

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die gegenständliche Beschwerde vom 19.08.2022, in der der Bf neben diversen Verfahrensmängeln moniert, er sei kein Kunde gewesen, zumal er keine Waren erworben oder Dienstleistungen in Anspruch genommen habe. Er besitze ein Attest, welches er den Polizeibeamten nicht fotografieren habe lassen. Die bB habe nicht ausreichend dahingehend ermittelt, er lege nunmehr im Sinne der Verfahrensbeschleunigung das Attest vor. Das Attest sei im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH 07.02.2022, Ra 2021/03/0277) unbedenklich, da dieses aufgrund gewissenhafter Untersuchung seiner Person mit genauer Erhebung der darin bestätigten individuellen Tatsachen erstellt worden sei. Im Übrigen wurden Bedenken ob der gesundheitlichen Schäden durch das Tragen von Masken dargelegt und abschließend wurde mit Blick darauf, dass keine Gefährdung vorgelegen sei, in eventu eine Ermahnung beantragt. Darüber hinaus habe der Verfassungsgerichtshof mittlerweile zahlreiche COVID-19-Bestimmungen als gesetz- und verfassungswidrig aufgehoben.

I.3. Mit Schreiben vom 25.10.2022 legte die bB die Beschwerde unter Anschluss des Verwaltungsakts dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor.

I.4. Nach Anberaumung der Verhandlung für 08.02.2023 wurde vom Bf, nunmehr rechtsfreundlich vertreten, die Anregung vorgelegt, es möge die verfahrensgegenständliche Verbotsnorm des § 5 Abs 1 Z 2 der 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung beim Verfassungsgerichtshof angefochten werden.

I.5. Vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich wurden am 08.02.2023 und 21.03.2023 öffentliche mündliche Verhandlungen durchgeführt, an welchen der Bf nunmehr rechtsfreundlich vertreten teilnahm. Im Rahmen des ersten Teils der mündlichen Verhandlung wurden der Bf sowie der Polizeibeamte Insp. G als Zeuge (im Folgenden: Zeuge G) befragt. Im Rahmen der Fortsetzung der Verhandlung am 21.03.2023 wurde der vom Bf beantragte Zeuge DDr. B (im Folgenden: Zeuge B), von welchem das ärztliche Attest ausgestellt wurde, befragt. Der Bf konnte seinen rechtlichen Standpunkt präzisieren und Fragen an die Zeugen richten.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den von der bB vorgelegten Verwaltungsakt und die Durchführung von öffentlichen mündlichen Verhandlungen am 08.02.2023 und 21.03.2023.

II.2. Es steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

II.2.1. Der Bf hielt sich am 27.03.2021 um 10.04 Uhr im x, bei welchem es sich um ein Einkaufszentrum handelt, in x auf (Anzeige, GZ: PAD/21/00552407/001/VStV, Behördenakt; Niederschrift ON 9, verwaltungsgerichtlicher Akt).

II.2.2. Der Bf trug dabei weder eine FFP2-Maske noch eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard (Anzeige, GZ: PAD/21/00552407/001/VStV, Behördenakt; Niederschrift ON 9, verwaltungsgerichtlicher Akt).

II.2.3. Der Bf verfügt über eine mit „ÄRZTLICHES ATTEST“ betitelte Bestätigung, die vom 03.03.2021 datiert und von DDr. N B, Arzt für Allgemeinmedizin, A, ausgestellt wurde. Diese Bestätigung hat er an der vorgenannten Örtlichkeit gegenüber den die Kontrolle durchführenden Polizeibeamten vorgewiesen, jedoch nicht fotografieren lassen (Anzeige, GZ: PAD/21/00552407/001/VStV, Behörden-

akt; Beschwerde, ON 1 verwaltungsgerichtlicher Akt; Niederschrift ON 9, verwaltungsgerichtlicher Akt).

Bei DDr. B handelt es sich nicht um den Hausarzt des Bf, sondern ist der Bf zu diesem aufgrund einer Empfehlung einer anderen Ärztin in L – wiederum nicht dessen Hausärztin – gefahren, explizit zu dem Zweck, um sich dieses Attest ausstellen zu lassen (Niederschrift ON 9, verwaltungsgerichtlicher Akt).

II.2.4. Dem ärztlichen Attest vom 03.03.2021 liegt keine eigene ärztliche Behandlung bzw Untersuchung des Bf zugrunde. Die darauf vermerkten Symptome sind die Symptome, die der Bf dem Arzt schilderte, nämlich: „Vertigo, Cefalia, allgemeine Schwäche bei Sauerstoffmangel und Dyspnoe“ (Behördenakt, schriftliche Auskunft; Niederschrift ON 14, verwaltungsgerichtlicher Akt).

II.2.5. Der Bf hat ein Einkommen von rund 3.000 Euro/monatlich, ist sorgepflichtig für ein Kind im Alter von einem Jahr und besitzt ein Eigenheim, für welches Kreditraten zu leisten sind (Niederschrift ON 9, verwaltungsgerichtlicher Akt). Betreffend den Bf scheinen keine Verwaltungsstrafvormerkungen auf (Auskunft, ON 7 verwaltungsgerichtlicher Akt).

II.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung, insbesondere den Angaben des Bf und der Zeugen.

Die Feststellung, dass sich der Bf zum angeführten Zeitpunkt am angeführten Ort aufgehalten hat und dabei keine der festgestellten Masken getragen hat, ergibt sich widerspruchsfrei aus der im Behördenakt einliegenden Anzeige vom 28.03.2021, den Ausführungen des Zeugen G und den Ausführungen des Bf, zumal dieser Umstand unbestritten ist.

Die getroffenen Feststellungen zur Bestätigung von DDr. B und dass der Bf zu diesem nur einmal und nur für die Ausstellung des Maskenbefreiungsattests gefahren ist, gründen auf den eigenen Angaben des Bf in der öffentlichen mündlichen Verhandlung. Demnach hat ihm schon die andere Ärztin in L mitgeteilt, sie würde eine solche Bestätigung nicht ausstellen, weil sie „schon verfolgt werden würde“.

Inwieweit und in welcher Form der Bf diese Bestätigung bei der Amtshandlung den kontrollierenden Polizeibeamten gezeigt hat, kann gegenständlichenfalls dahingestellt bleiben, zumal die Nichtmitwirkung an der Amtshandlung nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist.

Strittig war in weiterer Folge gegenständlich nunmehr, ob es dem Bf aus gesundheitlichen Gründen zumutbar gewesen ist, im Tatzeitpunkt eine FFP2-

Maske ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard zu tragen. Dazu ist zunächst ein Blick auf § 19 Abs 2 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung (idF BGBl II 111/2021) zu werfen. Danach ist der Ausnahmegrund, wonach aus gesundheitlichen Gründen das Tragen einer Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil, oder einer Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard oder den Mund- und Nasenbereich abdeckenden und eng anliegenden mechanischen Schutzvorrichtung oder den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung nicht zugemutet werden kann, durch eine von einem in Österreich zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung nachzuweisen bzw gegenüber den in Abs 1 Z 1 bis 3 par. cit. Genannten glaubhaft zu machen.

Damit sind die Bescheinigungsmittel im Hinblick auf die Tatsache der Unzumutbarkeit der Erfüllung der Maskentragepflicht aus gesundheitlichen Gründen beschränkt. Der Obliegenheit zur Glaubhaftmachung kann vom Betroffenen nur nachgekommen werden, wenn er eine von einem in Österreich oder im EWR zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung vorweist, wobei dafür – wie der Bf selbst ausführt – die Voraussetzungen des § 55 Ärztegesetz 1998 (ÄrzteG) erfüllt sein müssen (vgl VwGH 07.02.2022, Ra 2021/03/0277).

Gemäß § 55 ÄrzteG darf 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. Im Hinblick darauf hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass ein Betroffener jedenfalls dann nicht von einer unbedenklichen Bestätigung ausgehen kann, 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 solches „Attest“ online bestellt und ohne Untersuchung ausgestellt worden wäre (siehe VwGH 07.02.2022, Ra 2021/03/0277).

Die vom Bf gegenüber den Polizeibeamten verwendete und dem erkennenden Gericht vorgelegte mit „*ÄRZTLICHES ATTEST*“ betitelte Bestätigung wurde von DDr. B ausgestellt und datiert vom 03.03.2021. Darin wird bestätigt, „*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.*“ Der Bf hat in der öffentlichen mündlichen Verhandlung im Hinblick auf das Zustandekommen dieser Bestätigung ausgeführt, dass er nur zum Zweck des Erhalts dieses Maskenbefreiungsattests bei DDr. B gewesen ist. Angesichts dessen war der Bf zunächst schon durchaus in Kenntnis darüber, wie sich die Situation in Bezug auf

Maskenbefreiungsatteste verhält und musste ihm durch die Auskunft der Ärztin bewusst sein, dass diese einem entsprechenden Erfordernis unterliegen und mit einer gewissen Sorgfalt kontrolliert werden. Insbesondere ist dessen Kenntnis auch dadurch belegt, dass er den kontrollierenden Beamten das Attest widerwillig zeigen wollte und jedenfalls nicht fotografieren ließ. In weiterer Folge verweist der Bf selbst auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs, wonach dem Attest eine eingehende Untersuchung zugrunde liegen muss, und schildert die Untersuchung in weiterer Folge selbst nur als Gespräch und das Abhorchen durch das Stethoskop. Dies wird in weiterer Folge bei der vom Bf ausdrücklich beantragten Zeugeneinvernahme des DDr. B insofern noch relativiert, als dieser ausführt, dass er keine Untersuchung beim Bf durchgeführt hat. Er habe sich vom Bf seine Beschwerden schildern lassen und diese auf dem Attest vermerkt und als gegeben angenommen. Aufgrund dessen kann im Lichte der zuvor angeführten Judikatur nicht von einer unbedenklichen Bestätigung ausgegangen werden. Dieses „Attest“ ist nicht unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 55 ÄrzteG zustande gekommen und stellt somit kein geeignetes Bescheinigungsmittel dar.

Zumal der Bf auch über kein anderes – unbedenkliches – Attest verfügt, konnte er schließlich nicht glaubhaft machen, dass ihm das Tragen einer FFP2-Maske ohne Ausatemventil oder einer Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard aus gesundheitlichen Gründen unzumutbar gewesen ist. Die rechtliche Vermutung der gesundheitlichen Zumutbarkeit konnte somit nicht widerlegt werden, weshalb die entsprechende Feststellung zu treffen war.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1.1. Gemäß § 8 Abs 2 Z 1 COVID-19-Maßnahmengesetz (COVID-19-MG), BGBl I 12/20202 idF BGBl I 23/2021, 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 § 3 Abs 1 Z 1 COVID-19-MG kann beim Auftreten von COVID-19 durch Verordnung das Betreten und das Befahren von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen, geregelt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.

III.1.2. Von dieser Ermächtigung hat der Verordnungsgeber Gebrauch gemacht und in § 5 Abs 1 Z 2 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung (4. COVID-19-

SchuMaV), BGBl II 58/2021 idF BGBl II 111/2021, der im Tatzeitpunkt in Geltung stand, normiert, dass das Betreten und Befahren des Kundenbereichs von Betriebsstätten unter der Voraussetzungen, dass Kunden eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard tragen, zulässig ist. Dies gilt nicht, sofern sich der Kundenbereich der Betriebsstätte im Freien befindet und ein physischer Kontakt zu Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ausgeschlossen ist.

Gemäß Abs 2 Z 1 par. cit. ist das Betreten von baulich verbundenen Betriebsstätten (zB Einkaufszentren, Markthallen) nur unter der Voraussetzung zulässig, dass Abs 1 Z 1 bis 3 sinngemäß auch in den Verbindungsbauwerken gilt.

Als Betreten gilt gemäß § 16 4. COVID-19-SchuMaV auch das Verweilen.

Gemäß § 17 Abs 5 4. COVID-19-SchuMaV gilt die Pflicht zum Tragen einer Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard 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.

Gemäß § 19 Abs 2 4. COVID-19-SchuMaV ist dieser Ausnahmegrund durch eine von einem in Österreich zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung nachzuweisen bzw iSd Abs 1 par. cit. glaubhaft zu machen.

III.2. Der Bf bringt in seiner Beschwerde und insbesondere im Schriftsatz vom 31.01.2023 vor, dass die 4. COVID-19-SchuMaV gesetzwidrig sei, zumal diese dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot widerspreche. Mit Verweis auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom 30.06.2022, V 312/2021-15 zur 5. COVID-19-SchuMaV, sei auszuführen, dass der Bf sein Grundrecht auf Achtung seines Privatlebens in seiner Freizeit ausgeübt habe. Weiters auch sein Grundrecht, sich im Bundesgebiet ohne Freiheitsbeschränkungen bewegen zu dürfen. In der genannten Entscheidung habe der Verfassungsgerichtshof erkannt, dass eine Generalausnahme für Zusammenkünfte zur Religionsausübung gleichheitswidrig gewesen sei, was auch auf die gegenständlich anzuwendende Verordnung zutreffe.

Zunächst ist auf das im B-VG grundlegende System der Verfassungsgerichtsbarkeit zu verweisen (vgl Art 89, 139, 139a, 10 und 140a leg. cit.). Der Verfassungsgerichtshof ist die einzige Instanz, die über die Rechtmäßigkeit der 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 rechtwidrig befundene generelle Norm kundgemacht (vgl. VfGH 28.06.2017, V4/2017 [V4/2017-24]). Gemäß Art 89 Abs 2 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.

Derartige Bedenken gegen die verfahrensgegenständlich anzuwendende Bestimmung des § 5 Abs 2 Z 1 und Abs 1 Z 2 4. COVID-19-SchuMaV hegt das erkennende Gericht allerdings nicht. In Bezug auf diese Bestimmung, die ordnungsgemäß im Bundesgesetzblatt kundgemacht wurde, ist es bisher nicht zu einer Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof gekommen. An dieser Rechtsansicht ändert auch das vom Bf zitierte Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs nichts, zumal sich der Bf auf die Pauschalausnahme im Hinblick auf die Religionsausübung bezieht und damit die Verfassungswidrigkeit der gegenständlichen Verordnung begründet, woraus jedoch keine Präjudizialität der fallbezogen anzuwendenden Bestimmung erkennbar ist. Sollte der Bf dennoch weiterhin der Meinung sein, dass er aufgrund einer gesetzwidrigen Bestimmung bestraft worden ist, steht es ihm frei, sich mit einer Beschwerde gemäß Art 144 Abs 1 B-VG an den Verfassungsgerichtshof zu wenden (siehe dazu die entsprechenden Ausführungen in der Rechtsmittelbelehrung).

III.3.1. Nach § 44a Z 1 VStG ist es rechtlich geboten, die Tat hinsichtlich des Täters und der Tatumstände so genau zu umschreiben, dass die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale ermöglicht wird. Eine nicht ausreichende Umschreibung der Tat iSd § 44a Z 1 VStG berechtigt das Verwaltungsgericht nicht, das Straferkenntnis zu beheben. Es ist vielmehr verpflichtet, in der Sache selbst zu entscheiden und dabei die Tat in einer dem § 44a Z 1 VStG entsprechenden Weise zu präzisieren, darf aber dabei die Tat nicht auswechseln (vgl VwGH 13.07.2020, Ra 2019/02/0028, 11.09.2019, Ra 2019/02/0094, 23.01.2019, Ra 2018/02/0284, jeweils mwN; sh auch wie oben VwGH 01.03.2021, Ra 2020/02/0301 mwN).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs sind an Verfolgungshandlungen im Sinn des § 32 Abs 2 VStG hinsichtlich der Umschreibung der angelasteten Tat die gleichen Anforderungen zu stellen wie an die Tatumschreibung im Spruch des Straferkenntnisses nach § 44a Z 1 VStG. Eine die Verfolgungsverjährung nach § 31 VStG unterbrechende Verfolgungshandlung nach § 32 Abs 2 VStG ist auf eine bestimmte physische Person als Beschuldigten, auf eine bestimmte Tatzeit, den ausreichend zu konkretisierenden Tatort und sämtliche Tatbestandselemente der durch die Tat verletzten Verwaltungsvorschrift im Sinne des § 44a Z 2 VStG zu beziehen; die (korrekte) rechtliche Qualifikation der Tat ist hingegen nicht erforderlich. Es ist somit erforderlich, dass sich die Verfolgungshandlung im Sinn der §§ 31 und 32 VStG auf alle der späteren Bestrafung zugrunde liegenden Sachverhaltselemente beziehen muss. Nach der ständigen Judikatur zu § 44a Z 1 VStG hat die Umschreibung der als erwiesen angenommenen Tat so präzise zu sein, dass der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte wahren kann und er nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt ist; sie darf keinen Zweifel daran bestehen lassen, wofür der Täter bestraft worden ist. Ungenauigkeiten bei der Konkretisierung der Tat haben nur dann keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit des Strafbescheids, wenn dadurch keine Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten und keine Gefahr der Doppelbestrafung bewirkt werden. Die Umschreibung der als erwiesen angenommenen Tat hat sich am jeweils in Betracht kommenden Tatbild zu orientieren (vgl für viele zB VwGH 03.02.2020, Ra 2019/02/0212 mwN).

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

III.3.2. Fallbezogen hat sich der Bf – wie festgestellt – nicht in der CCC-Filiale, somit einer Betriebsstätte, aufgehalten, sondern unbestritten vor einer Betriebsstätte und damit im Verbindungsbauwerk von baulich verbundenen Betriebsstätten (Einkaufszentrum). Dementsprechend ist die rechtliche Grundlage der vorliegenden Übertretung mit § 5 Abs 2 Z 1 iVm § 5 Abs 1 Z 2 4. COVID-19-SchuMaV zu präzisieren.

III.3.3. Unzweifelhaft geht aus den schriftlichen und mündlichen Ausführungen des Bf hervor, dass er durch das Straferkenntnis in die Lage versetzt wurde, zu dem (gegenständlich relevanten) enthaltenen Tatvorwurf Beweise anzubieten. Weder aus seinem Einspruch, noch aus seiner Beschwerde noch aus den Ausführungen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung lässt sich erkennen, dass ihm nicht bewusst gewesen wäre, welches konkrete Verhalten zu welchem Zeitpunkt und an welchem Ort ihm vorgeworfen wurde. Vielmehr erstattete er ein umfassendes

(schriftliches und mündliches) Vorbringen, das sich sowohl mit dem Ort der Anhaltung sowie dem Ablauf des vorgeworfenen Vorfalls befasst.

Dem Bf wurden im gesamten Verfahren alle Sachverhaltselemente – nämlich das Nichttragen einer Maske im Haid-Center – vorgeworfen, weshalb der Spruch und die verletzte Verwaltungsvorschrift einer Präzisierung durch das Verwaltungsgericht iSd Rsp des Verwaltungsgerichtshofs zugänglich waren (sh oben die zitierte Rsp).

III.4. Zumal der Bf am 27.03.2021 um 10.04 Uhr das x, somit ein Einkaufszentrum, dh eine bauliche Verbindung von Betriebstätten, betreten hat und dabei, obwohl es ihm aus gesundheitlichen Gründen zumutbar war, weder eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen hat, hat er den objektiven Tatbestand des § 8 Abs 2 Z 1 COVID-19-MG iVm § 5 Abs 2 Z 1 iVm Abs 1 Z 2 4. COVID-19-SchuMaV verwirklicht.

III.5.1. Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung ein Schadenseintritt oder der Eintritt einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Der Beschuldigte muss daher, um die (widerlegliche) gesetzliche Verschuldensvermutung zu entkräften, initiativ alles darlegen, was für seine Entlastung spricht (stRsp zB VwGH 20.05.1968, 0183/67; 14.10.1976, 1497/75; 18.09.1987, 86/17/0020; 27.06.2017, Ra 2014/05/0050; 11.01.2018, Ra 2017/11/0152; siehe auch VwGH 20.03.2018, Ra 2017/03/0092). Dies kann durch geeignetes Tatsachenvorbringen und die Beibringung von Beweismitteln bzw konkreter Beweisanträge erfolgen; bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen sind nicht ausreichend (vgl VwGH 27.06.2017, Ra 2014/05/0050; VwGH 24.02.1993, 92/03/0011).

Das VStG enthält keine Definition der Schuldform Fahrlässigkeit. Es kann zur Auslegung aber auf die Bestimmung des StGB zurückgegriffen werden, wonach iSd § 6 Abs 1 StGB die Außerachtlassung der objektiv gebotenen und subjektiv möglichen Sorgfalt dem Täter nur dann vorgeworfen werden kann, wenn es ihm unter dem besonderen Verhältnis des Einzelfalles auch zuzumuten war, sie tatsächlich aufzuwenden. Der Maßstab ist ein objektivnormativer; Maßfigur ist der einsichtige und besonnene Mensch, den man sich in der Lage des Täters versetzt zu denken hat. Objektiv sorgfaltswidriges Handeln liegt daher dann vor, wenn sich ein einsichtiger und besonnener Mensch des Verkehrskreises des Handelnden an seiner Stelle anders verhalten hätte (vgl VwGH 16.03.2016, Ro 2014/04/0072).

III.5.2. Nachdem es sich bei § 8 Abs 2 Z 1 COVID-19-MG iVm § 5 Abs 2 Z 1 iVm Abs 1 Z 2 4. COVID-19-SchuMaV um ein solches Ungehorsamsdelikt handelt, weil weder ein Schadenseintritt noch der Eintritt einer Gefahr für die Verwirklichung des Tatbestandes erforderlich ist, gilt die gesetzliche Verschuldensvermutung in Form der Fahrlässigkeit. Der Bf konnte diese im gegenständlichen Verfahren nicht entkräften und das Gegenteil glaubhaft machen. Vielmehr war der Bf im März 2021 mit der schwierigen Situation des Erhalts eines Maskenattests konfrontiert und war ihm damit klar, wie Maskenatteste allgemein gesehen werden und welchen Erfordernissen – so schildert er dies auch in seiner Beschwerde mit explizitem Verweis auf § 55 ÄrzteG – diese unterliegen. Dennoch hat er ohne Maske unter Verwendung der Bestätigung vom 03.03.2021 das Einkaufszentrum betreten. Der Bf hat somit den Tatbestand auch in subjektiver Hinsicht erfüllt.

III.6. Gemäß § 38 VwGVG iVm § 19 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren sind 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.

Laut stRsp des Verwaltungsgerichtshofs handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung der Entscheidung so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Die vom Bf verletzte Rechtsvorschrift verfolgt das öffentliche Interesse, die Bevölkerung vor einer weiteren Ausbreitung des COVID-19-Virus zu schützen. Diesem öffentlichen Interesse kommt erhebliche Bedeutung zu. Insbesondere im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut der körperlichen Integrität erscheint diese Strafe aus spezialpräventiven Gründen notwendig, um den Bf von weiteren gleichgelagerten Delikten abzuhalten. Auch ist die Strafe erforderlich um generalpräventiv zu wirken; die vorgesehenen Bestimmungen sind einzuhalten.

Unter Berücksichtigung des zur Verfügung stehenden Strafrahmens (bis 500 Euro) erscheint die nunmehr am unteren Rand des Strafrahmens angesiedelte Strafe

(14 %) unter Einbeziehung des Milderungsgrunds der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit und Berücksichtigung der im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung geschilderten Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse als tat- und schuldangemessen.

III.7.1. Der Verwaltungsgerichtshof führt in ständiger Rsp aus, dass für das Vorgehen gemäß § 45 Abs 1 Z 4 VStG (Ermahnung) die dort genannten Umstände – geringe Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, geringe Intensität der Beeinträchtigung dieses Rechtsgutes durch die Tat sowie geringes Verschulden – kumulativ vorliegen müssen. Von geringem Verschulden im Sinne dieser Bestimmung ist jedoch nur dann zu sprechen, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl für viele zB VwGH 09.09.2016, Ra 2016/02/0118 mwN).

Die vom Bf verletzten Rechtsvorschriften verfolgen das öffentliche Interesse, die Bevölkerung vor einer weiteren Ausbreitung des COVID-19-Virus zu schützen. Diesem öffentlichen Interesse kommt erhebliche Bedeutung zu. Beim gegenständlichen Verstoß kann daher weder von einer geringen Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts noch von einem geringen Verschulden des Bf die Rede sein. Die Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes dient der Erreichung des bedeutsamen Ziels der Verhinderung der Weiterverbreitung des hochansteckenden Virus SARS-CoV-2 und damit dem Gesundheitsschutz der Allgemeinheit.

Ist aber die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes nicht gering, fehlt es an einer der in § 45 Abs 1 Z 4 VStG genannten Voraussetzungen für die Einstellung des Strafverfahrens, weshalb nach der Rsp des Verwaltungsgerichtshofs auch keine Ermahnung nach § 45 Abs 1 letzter Satz VStG in Frage kommt (zB VwGH 20.11.2015, Ra 2015/02/0167; zuletzt etwa zum KFG 1967 VwGH 18.12.2019, Ra 2019/02/0180).

III.8. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Beschwerde unter der Maßgabe der Spruchpräzisierung insoweit stattzugeben ist, als die verhängte Geldstrafe auf 80 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 26 Stunden herabzusetzen sind.

III.9. Zumal die Strafe zu reduzieren war, sind dem Bf die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nicht aufzuerlegen (§ 52 Abs 8 VwGVG). Der Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens war gemäß § 64 Abs 2 VStG festzusetzen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist für die belangte Behörde und die revisionsberechtigte Formalpartei unzulässig, da keine Rechtsfragen zu klären waren, denen grundsätzliche Bedeutung zukommt. Das Verwaltungsgericht konnte sich bei der Entscheidungsfindung auf vorhandene Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs und Verfassungsgerichtshofs stützen (sh die zitierte Rsp). Wesentliche Grundlage für die vorliegende Entscheidung ist zudem die auf den konkreten Einzelfall vorgenommene Beweiswürdigung des Gerichtes, die nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs in der Regel nicht revisibel ist (sh zB VwGH 26.02.2014, Ro 2014/02/0039; 29.11.2017, Ra 2015/04/0014 mwN).
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, 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Buchinger