



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38610
Telefax: (43 01) 4000 99 38610
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-102/067/8479/2020-20
A. B., BEd

Wien, am 22.12.2020
Mur

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Dr. Grois über die Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG des Herrn A. B., BEd, Wien, C.-Straße, wegen Verletzung in Rechten infolge Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch Androhung der zwangsweisen Abführung aus dem U-Bahn-Bereich U... D.-gasse bei Nicht-Aufsetzen eines Mund-Nasen-Schutzes oder bei Nichtverlassen des U-Bahn-Bereiches sowie die bis zum Verlassen des U-Bahn-Bereiches verweigerte Retournierung des ausgehändigten Führerscheins durch Organe der Landespolizeidirektion Wien, am 22.06.2020,

zu Recht erkannt:

1. Gemäß § 28 Abs. 1 und 6 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes – VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben und die Androhung der zwangsweisen Abführung aus dem U-Bahn-Bereich U... D.-gasse bei Nicht-Aufsetzen eines Mund-Nasen-Schutzes oder bei Nichtverlassen des U-Bahn-Bereiches sowie die bis zum Verlassen des U-Bahn-Bereiches verweigerte Retournierung des ausgehändigten Führerscheins für rechtswidrig erklärt.

2. Der Bund als Rechtsträger der belangten Behörde hat gemäß § 35 VwGVG in Verbindung mit der VwG-Aufwandersatzverordnung – VwG-AufwErsV, BGBl. II Nr. 517/2013, dem Beschwerdeführer 737,60 Euro für Schriftsataufwand und 922,00 Euro für Verhandlungsaufwand an Aufwandersatz binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu leisten.

3. Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 25a Abs. 1 des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1985 – VwGG eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 4 des Bundes-Verfassungsgesetzes – B-VG unzulässig.

BEGRÜNDUNG

I.1. Mit dem – nach Einbringung beim Bundesverwaltungsgericht – beim Verwaltungsgericht Wien am 13.07.2020 eingelangten Schriftsatz erhob der Beschwerdeführer eine Maßnahmenbeschwerde und brachte darin vor:

„Maßnahmenbeschwerde gegen einen Polizeieinsatz/Vorfall 22.06.2020

Sachverhalt:

Ich, A. B., geb. am ...1985 war, am Montag, 22.06.2020 ca. 19:30 Uhr in der U-Bahn (U..., Fahrtrichtung E.) unterwegs. Konkret bin ich alleine in einer „4er Sitzecke“ gesessen. In der Station „D.-gasse“, wurde ich von einem Fahrgast aufgefordert einen Mund-Nasenschutz aufzusetzen. Daraufhin habe ich dem Fahrgast erklärt, dass ich aus gesundheitlichen Gründen keinen Mund-Nasenschutz trage u. deshalb auch gesetzlich dazu nicht verpflichtet sei. Der Fahrgast hat sich anschließend zwischen Bahnsteig und U-Bahntüre gestellt und so die Weiterfahrt behindert, zeitgleich hat er dem U-Bahnfahrer mit seiner Hand gedeutet, dass er aussteigen u. in den Wagon kommen solle. Kurz darauf war der U-Bahnfahrer da u. hat mir erklärt, dass ich den Mund-Nasenschutz aufsetzen soll, andernfalls müsse ich den Zug verlassen. Aufgrund dessen habe ich auch dem U-Bahnfahrer erklärt, dass ich aus gesundheitlichen Gründen keinen Mund-Nasenschutz trage. Darüber hinaus wollte er wissen, ob ich eine ärztliche Bestätigung besitze. Als ich dies verneinte, meinte er, ich müsse den Zug verlassen oder den Mund-Nasenschutz aufsetzen (den ich gar nicht dabei hatte!), denn er sei der U-Bahn Fahrer und er entscheide, wer mitfährt u. wer nicht. Aufgrund dieser Aussage habe ich den U-Bahnfahrer darauf aufmerksam gemacht, dass seine Rechtsansicht falsch ist u. er nicht dazu berechtigt ist, mich aus der U-Bahn „rauszuschmeißen“, zugleich habe ich ihn dazu aufgefordert, die Polizei zu verständigen, wenn er der Meinung sei, dass ich den Zug verlassen müsse.

Nachdem seine Interventionsversuche erfolglos blieben, ist der U-Bahnfahrer scheinbar wieder in seine Fahrerkabine zurückgegangen und hat die Polizei verständigt. Zwischenzeitlich wurde ich von den Fahrgästen als Egoist, Psychopath u.v.m. beleidigt und zum Aussteigen aufgefordert, außerdem müsse ich ihrer Ansicht nach ein ärztliches Attest mitführen, da sonst jeder behaupten könne, dass er von der Verpflichtung zum Tragen eines Mund-Nasenschutzes befreit sei. Kurz darauf sind zwei Servicemitarbeiter der Wiener Linien gekommen, welche sehr höflich am Bahnsteig nach Eintreffen der Polizei zu klären, anschließend könne ich (nach Klärung der Situation) in den nächsten Zug einsteigen u. die Fahrt fortsetzen.

Aus Rücksichtnahme auf die anderen Fahrgäste habe ich dem zugestimmt u. bin aus der U-Bahn ausgestiegen.

Aus dem Zug ausgestiegen kamen mir am Bahnsteig 4 Polizeibeamte entgegen u. forderten mich dazu auf, ihnen meinen Ausweis auszuhändigen was ich auch sofort tat. Anschließend befragte mich der Beamte, hinsichtlich des Vorfalls, ich habe ihm den Sachverhalt (siehe oben) geschildert. Der Polizist erklärte mir, dass ich ohne ärztliche Bestätigung den Mund-Nasenschutz tragen müsse, andernfalls könne ich die öffentlichen Verkehrsmittel nicht nutzen. Ich habe den Beamten ausführlich erklärt, dass ich bisher noch nie einen Mund-Nasenschutz in den öffentlichen Verkehrsmitteln getragen habe, und es nie ein Problem gab. Zumal ich schon mehrmals vom Sicherheitsdienst der Wiener Linien darauf angesprochen wurde, sie allerdings meine Erklärung verstanden u. akzeptiert haben und eine Weiterfahrt problemlos erfolgen konnte. Der Polizist erklärte mir außerdem, dass die Wiener Linien ein Hausrecht hätten, und ich die U-Bahn u. Station verlassen müsse, wenn ich von ihnen dazu aufgefordert werde und ich deshalb nicht mit ihnen darüber

diskutieren solle. Ein anderer Polizist hat mich nach meinen gesundheitlichen Problemen gefragt u. gemeint, ich solle einfach nach oben gehen und mir eine Maske kaufen u. sie aufsetzen u. anschließend die Fahrt fortsetzen. Ich habe ihnen daraufhin nochmal ausführlich erklärt, dass ich mit dem Mund-Nasenschutz nicht ausreichend Luft bekomme u. deshalb unter Atemnot leide, außerdem vertrage ich das Material nicht, weil ich davon einen starken Hautausschlag im Gesicht bekomme. In der Zwischenzeit kamen weitere Polizeibeamten hinzu, einer von ihnen wurde "laut" und sagte, dass ich nicht so ein Drama machen solle, alle anderen schafften es auch den Mund-Nasenschutz zu tragen u. entweder ich nehme jetzt sofort eine Maske oder ich muss zu Fuß gehen. Ein anderer Beamte hat mir dann erklärt, dass es jetzt nur noch zwei Möglichkeiten gebe. Entweder ich nehme bzw. organisiere mir sofort einen Mund-Nasenschutz und könne dann die Fahrt fortsetzen oder sie werden mich mit Gewalt vom Bahnsteig entfernen. Aufgrund dieser Drohung habe ich den Beamten ausführlich u. mehrmals erklärt, dass sie rechtswidrig handeln, da es für ihr Vorgehen keine Rechtsgrundlage gibt. Denn ich habe ihnen mehrmals glaubhaft gemacht, dass ich aus gesundheitlichen Gründen keinen Mund-Nasenschutz tragen kann u. sie nicht berechtigt sind ein ärztliches Attest od. eine ärztliche Bestätigung von mir zu verlangen. Ich habe weiters gesagt, dass sie dazu verpflichtet sind, sich an die gesetzlichen Grundlagen zu halten und nicht eigenwillig ohne Rechtsgrundlage handeln können.

In dem Moment hat mich ein Polizeibeamter am Arm gepackt. Deshalb habe ich den Beamten aufgefordert, mich loszulassen. Was er auch tat.

Da meine Einwände nicht berücksichtigt wurden u. ich kein Interesse hatte mich als Pädagoge von min. 6 Polizistinnen, wie ein Schwerverbrecher vom Bahnsteig (U...-Station D.-gasse) abführen zu lassen, habe ich beschlossen von allein, also "freiwillig" in Begleitung der Polizeibeamten den U-Bahnbereich zu verlassen. Zugleich habe ich die Polizeibeamtin, welche meinen Ausweis (Führerschein) in der Hand hielt aufgefordert ihn mir zurückzugeben. Ihre Antwort war: "Wenn Sie den U-Bahnbereich verlassen haben u. wir auf der Straße sind, bekommen Sie den Ausweis zurück." Dann habe ich den Bahnsteig in Begleitung von min. 6 Polizeibeamten und 2 Mitarbeitern der Wiener Linien verlassen. Oben angekommen, Aufgang D.-gasse (direkt vorm F.) habe ich die Beamten aufgefordert mir ihre Dienstnummer bekanntzugeben. Die anderen haben auf meine Forderung nicht reagiert, ein Beamter hat angefangen seine Nr. anzusagen, woraufhin ich ihm dazu aufgefordert habe, mir seinen Dienstaussweis mit der entsprechenden Nummer zu zeigen. Dann hat mir die Polizistin meinen Führerschein zurückgegeben. Zusätzlich wurde ich nochmal von den Polizeibeamten darauf hingewiesen, dass ich den U-Bahnbereich, sowie die öffentlichen Verkehrsmittel ohne Mund-Nasenschutz nicht mehr nutzen darf u. mir überlegen muss wie ich nachhause komme. Beide Mitarbeiter der Wiener Linien waren bei der gesamten Amtshandlung anwesend u. haben mich, nachdem die Polizeibeamten gegangen waren, nach meinem persönlichen Daten befragt, da sie einen Bericht über den Vorfall verfassen müssten. Ich habe dem Mitarbeiter meine Jahreskarte ausgehändigt u. so meine Daten bekanntgegeben. Kurz darauf bin ich zur Polizeiinspektion G.-gasse, Wien gegangen u. habe dort den Vorfall geschildert. Allerdrings wurde ich nicht ernst genommen und auch nicht ausreichend zum Vorfall befragt. Es gibt keine Niederschrift (zumindest wurde sie mir nicht ausgehändigt oder gezeigt), und ich habe auch nichts unterschrieben. Nach mehrmaliger Aufforderung wurde mir dann eine Aktenfallnr. ausgehändigt. Zugleich wurde ich darüber informiert, dass ich die Anzeige für das NICHT-Tragen „des Mund-Nasenschutzes per Post zugeschickt bekomme u. ebenso über den weiteren Verlauf meiner Anzeige gegen das Vorgehen der Polizeibeamten informiert werde. Ich wurde auch hier seitens der Polizeibeamten in der G.-gasse getäuscht, da sich im Nachhinein herausgestellt hat, dass unter dieser Aktenfallnummer keine Anzeige sondern lediglich eine Beschwerde aufgenommen wurde.

Dienstnummer des Polizisten, welcher bei der Amtshandlung in der D.-gasse anwesend war, die anderen Nummern sind mir leider nicht bekannt: ... Aktenfallnr. welche mir ausgehändigt wurde: ...

Ich möchte nochmals betonen, dass ich zu keinem Zeitpunkt (weder in der U-Bahn, noch am Bahnsteig) aggressiv, gewalttätig oder in irgendeiner anderen Form "ausfällig" geworden bin. Meine Intention war, den Polizeibeamten sachlich zu erklären, weshalb ich keinen Mund-Nasenschutz trage u. dass dies auch gesetzlich so geregelt ist. Dies können die zwei Servicemitarbeiter der Wiener Linien, welche bei der gesamten „Amtshandlung“ der Exekutivbeamten anwesend waren, bestätigen. Außerdem müsste auch der gesamte Vorfall auf Videoband (Wiener Linien) dokumentiert sein.

Aus meiner Sicht war dieses Vorgehen eine unangemessene u. unverhältnismäßig ausgeübte Zwangsgewalt seitens der Exekutivbeamten gegen meine Person, ohne jegliche Rechtsgrundlage. Androhung einer zwangsmäßigen Abführung mit 6 Polizisten, obwohl ich nichts rechtswidriges getan habe u. mich mehrmals auf meine Rechte berufen habe u. dies auch ausführlich erläutert habe, ist ein massives Überschreiten der Befugnisse. Erschwerend kommt hinzu, dass zwecks Einschüchterung und Ausübung von Druck auf meine Person offensichtlich im Laufe der Amtshandlung zusätzliche "Verstärkung" angefordert wurde. Die Polizeibeamten haben sich außerdem geweigert trotz mehrmaliger Aufforderung meinerseits, ein Organstrafmandat auszustellen, was im Widerspruch zum gesamten Einschreiten der Polizei steht. Denn das habe ich von ihnen gefordert, weil ich einen Beleg für ihr Einschreiten haben wollte. Zusätzlich ist für mich unverständlich, wie eine Polizeibeamtin so agieren kann, dass sie mir meinen Ausweis erst dann aushändigt, wenn ich den U-Bahnbereich verlassen habe? Mir ist nicht bewusst, in welchem Zusammenhang die Örtlichkeit mit der Aushändigung meines amtlichen Lichtbildausweises steht. Ich habe auch dieses Vorgehen, als eine gewisse Form der "Erpressung" empfunden. "Entweder Sie verlassen den U-Bahnbereich oder Sie bekommen den Ausweis nicht mehr zurück."

2. Das Verwaltungsgericht Wien übermittelte die Beschwerde der Landespolizeidirektion Wien als belangter Behörde mit dem Ersuchen um Aktenvorlage und der Möglichkeit zur Erstattung einer Gegenschrift. Unter anderem wurde um Bekanntgabe der an der Amtshandlung beteiligten bzw. anwesenden Beamten samt deren konkreten Aufgaben bzw. Funktionen im Zuge der Amtshandlung ersucht.

Seitens der Landespolizeidirektion Wien erging sodann die Äußerung, in welcher sie

„(...) auf § 2a Abs. 1 des COVID-19- MaßnahmenG [hinwies], welches die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes verpflichtet, die nach dem genannten Gesetz zuständigen Behörden und Organe bei Ausübung von deren Aufgaben bzw. zur Durchsetzung der gesetzlich vorgesehenen Maßnahmen zu unterstützen.

Die hiedurch normierte Mitwirkungspflicht trifft die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, im konkreten Fall die Organe des Wachkörpers Bundespolizei. Die Angehörigen der Bundespolizei werden sohin funktional für die Gesundheitsbehörde tätig, ihr Handeln ist dieser Behörde zuzurechnen. Der Landespolizeidirektion Wien kommt beim Vollzug des genannten Gesetzes keine Zuständigkeit zu (weshalb sie diesbezüglich auch keinen Akt führt). Sie ist daher im vorliegenden Fall nicht passivlegitimiert.“

Als Hintergrundinformation wurde die aus der Amtshandlung resultierende Anzeige vom 23.06.2020 übermittelt.

Auf Nachfrage, für welche konkrete „Gesundheitsbehörde“ in der Beschwerdesache die Organe des Wachkörpers Bundespolizei eingeschritten bzw. unterstützend tätig geworden waren, teilte die Landespolizeidirektion Wien mit, diese seien im Rahmen der Verwaltungsstrafrechtspflege für den Magistrat der Stadt Wien als Gesundheitsbehörde eingeschritten.

3. Dem Magistrat der Stadt Wien wurde sodann als belangter Behörde die Beschwerde, die Stellungnahmen der Landespolizeidirektion Wien sowie die von

letzterer vorgelegte Anzeige mit dem Ersuchen um Aktenvorlage und der Möglichkeit zur Erstattung einer Gegenschrift übermittelt. Unter einem wurde um Bekanntgabe der an der Amtshandlung beteiligten bzw. anwesenden Beamten samt deren konkreten Aufgaben bzw. Funktionen im Zuge der Amtshandlung ersucht.

Nach Urgenzen und wiederholten Fristerstreckungen wurde zunächst zwei Mal der Akt (bestehend aus den vom Verwaltungsgericht Wien an den Magistrat der Stadt Wien in der Beschwerdesache übermittelten Unterlagen) vorgelegt und sodann Ende Oktober eine Gegenschrift erstattet, worin ausgeführt ist:

„Gegenschrift

Das Magistratische Bezirksamt für den ... Bezirk erstattet zur Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z. 2 B-VG von Herrn A. B., BEO, Wien, C.-Straße folgende Gegenschrift:

Am 22.06.2020, um 19:14 Uhr wurde die Besatzung des H. (Insp. I. J., Asp K. und RvL L. M.), nach Wien, U... Station D.-gasse - Bahnsteig Richtung E. beordert. Als Zusatz wurde angemerkt, dass die U-Bahn aufgrund der Person nicht weiterfahren kann und der Einsatz daher eine gewisse Dringlichkeit aufweise.

Am Einsatzort eingetroffen konnte in der Mitte des Bahnsteigs eine männliche Person im Beisein von zwei Securities der Wiener Linien angetroffen werden. Auf den Sachverhalt befragt, gab der Security der Wiener Linien (Mobil ... / Dienstnr.: ...) an, dass sie vom Schaffner über einen Fahrgast informiert wurden, welcher sich weigerte, eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen.

Der Fahrgast wurde von den Amtsorganen der Landespolizeidirektion Wien, zur Ausweisleistung gemäß §34 b VStG aufgefordert. Dieser Aufforderung kam er nach und wies sich mit einem österreichischen Führerschein aus. Es handelte sich um Herrn B. A.. Auf die fehlende den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung angesprochen, gab Herr B. Folgendes sinngemäß an: "Ich habe noch nie eine Maske getragen. Ich kann und muss auch keine tragen. Ihr kennt die Gesetze nicht. Ich leide unter Asthma und reagiere allergisch auf die Masken." Herr B. konnte kein ärztliches Attest über eine Tragebefreiung des Mund- und Nasenschutzes vorweisen.

Herr B. wurde durch die Amtsorgane der Polizei erneut über die aktuelle Rechtslage in Bezug auf die Benützung eines Mund-Nasen-Schutzes in Massenbeförderungsmitteln informiert.

Da sich Herr B. nach der Abmahnung weiterhin weigerte, einen Mund- und Nasenschutz aufzusetzen oder sich freiwillig von der Örtlichkeit zu entfernen, wurde dieser bezüglich einer Anzeigelegung sowie bei Verharren in der strafbaren Handlung über die in weiterer Folge drohende Festnahme gem. § 35/3 VStG durch Insp. J. in Kenntnis gesetzt. Im Zuge des Gespräches wurde dieser durch ein Amtsorgan mit der rechten Hand an der linken Schulter berührt. Noch vor der Aussprache der Festnahme gem. § 35/3 VStG, wurde Herrn B. zu diesem Zeitpunkt die Ernsthaftigkeit der Situation bewusst, und er verließ ohne Anwendung von Körperkraft die Station in Richtung N.-Straße.

Herrn B. wurde in keiner Situation Zwang angedroht, und es wurde auch keiner angewandt.

Am Ende der Amtshandlung wurde die Dienstnummer (...) von Insp. J. über Aufforderung ausgefolgt. Herr B. gab an, dass ihm die Dienstnummer eines einschreitenden Amtsorgans genüge.

Anzumerken ist, dass Herr B. bereits kurz nach Aushändigen des Führerscheins darauf drängte diesen wieder zurückzubekommen. Herr B. wurde darauf hingewiesen, dass noch nicht genug Zeit war seine Daten zu notieren. Dafür zeigte Herr B. A. kein Verständnis und diesen wurde nochmals versichert, dass er den Führerschein nach endgültiger Klärung des Sachverhaltes wiederbekommen werde, was auch geschah.

Somit wurde weder Befehle erteilt noch Zwang oder Gewalt ausgeübt oder angedroht. Dazu können die oben angeführten Amtsorgane der Landespolizeidirektion Wien, als Zeugen einvernommen werden (p.A. LANDESPOLIZEIDIREKTION WIEN, SPK O., Wien, P.-gasse).

Eine Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt liegt dann vor, wenn ein Verwaltungsorgan im Rahmen der Hoheitsverwaltung einseitig gegen einen individuell bestimmten Adressaten einen Befehl erteilt oder Zwang ausübt und damit unmittelbar - dh ohne vorangegangenen Bescheid - in subjektive Rechte des Betroffenen eingreift. Das ist im Allgemeinen dann der Fall, wenn physischer Zwang ausgeübt wird oder die unmittelbare Ausübung physischen Zwangs bei Nichtbefolgung eines Befehls droht.

Dies war im vorliegenden Fall nicht gegeben.

Im Massenbeförderungsmittel war am 22.06.2020 eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen. (§ 1 Abs. 3 Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend Lockerungen der Maßnahmen, die zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 ergriffen wurden (COVID-19-Lockerungsverordnung - COVID-19-LV).

Das Tragen von einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung galt nicht für Kinder bis zum vollendeten 6. Lebensjahr und für Personen, denen aus gesundheitlichen Gründen das Tragen der Vorrichtung nicht zugemutet werden kann. Im Fall der Kontrolle durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes waren die Gründe der Inanspruchnahme der Ausnahme glaubhaft zu machen (§ 11 Abs. 3 und Abs. 6 Lockerungsverordnung).

Daraus folgt, dass die Amtsorgane der Landespolizeidirektion Wien am 22.06.2020 ermächtigt waren, entsprechende Unterlagen (z.B ärztliches Attest) als Glaubhaftmachung zu verlangen. Ein Verstoß gegen die COVID-19-Lockerungsverordnung ist eine Verwaltungsübertretung (§ 3 Covid-19-Maßnahmengesetz). Die Organe der Landespolizeidirektion Wien sind zur Durchführung von Kontrollen ermächtigt (§ 2a Covid-19-MG). Sie können daher zum Zwecke der Aufnahme von Daten Ausweise von Beschuldigten einsehen (vgl. dazu auch 34b VStG) und diese auch für die Aufnahme dieser Informationen für den dafür notwendigen Zeitraum einbehalten. Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes dürfen Personen, die auf frischer Tat betreten werden, zum Zweck ihrer Vorführung vor die Behörde festnehmen, wenn der Betretene trotz Abmahnung in der Fortsetzung der strafbaren Handlung verharret oder sie zu wiederholen sucht (§ 35 Abs. 3 VStG). Es ist nicht unzulässig, den Beschuldigten auf diese rechtliche Umstände hinzuweisen, und ihn davon zu überzeugen, das unrechtmäßige Handeln zu beenden oder nicht zu wiederholen. Damit wird weder ein Befehl erteilt noch Zwang ausgeübt.

Es wird daher beantragt, die Maßnahmenbeschwerde von Herrn Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z. 2 B-VG von Herrn A. B., BEO, Wien, C.-Straße kostenpflichtig zurückzuweisen, in eventu kostenpflichtig abzuweisen.

Bisher der Behörde entstandene Kosten im Hinblick auf § 1 VwG-Aufwandersatzverordnung:

Schriftsatzaufwand: EUR 368,80

Vorlageaufwand: EUR 57,40

Insgesamt: EUR 426,20. Weitere Kosten (Verhandlungsaufwand) werden verzeichnet, sobald sie anfallen.“

4. Die Gegenschrift wurde dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme und allfälligen Stellungnahme übermittelt. Der Beschwerdeführer machte von der ihm eingeräumten Möglichkeit Gebrauch und trat dem Vorbringen der belangten Behörde entgegen. Beigeschlossen war der Eingabe eine mit 08.07.2020 datierte Bescheinigung eines Arztes für Allgemeinmedizin, der zufolge der Beschwerdeführer vom Tragen einer Maske, außer bei positivem Covid 19-Verdachts, befreit sei. Dies wegen folgender Diagnosen: „verkleinerte Lungenvolumen wegen Trichterbrust; mehrerer Kiefer OP, Nasenpolypen und dadurch bekommt wenig Luft auch Panikattacken“.

5. Beim Verwaltungsgericht Wien fand am 18.12.2020 eine öffentliche mündliche Verhandlung in der Beschwerdesache zur Einvernahme des Beschwerdeführers sowie der Zeugen Insp. I. J., RvI L. M. und Q. R. statt.

5.1. In der Beschwerdesache wird folgender Sachverhalt festgestellt und als erwiesen angenommen:

Der Beschwerdeführer benutze am beschwerdegegenständlichen Tag die U... ohne Mund-Nasen-Schutz. Nach vorherigen Beschimpfungen von Fahrgästen und Aufforderungen verließ er in weiterer Folge den U-Bahn-Wagon. Zwischenzeitlich waren die zur Klärung der Angelegenheit herbeigerufenen Polizisten eingetroffen. Der Beschwerdeführer wurde, nachdem er aus den U-Bahn-Wagon herausgetreten war und die Polizisten vor Ort eingetroffen waren, von RvI M. aufgefordert sich auszuweisen. Der Beschwerdeführer kam dieser Aufforderung gleich nach und händigte RvI M. seinen Führerschein aus.

In weiterer Folge führten der Beschwerdeführer und die Polizeibeamten Gespräche zum Erfordernis des Tragens eines Mund-Nasen-Schutzes. Die Polizisten wiesen den Beschwerdeführer daraufhin, dass Maskenpflicht bestünde und forderten den Beschwerdeführer auf, einen Mund-Nasen-Schutz zu tragen und boten ihm an, er könne seine U-Bahn-Fahrt fortsetzen, wenn er eine Mund-Nase abdeckende Maske anlegen würde.

Der Beschwerdeführer erklärte den Beamten, dass er aus gesundheitlichen Gründen keinen Mund-Nasen-Schutz anlege. Auf Nachfrage zu den gesundheitlichen Gründen erklärte er den Polizeibeamten, dass er beim Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes Atemprobleme bekäme und ein enganliegender Mund-Nasen-Schutz in seinem Gesicht bzw. auf seiner Haut allergische Reaktionen auslöse und einen Ausschlag verursache.

Seitens der Beamten wurde gegenüber dem Beschwerdeführer dazu sinngemäß zum Ausdruck gebracht, dass das jeder sagen könne. Vom Beschwerdeführer wurde zum Nachweis seiner gesundheitlichen Probleme die Vorlage eines ärztlichen Attests gefordert. Dem entgegnete der Beschwerdeführer, er habe sich über die Rechtslage informiert und bei mehreren Stellen nachgefragt, bei welchem ihm mitgeteilt worden war, dass er nicht verpflichtet sei ein ärztliches Attest vorzulegen. Zudem sei es bislang kein Problem gewesen, wenn er bei früheren Nachfragen auf sein gesundheitliches Problem auch ohne Vorlage eines ärztlichen Attests hingewiesen habe.

Die Diskussion zwischen Beschwerdeführer und Beamten nahm einige Zeit in Anspruch. Seitens der Beamten wurde in weiterer Folge die mangelnde Bereitschaft zur Fortsetzung der Diskussion zum Ausdruck gebracht und sie forderten den Beschwerdeführer auf, entweder eine Mund-Nasen-Schutz aufzusetzen, mit welchem er dann die Fahrt fortsetzen könne, oder er müsse den U-Bahn-Bereich verlassen. Für den Fall einer weiteren Weigerung wurde dem Beschwerdeführer eine Festnahme angedroht. Insp. J. fasste den Beschwerdeführer oberhalb des linken Ellbogens an und drohte ihm die zwangsweise Entfernung aus dem U-Bahn-Bereich an. Angesichts der angedrohten zwangsweisen Entfernung aus dem U-Bahn-Bereich eingeschüchtert, leistete der Beschwerdeführer der Aufforderung zum Verlassen des U-Bahn-Bereichs folge.

Der Beschwerdeführer forderte RvI M. auf, den übergebenen Führerscheinausweis zu retournieren. RvI M. kam dieser noch im U-Bahn-Bereich geäußerten Aufforderung nicht nach, weil die Situation im U-Bahn-Bereich angespannt war und sie deshalb noch keine Zeit gefunden hatte, die Ausweisdaten abzuschreiben und eine EKIS-Abfrage durchzuführen. Der Ausweis wurde dem Beschwerdeführer erst nach Verlassen des U-Bahn-Bereichs auf der N.-Straße retourniert.

5.2. Diese Feststellungen wurden aufgrund der von den Parteien vorgelegten Schriftsätze, der unbedenklichen und unbestrittene Aktenlage, der Parteieneinvernahme und der Einvernahme der genannten Zeugen getroffen.

Der Sachverhalt ist im Wesentlichen unstrittig.

Seitens der belangten Behörde wurde in der Gegenschrift lediglich vorgebracht, dem Beschwerdeführer gegenüber sei in keiner Situation Zwang angedroht oder angewandt worden. Die in diesem Zusammenhang getroffenen Feststellungen stützten sich auf die glaubhaften und nachvollziehbaren Aussagen des Beschwerdeführers, RvI M. und Insp. J.: So haben etwa beide Beamte ausgesagt, dem Beschwerdeführer sei seine Festnahme im Falle der Weigerung des Anlegens eines Mund-Nasen-Schutzes bzw. weiteren Weigerung des Verlassens des U-Bahn-Bereiches angedroht worden. Der Beschwerdeführer und Insp. J. haben übereinstimmend ausgesagt, dass Insp. J. den Beschwerdeführer (vor Ausspruch der Festnahme) am Oberarm angefasst hat – Insp. J. wollte seiner Aussage zufolge dem Beschwerdeführer ins Gewissen reden, damit dieser von alleine mitkomme. Dabei hat der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang glaubhaft und

nachvollziehbar ausgesagt, er habe sich in dieser Situation sehr bedroht und unter Druck gesetzt gefühlt, zumal er seiner Erinnerung nach von zahlreichen Beamten umringt war und deshalb der Aufforderung zum Verlassen des U-Bahn-Bereiches nachgekommen sei. Deshalb sei er losgegangen und hat in weiterer Folge Insp. J. dann den Arm des Beschwerdeführers losgelassen.

Die Feststellung, dass vom Beschwerdeführer zum Nachweis seiner gesundheitlichen Probleme die Vorlage eines ärztlichen Attests gefordert wurde, stützten sich ebenso auf die übereinstimmenden Aussagen des Beschwerdeführers, RvI M. und Insp. J.. Insp. J. hat in diesem Zusammenhang auch ausgesagt, für ihm galt: Zum Nachweis der gesundheitlichen Beeinträchtigung sei ein ärztliches Attest erforderlich. Zudem habe damals die grundsätzliche Order bestanden, dass in öffentlichen Verkehrsmitteln ein Mund-Nasen-Schutz zu tragen sei und wer gesundheitliche Gründe gegen die Tragung eines Mund-Nasen-Schutzes vorbringe, müsse ein ärztliches Attest zu Beweis Zwecken vorlegen.

II.1. Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG erkennen Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit. Ist im Verfahren wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG eine Beschwerde nicht zurückzuweisen oder abzuweisen, so hat das Verwaltungsgericht die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt für rechtswidrig zu erklären und gegebenenfalls aufzuheben. Dauert die für rechtswidrig erklärte Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt noch an, so hat die belangte Behörde unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Zustand herzustellen (§ 28 Abs. 6 VwGVG).

Gemäß Art. 130 Abs. 2 Z 1 B-VG bzw. § 88 Abs. 2 SPG erkennen die Landesverwaltungsgerichte zudem über Beschwerden von Menschen, die behaupten, auf andere Weise durch die Besorgung der Sicherheitsverwaltung in ihren Rechten verletzt worden zu sein, sofern dies nicht in Form eines Bescheides erfolgt ist.

2.1. Die im Beschwerdeverfahren relevanten Bestimmungen des COVID-19-Maßnahmengesetz – COVID-19-MG, BGBl. I Nr. 12/2020, zuletzt geändert durch

Bundesgesetz BGBl. I Nr. 104/2020, in der zum Beschwerdezeitpunkt (am 22.06.2020) maßgeblichen Fassung, lauten auszugsweisen:

„Betreten von Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren und Dienstleistungen sowie Arbeitsorte

§ 1. Beim Auftreten von COVID-19 kann der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz durch Verordnung das Betreten von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren und Dienstleistungen oder Arbeitsorte im Sinne des § 2 Abs. 3 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz untersagen, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist. In der Verordnung kann geregelt werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit jene Betriebsstätten betreten werden dürfen, die vom Betretungsverbot ausgenommen sind. Darüber hinaus kann geregelt werden, unter welchen bestimmten Voraussetzungen oder Auflagen Betriebsstätten oder Arbeitsorte betreten werden dürfen.“

„Betreten von bestimmten Orten

§ 2. Beim Auftreten von COVID-19 kann durch Verordnung das Betreten von bestimmten Orten untersagt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist. Die Verordnung ist

1. vom Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz zu erlassen, wenn sich ihre Anwendung auf das gesamte Bundesgebiet erstreckt,
2. vom Landeshauptmann zu erlassen, wenn sich ihre Anwendung auf das gesamte Landesgebiet erstreckt, oder
3. von der Bezirksverwaltungsbehörde zu erlassen, wenn sich ihre Anwendung auf den politischen Bezirk oder Teile desselben erstreckt.

Das Betretungsverbot kann sich auf bestimmte Zeiten beschränken. Darüber hinaus kann geregelt werden, unter welchen bestimmten Voraussetzungen oder Auflagen jene bestimmten Orte betreten werden dürfen.“

„Mitwirkung von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes

§ 2a. (1) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes haben die nach diesem Bundesgesetz zuständigen Behörden und Organe über deren Ersuchen bei der Ausübung ihrer beschriebenen Aufgaben bzw. zur Durchsetzung der vorgesehenen Maßnahmen erforderlichenfalls unter Anwendung von Zwangsmitteln zu unterstützen.

(1a) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes haben an der Vollziehung dieses Bundesgesetzes und der auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnungen mitzuwirken durch

1. Maßnahmen zur Vorbeugung gegen drohende Verwaltungsübertretungen,
2. Maßnahmen zur Einleitung und Sicherung eines Verwaltungsstrafverfahrens und
3. die Ahndung von Verwaltungsübertretungen durch Organstrafverfügungen (§ 50 VStG).

(2) (...“

„Strafbestimmungen

§ 3. (1) Wer eine Betriebsstätte betritt, deren Betreten gemäß § 1 untersagt ist, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 3 600 Euro zu bestrafen.

(2) Wer als Inhaber einer Betriebsstätte nicht dafür Sorge trägt, dass die Betriebsstätte, deren Betreten gemäß § 1 untersagt ist, nicht betreten wird, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 30 000 Euro zu bestrafen. Wer als Inhaber einer Betriebsstätte nicht dafür Sorge trägt, dass die Betriebsstätte höchstens von der in der Verordnung genannten Zahl an Personen betreten wird, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 3 600 Euro zu bestrafen.

(3) Wer einen Ort betritt, dessen Betreten gemäß § 2 untersagt ist, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 3 600 Euro zu bestrafen.“

„Vollziehung

§ 5. Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes ist der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betraut.“

2.2. Die im Beschwerdeverfahren relevanten Bestimmungen der COVID-19-Lockerungsverordnung – COVID-19-LV, BGBl. II Nr. 197/2020, zuletzt geändert durch Verordnung BGBl. II Nr. 398/2020 in der zum Beschwerdezeitpunkt (am 22.06.2020) maßgeblichen Fassung, lauten auszugsweisen:

„Öffentliche Orte

§ 1. (1) ...)

(3) Im Massenbeförderungsmittel ist gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten und eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen. Ist auf Grund der Anzahl der Fahrgäste sowie beim Ein- und Aussteigen die Einhaltung des Abstands von mindestens einem Meter nicht möglich, kann davon ausnahmsweise abgewichen werden.“

„Ausnahmen

§ 11. (1) bis (2a) (...)

(3) Das Tragen von einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung gilt nicht für Kinder bis zum vollendeten 6. Lebensjahr und für Personen, denen aus gesundheitlichen Gründen das Tragen der Vorrichtung nicht zugemutet werden kann.

(4) bis (5) (...)

(6) Im Fall der Kontrolle durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind die Gründe der Inanspruchnahme der Ausnahme glaubhaft zu machen.

(7) bis (8) (...)

2.3. Die im Beschwerdeverfahren relevanten Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG, BGBl. Nr. 52/1991 (WV), zuletzt geändert durch Bundesgesetz BGBl. I Nr. 58/2018, lauten auszugsweise:

„Zuständigkeit

§ 26. (1) Enthalten die Verwaltungsvorschriften über die sachliche Zuständigkeit keine Bestimmungen, so sind in Verwaltungsstrafsachen die Bezirksverwaltungsbehörden zuständig.

(2) und (3) (...)

„Identitätsfeststellung

§ 34b. Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind zur Feststellung der Identität einer Person ermächtigt, wenn diese auf frischer Tat betreten oder unmittelbar danach entweder glaubwürdig der Tatbegehung beschuldigt oder mit Gegenständen betreten wird, die auf ihre Beteiligung an der Tat hinweisen. § 35 Abs. 2 und 3 des Sicherheitspolizeigesetzes – SPG, BGBl. Nr. 566/1991, ist sinngemäß anzuwenden.“

„Festnahme

§ 35. Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes dürfen außer den gesetzlich besonders geregelten Fällen Personen, die auf frischer Tat betreten werden, zum Zweck ihrer Vorführung vor die Behörde festnehmen, wenn

1. der Betretene dem anhaltenden Organ unbekannt ist, sich nicht ausweist und seine Identität auch sonst nicht sofort feststellbar ist oder
2. begründeter Verdacht besteht, daß er sich der Strafverfolgung zu entziehen suchen werde, oder
3. der Betretene trotz Abmahnung in der Fortsetzung der strafbaren Handlung verharret oder sie zu wiederholen sucht.“

2.4. Die im Beschwerdeverfahren maßgeblichen Bestimmungen des Sicherheitspolizeigesetzes – SPG, BGBl. Nr. 566/199, zuletzt geändert durch Bundesgesetz BGBl. I Nr. 105/2019 und in der Fassung der Kundmachung BGBl. I Nr. 113/2019 (VfGH), lauten auszugsweise:

„Identitätsfeststellung

§ 35. (1) (...)

(2) Die Feststellung der Identität ist das Erfassen der Namen, des Geburtsdatums und der Wohnanschrift eines Menschen in dessen Anwesenheit. Sie hat mit der vom Anlaß gebotenen Verlässlichkeit zu erfolgen.

(3) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes haben Menschen, deren Identität festgestellt werden soll, hiervon in Kenntnis zu setzen. Jeder Betroffene ist verpflichtet, an der Feststellung seiner Identität mitzuwirken und die unmittelbare Durchsetzung der Identitätsfeststellung zu dulden.“

3.1. Die Kosten im Verfahren über Beschwerden wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt regelt § 35 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes – VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, welcher lautet:

„§ 35. (1) Die im Verfahren über Beschwerden wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG) obsiegende Partei hat Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen durch die unterlegene Partei.

(2) Wenn die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt für rechtswidrig erklärt wird, dann ist der Beschwerdeführer die obsiegende und die Behörde die unterlegene Partei.

(3) Wenn die Beschwerde zurückgewiesen oder abgewiesen wird oder vom Beschwerdeführer vor der Entscheidung durch das Verwaltungsgericht zurückgezogen wird, dann ist die Behörde die obsiegende und der Beschwerdeführer die unterlegene Partei.

(4) Als Aufwendungen gemäß Abs. 1 gelten:

1. die Kommissionsgebühren sowie die Barauslagen, für die der Beschwerdeführer aufzukommen hat,
2. die Fahrtkosten, die mit der Wahrnehmung seiner Parteirechte in Verhandlungen vor dem Verwaltungsgericht verbunden waren, sowie
3. die durch Verordnung des Bundeskanzlers festzusetzenden Pauschalbeträge für den Schriftsatz-, den Verhandlungs- und den Vorlageaufwand.

(5) Die Höhe des Schriftsatz- und des Verhandlungsaufwands hat den durchschnittlichen Kosten der Vertretung bzw. der Einbringung des Schriftsatzes durch einen Rechtsanwalt zu entsprechen. Für den Ersatz der den Behörden erwachsenden Kosten ist ein Pauschalbetrag festzusetzen, der dem durchschnittlichen Vorlage-, Schriftsatz- und Verhandlungsaufwand der Behörden entspricht.

(6) Die §§ 52 bis 54 VwGG sind auf den Anspruch auf Aufwandsersatz gemäß Abs. 1 sinngemäß anzuwenden.

(7) Aufwandsersatz ist auf Antrag der Partei zu leisten. Der Antrag kann bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt werden.“

3.2. Die Verordnung über die Pauschalierung der Aufwandsätze im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten über Beschwerden wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Behörde in Vollziehung der Gesetze (VwG-Aufwandsatzverordnung – VwG-AufwErsV), BGBl. II Nr. 517/2013, lautet auszugsweise:

„§ 1. Die Höhe der im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten über Beschwerden wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 des Bundes-Verfassungsgesetzes – B-VG, BGBl. Nr. 1/1930, und Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Behörde in Vollziehung der Gesetze gemäß Art. 130 Abs. 2 Z 1 B-VG als Aufwandsersatz zu leistenden Pauschalbeträge wird wie folgt festgesetzt:

1. Ersatz des Schriftsatzaufwands des Beschwerdeführers als obsiegende Partei 737,60 Euro
2. Ersatz des Verhandlungsaufwands des Beschwerdeführers als obsiegende Partei 922,00 Euro
3. Ersatz des Vorlageaufwands der belangten Behörde als obsiegende Partei57,40 Euro
4. Ersatz des Schriftsatzaufwands der belangten Behörde als obsiegende Partei 368,80 Euro
5. Ersatz des Verhandlungsaufwands der belangten Behörde als obsiegende Partei 461,00 Euro
6. Ersatz des Aufwands, der für den Beschwerdeführer mit dem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens verbunden war (Schriftsatzaufwand) 553,20 Euro
7. Ersatz des Aufwands, der für die belangte Behörde mit dem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens verbunden war (Schriftsatzaufwand) 276,60 Euro“

III.1.1. Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG in der Fassung der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl. I Nr. 51/2012, erkennen Verwaltungsgerichte (ebenso wie bisher die Unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern gemäß Art. 129a Abs. 1 Z 2 B-VG in der Fassung vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012) über Beschwerden gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit. Aus den parlamentarischen Erläuterungen zur genannten Novelle (vgl. RV 1618 BlgNR 24. GP, 13) erschließen sich keine Anhaltspunkte, dass durch diese Novelle der Beschwerdegegenstand eine Änderung erfahren hat, weshalb die bisher ergangene Rechtsprechung zur Vorgängerbestimmung weiterhin einschlägig ist (vgl. etwa auch *Leeb in Hengstschläger/Leeb*, AVG § 7 VwGVG (Stand 15.2.2017, rdb.at) Rz 68, 71).

Entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geht es bei einer Beschwerde gegen die Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt nicht darum, die abstrakte Zulässigkeit einer Maßnahme zu prüfen, sondern darum, ob der ganz konkret vorgenommene Zwangsakt rechtmäßig war oder nicht. Es ist nicht zulässig, dann, wenn sich der tatsächlich für die Zwangsmaßnahme maßgebend gewesene Grund als unzureichend erweisen sollte, nachträglich den Rechtsgrund auszuwechseln und eine andere, besser geeignete gesetzliche Grundlage heranzuziehen (VwGH vom 22.10.2002, ZI 2000/01/0527, oder vom 12.09.2006, ZI 2005/03/0068).

1.2.1. Voraussetzung für einen tauglichen Beschwerdegegenstand und damit für eine Befugnis des Verwaltungsgerichtes Wien zur Entscheidung in der Sache ist, dass das angefochtene Verhalten tatsächlich die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt im Sinne des Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG darstellt (vgl. etwa *Leeb in Hengstschläger/Leeb*, AVG § 28 VwGVG (Stand 15.2.2017, rdb.at) Rz 162). Ein im Wege der Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG bekämpfbarer unmittelbarer Eingriff in die Rechtssphäre eines Beschwerdeführers liegt dann vor, wenn physischer Zwang ausgeübt wird oder die unmittelbare Ausübung physischen Zwangs bei Nichtbefolgung eines Befehls droht. Beschwerdetaugliche Akte der Befehlsgewalt erfordern einen unmittelbaren Befolgungsanspruch bei dem bei Nichtbefolgung des Befehls unverzüglich und ohne weiteres Verfahren eine physische Sanktion droht bzw. der Adressat mit zwangsweiser Realisierung bei Nichtbefolgung eines Befehls zu rechnen hat. Ein Zwangsakt kann durch faktische Vollziehung eines vorausgegangenen Befehls, dem nicht entsprochen wurde, als auch sogleich ohne vorherige Androhung gesetzt

werden. Begriffsnotwendig ist dafür ein positives Tun nicht hingegen jedoch das Unterbleiben eines Verhaltens, selbst wenn auf dieses Verhalten, weil es zur Realisierung eines im Gesetz eingeräumten Rechtes unerlässlich ist, ein Anspruch besteht. Auch die bloße Untätigkeit einer Behörde stellt keine Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls und Zwangsgewalt dar (vgl. etwa *Hengstschläger/Leeb*, AVG² § 67a (Stand 1.1.2014, rdb.at) Rz 33, 41 ff, 48 mit weiteren Nachweisen oder *Eisenberger* in *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde², 16 ff, 22 ff, mit weiteren Nachweisen).

1.2.2. In der Beschwerdesache steht fest, dass dem Beschwerdeführer gegenüber ein Befehlsakt im Sinn des Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG – namentlich die Androhung der gewaltsamen Verbringung aus dem U-Bahn-Bereich, wenn der Beschwerdeführer der Aufforderung zum Verlassen des U-Bahn-Bereichs nicht aus eigenem nachkommt – gesetzt wurde. Die in Aussicht gestellte unmittelbare Ausübung physischen Zwangs wurde dem Beschwerdeführer auch durch das Anfassen am Oberarm manifestiert.

1.3. Sowohl die Aufforderung zum Anlegen eines Mund-Nasen-Schutzes bzw. die Androhung einer Festnahme bei weiterer Weigerung des Anlegens eines Mund-Nasen-Schutzes und Nichtverlassen des U-Bahn-Bereiches, als auch die in diesem Zusammenhang ergangene Aufforderung zur Ausweisleistung samt Zurückbehaltung des Führerscheins bis zum Notieren der Ausweisdaten und Durchführung einer EKIS-Abfrage, stehen im Zusammenhang mit der Annahme der einschreitenden Beamten, der Beschwerdeführer habe indem er einen Mund-Nasen-Schutz nicht trug und ein ärztliches Attestes zum Nachweis, dass ihm das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden könne, nicht vorwies, eine Verwaltungsübertretung gemäß § 3 Abs. 3 in Verbindung mit § 2 Z 1 COVID-19-MG und § 1 Abs. 3 COVID-19-LV begangen.

Das objektive Tatbild einer Verwaltungsübertretung nach § 3 Abs. 3 iVm § 2 Z 1 COVID-19-MG und § 1 Abs. 3 COVID-19-LV zu der im Beschwerdeverfahren maßgeblichen Fassung war nicht erfüllt bzw. die Verpflichtung zum Tragen einer den Mund-Nasenbereich abdeckenden Schutzvorrichtung galt unter anderem nicht für Personen, denen aus gesundheitlichen Gründen das Tragen der Vorrichtung nicht zugemutet werden kann (§ 11 Abs. 3 COVID-19-LV zu der im Beschwerdeverfahren maßgeblichen Fassung). Die Gründe der Inanspruchnahme dieser Ausnahme waren im Fall der Kontrolle durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes glaubhaft zu machen (§ 11 Abs. 6 COVID-19-LV zu der im

Beschwerdeverfahren maßgeblichen Fassung). Dass eine Glaubhaftmachung die Vorlage eines ärztlichen Attests erforderte, war in der im Beschwerdeverfahren maßgeblichen Zeitpunkt rechtlich nicht statuiert; das Erfordernis zur Vorlage eines ärztlichen Attests zum Nachweis der Unzumutbarkeit des Tragens einer den Mund-Nasenbereich abdeckenden Schutzvorrichtung aus gesundheitlichen Gründen wurde erstmalig mit § 16 Abs. 2 COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, BGBl. II Nr. 463/2020, angeordnet, der mit am 03.11.2020 in Kraft trat.

In der Beschwerdesache steht fest, dass seitens der einschreitenden Beamten die Auffassung vertreten wurde, dass lediglich durch die Vorlage eines ärztlichen Attests der Nachweis der Unzumutbarkeit des Tragens einer den Mund-Nasenbereich abdeckenden Schutzvorrichtung aus gesundheitlichen Gründen erbracht werden konnte.

Gemäß § 24 des Verwaltungsstrafgesetz 1991 gelten in Verwaltungsstrafverfahren unter anderem auch die Bestimmungen der §§ 45 f des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991. Danach gelten die Grundsätze der freien Beweiswürdigung sowie Gleichwertigkeit und Unbeschränktheit der Beweismittel (vgl. etwa *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 45 Rz 1 (Stand 1.7.2005, rdb.at)). Hinsichtlich des Beweismaßes erforderte § 11 Abs. 6 COVID-19-LV eine (bloße) Glaubhaftmachung, somit nicht den vollen Beweis, sondern eine (überwiegenden) Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der zu bescheinigenden Tatsachen (vgl. etwa *Hengstschläger/Leeb*, aaO Rz 2 f).

Angesichts der Unbeschränktheit der Beweismittel war dem Grunde nach auch eine Erklärung des Beschwerdeführers gegenüber den einschreitenden Organ vor Ort über die Umstände, warum ihm aus gesundheitlichen Gründen nicht das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes zugemutet werden könne, geeignet, die Ausnahme vom Verbotsbereich, folglich, dass das Nichtanlegen/Nichttragen des Mund-Nasen-Schutzes nicht das objektive Tatbild des § 3 Abs. 3 in Verbindung mit § 2 Z 1 COVID-19-MG und § 1 Abs. 3 aufgrund von § 11 Abs. 3 COVID-19-LV verwirklicht, nachzuweisen.

Seitens der einschreitenden Organe konnte folglich nach der von der Rechtsprechung ausgebildeten ex ante Betrachtung in vertretbarer Weise nicht davon ausgegangen werden, dass für den Nachweis einer Ausnahme vom Verwaltungsstrafatbestand die Vorlage eines ärztlichen Attests gewissermaßen zwingend erforderlich sei und Darlegungsversuche des Beschwerdeführers zur Glaubhaftmachung der Unzumutbarkeit des Tragens eines Mund-Nasen-Schutzes

a priori als nicht ausreichend zu erachten. Damit konnten die einschreitenden Organe auch nicht in vertretbarer Weise vom Vorliegen einer Verwaltungsübertretung im Sinne des § 3 Abs. 3 in Verbindung mit § 2 Z 1 COVID-19-MG und § 1 Abs. 3 COVID-19-LV ausgehen und den darauf gesetzten Befehlsakt (samt geforderter Ausweisleistung) respektive insbesondere die Verzögerung bei der Ausweiserstattung stützen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

2. Der Kostenzuspruch gründet sich auf § 35 Abs. 1, 2 und 4 Z 3 VwGVG iVm § 1 Z 1 und 2 VwG-AufwErsV. Weil die in Beschwerde gezogene Amtshandlung für rechtswidrig erklärt wurde, war der Beschwerdeführer obsiegenden Partei im Sinne des § 35 Abs. 1 und 2 VwGVG und war wegen der funktionellen Zurechnung des Magistrats der Stadt Wien in Angelegenheiten des COVID-19-MG als Verwaltungsstrafbehörde zum Bund dessen Kostenersatz im Umfang der im Spruch zitierten VwG-AufwErsV auszusprechen.

3. Der Ausspruch über die Unzulässigkeit der ordentlichen Revision gründet sich darauf, dass 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 des Verwaltungsgerichtshofes. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung einer zu lösenden Rechtsfrage vor, zumal die verfahrensgegenständlichen Rechtsfragen klar aus dem Gesetz lösbar sind (vgl. *Köhler*, Der Zugang zum VwGH in der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit, *ecolex* 2013, 589 ff, mwN).

BELEHRUNG

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen. Die Beschwerde ist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen; die Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je 240,-- Euro beim

Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und die (Amts-)Revision beim Verwaltungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. 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.

Verwaltungsgericht Wien

Dr. Grois
(Richterin)