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-702061/2/ER

Datum:
Linz, 14. Oktober 2022

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde des G K, W, P, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 24. August 2022, GZ: BHLL/922100059588/22, wegen Übertretung des Covid-19-Maßnahmengesetzes

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Die beschwerdeführende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 24 Euro zu leisten.

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.1. Mit Straferkenntnis vom 24. August 2022 verhängte die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (im Folgenden: belangte Behörde) über den nunmehrigen Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Strafe in Höhe von 120 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 1 Tag, 16 Stunden) wegen einer Übertretung des Covid-19-Maßnahmengesetzes wie folgt:

„1. Datum/Zeit: 09.04.2022, 10:45 Uhr
Ort: T, Ä, Lebensmittelgeschäft B
Sie haben als Kunde die geschlossenen Räume des Kundenbereiches der Betriebsstätte B AG in T, Ä, betreten und dabei keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen, obwohl beim Betreten der Kundenbereiche folgender Betriebsstätten in geschlossenen Räumen gemäß COVID-19-Basismaßnahmenverordnung - COVID-19-BMV, BGBl. II Nr. 86/2022 in der Zeit von 24.03.2022 bis 15.04.2022 eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard zu tragen ist:
1. Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren oder zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen;
2. Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe, ausgenommen während des Verweilens am Verabreichungsplatz;
3. Beherbergungsbetriebe in allgemein zugänglichen Bereichen;
4. Sportstätten;
5. Freizeiteinrichtungen;
6. Kultureinrichtungen.
Es wurde festgestellt, dass Sie zum Zeitpunkt der Kontrolle durch die Polizei keine FFP-2 Maske getragen haben.
Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
1. § 8 Abs. 3 Zif. 1 COVID-19-MG BGBl. I Nr. 12/2020, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 6/2022 und § 3 Abs. 1 COVID-19-MG BGBl. I Nr. 12/2020, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 90/2021 i.V.m. § 3 Abs. 2 COVID-19-BMV, BGBl. II Nr. 86/2022

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

| | Geldstrafe von | falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von | Freiheitsstrafe von | Gemäß |
|---|---|---|---|---|
| 1. | € 120,00 | 1 Tage(n) 16 Stunde(n) 0 Minute(n) | | § 8 Abs. 3 COVID-19-Maßnahmen-gesetz - COVID-19-MG, BGBl. I Nr. 12/2020, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 6/2022“ |

Begründend führte die belangte Behörde Folgendes aus:

„Begründung

I. Verfahrensgang

I.1. Auf Grund einer Anzeige der Polizeiinspektion Thalheim bei Wels wurde Ihnen die ggst. Verwaltungsübertretung mit der Strafverfügung vom 25.5.2022 zur Last gelegt.

I. 2. Mit Schreiben vom 12.6.2022 erhoben Sie Einspruch gegen diesen Strafbescheid und begründeten dies mit Ihrem ärztlichen Maskenbefreiung. Weiters stellten Sie die gesamte Rechtslage in Frage.

I.3. Nach nochmaliger Aufforderung legten Sie mit E-Mail vom 5.8.2022 ein Schreiben von Dr. E P, Psychosomatik, Psychotherapie, Arbeits- und Allgemeinmedizin, A-B, S, mit dem Titel ‘Ärztliches Attest (lt. COVID-19-LV § 11 Abs.3 197.Verordnung vom 30.04.2020)’ vor. Mit Schreiben vom 10.8.2022 wurden Sie ersucht, im Rahmen Ihrer Mitwirkungspflicht nähere Angaben zu einer allfälligen vor Ausstellung des Attestes durchgeführten Untersuchung durch Dr. E bzw. einschlägiger, von ihm diesem Attest zugrunde gelegter (fach-)ärztlicher Gutachten oder Befunde zu tätigen bzw. eine solche glaubhaft zu machen.

I.4. Im E-Mail vom 21.8.2022 verwiesen Sie hinsichtlich der Mitwirkungspflicht auf das bereits vorgelegte Attest und ersuchten weitere Fragen direkt an den Arzt zu stellen. Gleichzeitig legten Sie eine Entscheidung des OÖ. Landesverwaltungsgerichtes vor, mit dem ein Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck aufgehoben und das Attest von Dr. E ‘akzeptiert’ wurde.

II. Sachverhalt, Beweise, Beweiswürdigung

II.1. Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher S a c h v e r h a l t fest:

II.1.1. Allgemeine Feststellungen

Sie haben als Kunde die geschlossenen Räume des Kundenbereiches der Betriebsstätte B AG in T, Ä, betreten und dabei keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen, obwohl beim Betreten der Kundenbereiche folgender Betriebsstätten in geschlossenen Räumen gemäß COVID-19-Basismaßnahmenverordnung - COVID-19-BMV, BGBl. II Nr. 86/2022 in der Zeit von 24.03.2022 bis 15.04.2022 eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard zu tragen ist:

1. Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren oder zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen;
2. Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe, ausgenommen während des Verweilens am Verabreichungsplatz;
3. Beherbergungsbetriebe in allgemein zugänglichen Bereichen;
4. Sportstätten;
5. Freizeiteinrichtungen;
6. Kultureinrichtungen.

II.1.2. Zum Maskenbefreiungsattest:

Dr. P E, ÖÄK-Ärztenummer x, ist nicht in der Österreichischen Ärzteliste eingetragen (Eintragungsstatus: ‘Nicht eingetragen’). Er ist seit Oktober 2020 nicht befugt, den ärztlichen Beruf (Allgemeinmedizin) auszuüben. Bereits im Frühjahr/Sommer 2020 hat Dr. P E öffentlich - etwa via ‘Facebook’ - beworben, Menschen, die keine Maske tragen wollen, online bzw. ‘von der Ferne aus’ medizinische Atteste auszustellen. Sie haben der hs. Behörde das o.a. Schreiben von Dr. E P, Psychosomatik, Psychotherapie, Arbeits- und Allgemeinmedizin, A-B, S, mit dem Titel ‘Ärztliches Attest (lt. COVID-19-LV § 11 Abs.3

197.Verordnung vom 30.04.2020)' vorgelegt. Diesem 'Attest' ging keine vorherige Untersuchung durch Dr. E voraus, noch legte dieser dem Attest einschlägige fachärztliche Gutachten oder Befunde zu Grunde.

II.2. Die Behörde hat Beweis erhoben durch die unter Punkt I. dargestellten Ermittlungsschritte bzw. Einsichtnahme in die dort erwähnten Dokumente sowie Abfrage des behördeninternen Vormerkregisters und Durchführung diverser - für jedermann möglicher - Abfragen; konkret insbesondere durch Einsichtnahme in die (öffentlich für jedermann zugängliche) parlamentarische Anfragebeantwortung vom 07.12.2020, 3695/AB XXVII. GP, Abfrage in der online für jedermann öffentlich zugänglichen Österreichischen Ärzteliste der Österreichischen Ärztekammer (www.aerzteliste-online.at; abgefragt am 16.02.2022), Durchsicht der medialen Berichterstattung (vgl. dazu auszugsweise die sogleich aufgelisteten Links), Abfrage der offiziellen Facebook-Seite (https://www.facebook.com/www.E.at, abgefragt am 18.02.2022) sowie Homepage von Dr. P E (https://www.E.at/, abgefragt am 18.02.2022) und Routen-Abfrage via 'Google-Maps'. Der unter Punkt II.1. festgestellte Sachverhalt ergab sich daraus letztlich vollständig und widerspruchsfrei.

Zum 'Maskenbefreiungsattest' ist im Detail folgendes festzuhalten:

Die Tatsache, dass Dr. E nicht mehr in der Österreichischen Ärzteliste eingetragen ist, ergibt sich zweifelsfrei aus einer Abfrage des für jedermann öffentlich zugänglichen Registers (www.aerzteliste-online.at; abgefragt am 16.02.2022). Dass Dr. E seit Oktober 2020 bis heute zu keinem Zeitpunkt mehr berechtigt war, den ärztlichen Beruf auszuüben, ergibt sich darüber hinaus insbesondere aus folgenden - mittlerweile auch öffentlich bekannten (vgl. etwa die Ausführungen in der Beantwortung der parlamentarischen Anfrage vom 07.12.2020, 3695/AB XXVII.GP, zu 3698/J XXVII. GP) - Umständen:

- Beschluss des Disziplinarrat der Österreichischen Ärztekammer, Disziplinarkommission für Steiermark, vom 21. September 2020, mit dem gemäß § 138 Abs. 1 ÄrzteG 1998 die Ausübung des ärztlichen Berufes bis zum rechtskräftigen Abschluss des Disziplinarverfahrens untersagt wurde;
- rechtskräftigem Bescheid vom 18. Februar 2021, mit dem Dr. P E gemäß § 62 Abs. 1 Z 2 ÄrzteG 1998 vorläufig die Ausübung des ärztlichen Berufes bis zur Einstellung des von der Staatsanwaltschaft Leoben eingeleiteten Ermittlungsverfahrens bzw. bei Einleitung eines Strafverfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss eines auf diesem Ermittlungsverfahren basierenden Strafverfahrens untersagt wurde (vgl. dazu auch VwGH 02.11.2021, Ra 2021/11/0134);
- Bescheid vom 8. März 2021, mit dem der Präsident der Österreichischen Ärztekammer feststellte, dass die Berechtigung von Dr. P E zur Ausübung des ärztlichen Berufes nicht mehr bestehe und er aus der Ärzteliste zu streichen sei.

Im Ermittlungsverfahren sind ob der formulargemäßen optischen Ausgestaltung des von Ihnen vorgelegten Attestes (arg: Verdacht der 'Personalisierung' des als 'Vordruck' konzipierten Textes im 'Attest' lediglich durch Einfügung Ihres Namens, Geburtsdatums und der Adresse), der Tatsache, dass der diesbezüglich durch entsprechende einschlägige (Medien-)Berichte bzw. der parlamentarischen Anfragebeantwortung vom 07.12.2020, 3695/AB zu 3698/J, XXVII. GP mwN, bekannten und von Dr. E sogar selbst etwa über 'Facebook' beworbenen Angebots, an Personen, die keine Masken tragen wollen, online bzw. 'von der Ferne' medizinische Atteste auszustellen (vgl. für viele etwa https://x mwN; https://www.xxx; https://xx; jeweils abgefragt am 16.02.2022; bzw. die persönliche Facebook-Seite samt darauf befindlicher Links von Dr. P E unter https://de-de.facebook.com/www.E.at, abgefragt am 18.02.2022), sowie der entsprechenden, gegen

Dr. P E eingeleiteten einschlägigen (Straf-) Verfahren (vgl. dazu etwa die zuvor dargestellten Entscheidungen), Zweifel betreffend der fachgerechten Ausstellung (vgl. dazu insb. auch die Ausführungen unter Punkt III.2) des von Ihnen vorgelegten 'Maskenbefreiungsattest' hervorgekommen.
Sie konnten auf Ersuchen der Behörde im Ermittlungsverfahren nicht glaubhaft darlegen, dass der Ausstellung des Attestes durch Dr. E eine eingehende Untersuchung Ihrerseits durch diesen voraus ging oder ihm entsprechende fachärztliche Gutachten oder Befunde, die eine Beeinträchtigung etc. Ihrerseits indizieren, vorlagen, welche zur entsprechenden Diagnose bzw. Schlussfolgerung durch Dr. E führten. Zum vorgelegten Erkenntnis vom OÖ. Landesverwaltungsgericht wird festgehalten, dass es diesbezüglich bereits eine 'jüngere' Entscheidung vom 9.5.2022, ebenfalls vom Oö. LVwG gibt. Der Wortlaut dieser Bescheinigung ist (außer den persönlichen Daten) ident mit dem von Ihnen vorgelegten Dokument. Das diesbezügliche Straferkenntnis der hs. Behörde wurde mit der Begründung bestätigt, dass das 'Attest' kein ärztliches Zeugnis im Sinne des §§ 55 Ärztegesetz 1998 darstellt und deshalb für die Glaubhaftmachung im Sinne der geltenden COVID-19-Bestimmungen nicht ausreicht.

III. Rechtliche Beurteilung:

III. 1. Zentrale Rechtsgrundlagen:

[...]

III.2. Objektiver Tatbestand

Aus der vorliegenden Anzeige geht eindeutig hervor, dass Sie zum Tatzeitpunkt den Kundenbereich der Betriebsstätte B AG in T, Ä, betreten und dabei keine entsprechende Atemschutzmaske getragen haben.
Gemäß § 10 Abs. 2 der COVID-19-BMV bedarf die Inanspruchnahme der in § 9 Abs. 3 Ziffer 8 leg. cit. normierten Ausnahmeregelung von der FFP2- bzw. MNS-Tragepflicht einer von einem in Österreich zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellten ärztlichen Bestätigung. (Ausschließlich) Mit diesem Bescheinigungsmittel ist die Tatsache der Unzumutbarkeit der Erfüllung der Tragepflicht aus gesundheitlichen Gründen von der die Ausnahme in Anspruch nehmenden Person glaubhaft zu machen, dh. die Behörde von der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens entsprechender gesundheitlicher Gründe zu überzeugen (vgl. dazu VwGH 07.02.2022, Ra 2021/03/0277 Rz 17, wonach gerade nicht die Existenz eines ärztlichen Attestes sondern die entsprechenden gesundheitlichen Gründe glaubhaft zu machen sind).
Gemäß § 55 ÄrzteG 1998 darf ein Arzt ärztliche 'Zeugnisse' nur nach gewissenhafter ärztlicher Untersuchung und nach genauer Erhebung der im Zeugnis zu bestätigenden Tatsachen nach seinem besten Wissen und Gewissen ausstellen. Dies gilt - da nicht die formale Bezeichnung 'Zeugnis' maßgeblich ist - auch für ärztliche 'Bescheinigungen' oder 'Bestätigungen' im Sinne der o.a. Ausnahmeregelung zur Maskentragepflicht (vgl. etwa allgemein Wallner in GmundKomm § 55 ÄrzteG 1998 [Stand 1.3.2016, rdb.at] Rz 1 mVa Aigner/Kierein/Kopetzki, Ärztegesetz3 § 55 FN 2; konkret zum hier maßgeblichen Bescheinigungsmittel der ärztlichen Bestätigung VwGH 07.02.2022, Ra 2021/03/0277, Rz 19). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs wäre die Ausstellung eines ärztlichen Zeugnisses ohne vorherige Untersuchung als Ausnahmefall nur bei entsprechender nachvollziehbarer Begründung der besonderen Umstände des jeweiligen (Einzel-)Falls denkbar (vgl. VwGH 2.11.2021, Ra 2021/11/0112 mHa 22.9.2021, Ro 2020/09/0016).
Für die Anwendung dieser Ausnahmebestimmung von der Tragepflicht von Masken ist somit eine ernsthafte und insb. fachlich fundierte Begründung im Hinblick auf die konkreten

gesundheitlichen Beschwerden des bzw. der Betroffenen, insbesondere auch im Hinblick auf den Zweck der Befreiung, geboten. Das Ausstellen von ‘Gefälligkeitsattesten’ - dh. etwa eine ungeprüfte Entsprechung des vom Patienten geäußerten Wunschs auf Ausstellung eines Attests mit entsprechendem Inhalt oder Ausstellung bei fehlender medizinischer Indikation - stellt einen Verstoß gegen § 55 ÄrzteG 1998 dar (vgl. etwa VfGH 20.02.2015, B 888/2013), da gerade derartige ‘Gefälligkeitsgutachten/-atteste/-bescheinigungen’ durch die gesetzlich geforderte gewissenhafte ärztliche Untersuchung verhindert werden sollen. Sie haben ein ‘Ärztliches Attest’ von Dr. P E vom 1.7.2020 vorgelegt, wonach Ihnen das Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung unzumutbar sei (in der Folge ‘Maskenbefreiungsattest’). Dr. P E ist aktuell nicht in der Österreichischen Ärzteliste eingetragen (Eintragungsstatus: ‘Nicht eingetragen’) und ist seit Oktober 2020 nicht befugt, den ärztlichen Beruf (Allgemeinmedizin) auszuüben. Das von Ihnen vorgelegte ‘Maskenbefreiungsattest’ wurde insofern noch vor dem Verbot der Berufsausübung erstellt. Im vorliegenden Fall beinhaltet das vorgelegte Attest jedoch keine Befundung über Ihren Gesundheitszustand und ist der Ausstellung des Attestes keine Untersuchung durch Dr. E vorausgegangen, noch legte dieser dem Attest einschlägige fachärztliche Gutachten oder Befunde zu Grunde. Neben einer fehlenden gewissenhaften ärztlichen Untersuchung existiert im von Ihnen vorgelegten ‘Maskenbefreiungsattest’ somit auch keine anderweitige fachlich fundierte und insofern nachvollziehbare Darstellung, auf welcher (anderen) Grundlage die Diagnose erstellt wurde, noch wird erläutert, wie sich etwaig vorliegende gesundheitliche Beschwerden in Ihrem Fall auswirken, was jedoch unumgänglich ist, um die Schlüssigkeit eines derartigen ‘Gutachtens’ nachvollziehen zu können. Vielmehr ist einziges individualisierendes Merkmal des Attestes Ihr Name, Geburtsdatum und die Adresse. Letztlich ist noch anzumerken, dass sich auch der in Hinblick auf § 9 Abs. 3 Ziffer 8 der COVID-19-BMV maßgebliche Umstand, in welchem Ausmaß Ihnen konkret das Tragen einer Maske unzumutbar ist (dh etwa lediglich Unzumutbarkeit des Tragens einer Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 ohne Ausatemventil oder auch Unzumutbarkeit des Tragens einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden und eng anliegenden mechanischen Schutzvorrichtung bzw. einer nicht eng anliegenden, aber den Mund- und Nasenbereich vollständig abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung?) dem ‘Maskenbefreiungsattest’ nicht zweifelsfrei entnehmen lässt. Daraus folgt, dass mangels fachlich fundierter Grundlage das von Ihnen vorgelegte ‘Maskenbefreiungsattest’ nicht den Erfordernissen des § 55 ÄrzteG 1998 entspricht und somit nicht geeignet war, als ‘von einem in Österreich zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung’ iSd § 10 der COVID-19-BMV zu gelten.

Sie haben daher den objektiven Tatbestand der Ihnen angelasteten Verwaltungsübertretung verwirklicht. Zu prüfen ist noch, ob Ihnen die Tat auch subjektiv vorgeworfen werden kann (Verschulden).“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Nach Prüfung der subjektiven Tatseite kam die belangte Behörde zum Ergebnis, dass dem Bf fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen sei, die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ermahnung lägen nicht vor. Bei der Strafbemessung berücksichtigte die belangte Behörde die bisherige Unbescholtenheit des Bf, sonstige straferschwerende oder –mildernde Gründe wurden nicht festgestellt. Die belangte Behörde nahm ein Nettoeinkommen von 2.000 Euro bei fehlenden Sorgepflichten und keinem wesentlichen Vermögen an.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf rechtzeitig Beschwerde, in der er die Einstellung des ggst Strafverfahrens beantragte. Begründend führte der Bf im Wesentlichen aus, dass er keine Rechtsvorschriften verletzt habe. Er habe der Exekutive und der belangten Behörde ein gültiges ärztliches Attest von Dr. E vorgelegt. Dr. E sei zum Ausstellungszeitpunkt in der österreichischen Ärzteliste eingetragen gewesen. Ferner gebe es gerichtliche Entscheidungen, die nicht die Meinung der Behörde widerspiegeln würden. Der Bf sei nie auf Facebook aktiv gewesen.

I.3. Mit Schreiben vom 7. September 2022 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht OÖ zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.
Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in die Beschwerde und den vorgelegten Verwaltungsakt. Zumal keine Verfahrenspartei die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung beantragt hat, keine 500 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt wurde und überdies der entscheidungsrelevante Sachverhalt unbestritten ist, konnte von der Durchführung einer Verhandlung abgesehen werden (§ 44 Abs 3 VwGVG).

I.4. Es steht folgender entscheidungsrelevanter S a c h v e r h a l t fest:

Der Bf wurde zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt von Organen der PI Thalheim bei Wels dabei betreten, als Kunde die geschlossenen Räume des Kundenbereichs der Betriebsstätte B AG in T, Ä, betreten und dabei keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen zu haben. Der Bf verfügt über ein von Dr. P E am 1. Juli 2020 ausgestelltes „Attest“ mit folgendem Inhalt:
„Hiermit bestätige ich, dass das Tragen von einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung für die oben genannte Person aus gesundheitlichen Gründen kontraindiziert, wissenschaftlich belegbar gesundheitsschädlich und im Sinne der Psychohygiene traumatisierend und damit unzumutbar ist.“

Dr. P E ist seit Oktober 2020 nicht befugt, den ärztlichen Beruf auszuüben und ist nicht in der Österreichischen Ärzteliste eingetragen. Dr. P E stellte regelmäßig gegen Entgelt Maskenbefreiungsatteste an ihm unbekannte Personen aus, ohne diese vorher einer entsprechenden Untersuchung zu unterziehen. Auch der Ausstellung des Attests des Bf lag keine Untersuchung durch Dr. P E zugrunde.

II. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich gänzlich unbestritten aus dem Verwaltungsakt und der Beschwerde. Dass Dr. P E Maskenbefreiungsatteste ohne vorhergehende Untersuchung ausgestellt hat und ab Oktober 2020 nicht mehr

befugt war, den ärztlichen Beruf auszuüben, ergibt sich insbesondere aus der Antwort auf die parlamentarische Anfrage Nr. 3698/J vom 2. Dezember 2020, GZ: 2020-0.739.523, abrufbar unter: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/AB/AB_03695/imfname_853487.pdf).

III.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Covid-19-Maßnahmengesetzes, BGBl. I Nr. 12/2020 in der zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 90/2021, lauten wie folgt:

„Betreten und Befahren von Betriebsstätten und Arbeitsorten sowie Benutzen von Verkehrsmitteln
§ 3.
(1) Beim Auftreten von COVID-19 kann durch Verordnung
1. das Betreten und das Befahren von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen,
2. das Betreten und das Befahren von Arbeitsorten oder nur bestimmten Arbeitsorten gemäß § 2 Abs. 3 des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes (ASchG) durch Personen, die dort einer Beschäftigung nachgehen, und
3. das Benutzen von Verkehrsmitteln oder nur bestimmten Verkehrsmitteln
geregelt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.
(2) In einer Verordnung gemäß Abs. 1 kann entsprechend der epidemiologischen Situation festgelegt werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit oder unter welchen Voraussetzungen und Auflagen Betriebsstätten oder Arbeitsorte betreten und befahren oder Verkehrsmittel benutzt werden dürfen. Weiters kann das Betreten und Befahren von Betriebsstätten oder Arbeitsorten sowie das Benutzen von Verkehrsmitteln untersagt werden, sofern gelindere Maßnahmen nicht ausreichen.

Strafbestimmungen
§ 8. [...]
(3) Wer
1. eine Betriebsstätte oder einen Arbeitsort entgegen den in einer Verordnung gemäß § 3 festgelegten Voraussetzungen oder sonstigen an ihn gerichteten Auflagen betritt oder befährt oder ein Verkehrsmittel entgegen den in einer Verordnung gemäß § 3 festgelegten Voraussetzungen oder sonstigen an ihn gerichteten Auflagen benutzt oder
2. die in einer Verordnung gemäß § 4 oder § 4a genannten Orte entgegen den dort festgelegten Zeiten, Voraussetzungen oder sonstigen an ihn gerichteten Auflagen betritt oder befährt,
begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von 50 Euro bis zu 500 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 1 000 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu einer Woche, zu bestrafen.“

III.2. Die maßgeblichen Bestimmungen der Covid-19-Basismaßnahmen-verordnung, BGBl. II Nr. 86/2022, lauten wie folgt:

„Allgemeine Bestimmungen und Begriffsbestimmungen

§ 2.
(1) Als Maske im Sinne dieser Verordnung gilt eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard.
[...]

Verpflichtung zum Tragen einer Maske
§ 3. [...]
(2) Kunden haben beim Betreten von Kundenbereichen folgender Betriebsstätten in geschlossenen Räumen eine Maske zu tragen:
1. Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren oder zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen;
2. Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe, ausgenommen während des Verweilens am Verabreichungsplatz;
3. Beherbergungsbetriebe in allgemein zugänglichen Bereichen;
4. Sportstätten;
5. Freizeiteinrichtungen;
6. Kultureinrichtungen.

Ausnahmen
§ 9. [...]
(3) Die Pflicht zum Tragen einer Maske gilt nicht
[...]
8. für Personen, denen dies aus gesundheitlichen oder behinderungsspezifischen Gründen nicht zugemutet werden kann. In diesem Fall darf auch eine sonstige den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung getragen werden. Sofern den Personen auch dies aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden kann, darf auch eine sonstige nicht eng anliegende, aber den Mund- und Nasenbereich vollständig abdeckende mechanische Schutzvorrichtung getragen werden. Eine vollständige Abdeckung liegt vor, wenn die nicht eng anliegende Schutzvorrichtung bis zu den Ohren und deutlich unter das Kinn reicht. Sofern den Personen auch dies aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden kann, gilt die Pflicht zum Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung nicht.

Glaubhaftmachung
§ 10.
(1) Das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 9 ist auf Verlangen gegenüber
1. Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes,
2. Behörden und Verwaltungsgerichten bei Parteienverkehr und Amtshandlungen sowie
3. Inhabern einer Betriebsstätte oder eines Arbeitsortes sowie Betreibern eines Verkehrsmittels zur Wahrnehmung ihrer Pflicht gemäß § 8 Abs. 4 COVID-19-MG,
4. dem für eine Zusammenkunft Verantwortlichen
glaubhaft zu machen.
(2) Die Ausnahmegründe gemäß § 9 Abs. 6 Z 2 und der Ausnahmegrund, wonach aus gesundheitlichen Gründen das Tragen einer Maske 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, sowie das Vorliegen einer Schwangerschaft sind durch eine von einem in Österreich

oder im EWR zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung nachzuweisen."

III.3. Die maßgebliche Bestimmung des Ärztegesetzes, BGBl. I Nr. 169/1998, lautet wie folgt:

„Ärztliche Zeugnisse
§ 55. Ein Arzt darf ärztliche Zeugnisse nur nach gewissenhafter ärztlicher Untersuchung und nach genauer Erhebung der im Zeugnis zu bestätigenden Tatsachen nach seinem besten Wissen und Gewissen ausstellen."

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

IV.1.1. Gemäß § 3 Abs 2 in der zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt geltenden Covid-19-Basismaßnahmenverordnung (Covid-19-BMV), die auf § 3 Abs 1 COVID-19-Maßnahmengesetz (Covid-19-MG) basierte, hatten Kunden beim Betreten des Kundenbereichs von Betriebsstätten ua zum Erwerb von Waren in geschlossenen Räumen eine Maske zu tragen; gemäß § 2 Abs 1 leg.cit. galt als Maske eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard.

Von der Verpflichtung zum Tragen einer Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil bzw einer Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard war gemäß § 9 Abs 3 Z 8 Covid-19-BMV ausgenommen, wem dies aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden konnte. Wer sich auf diese Ausnahme berufen wollte, musste das Vorliegen derselben gemäß § 10 leg.cit. glaubhaft machen und durch eine von einem in Österreich oder im Europäischen Wirtschaftsraum zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung nachweisen.

IV.1.2. Im ggst Fall hat der Bf zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt am vorgeworfenen Tatort als Kunde den Kundenbereich eines Lebensmittelgeschäfts betreten, ohne eine Maske zu tragen. Er berief sich auf das Vorliegen des Ausnahmetatbestands gemäß § 9 Abs 3 Z 8 Covid-19-BMV, indem er ein von Dr. P E ausgestelltes Maskenbefreiungsattest vorwies.

Die Ausnahme von der Verpflichtung zum Tragen von Masken gemäß § 9 Abs 3 Z 8 leg.cit. knüpft nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs allerdings nicht bloß daran an, dass der Betroffene über ein ärztliches Attest verfügt, sondern ob ihm die Erfüllung dieser Verpflichtung aus gesundheitlichen Gründen unzumutbar ist. 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 07.02.2022, Ra 2021/03/0277).

Dadurch, dass der Ausnahmegrund des § 9 Abs 3 Z 8 Covid-19-BMV gemäß § 10 Abs 2 leg.cit. durch eine ärztliche Bestätigung nachzuweisen ist, werden die Bescheinigungsmittel, die betroffenen Personen zur Glaubhaftmachung zur Verfügung stehen, eingeschränkt. Um der Obliegenheit zur Glaubhaftmachung zu entsprechen, muss demnach eine von einem in Österreich zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung vorgewiesen werden. Bei einer derartigen Bestätigung handelt es sich um ein ärztliches Zeugnis im Sinne des § 55 Ärztegesetz 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 genannten 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 er ohne gewissenhafte ärztliche Untersuchung und ohne genaue Erhebung der darin bestätigten Tatsachen erstellt wurde („Gefälligkeitsattest“). (vgl VwGH 07.02.2022, Ra 2021/03/0277)

Der Verdacht der belangten Behörde, bei dem von dem Bf vorgelegten Dokument vom 1. Juli 2020 handle es sich um ein solches „Gefälligkeitsattest“, das entgegen den Voraussetzungen des § 55 Ärztegesetz 1998 ohne vorhergehende ärztliche Untersuchung ausgestellt wurde, erhärtete sich im behördlichen Ermittlungsverfahren (vgl dazu den unter Punkt II.1. festgestellten Sachverhalt und die Ausführungen in der Beweiswürdigung unter Punkt II.2.). Da das Attest kein ärztliches Zeugnis im Sinne des § 55 Ärztegesetz 1998 darstellt, reicht es zur Glaubhaftmachung im Sinne der §§ 9 Abs 3 Z 8 und 10 Abs 2 Covid-19-BMV nicht aus; der Bf konnte sich folglich auf keine Ausnahme von der Maskentragepflicht gemäß § 9 Abs 3 Z 8 leg.cit. berufen. Durch das Betreten der ggst Betriebsstätte, ohne eine Maske zu tragen hat der Bf daher einen Verstoß gegen die Verpflichtung zum Tragen einer FFP2-Maske ohne Ausatemventil bzw einer zumindest gleichwertig genormten Maske gemäß § 3 Abs 2 Covid-19-BMV begangen und damit die objektive Tatseite des Straftatbestands des § 8 Abs 3 Z 1 COVID-19-MG erfüllt.

IV.2.1. Gemäß § 5 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebots gemäß Abs 1 und Abs 1a par.cit. dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört, der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft und die Verwaltungsübertretung nicht mit einer Geldstrafe von über 50.000 Euro

bedroht ist (Ungehorsamsdelikt). Solange der Täter bei einem ihm vorgeworfenen Ungehorsamsdelikt nicht glaubhaft gemacht hat, 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 (VwGH 16.09.2020, Ra 2019/09/0143).

IV.2.2. Bei dem gegenständlichen Delikt handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs 1 VStG, weil zum Tatbestand des § 8 Abs 3 Z 1 COVID-19-MG iVm § 3 Abs 2 Covid-19-BMV 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.

Das in Rede stehende Maskenbefreiungsattest wurde ohne gewissenhafte ärztliche Untersuchung und ohne genaue Erhebung der darin bestätigten Tatsachen erstellt, weshalb der Bf jedenfalls von keiner unbedenklichen Bestätigung ausgehen durfte (vgl VwGH 07.02.2022, Ra 2021/03/0277). Sein Vorbringen, das Attest sei während aufrechter Berufsberechtigung von Dr. P E ausgestellt worden, ist damit nicht zielführend. Auch der Verweis auf ein Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts OÖ vom April 2021 führt den Bf bereits angesichts des zitierten Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofs vom Februar 2022 und des Tatzeitpunkts im April 2022 nicht zum Erfolg.
Es ist ihm letztlich nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass ihm das Tragen einer Maske zum Tatzeitpunkt unzumutbar war; der vorliegende Sachverhalt rechtfertigt keine Subsumtion unter einen der Ausnahmetatbestände des § 9 Abs 3 Z 8 Covid-19-BMV. Der Bf hat daher sein tatbildliches Verhalten auch subjektiv zu verantworten.

IV.3.1. 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 Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Die Behörden – und in weiterer Folge die Verwaltungsgerichte – haben mit einer Einschätzung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse vorzugehen, wenn der Beschuldigte im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens keine Angaben zu diesen Umständen macht. Bei der

Schätzung ist von einem Durchschnittseinkommen auszugehen (vgl etwa VwGH 22.04.1992, 92/03/0019; 18.11.2011, 2011/02/0322).

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung der Entscheidung soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

IV.3.2. Die gesetzliche Höchststrafe für die gegenständliche Übertretung beträgt gemäß § 8 Abs 3 Z 1 COVID-19-MG 500 Euro, die Mindeststrafe 50 Euro. Straferschwerungsgründe waren nicht gegeben; die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Bf wurde bereits von der belangten Behörde als mildernd berücksichtigt.

Die verhängte Geldstrafe von 120 Euro beträgt 24 % der in § 8 Abs 3 Z 1 COVID-19-MG normierten Höchststrafe und ist damit im unteren Drittel des zur Verfügung stehenden Strafrahmens angesiedelt. Die Strafe erscheint unter den gegebenen Umständen als schuld- und tatangemessen und ist jedenfalls notwendig, um dem Bf das Unrecht seiner Tat vor Augen zu führen und ihn von künftigen Verstößen gegen COVID-bezogene Rechtsvorschriften abzuhalten.

V. Im Ergebnis war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Gemäß § 52 Abs 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichts, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat. Dieser Beitrag ist für das Beschwerdeverfahren gemäß Abs 2 par.cit. mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit zehn Euro zu bemessen.

Da die gegenständliche Beschwerde keinen Erfolg hatte, war dem Bf gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren in der Höhe von 24 Euro – das sind 20 % der verhängten Geldstrafe – aufzuerlegen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da zur zu lösenden Rechtsfrage einheitliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs existiert, von der in der ggst Entscheidung nicht abgewichen wurde. Es liegt daher keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor.

## 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 und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. 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. Reitter