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-702271/7/JK/KN

Datum:
Linz, 12. September 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Kriegner über die Beschwerde der Dr. K R, vertreten durch Dr. R S, Rechtsanwalt in Adresse, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden vom 20.12.2022, GZ: BHGM/922070147066/22, wegen Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes iVm der COVID-19-Basismaßnahmenverordnung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden (im Folgenden: belangte Behörde) vom 20.12.2022 wurde über die Beschwerdeführerin wegen Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes (COVID-19-MG) iVm der COVID-19-Basismaßnahmenverordnung (COVID-19-BMV) eine Geldstrafe von 120 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 1 Tag und 10 Stunden) verhängt. Ihr wurde zusammengefasst vorgeworfen, sie habe am 29.3.2022, 11:09 Uhr, im N, Adresse, einen Kundenbereich einer Betriebsstätte zum Zweck des Erwerbs von Waren betreten und dabei keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen, obwohl Kunden aufgrund der COVID-19-BMV beim Betreten von Kundenbereichen einer Betriebsstätte zum Zweck des Erwerbs von Waren eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard zu tragen hätten.

I.2. Dagegen hat die Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 29.12.2022 Beschwerde erhoben und vorgebracht, dass sie an Leukämie erkrankt sei und schwer Luft bekomme. Sie legte dazu auch das Attest vom 16.12.2020 vor und beantragte die Einstellung des Strafverfahrens.

I.3. Mit Schreiben vom 12.1.2023 legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsstrafakt (Behördenakt) zur Entscheidung vor.

I.4. Mit Schreiben vom 23.1.2023 hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich von der das Attest ausstellenden Ärztin eine ergänzende Stellungnahme eingeholt. Dazu hat sich die belangte Behörde mit Stellungnahme vom 7.3.2023 geäußert und zusammengefasst vorgebracht, dass es sich beim vorliegenden Attest um ein Gefälligkeitsattest handle sowie der Beschwerdeführerin mangels Vorlage von Befunden und anderen Beweisen die Glaubhaftmachung der Unzumutbarkeit der Erfüllung der Tragepflicht nicht gelungen sei.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die Beschwerde samt dem vorgelegten Attest, den Behördenakt sowie in die amtswegig eingeholte ergänzende Stellungnahme der das Attest ausstellenden Ärztin vom 10.2.2023.

II.2. Folgender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

Die Beschwerdeführerin hat am 29.3.2022, 11:09 Uhr, im N, Adresse, einen Kundenbereich einer Betriebsstätte zum Zweck des Erwerbs von Waren betreten bzw. sich dort aufgehalten. Dabei hat sie keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen sowie auch keine sonstige den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung, weil ihr dies aus gesundheitlichen Gründen nicht zumutbar war.

II.3. Die Feststellungen zum Vorfall vom 29.3.2022 gründen widerspruchsfrei und unbestritten auf dem Behördenakt, insbesondere auf dem darin einliegenden Polizeibericht vom 1.4.2022 sowie der Anzeige vom 6.4.2022.

Strittig war vorliegend allein der Umstand, ob es der Beschwerdeführerin im Tatzeitpunkt aus gesundheitlichen Gründen zumutbar gewesen ist, eine entsprechende den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen. Dazu ist ein Blick auf § 10 Abs. 2 COVID-19-BMV zu werfen: Danach ist der Ausnahmegrund, wonach aus gesundheitlichen Gründen das Tragen einer Maske (siehe § 2 Abs. 1 leg. cit.: Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard) 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, durch eine von einem in Österreich oder im EWR zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen. Diese Bestätigung muss § 55 Ärztegesetz 1998 (ÄrzteG 1998) entsprechen, wonach 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 darf.

Die Beschwerdeführerin verfügt – neben einem von Dr. E am 22.5.2020 ausgestellten Attest auch – über ein von Dr. Z, Ärztin für Allgemeinmedizin in Adresse, ausgestelltes Attest, das vom 16.12.2020 datiert und folgenden Inhalt aufweist: „*Frau Dr. K R, geb. x ist aus gesundheitlichen Gründen weder eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung noch eine FFP2 Maske noch ein Gesichtsschild aus Plastik zumutbar. Die Diagnose unterliegt der ärztlichen Schweigepflicht und der Datenschutzverordnung.*“

Die ausstellende Ärztin legte in der amtswegig eingeholten Stellungnahme vom 10.2.2023 dar, dass am 2.12.2020 eine eigene ärztliche Untersuchung der Beschwerdeführerin stattgefunden hat, auf der das Attest gründet. Zudem hat sie

ihre Schlussfolgerungen aus den von der Beschwerdeführerin vorgelegten externen medizinischen Fachbefunden gezogen.

Die belangte Behörde vertritt im Hinblick auf dieses Attest die Auffassung, dass es sich dabei um ein Gefälligkeitsattest handle. Ein solches liegt dann vor, wenn ein ärztliches Zeugnis entgegen den Voraussetzungen des § 55 ÄrzteG 1998 ausgestellt wurde, etwa wenn eine solche ärztliche Bestätigung ohne gewissenhafte ärztliche Untersuchung und ohne genaue Erhebung der darin bestätigten Tatsachen erstellt wurde, bspw. bei einem online bestellten „Attest“ (siehe dazu VwGH 7.2.2022, Ra 2021/03/0277).

Zumal jedoch dem vorliegenden Attest die am 2.12.2020 stattgefundene Untersuchung zu Grunde liegt und auch externe medizinische Fachbefunde begutachtet wurden, kann der Auffassung der belangten Behörde nicht gefolgt werden. Nach Ansicht des erkennenden Gerichts handelt es sich beim vorliegenden Attest um eine den Vorgaben des § 55 ÄrzteG 1998 entsprechende unbedenkliche Bestätigung.

Soweit die belangte Behörde vermeint, dass die Beschwerdeführerin und/oder Ärztin keine Befunde oder sonstige Beweise vorgelegt hätten, woraus sich die gesundheitliche Unzumutbarkeit der Erfüllung der Tragepflicht ergeben würde bzw. das Vorliegen der behaupteten Leukämieerkrankung, ist Folgendes festzuhalten:
Richtig ist, dass nach höchstgerichtlicher Judikatur die glaubhaft zu machende Tatsache nicht die Existenz einer von einem Arzt ausgestellte Bestätigung, sondern die Unzumutbarkeit der Erfüllung der Tragepflicht aus gesundheitlichen Gründen ist. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, unterliegt der freien Beweiswürdigung, wobei als Beweismaß die Glaubhaftmachung reicht. Der Betreffende hat daher lediglich von der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der zu bescheinigenden Tatsache zu überzeugen. Dazu steht ihm nach – dem hier maßgeblichen – § 10 Abs. 2 COVID-19-BMV jedoch ausschließlich das Bescheinigungsmittel der von einem in Österreich oder im EWR zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellten Bestätigung zur Verfügung. Damit sind die Bescheinigungsmittel auf die Vorlage dieser Urkunde beschränkt (siehe VwGH 7.2.2022, Ra 2021/03/0277).
Über diese Urkunde hinausgehende sonstige Befunde oder Beweise sind weder erforderlich noch zulässig. Das Verwaltungsgericht hat iSd höchstgerichtlichen Judikatur lediglich das (lege artis) Zustandekommen des Attestes im Lichte des § 55 ÄrzteG 1998 zu überprüfen, nicht jedoch dessen Inhalt.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass im gegenständlichen Fall ein dem § 55 ÄrzteG 1998 entsprechend zu Stande gekommenes Attest vorliegt, das die gesundheitliche Unzumutbarkeit des Maskentragens attestiert. Der Beschwerdeführerin ist es somit gelungen, die gesetzliche Vermutung zu widerlegen und die Unzumutbarkeit der Erfüllung der Maskentragepflicht aus

gesundheitlichen Gründen glaubhaft zu machen. Es konnte daher auch die entsprechende Feststellung getroffen werden.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Für den vorliegenden Fall maßgeblich sind das COVID-19-MG, BGBl. I Nr. 12/2020 idF BGBl. I Nr. 6/2022, das aufgrund § 1 Bundesgesetz, mit dem Übergangsbestimmungen für das COVID-19-Maßnahmengesetz getroffen werden, BGBl. I Nr. 69/2023, weiterhin auf Sachverhalte, die sich bis zum Ablauf des 30.6.2023 ereignet haben, anzuwenden ist und die COVID-19-BMV, BGBl. II Nr. 86/2022 idF BGBl. II Nr. 124/2022.

Gemäß § 8 Abs. 3 Z 1 1. Fall COVID-19-MG begeht eine mit Geldstrafe von 50 Euro bis 500 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 1.000 Euro, Ersatzfreiheitsstrafe von bis zu einer Woche, bedrohte Verwaltungsübertretung, wer eine Betriebsstätte entgegen den in einer Verordnung gemäß § 3 festgelegten Voraussetzungen oder sonstigen an ihn gerichteten Auflagen betritt oder befährt.

Gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 leg. cit. kann beim Auftreten von COVID-19 durch Verordnung das Betreten und das Befahren von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Warenerwerbs oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen geregelt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist. In einer solchen Verordnung kann entsprechend der epidemiologischen Situation festgelegt werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit oder unter welchen Voraussetzungen oder Auflagen Betriebsstätten betreten oder befahren werden dürfen (Abs. 2 1. Satz leg. cit.). Die Verpflichtung zum Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung stellt dabei eine solche Auflage dar (§ 1 Abs. 5 Z 2 COVID-19-MG).

Auf Basis dieser Verordnungsgrundlage normiert § 3 Abs. 2 Z 1 COVID-19-BMV für den Tatzeitpunkt, dass Kunden beim Betreten von Kundenbereichen von Betriebsstätten zum Zweck des Warenerwerbs oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen in geschlossenen Räumen eine Maske (dazu § 2 Abs. 1: Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard) zu tragen haben. Als Betreten gilt auch das Verweilen (§ 8 COVID-19-BMV).
Die Pflicht zum Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung gilt allerdings nicht für Personen, denen das Tragen einer solchen Maske, als auch einer sonstigen den Mund- und Nasenbereich abdeckenden und eng anliegenden mechanischen Schutzvorrichtung und einer sonstigen nicht eng anliegenden, aber den Mund- und Nasenbereich vollständig abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden kann.

III.2. Dadurch, dass die Beschwerdeführerin den Kundenbereich der N-Filiale, d.h. einen geschlossenen Raum einer Betriebsstätte, zum Zweck des Warenerwerbs betreten bzw. sich dort aufgehalten hat, galt für sie grundsätzlich die Maskenpflicht. Zumal sie jedoch glaubhaft machen konnte, dass ihr das Tragen jeglicher Maskenvariante aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich war, war sie im konkreten Fall von dieser Verpflichtung ausgenommen.

Das vorliegende Verhalten der Beschwerdeführerin stellt daher im Ergebnis keine Verwaltungsübertretung dar, weshalb das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen war.

Die Beschwerdeführerin hat folglich für das Beschwerdeverfahren auch keinen Kostenbeitrag zu leisten (§ 52 Abs. 8 VwGVG).

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist für die belangte Behörde und die revisionsberechtigte Formalpartei unzulässig, da keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt. Beim gegenständlichen Sachverhalt handelt es sich vielmehr um eine Einzelfallentscheidung, die im Einklang mit der zitierten höchstgerichtlichen Judikatur erfolgt ist.

Für die Beschwerdeführerin 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

Mag. Kriegner