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-702554/6/Wg/KN

Datum:
Linz, 15. November 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Weigl über die Beschwerde der G R F, wohnhaft in X, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 22.5.2023, GZ: 0137727/2021 AS/VS, wegen Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes iVm der 5. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung

zu Recht:

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

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

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) vom 22.5.2023 wurden über die Beschwerdeführerin eine Geldstrafe von 100 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 34 Stunden verhängt. Ihr wurde vorgeworfen, sie habe am 8.12.2021 um 13:29 Uhr in X, Xstraße nächst Nr. X, an einer Versammlung „X“ und somit einer Zusammenkunft gemäß § 14 Abs. 1 Z 2 der 5. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung (5. COVID-19-NotMV), bei der nicht alle Teilnehmer einen 2G-Nachweis vorweisen konnten, teilgenommen. Dabei habe sie 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 sie dazu gemäß § 14 Abs. 2 der 5. COVID-19-NotMV verpflichtet gewesen wäre.

I.2. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 2.6.2023 Beschwerde und begehrt die Verfahrenseinstellung mit der Begründung, dass keine Amtshandlung stattgefunden habe, bei der sie ihr Attest der Mund-Nasen-Schutz-Befreiung vorweisen hätte können; dann sei nämlich ersichtlich gewesen, dass sie keinen Mund-Nasen-Schutz tragen könne. Für die Menschen, in deren Nähe sie sich befunden habe, habe es kein Problem dargestellt, sie ohne Mund-Nasen-Schutz anzutreffen. Die Beschwerdeführerin legte ihrer Beschwerde das Attest vom 6.7.2020, ausgestellt von Dr. M W, sowie eine Bezugsbestätigung über Pensionsleistungen der SVS (Einkommensnachweis) vom Jänner 2023 bei.

I.3. Mit Schreiben vom 3.7.2023 hat die belangte Behörde die Beschwerde samt dem Bezug habenden Behördenakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt.

I.4. Mit E-Mail vom 24.7.2023 legte die Beschwerdeführerin dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ein weiteres Attest, ausgestellt von Dr. S Z am 13.1.2021, vor. Dieses wurde, über Rückfrage des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich hinsichtlich des Zustandekommens, von der ausstellenden Ärztin mit der am 18.8.2023 eingelangten Stellungnahme konkretisiert.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsicht in die Beschwerde, den Behördenakt sowie in die amtswegig eingeholten ergänzenden Stellungnahmen der die beiden Atteste ausstellenden Ärzte.

II.2. Folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt steht fest:

Die Beschwerdeführerin hat am 8.12.2021 um 13:29 Uhr in X, Xstraße nächst Nr. X, an einer Versammlung „X“, bei der nicht alle Teilnehmer einen 2G-Nachweis vorweisen konnten, teilgenommen.

Sie hat dabei keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen, weil ihr dies aus gesundheitlichen Gründen nicht zumutbar gewesen ist. Gesundheitlich ebenso nicht möglich war ihr das Tragen einer sonstigen den Mund- und Nasenbereich abdeckenden und eng anliegenden mechanischen Schutzvorrichtung sowie einer sonstigen nicht eng anliegenden, aber den Mund- und Nasenbereich vollständig abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung.

II.3. Die Feststellungen zur Versammlungsteilnahme und dass dabei von der Beschwerdeführerin keine entsprechende Maske getragen wurde, ergeben sich widerspruchsfrei aus dem Behördenakt, insbesondere aus der darin einliegenden Anzeige.

Strittig war gegenständlich einzig, ob es der Beschwerdeführerin im Tatzeitpunkt aus gesundheitlichen Gründen zumutbar gewesen ist, eine entsprechende Maske zu tragen. Dazu ist zunächst ein Blick auf § 19 Abs. 2 Z 1 5. COVID-19-NotMV (idF BGBl. II Nr. 475/2021) zu werfen: Danach ist der Ausnahmegrund, wonach das Tragen einer Maske (siehe § 2 Abs. 1 leg. cit. idF BGBl. II Nr. 511/2021: Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 ohne Ausatemventil oder Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard) oder einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden und eng anliegenden mechanischen Schutzvorrichtung oder einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung nicht zugemutet werden kann, durch eine von einem in Österreich oder im EWR zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung nachzuweisen bzw. gemäß Abs. 1 par. cit. 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 selbständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung vorweist, wobei dafür die Voraussetzungen des § 55 Ärztegesetz 1998 erfüllt sein müssen (vgl. VwGH 7.2.2022, Ra 2021/03/0277).

Die Beschwerdeführerin legte gemeinsam mit ihrer Beschwerde das Attest vom 6.7.2020, ausgestellt von Dr. W, Facharzt für Lungenkrankheiten in X, vor, worin ärztlich bestätigt wird, „*dass die oben genannte Person aufgrund der individuellen*

gesundheitlichen Situation ein erhöhtes Risiko hat, beim Tragen eines Nasen-Mund-Schutzes an akuter Atemnot zu leiden. Dementsprechend ist vorerst das konsequente Tragen des Schutzes nicht zwingend erforderlich.“. In Bezug darauf stellte der ausstellende Arzt mit seiner Stellungnahme vom 23.5.2023 klar, dass dieses Attest unter Vorbehalt und zu einem Zeitpunkt ausgestellt wurde, als noch nicht klar war, welche Auswirkungen die COVID-Pandemie haben wird und wie die Handhabung der Maskenpflicht geregelt sein wird. Das Attest stellt (jedenfalls) für näher genannte Zeitpunkte im April und Mai 2021 keine gültige Maskenbefreiung seinerseits dar.

Aus diesen Ausführungen kann sohin der Schluss gezogen werden, dass die vorgelegte Urkunde (auch) für den gegenständlichen Tatzeitpunkt im Dezember 2021 kein taugliches Bescheinigungsmittel darstellt und nicht geeignet ist, die gesundheitliche Unzumutbarkeit im Hinblick auf das Maskentragen glaubhaft zu machen.

Davon unabhängig legte die Beschwerdeführerin noch das weitere Attest vom 13.1.2021, ausgestellt von Dr. Z, Ärztin in X, vor. Darin wird bestätigt, dass der Beschwerdeführerin „*aus gesundheitlichen Gründen weder ein Mundnasenschutz noch ein Plastikgesichtsschutz zumutbar*“ ist. Dazu führt die Ärztin in ihrer am 18.8.2023 beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eingelangten Stellungnahme ergänzend aus, dass am 13.1.2021 eine eigene ärztliche Untersuchung stattgefunden hat und das ausgestellte Attest die gesundheitliche Unzumutbarkeit sämtlicher Maskenvarianten betrifft (FFP2-Maske ohne Ausatemventil oder Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard, sonstige den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung, nicht eng anliegende, aber den Mund- und Nasenbereich vollständig abdeckende mechanische Schutzvorrichtung).

Gemäß § 55 Ärztegesetz 1998 darf ein Arzt ärztliche Zeugnisse nur nach gewissenhafter Untersuchung und nach genauer Erhebung der im Zeugnis zu bestätigenden Tatsachen nach seinem besten Wissen und Gewissen ausstellen.

Zumal das Attest vom 13.1.2021 den Vorgaben dieser Bestimmung entspricht (insbesondere eigene ärztliche Untersuchung liegt zu Grunde), kann von einer unbedenklichen Urkunde ausgegangen werden. Die Beschwerdeführerin hat damit ein ärztliches Zeugnis vorgelegt, das die gesundheitliche Unzumutbarkeit bescheinigt. Somit ist die rechtliche Vermutung der Zumutbarkeit widerlegt und konnte die entsprechende Feststellung getroffen werden.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Vorliegend sind das COVID-19-Maßnahmengesetz (COVID-19-MG), BGBl. I Nr. 12/2020 idF BGBl. I Nr. 183/2021 - welches auf Sachverhalte, die sich bis zum Ablauf des 30.6.2023 ereignet haben, weiterhin anwendbar ist (§ 1 Bundesgesetz, mit dem Übergangsbestimmungen für das COVID-19-Maßnahmengesetz getroffen werden, BGBl. I Nr. 69/2023) - und die 5. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung (5. COVID-19-NotMV), BGBl. II Nr. 475/2021 idF BGBl. II Nr. 511/2021, maßgebend.

Gemäß § 8 Abs. 5a Z 2 2. Tatbild COVID-19-MG begeht eine mit Geldstrafe von bis zu 500 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu einer Woche, bedrohte Verwaltungsübertretung, wer an einer Zusammenkunft entgegen den sonstigen gemäß § 5 Abs. 4 festgelegten Beschränkungen teilnimmt.

Gemäß § 5 Abs. 1 und Abs. 4 Z 1 COVID-19-MG können beim Auftreten von COVID-19 - vorbehaltlich der „kleinen Zusammenkünfte“ gemäß Abs. 2 - Zusammenkünfte von Personen aus verschiedenen Haushalten geregelt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist; u.a. können sie an die Einhaltung bestimmter Voraussetzungen oder Auflagen gebunden werden. Als Auflage kommt insbesondere die Verpflichtung zum Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung in Betracht (siehe § 1 Abs. 5 Z 2 COVID-19-MG).

Darauf basierend normiert § 14 Abs. 2 iVm Abs. 1 Z 2 5. COVID-19-NotMV für den Tatzeitpunkt, 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 (siehe Legaldefinition zur Maske in § 2 Abs. 1 leg. cit.) zu tragen ist, sofern nicht alle Personen einen 2G-Nachweis vorweisen.

Diese Maskenpflicht gilt gemäß § 18 Abs. 4 Z 8 5. COVID-19-NotMV allerdings nicht für Personen, denen dies aus gesundheitlichen oder behinderungsspezifischen Gründen nicht zugemutet werden kann. Die Ausnahme erfolgt jedoch nicht sofort und in vollem Umfang, sondern im Sinne eines abgestuften Systems, das zwischen den unterschiedlichen Maskenvarianten differenziert. Erst wenn sowohl eine FFP2-Maske ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard, als auch eine sonstige den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung, als auch eine sonstige nicht eng anliegende, aber den Mund- und Nasenbereich vollständig abdeckende mechanische Schutzvorrichtung aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden kann, gilt die Pflicht zum Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung nicht.

III.2. Die Beschwerdeführerin hat im Tatzeitpunkt an einer Versammlung nach dem Versammlungsgesetz 1953 teilgenommen, bei der nicht alle Personen einen

2G-Nachweis vorweisen konnten. Es galt daher grundsätzlich die Maskenpflicht gemäß § 14 Abs. 2 iVm Abs. 1 Z 2 5. COVID-19-NotMV.

Zumal es der Beschwerdeführerin aber aufgrund ihres Gesundheitszustandes nicht möglich war, eine FFP2-Maske ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard bzw. auch keine andere abgestufte Maskenvariante zu tragen, war sie von der Maskenpflicht gemäß § 18 Abs. 4 Z 8 5. COVID-19-NotMV - sogar gänzlich - ausgenommen.

Für sie bestand im vorliegenden Fall keine Verpflichtung zum Tragen irgendeiner Maske im Sinne der 5. COVID-19-NotMV, weshalb das Verhalten der Beschwerdeführerin letztlich keine Verwaltungsübertretung darstellt. Das Straferkenntnis war daher aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist für die belangte Behörde und die revisionsberechtigte Formalpartei unzulässig, da der vorliegende Sachverhalt anhand der zitierten höchstgerichtlichen Judikatur gelöst wurde und keine darüberhinausgehende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt.

Für die Beschwerdeführerin 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 außer-

ordentliche 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Weigl