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-701745/2/VG

Datum:
Linz, 18. April 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Gubesch über die Beschwerde der M M, wohnhaft in L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 14. März 2022, GZ: BHLL/922100014395/22, wegen Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes iVm der 6. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die Geldstrafe auf 50 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 16 Stunden) herabgesetzt wird. Im Übrigen wird das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass im Spruch die Wortfolge: „die geschlossenen Räume des Kundenbereiches der Betriebsstätte Haid Center“ durch die Wortfolge: „die geschlossenen Räume des Einkaufszentrums Haid Center“ ersetzt wird. Zudem wird die dort angeführte Strafsanktionsnorm des COVID-19-Maßnahmengesetzes korrigiert auf: „§ 8 Abs. 2 Z 2“.

II. Die Beschwerdeführerin hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde reduziert sich auf 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. Feststellungen (Sachverhalt):

1. Mit dem in Beschwerde gezogenen Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz (in der Folge: belangte Behörde) vom 14. März 2022 wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) wegen Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes (COVID-19-MG) iVm der 6. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung (6. COVID-19-SchuMaV) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 120 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 1 Tag 16 Stunden) verhängt.

2. Die Bf hat am 20. Jänner 2022, 15:10 Uhr, das Einkaufszentrum Haid Center in 4053 Haid, Ikea-Platz 4, betreten und dabei keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen, obwohl dies nach der im Tatzeitpunkt geltenden 6. COVID-19-SchuMaV geboten war.

3. Der Tatvorwurf wird von der Bf nicht bestritten, sie beruft sich vielmehr auf ein Maskenbefreiungsattest, ausgestellt von Dr. P E am 15. August 2020.

4. Mit Schreiben vom 3. März 2022 wurde die Bf von der belangten Behörde aufgefordert, glaubhaft zu machen, dass das von Dr. P E ausgestellte Maskenbefreiungsattest auf Basis einer ärztlichen Untersuchung bzw. einschlägiger fachärztlicher Befunde erstellt wurde. Dieser Aufforderung kam die Bf nicht nach. Sie legte vielmehr ein Schreiben eines Rechtsanwaltes vor, der die Rechtsansicht vertritt, dass Dr. P E damals zur Ausstellung des Attests berechtigt war.

5. Die Bf ist verwaltungsstrafrechtlich nicht vorbestraft. Sie verfügt über ein - mangels eigener Angaben - von der belangten Behörde geschätztes monatliches Nettoeinkommen von 2.000 Euro, hat kein relevantes Vermögen und keine Sorgepflichten.

6. 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. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus dem vorgelegten Verwaltungsstrafakt. 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 (vgl. für nähere Informationen etwa die 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. Rechtliche Beurteilung:

Zu I.:

Zum Tatzeitpunkt (20. Jänner 2022) waren das COVID-19-MG, BGBl. I Nr. 12/2020 idF BGBl. I Nr. 255/2021 sowie die 6. COVID-19-SchuMaV, BGBl. II Nr. 537/2021 idF BGBl. II Nr. 6/2022 maßgeblich.

Gemäß § 6 Abs. 4 der 6. COVID-19-SchuMaV haben Kunden beim Betreten und Befahren des Kundenbereichs von Betriebsstätten sowie der Verbindungsbauwerke baulich verbundener Betriebsstätten (zB Einkaufszentren, Markthallen) in geschlossenen Räumen eine Maske zu tragen.

Als Maske im Sinne dieser Verordnung gilt gemäß § 2 Abs. 1 der 6. COVID-19-SchuMaV eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard.

Von der Pflicht zum Tragen einer Maske, sind gemäß § 21 Abs. 4 Z 8 der 6. COVID-19-SchuMaV Personen ausgenommen, 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.

Wer sich auf diese Ausnahme beruft, muss das Vorliegen dieser Ausnahme glaubhaft machen und durch eine von einem in Österreich oder im EWR zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung nachweisen (siehe § 22 der 6. COVID-19-SchuMaV).

Sofern sich die Bf auf das von Dr. P E ausgestellte Maskenbefreiungsattest und die dazu von einem Rechtsanwalt vertretene Rechtsansicht beruft, übersieht sie, dass die Ausnahme von der Verpflichtung zum Tragen einer Maske nach jüngster Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs 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).

Die Bf wurde bereits von der belangten Behörde aufgefordert, darzulegen, ob Dr. P E vor Ausstellung des Maskenbefreiungsattests eine ärztliche Untersuchung durchgeführt hat bzw. ob dieses auf einschlägigen fachärztlichen Befunden basiert. Die Bf ließ diese Fragen jedoch unbeantwortet. Auch in ihrer Beschwerde trat sie der Feststellung der belangten Behörde, die Unzumutbarkeit zum Tragen einer Maske sei ihr ohne zugrundeliegende Untersuchung attestiert worden, nicht entgegen. In Zusammenschau der genannten Umstände – insbesondere vor dem Hintergrund, dass Dr. P E regelmäßig Maskenbefreiungsatteste an ihm unbekannte Personen ausstellte, ohne diese zuvor entsprechend untersucht zu haben und mangels gegenteiliger Nachweise durch die Bf – steht für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fest, dass auch dem Maskenbefreiungsattest der Bf keine gewissenhaft durchgeführte ärztliche Untersuchung zugrunde liegt. Dieses Attest stellt daher kein ärztliches Zeugnis im Sinne des § 55 ÄrzteG 1998 dar. Die Bf konnte sich folglich auf keine Ausnahme von der Maskentragepflicht berufen. Sie hat somit den objektiven Tatbestand der ihr 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.

Das in Rede stehende Maskenbefreiungsattest wurde ohne gewissenhafte ärztliche Untersuchung und ohne genaue Erhebung der darin bestätigten Tatsachen erstellt, weshalb die Bf jedenfalls von keiner unbedenklichen Bestätigung ausgehen durfte (vgl. VwGH 7.2.2022, Ra 2021/03/0277). Der vorliegende Sachverhalt rechtfertigt somit keine Subsumtion unter den Ausnahmetatbestand des § 21 Abs. 4 Z 8 der 6. COVID-19-SchuMaV. Die Bf hat durch das Nichttragen einer Maske im Einkaufszentrum Haid Center den vorgeworfenen Straftatbestand zumindest fahrlässig erfüllt und ihr tatbildliches Verhalten somit 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.

Gemäß § 8 Abs. 2 Z 2 COVID-19-MG begeht jemand, der die in einer Verordnung gemäß § 4 oder § 4a genannten Orte entgegen den dort festgelegten Zeiten, Voraussetzungen oder an ihn gerichteten Auflagen betritt oder befährt, eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von 50 Euro bis zu 500 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu einer Woche, zu bestrafen.

Die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit der Bf ist strafmildernd zu werten, was von der belangten Behörde jedoch unberücksichtigt blieb. Straferschwerungsgründe liegen nicht vor. Unter Berücksichtigung des Milderungsgrundes der Unbescholtenheit erscheint eine Herabsetzung der Strafe

auf die vorgesehene Mindeststrafe in Höhe von 50 Euro als schuld- und tatangemessen. Die übertretene Rechtsvorschrift diente der Verhinderung der Ausbreitung des „Corona-Virus“ und damit dem Schutz des Lebens und der Gesundheit von Personen. Aufgrund der äußerst hohen Bedeutung der geschützten Rechtsgüter Gesundheit und Leben und der Intensität der Beeinträchtigung durch die Tat (Nichtragen einer Maske in einem Einkaufszentrum) ist die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG (Ermahnung) jedenfalls ausgeschlossen.

Die erkennende Richterin sah sich noch dazu veranlasst, den Spruch des angefochtenen Straferkenntnis zu konkretisieren und die angewendete Strafnorm zu korrigieren.

Abschließend wird noch bemerkt, dass die Bf in ihrer Beschwerde verfassungsrechtliche Argumente ins Treffen führt. Dazu ist festzuhalten, dass das System der Verfassungsgerichtsbarkeit auf dem Grundgedanken beruht, dass eine einzige Instanz, eben der Verfassungsgerichtshof, über die Rechtmäßigkeit aufgrund der österreichischen Verfassung erzeugter genereller, allgemein verbindlicher Normen zu entscheiden hat. Damit wird ein - die österreichische Verfassungsordnung geradezu prägendes - Element der Rechtssicherheit etabliert: Für niemanden soll die Verbindlichkeit solcher genereller Normen in Frage stehen, solange deren Rechtswidrigkeit nicht in einem förmlichen Verfahren durch den Verfassungsgerichtshof festgestellt wird (vgl. VfGH 28.6.2017, V 4/2017). Dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich kommt diesbezüglich daher keine Entscheidungskompetenz zu. Die Bf wurde jedenfalls auf Basis von Bestimmungen bestraft, die zum Tatzeitpunkt in Geltung standen und auch im Nachhinein vom Verfassungsgerichtshof nicht aufgehoben wurden. Sollte die Bf dennoch weiterhin der Meinung sein, sie sei aufgrund verfassungswidriger Bestimmungen bestraft worden, steht es ihr frei, sich mit einer Beschwerde gemäß Art. 144 Abs. 1 B-VG an den Verfassungsgerichtshof zu wenden.

Zu II.:

Bei diesem Ergebnis war der Bf kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorzuschreiben. Die Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens waren gemäß § 38 VwGVG iVm § 64 Abs. 1 und 2 VStG mit 10 Euro festzusetzen.

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. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich konnte sich zudem auf die in dieser Entscheidung zitierte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu Maskenbefreiungsattesten stützen.

Für die 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