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-702565/7/VG

Datum:
Linz, 10. August 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Gubesch über die Beschwerde des H B, wohnhaft in L, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 22.5.2023, GZ: 0016625/2022 AS/VS, wegen Übertretung des COVID-19-Maßnahmengeseztes (COVID-19-MG) iVm der 6. COVID-19-Schutzmaßnahmen-verordnung (6. COVID-19-SchuMaV)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als die Geldstrafe auf 50 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 16 Stunden herabgesetzt werden. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde bleibt unverändert bei 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 des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) vom 22.5.2023 wurde dem Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) vorgeworfen, er habe am 16.1.2022 um 13:15 Uhr in 4020 Linz, Hauptplatz nächst Nr. 14, an einer Versammlung (Demonstration) und somit einer Zusammenkunft gemäß § 14 Abs. 1 Z 2 der 6. COVID-19-SchuMaV, bei der nicht alle Teilnehmer einen 2G-Nachweis vorweisen konnten, teilgenommen. Dabei habe der Bf jedoch, wie anlässlich einer Kontrolle durch Wacheorgane der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeiinspektion Dornach, festgestellt worden sei, keine Maske iSd § 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. 1 letzter Satz der 6. COVID-19-SchuMaV verpflichtet gewesen wäre.

Der Bf habe daher die Rechtsvorschriften des § 5 Abs. 1 und 4 iVm § 8 Abs. 5a Z 2 COVID-19-MG iVm § 14 Abs. 1 Z 2 und Abs. 1 letzter Satz der 6. COVID-19-SchuMaV verletzt. Über den Bf wurde dafür gemäß § 8 Abs. 5a Z 2 COVID-19-MG eine Geldstrafe von 100 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 34 Stunden) verhängt.

I.2. Dagegen erhob der Bf Beschwerde und brachte vor, er habe am 14.1. und am 16.1.2022 am Linzer Hauptplatz an Demos gegen COVID-19 Maßnahmen teilgenommen. Er habe beide Male keine FFP2-Maske getragen. Da er am 6.2.2022 eine Gehirnblutung gehabt habe, habe er sich ein Maskenbefreiungsattest des Dr. P E besorgt. Diese Atteste würden angeblich nicht anerkannt und er sei zweimal angezeigt worden. Er habe bei der Behörde Einspruch eingelegt und dies mit dem Entlassungsbrief des Neuromed Campus und dem Implantatpass belegt. Das Maskenbefreiungsattest des Dr. E habe er ebenfalls beigelegt. Wenn er eine Maske trage, werde ihm schwindlig und er bekomme Kopfschmerzen und Panikattacken, da es ihm bei der Gehirnblutung auch so ergangen sei. Er verfüge über ein monatliches Einkommen von 650 Euro. Da er sich große Sorgen um die Menschen- und Freiheitsrechte gemacht habe, habe er an diesen Demos teilnehmen müssen. Er bitte das Gericht um Nachsicht und um Einstellung der Verfahren gegen ihn.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Bf hat am 16.1.2022 um 13.15 Uhr in 4020 Linz, Hauptplatz nächst Nr. 14, an einer Versammlung (Demonstration) und somit einer Zusammenkunft gemäß § 14 Abs. 1 Z 2 der 6. COVID-19-SchuMaV, bei der nicht alle Teilnehmer einen 2G-Nachweis vorweisen konnten, teilgenommen. Dabei hat der Bf, wie anlässlich einer Kontrolle durch Wacheorgane der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeiinspektion Dornach, festgestellt wurde, keine Maske iSd § 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. 1 letzter Satz der 6. COVID-19-SchuMaV verpflichtet gewesen wäre [Anzeige, ON 1 des Behördenaktes].

Zur Tatzeit verfügte der Bf über ein von Dr. P E ausgestelltes ärztliches Attest, das mit 4.8.2020 datiert ist und welches bestätigt, dass das Tragen von einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung für den Bf aus gesundheitlichen Gründen kontraindiziert, wissenschaftlich belegbar gesundheitsschädlich und im Sinne der Psychohygiene traumatisierend und damit unzumutbar sei. Der Ausstellung des Attestes ging keine ärztliche Untersuchung des Bf voran [Stellungnahme Bf vom 7.8.2023, ON 6 des Gerichtsaktes].

Hinsichtlich des Bf scheint zum Tatzeitpunkt keine rechtskräftige verwaltungsstrafrechtliche Vormerkung auf. Der Bf verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen von ca. 650 Euro [Beschwerde, ON 3 des Gerichtsaktes].

Dr. P E stellte regelmäßig gegen Entgelt Maskenbefreiungsatteste an ihm unbekannte Personen aus, ohne diese vorher einer entsprechenden Untersuchung zu unterziehen. Ab Oktober 2020 war er nicht mehr befugt, den ärztlichen Beruf auszuüben.

II.2. Beweiswürdigung:

II.2.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Behördenakt und die Beschwerde sowie die eingeholte Stellungnahme des Bf vom 7.8.2023 betreffend persönliche ärztliche Untersuchung des Bf durch Dr. P E.

II.2.2. Die Feststellungen ergeben sich schlüssig und widerspruchsfrei aus dem Verfahrensakt der belangten Behörde und der Beschwerde sowie der Stellungnahme des Bf vom 7.8.2023.

Die festgestellte Veranstaltungsteilnahme und das Nichttragen eines Mund-Nasen-Schutzes wurden vom Bf im Übrigen auch nicht bestritten.

Die Tatsache, dass Dr. P E Maskenbefreiungsatteste ohne vorhergehende Untersuchung ausstellte und ab Oktober 2020 nicht mehr befugt war, den ärztlichen Beruf auszuüben, ist allgemein bekannt (siehe etwa die Antwort auf die parlamentarische Anfrage Nr. 3698/J vom 2.12.2020, GZ: 2020-0.739.523, abrufbar unter: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/AB/AB_03695/imfname_853487.pdf).

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

Zu I.:

Gemäß § 8 Abs. 5a Z 2 2. Tatbild COVID-19-MG idF BGBl. I Nr. 255/2021 begeht eine mit Geldstrafe von 50 Euro bis zu 500 Euro, Ersatzfreiheitsstrafe von bis zu einer Woche, sanktionierte Verwaltungsübertretung, wer an einer Zusammenkunft entgegen den sonstigen gemäß § 5 Abs. 4 festgelegten Beschränkungen teilnimmt.

Gemäß § 5 Abs. 1 iVm Abs. 4 Z 1 COVID-19-MG idF BGBl. I Nr. 255/2021 können beim Auftreten von COVID-19 – vorbehaltlich Abs. 2 („kleine Zusammenkünfte“) – Zusammenkünfte von Personen aus verschiedenen Haushalten geregelt werden, u.a. auch an die Einhaltung bestimmter Voraussetzungen oder Auflagen gebunden werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.

Von dieser Ermächtigung hat der Verordnungsgeber Gebrauch gemacht und in § 14 Abs. 1 letzter Satz iVm Abs. 1 Z 2 der 6. COVID-19-SchuMaV idF BGBl. II Nr. 6/2022, der im Tatzeitpunkt in Geltung stand, normiert, dass bei Versammlungen nach dem Versammlungsgesetz 1953, BGBl. Nr. 98/1953, - wie der hier gegenständlichen - eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard (siehe „Maske“ in § 2 Abs. 1 leg. cit.) zu tragen ist.

Von dieser Maskenpflicht ausgenommen sind gemäß § 21 Abs. 4 Z 8 der 6. COVID-19-SchuMaV idF BGBl. II Nr. 6/2022 – soweit hier relevant - Personen, denen dies aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden kann. Die Ausnahme von der Maskenpflicht erfolgt jedoch nicht sofort und vollständig, sondern im Sinne eines abgestuften Systems, das zwischen den unterschiedlichen Maskenvarianten differenziert. Erst wenn sowohl das Tragen einer FFP2-Maske ohne Ausatemventil oder einer Maske mit mindestens gleichwertig genormten Standard, das Tragen einer sonstigen den Mund- und Nasenbereich abdeckenden und eng anliegenden

mechanischen Schutzvorrichtung als auch das Tragen einer sonstigen nicht eng anliegenden, aber den Mund- und Nasenbereich vollständig abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich ist, gilt die Maskenpflicht nicht.

Das Vorliegen einer Ausnahme von der Maskenpflicht gemäß § 21 Abs. 4 Z 8 leg. cit. (aufgrund gesundheitlicher Unzumutbarkeit) ist glaubhaft zu machen und zwar durch Nachweis einer von einem in Österreich oder im EWR zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellten Bestätigung (siehe § 22 Abs. 2 Z 1 der 6. COVID-19-SchuMaV).

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 die Voraussetzungen des § 55 Ärztegesetz 1998 erfüllt sein müssen (vgl. VwGH 7.2.2022, Ra 2021/03/0277).

Sofern sich der Bf auf das von Dr. P E ausgestellte Maskenbefreiungsattest beruft, übersieht er, dass die Ausnahme von der Verpflichtung zum Tragen einer Maske nach jüngster Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht bloß daran anknüpft, dass der Betroffene über ein ärztliches Attest verfügt, sondern daran, ob dem Betroffenen die Erfüllung dieser Verpflichtung aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden kann. Die glaubhaft zu machende Tatsache ist demnach nicht die Existenz einer von einem Arzt ausgestellten Bestätigung, sondern die Unzumutbarkeit der Erfüllung der Tragepflicht aus gesundheitlichen Gründen (vgl. VwGH 7.2.2022, Ra 2021/03/0277).

Bei einem Maskenbefreiungsattest handelt es sich um ein ärztliches Zeugnis im Sinne des § 55 Ärztegesetz (ÄrzteG) 1998, das vom Arzt nur nach gewissenhafter ärztlicher Untersuchung und nach genauer Erhebung der im Zeugnis zu bestätigenden Tatsachen nach seinem besten Wissen und Gewissen ausgestellt werden darf. Die Obliegenheit zur Glaubhaftmachung im Sinne der relevanten Bestimmungen wird nur bei Vorlage einer unbedenklichen ärztlichen Bestätigung erfüllt. Eine unbedenkliche ärztliche Bestätigung ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn Grund zur Annahme besteht, dass sie ohne gewissenhafte ärztliche Untersuchung und ohne genaue Erhebung der darin bestätigten Tatsachen erstellt wurde („Gefälligkeitsattest“, vgl. abermals VwGH 7.2.2022, Ra 2021/03/0277).

Der Bf führt im Rahmen seiner Stellungnahme vom 7.8.2023 aus, er habe Dr. E per Internet angeschrieben und von diesem nach genauer Schilderung seiner Gehirnblutung ein Maskenbefreiungsattest geschickt bekommen.

Somit steht fest, dass dem Maskenbefreiungsattest des Bf keine gewissenhaft durchgeführte ärztliche Untersuchung zugrunde liegt. Dieses Attest stellt daher kein unbedenkliches ärztliches Zeugnis im Sinne des § 55 ÄrzteG 1998 dar. Der vorgelegte Entlassungsbrief sowie der Implantatpass stellen darüber hinaus kein ärztliches Maskenbefreiungsattest dar. Der Bf konnte sich folglich auf keine Ausnahme von der Maskentragepflicht berufen. Er hat somit den objektiven Tatbestand der ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

Bei dem gegenständlichen Delikt handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), weil zum Tatbestand der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und über das zur Strafbarkeit erforderliche Verschulden nichts bestimmt ist. Zur Strafbarkeit genügt daher fahrlässiges Verhalten. Solange der Täter bei einem ihm vorgeworfenen Ungehorsamsdelikt nicht glaubhaft macht, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich gewesen ist, hat das Verwaltungsgericht anzunehmen, dass der Verstoß bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können (vgl. VwGH 16.09.2020, Ra 2019/09/0143).

Im gegenständlichen Fall konnte der Bf nicht glaubhaft darlegen, dass ihn an der Verwaltungsübertretung kein Verschulden trifft, zumal er ganz bewusst keine Maske getragen hat und auch kein gültiges Maskenbefreiungsattest vorgewiesen hat. Es hätte dem Bf bewusst sein müssen, dass ein im Internet bestelltes, ärztliches Attest ohne vorherige ärztliche Untersuchung nicht gültig sein kann. Sofern er aus gesundheitlichen Gründen keine Maske tragen hätte können, wäre die Ausstellung eines Befreiungsattestes durch Ärzte jedenfalls möglich gewesen. Zusammenfassend ist es ihm nicht gelungen glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschriften kein Verschulden trifft. Der Bf hat durch das Nichttragen einer Maske bei der Teilnahme an der gegenständlichen Versammlung (Demonstration) die ihm angelastete Verwaltungsübertretung somit zumindest fahrlässig begangen und sein tatbildliches Verhalten auch subjektiv zu verantworten.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG 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 sind im ordentlichen Verfahren 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 Bestimmungen der §§ 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 ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. statt vieler VwGH 28.11.1966, 1846/65) 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 soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

Im gegenständlichen Fall liegen keine Straferschwerungsgründe vor. Die belangte Behörde hat lediglich die lange Verfahrensdauer als strafmildernd berücksichtigt, allerdings ist auch strafmildernd zu werten, dass der Bf zum Tatzeitpunkt verwaltungsstrafrechtlich unbescholten war. Die verhängte Geldstrafe von 100 Euro beträgt 20% der normierten Höchststrafe und erscheint unter Berücksichtigung der Unbescholtenheit des Bf als zu hoch. Vor dem Hintergrund des zur Verfügung stehenden Strafrahmens und unter Berücksichtigung des geringen Einkommens des Bf ist eine Herabsetzung der Strafe auf die Mindeststrafe von 50 Euro angemessen. Die hier relevanten Rechtsvorschriften dienten der Verhinderung der Ausbreitung des Corona-Virus und damit dem Schutz des Lebens und der Gesundheit von Personen. In Anbetracht der Bedeutung des geschützten Rechtsgutes und auch vor dem Hintergrund des durch die übertretene Rechtsvorschrift verfolgten öffentlichen Interesses, die Bevölkerung vor einer weiteren Ausbreitung des COVID-19-Virus zu schützen, kommt eine weitere Herabsetzung nicht in Betracht.

Zu II:

Bei diesem Ergebnis ist dem Bf kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorzuschreiben. Die Kosten zum Verfahren der belangten Behörde bleiben gemäß § 38 VwGVG iVm § 64 Abs. 2 VStG unverändert bei 10 Euro.

Zu III:

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. Die hier maßgeblichen Bestimmungen sind klar und eindeutig.
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

Dr. Gubesch