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-702183/2/Bm

Datum: Linz, 13. April 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde des M G, MBA, X, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 17.10.2022, GZ: BHLL/922100028557/22, wegen einer Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes (COVID-19-MG) iVm der 5. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung (5. COVID-19-NotMV)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 70 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 21 Stunden herabgesetzt werden. Im Übrigen wird das Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die verletzte Rechtsvorschrift *„§ 8 Abs. 5a Z 2 2. Tatbild COVID-19-Maßnahmengesetz, BGBl. I Nr. 12/2020 idF BGBl. Nr. 90/2021, iVm § 5 Abs. 1 und Abs. 4 Z 1 COVID-19-Maßnahmengesetz, BGBl. I Nr. 12/2020 idF BGBl. I Nr. 143/2021, iVm § 14 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 erster Satz 5. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung, BGBl. II Nr. 475/2021“* und die Strafnorm *„§ 8 Abs. 5a Z 2 2. Tatbild COVID-19-Maßnahmengesetz, BGBl. I Nr. 12/2020 idF BGBl. Nr. 90/2021“* zu lauten haben.

II. Zum Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist kein Kostenbeitrag zu leisten. Der Kostenbeitrag des Beschwerdeführers zum Verfahren vor der belangten Behörde beträgt unverändert 10 Euro.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (im Folgenden: belangte Behörde) vom 17.10.2022, GZ: BHLL/922100028557/22, wurde dem Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) zur Last gelegt, er habe am 04.12.2021 um 15:05 Uhr in X an einer Versammlung („X“) und somit an einer Zusammenkunft gemäß § 14 Abs. 1 Z 2 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung einer Notsituation auf Grund von COVID-19 getroffen werden (5. COVID-19-NotMV), bei der nicht alle Personen einen 2G-Nachweis vorweisen konnten, teilgenommen. Dabei habe er jedoch, wie anlässlich einer Kontrolle durch Wacheorgane der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeiinspektion Ebelsberg-Pichling, festgestellt wurde, keine Maske im Sinne des § 2 Abs. 1 der genannten Verordnung, somit eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard, getragen, obwohl er dazu gemäß § 14 Abs. 2 der 5. COVID-19-NotMV verpflichtet gewesen wäre.

I.2. Dagegen hat der Bf Beschwerde erhoben und darin im Wesentlichen vorgebracht, er habe mit den fünf vorgelegten Testzertifikaten seinen perfekten Gesundheitszustand dokumentiert. Im Straferkenntnis seien jedoch nur die abgelaufenen erwähnt. Er habe durch sein regelmäßiges Testen mehr zur Verhinderung der Ausbreitung getan, als jeder, der geimpft worden sei, denn diese seien von jeder Testpflicht ausgenommen gewesen, obwohl die Impfung nicht vor einer Ansteckung oder Weitergabe schütze. Weiters sei nach Ing. Dr. H T für den Virenschutz eine FFP3-Maske erforderlich und sei die COVID-Verordnung daher eine eindeutige und klare Diskriminierung. Es stelle sich für ihn die Frage, auf welcher Grundlage diese COVID-Verordnungen erlassen worden seien.

I.3. Mit Eingabe vom 15.11.2022 legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich den Verwaltungsstrafakt samt Beschwerde zur Entscheidung vor, ohne von der Möglichkeit einer Beschwerdevorentscheidung Gebrauch zu machen. Dieses entscheidet durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin (§ 2 VwGVG).

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsicht in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt und in die Beschwerde. Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte sowohl gemäß

§ 44 Abs. 3 Z 1 als auch gemäß Z 3 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) abgesehen werden, da in der Beschwerde nur eine unrichtige rechtliche Beurteilung behauptet wird und im angefochtenen Straferkenntnis eine 500 Euro nicht übersteigende Geldstrafe verhängt wurde.

II.2. Folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt steht fest:

Der Bf hat am 04.12.2021 um 15:05 Uhr nächst X an der Versammlung im Sinne des Versammlungsgesetzes 1953 „X“ teilgenommen und dabei keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen. Es konnten nicht alle Personen bei dieser Versammlung einen 2G-Nachweis vorweisen. Der Bf ist verwaltungsstrafrechtlich unbescholten, verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen von 1.800 Euro, besitzt kein Vermögen und hat keine Sorgepflichten.

II.3. Der Sachverhalt ergibt sich unstrittig aus dem vorgelegten Verwaltungsstrafakt sowie der Beschwerde und wurde vom Bf inhaltlich nicht bestritten.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Die maßgeblichen Bestimmungen der 5. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung (5. COVID-19-NotMV), BGBl. II Nr. 475/2021, lauten:

„Zusammenkünfte

§ 14. (1) Das Verlassen des eigenen privaten Wohnbereichs und der Aufenthalt außerhalb des eigenen privaten Wohnbereichs zum Zweck der Teilnahme an Zusammenkünften ist nur für folgende Zusammenkünfte zulässig:
[…]
2. Versammlungen nach dem Versammlungsgesetz 1953, BGBl. Nr. 98/1953,
[…]
(2) Bei Zusammenkünften gemäß Abs. 1 Z 1, 2, 4 bis 7, 10 und 11 ist eine Maske zu tragen, sofern nicht alle Personen einen 2G-Nachweis vorweisen. Für Zusammenkünfte gemäß Abs. 1 Z 8 gilt § 6 Abs. 1.
[…]“

Die maßgeblichen Bestimmungen des COVID-19-Maßnahmengesetzes (COVID-19-MG), BGBl. I Nr. 12/2020, in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung lauten:

„Zusammenkünfte

§ 5. (1) Beim Auftreten von COVID-19 können vorbehaltlich des Abs. 2 Zusammenkünfte von Personen aus verschiedenen Haushalten geregelt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.
(2) In einer Anordnung gemäß Abs. 1 jedenfalls nicht geregelt werden dürfen Zusammenkünfte von weniger als fünf Personen aus weniger als drei Haushalten zuzüglich sechs minderjährige Kinder dieser Personen und Minderjährige, denen gegenüber diese Personen bestehende Aufsichtspflichten wahrnehmen.
(3) In einer Anordnung gemäß Abs. 1 ist nach Art, Größe und Zweck der Zusammenkunft, nach der Beschaffenheit des Ortes der Zusammenkunft sowie nach dem Grad persönlicher Beziehungen zwischen den Personen zu differenzieren.
(4) In einer Anordnung gemäß Abs. 1 können Zusammenkünfte
1. an die Einhaltung bestimmter Voraussetzungen oder Auflagen gebunden werden oder
2. in Bezug auf die Personenzahl beschränkt werden
oder
3. einer Anzeige- oder Bewilligungspflicht unterworfen werden
oder
4. auf bestimmte Personen- oder Berufsgruppen eingeschränkt werden. Maßnahmen gemäß Z 3 und 4 dürfen jedenfalls nicht für Zusammenkünfte im privaten Wohnbereich angeordnet werden. Erforderlichenfalls sind die Maßnahmen gemäß Z 1 bis 4 nebeneinander zu ergreifen. Reichen die in Z 1 bis 4 genannten Maßnahmen nicht aus, können Zusammenkünfte untersagt werden.

[...]

Strafbestimmungen

§ 8. (1) [...]
(5a) Wer
[...]
2. eine Zusammenkunft entgegen den sonstigen gemäß § 5 Abs. 4 festgelegten Beschränkungen organisiert oder daran teilnimmt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 500 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu einer Woche, zu bestrafen;
[...]“

III.2. Der Gesetzgeber ermächtigt in § 5 Abs. 1 iVm Abs. 4 Z 1 COVID-19-MG idF BGBl. I Nr. 143/2021 den Verordnungsgeber, Regelungen für Zusammenkünfte von Personen aus verschiedenen Haushalten zu treffen - z.B. an die Einhaltung bestimmter Voraussetzungen oder Auflagen zu binden -, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist. Davon hat der Verordnungsgeber Gebrauch gemacht und in § 14 Abs. 1 Z 2 iVm Abs. 2 erster Satz 5. COVID-19-NotMV normiert, dass bei Versammlungen nach dem Versammlungsgesetz 1953, BGBl. Nr. 98/1953, eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard (vgl. „Maske“ in § 2 Abs. 1 leg. cit.) zu tragen ist, sofern nicht alle Personen einen 2G-Nachweis vorweisen. Wer nun an einer Zusam-

menkunft entgegen den sonstigen gemäß § 5 Abs. 4 festgelegten Beschränkungen teilnimmt, d.h. auch entgegen § 14 Abs. 1 Z 2 iVm Abs. 2 erster Satz 5. COVID-19-NotMV, begeht eine mit Geldstrafe von bis zu 500 Euro, Ersatzfreiheitsstrafe von bis zu einer Woche, sanktionierte Verwaltungsübertretung (vgl. § 8 Abs. 5a Z 2 2. Tatbild COVID-19-MG idF BGBl. I Nr. 90/2021).

Da der Bf nach dem festgestellten Sachverhalt im Tatzeitpunkt am genannten Ort an einer Versammlung nach dem Versammlungsgesetz 1953, nämlich „X“, teilgenommen, dabei keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen hat und nicht alle Personen bei der genannten Versammlung einen 2G-Nachweis vorweisen konnten, hat er an der Zusammenkunft entgegen der Verpflichtung, eine entsprechende Maske zu tragen, teilgenommen.

Er hat dadurch den objektiven Tatbestand des § 8 Abs. 5a Z 2 2. Tatbild COVID-19-MG erfüllt.

Soweit der Bf vorbringt, es seien die Testzertifikate, insbesondere das vom 04.12.2022, 12:29 Uhr, nicht berücksichtigt worden, ist dem entgegenzuhalten, dass die Maskenpflicht unabhängig von negativen Testergebnissen und unabhängig von einem Impf- oder Genesungsstatus gegolten hat.

Das COVID-19-MG enthält keine eigene Regelung hinsichtlich des Verschuldens, weshalb § 5 Abs. 1 VStG zur Anwendung kommt, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog. „Ungehorsamsdelikt“). Das Vorbringen des Bf ist nicht dazu geeignet, dass ihn an der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung kein Verschulden trifft, sondern ist von zumindest einem fahrlässigen Verhalten auszugehen, da er die Sorgfalt außer Acht gelassen hat, zu der er nach den Umständen verpflichtet und ihm zuzumuten gewesen wäre. Umstände, die einen Entlastungsbeweis darstellen, hat der Bf nicht geltend gemacht. Aus diesem Grund ist der dem Bf vorgeworfene Tatbestand auch subjektiv erfüllt.

III.3. Zur (im weitesten Sinn) vorgebrachten Gesetz-/Verfassungswidrigkeit der 5. COVID-19-NotMV ist zunächst auf das in den Art. 89, 139, 139a, 140 und 140a Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) grundgelegte System der Verfassungsgerichtsbarkeit hinzuweisen. Dieses beruht auf dem Grundgedanken, dass der Verfassungsgerichtshof als einzige Instanz über die Rechtmäßigkeit 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 rechtswidrig befundene generelle Norm kundgemacht (vgl. VfGH 28.06.2017, V4/2017 [V4/2017-24]). Gemäß Art. 89 Abs. 2 B-VG 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.
Solche Bedenken gegen die gegenständlich relevante Norm des § 14 5. COVID-19-NotMV, die auf der Bestimmung des § 5 Abs. 1 iVm Abs. 4 Z 1 COVID-19-MG basiert und im Bundesgesetzblatt II ordnungsgemäß kundgemacht wurde, hegt das erkennende Gericht allerdings nicht.

III.4. 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. Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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 im Straferkenntnis verhängte Strafe erscheint im Hinblick auf den Milderungsgrund der Unbescholtenheit des Bf mit 20 % des Strafrahmens als zu hoch. Sie war daher unter Berücksichtigung dieser Umstände auf ein tat- und schuldangemessenes Maß zu reduzieren. Aus den gesetzlichen Gründen (insbesondere kann von einer Geringfügigkeit nicht ausgegangen werden) konnte nicht von der Verhängung einer Strafe abgesehen und eine Ermahnung ausgesprochen werden. Sowohl aus spezial- als auch aus generalpräventiven Gründen war die Verhängung einer Strafe erforderlich.

III.5. Eine Korrektur der Rechtsnorm war aus Gründen der rechtlichen Klarstellung notwendig. Diese sind hinsichtlich der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes rechtlich geboten. Es erfolgt dadurch kein Austausch der Tat an sich.

III.6. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind dem Bf die Kosten des Beschwerdeverfahrens nicht aufzuerlegen, zumal der Beschwerde teilweise Folge gegeben und die Strafe herabgesetzt wurde. Der Verfahrenskostenbeitrag bleibt im Grunde der Bestimmung des § 64 Abs. 2 VStG unverändert bestehen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist für die belangte Behörde und die revisionsberechtigte Formalpartei unzulässig, da die zu lösenden Rechtsfragen anhand der eindeutigen Bestimmungen des Gesetzes beantwortet werden konnten. Es liegt keine aus Sicht des erkennenden Gerichts über den Einzelfall hinausgehende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor.

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 e

1. 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.

2. 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. Bismaier