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-702024/7/VG

Datum:
Linz, 10. Mai 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Gubesch über die Beschwerde des Z G, wohnhaft in M, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 13. Juli 2022, GZ: BHKI/922090008315/22, wegen Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes iVm der COVID-19-Basismaßnahmenverordnung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 10 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. Feststellungen (Sachverhalt):

I.1. Mit dem in Beschwerde gezogenen Straferkenntnis vom 13. Juli 2022 verhängte die Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf (in der Folge: belangte Behörde) über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe in der Höhe von 50 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 12 Stunden) wegen einer Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes (COVID-19-MG) iVm der COVID-19-Basismaßnahmen-verordnung (COVID-19-BMV). Zudem wurden dem Bf für das behördliche Verfahren Verfahrenskosten in der Höhe von 10 Euro auferlegt.

I.2. Der Bf hat am 14. März 2022, 17:16 Uhr, als Kunde die geschlossenen Räume des Kundenbereiches der Betriebsstätte des S Filiale in K, betreten und dabei keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen, obwohl dies zum Tatzeitpunkt in Betriebsstätten des Lebensmittelhandels geboten war.

I.3. Der Tatvorwurf wird vom Bf nicht bestritten. Der Bf beruft sich jedoch auf ein vorhandenes Maskenbefreiungsattest.

I.4. Über Aufforderung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich (in der Folge: LVwG Oö.) legte der Bf ein Maskenbefreiungsattest von Dr. P E vom 2. August 2020 vor. Dieses hat folgenden Wortlaut: „*Hiermit bestätige ich, dass das Tragen 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.“*

I.5. Über weitere Aufforderung des LVwG Oö. teilte der Bf dazu mit Eingabe vom 12. März 2023 Folgendes mit: „*Mein Maskenbefreiungsattest wurde nach einem Treffen, Telefonat und E-Mailverkehr ausgestellt (Lockdown). Basierend auf einer Lungenerkrankung und Atemstörung, die vom Lungenarzt und die Lungenabteilung des Krankenhauses Wels festgestellt wurde.*
Medizinische Befunde vom Lungenarzt und Krankenhaus Wels sind vorhanden.“

I.6. Der Bf hat keine Angaben zu seinen finanziellen Verhältnissen gemacht.

I.7. 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. Dr. P E war kein Lungenfacharzt.

II. Beweiswürdigung:

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

III. Rechtliche Beurteilung:

Zu I.:

Im Tatzeitpunkt (14. März 2022) ist das COVID-19-MG, BGBl. I Nr. 12/2020 idF BGBl. I Nr. 6/2022, relevant. Weiters ist die COVID-19-BMV, BGBl. II Nr. 86/2022, maßgeblich. Diese Verordnung trat mit 5. März 2022 in Kraft und mit Ablauf des 2. April 2022 außer Kraft.

Gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 COVID-19-MG kann beim Auftreten von COVID-19 und soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist, das Betreten und Befahren von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Warenerwerbs oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen durch Verordnung geregelt werden. In einer solchen Verordnung kann entsprechend der epidemiologischen Situation festgelegt werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit oder unter welchen Voraussetzungen und Auflagen Betriebsstätten betreten und befahren werden dürfen sowie kann das Betreten und Befahren von Betriebsstätten untersagt werden, wenn gelindere Maßnahmen nicht ausreichen.

Von dieser Ermächtigung hat der Verordnungsgeber Gebrauch gemacht und in § 3 Abs. 2 Z 2 COVID-19-BMV normiert, dass beim Betreten der Kundenbereiche von Betriebsstätten des Lebensmittelhandels in geschlossenen Räumen eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard (siehe die Legaldefinition „Maske“ in § 2 Abs. 1 leg. cit.) zu tragen ist. Als Betreten iSd COVID-19-BMV gilt auch das Verweilen (siehe § 8 leg. cit.).

Von dieser Maskenpflicht ausgenommen sind gemäß § 9 Abs. 3 Z 8 COVID-19-BMV 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.

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 § 10 Abs. 2 COVID-19-BMV).

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

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

Der Bf hatte im Zuge des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens die Möglichkeit darzulegen, dass Dr. P E vor Ausstellung des Maskenbefreiungsattestes tatsächlich eine gewissenhafte ärztliche Untersuchung durchgeführt hat. Der Bf hat dafür nach Ansicht des LVwG Oö. jedoch keine geeigneten Nachweise vorgelegt, sondern lediglich darauf verwiesen, dass dieses Attest auf vorhandenen „Befunden vom Lungenarzt und Krankenhaus Wels“ basiert. Abgesehen davon, dass solche Befunde nicht vorgelegt wurden, ist festzuhalten, dass der Wortlaut des vorgelegten Maskenbefreiungsattestes auf solche Befunde nicht einmal ansatzweise Bezug nimmt. Dr. P E war jedenfalls selbst kein Lungenfacharzt. Vor

dem Hintergrund, dass Dr. P E regelmäßig Maskenbefreiungsatteste an ihm unbekannte Personen ausstellte, ohne diese zuvor entsprechend untersucht zu haben und mangels gegenteiliger geeigneter Nachweise durch den Bf steht für das LVwG Oö. fest, dass auch dem Maskenbefreiungsattest des Bf keine gewissenhaft durchgeführte ärztliche Untersuchung zugrunde liegt. Dieses Attest stellt daher kein ärztliches Zeugnis im Sinne des § 55 ÄrzteG 1998 dar. Der Bf konnte sich folglich auf keine Ausnahme von der Maskentragepflicht berufen. Er hat somit den objektiven Tatbestand der ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

Bei dem gegenständlichen Delikt handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), weil zum Tatbestand der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und über das zur Strafbarkeit erforderliche Verschulden nichts bestimmt ist. Zur Strafbarkeit genügt daher fahrlässiges Verhalten.

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 7.2.2022, Ra 2021/03/0277). Der vorliegende Sachverhalt rechtfertigt somit keine Subsumtion unter den Ausnahmetatbestand des § 9 Abs. 3 Z 8 COVID-19-BMV. Der Bf hat durch das Nichttragen einer Maske in einem geschlossenen Raum einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels den vorgeworfenen Straftatbestand zumindest fahrlässig erfüllt und sein 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. 3 Z 1 1. Fall COVID-19-MG 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, wer eine Betriebsstätte entgegen den in einer Verordnung gemäß § 3 festgelegten Voraussetzungen oder sonstigen an ihn gerichteten Auflagen betritt oder befährt.

Im gegenständlichen Fall liegen kein Straferschwerungsgründe vor. Die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Bf wurde von der belangten Behörde im angefochtenen Straferkenntnis zwar nicht explizit strafmildernd angeführt, jedoch wurde damit ohnehin lediglich die Mindeststrafe von 50 Euro festgesetzt. Die übertretenen Rechtsvorschriften dienten der Verhinderung der Ausbreitung des Corona-Virus und damit dem Schutz des Lebens und der Gesundheit von Personen. Die festgesetzte Geldstrafe ist unter den gegebenen Umständen daher jedenfalls schuld- und tatangemessen und aus spezial- sowie generalspezifischen Gründen erforderlich, weshalb das angefochtene Straferkenntnis zu bestätigen ist.

Zu II.:

Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat. Abs. 2 par. cit. normiert, dass dieser Beitrag mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro, zu bemessen ist. Für das Beschwerdeverfahren ist daher ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 10 Euro vorzuschreiben.

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 LVwG Oö. konnte sich zudem auf die in dieser Entscheidung zitierte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu Maskenbefreiungsattesten stützen.
Für den Bf ist nach der Bestimmung des § 25a Abs. 4 VwGG keine Revision zulässig. Nach dieser Bestimmung ist eine Revision wegen Verletzung in Rechten (Art. 133 Abs. 6 Z 1 B-VG) nicht zulässig, wenn in einer Verwaltungsstrafsache – wie gegenständlich – eine Geldstrafe von bis zu 750 Euro und keine Freiheitsstrafe

verhängt werden durfte sowie im Erkenntnis eine Geldstrafe von bis zu 400 Euro verhängt wurde.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde ist eine Eingabengebühr von 240 Euro zu entrichten, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist.
Da für den vorliegenden Fall gemäß § 25a Abs. 4 VwGG eine Revision nur wegen Verletzung in subjektiven Rechten (Art. 133 Abs. 6 Z 1 B-VG) ausgeschlossen ist, steht der belangten Behörde und der revisionslegitimierten Formalpartei die außerordentliche Revision beim Verwaltungsgerichtshof offen, die beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzubringen ist.
Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse

noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Gubesch