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-702602/7/RK/FE

Datum: Linz, 13. Dezember 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Kapsammer über die Beschwerde des F J D, X, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 17.07.2023, GZ: 0017678/2022 AV/VS, wegen Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes iVm der 6. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung vom 25.10.2023

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 80 Euro und die für den Nichteinbringungsfall verhängte Ersatzfreiheitsstrafe auf 27 Stunden herabgesetzt werden.

II. Darüber hinaus wird die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, als der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses wie folgt ergänzt wird:

"Die Ausnahme von der Pflicht zum Tragen einer Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP 2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder einer Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard für Personen, denen dies aus gesundheitlichen oder behinderungsspezifischen Gründen nicht zugemutet werden kann (§ 21 Abs. 3 Z 8 6. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, BGBl. II Nr. 537/2021, in der Fassung BGBl. II Nr. 24/2022), liegt nicht vor.

III. Die beschwerdeführende Partei hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

Der Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde bleibt unverändert bei 10 Euro.

IV. 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:

Mit Strafverfügung des Bürgermeisters der Stadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) vom 14.12.2022, GZ: 0017678/2022 AS/VS, wurde dem Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) vorgeworfen, er habe am 20.01.2022 um 17:45 Uhr in 4020 Linz, Hauptplatz, Aktivfläche West, an einer Versammlung (Demonstration) und somit an einer Zusammenkunft gemäß § 14 Abs. 1 Z 2 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der besondere Schutzmaßnahmen gegen die Verbreitung von COVID-19 getroffen werden (6. COVID-19-SchuMaV), bei der nicht alle Teilnehmer einen 2G-Nachweis vorweisen konnten, teilgenommen. Wie anlässlich einer Kontrolle durch Wacheorgane der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeiinspektion Ebelsberg-Pichling, festgestellt worden wäre, hätte der Bf keine Maske im Sinn des § 2 Abs. 1 der genannten Verordnung, somit eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen, obwohl er dazu gemäß § 14 Abs. 1 letzter Satz der 6. COVID-19-SchuMaV verpflichtet gewesen wäre.

Mit E-Mail vom 29.12.2022 erhob der Bf fristgerecht Einspruch gegen die Strafverfügung.

Mit Schreiben vom 21.04.2023 wurde dem Bf eine Aufforderung zur Rechtfertigung zugestellt und äußerte sich der Bf, wie sinngemäß auch in seinem vorherigen Einspruch gegen die Strafverfügung, insbesondere auch dahingehend, dass er ein Maskenbefreiungsattest tatsächlich besäße, er an einer Versammlung, wie vorgeworfen, tatsächlich nicht teilgenommen hätte bzw. er zu dieser als Musiker eingeladen worden wäre.
Außerdem hätte der Bf zwei Verhandlungen *"ohne Fetzen vorm Gesicht"* gegen die Bezirkshauptmannschaft Gmunden am Landesverwaltungsgericht beigewohnt, dies ohne Maskenbefreiung.

Vorgelegt wurde auch eine rechtliche Äußerung des Rechtsanwaltes X, wonach die von Herrn Dr.med. X ausgestellten Atteste bis zum Datum des Berufsverbotes durch die Österreichische Ärztekammer Gültigkeit behalten würden.

Das Attest von Dr. X, datiert mit 06.09.2020, wurde vorgelegt und trägt folgenden Text:

"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."

Mit dem verfahrensgegenständlichen Straferkenntnis der belangten Behörde vom 17.07.2023 (zugestellt am 20.07.2023), GZ: 0017678/2022 AS/VS, wurde dem Bf vorgeworfen, er habe am 20.01.2022 um 17:45 Uhr in 4020 Linz, Hauptplatz, Aktivfläche West, an einer Versammlung (Demonstration) und somit an einer Zusammenkunft gemäß § 14 Abs. 1 Z 2 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der besondere Schutzmaßnahmen gegen die Verbreitung von COVID-19 getroffen werden (6. COVID-19-SchuMaV), bei der nicht alle Teilnehmer einen 2G-Nachweis vorweisen konnten, teilgenommen. Er hätte dabei jedoch, wie anlässlich der Kontrolle festgestellt worden wäre, entgegen § 2 Abs. 1 der genannten Verordnung keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen, obwohl er dazu gemäß § 14 Abs. 1 letzter Satz der 6. COVID-19-SchuMaV verpflichtet gewesen wäre.
Es wurde eine Geldstrafe von 100 Euro bei einer Ersatzfreiheitsstrafe von 34 Stunden verhängt.

Mit E-Mail vom 26.07.2023 erhob der Bf gegen das Straferkenntnis der belangten Behörde Beschwerde und äußerte sich darin im Wesentlichen dahingehend, dass im Lande Niederösterreich bereits "alle C-Strafen" zurückgezahlt würden.
Wiederum bestand der Bf darauf, dass er ein gültiges Attest hätte und äußerte sich besonders nachteilig und in gewissem Sinne hämisch gegenüber den das Verfahren führenden Beamten.
Auch sei er nur zufällig am Hauptplatz gestanden.
Wiederum äußerte er sich gegenüber der Maskenpflicht so, dass er unabhängig von seiner Maskenbefreiung *"keinen Fetzen vorm Gesicht"* trage und dies auch "im Gerichtssaal" des Landesverwaltungsgerichtes standgehalten hätte.

Mit Schreiben vom 31.07.2023 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt - ohne eine Beschwerdevorentscheidung erlassen zu haben - dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

Dieses entscheidet durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde sowie in die Beschwerdeschrift.
Weiters fand am 25.10.2023 eine öffentliche mündliche Verhandlung statt.

Es wurde weiters eine Strafregisterauskunft eingeholt und der Bf in der mündlichen Verhandlung ausführlich zum Sachverhalt befragt.

II. Sachverhalt:

Es steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Der Bf hat am 20.01.2022 um 17:45 Uhr am Hauptplatz, Aktivfläche West, in 4020 Linz an einer Versammlung nach dem Versammlungsgesetz teilgenommen. Während der Teilnahme an dieser Versammlung trug der Bf keine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard.
Im Rahmen einer Kontrolle des Bf durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes um 17:45 Uhr des 20.01.2022 während dessen Teilnahme an der Versammlung berief sich dieser auf ein Maskenbefreiungsattest, ausgestellt von Herrn Dr. X, welches dieser bei der Kontrolle vorwies. Dieses Attest ist gemäß auch im Akt befindlicher Ausfertigung als*: "ÄRZTLICHES ATTEST" (laut COVID-19-LV § 11 Abs. 3 197. Verordnung vom 30.04.2020")* bezeichnet und an den Bf gerichtet, welches das Ausstellungsdatum 06.09.2020 trägt und bezeichnet sich der ausstellende Arzt als solcher für Psychosomatik, Psychotherapie, Arbeits- und Allgemeinmedizin, X. Der Inhalt des Schreibens lautet:

"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".

Der ausstellende Arzt hat einen persönlichen Kontakt zum Bf einmal gehabt und hat der Bf in relativ formloser Weise per Internetverkehr das Maskenbefreiungsattest erhalten. Der Bf wurde von Dr. X weder untersucht noch hat es medizinische Unterlagen gegeben, die an Dr. X übermittelt worden wären und die allenfalls als Basis für die Ausstellung des vorliegenden ärztlichen Attestes vom 06.09.2020 hätten dienen können. Zwischen dem Ausstellungsdatum des ärztlichen Attestes 06.09.2020 und dem vorgeworfenen Tatzeitpunkt liegen ca. 15,5 Monate. Ein aktuelleres Attest legte der Bf nicht vor.

Nach seinen Beschwerden in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht befragt, führte dieser aus, dass er Hautunreinheiten durch das Tragen der Maske im Wesentlichen befürchtet hätte, sonst aber keine besonderen Beschwerden bzw. gesundheitliche Einschränkungen hätte. Ein weiterer genauerer Kontakt mit dem ausstellenden Arzt hätte nicht stattgefunden. Der Bf hat sich im Zusammenhang mit dem Tatzeitpunkt und der dortigen Versammlung mehrfach explizit entschieden, an dieser teilzunehmen und mit dem

Menschenzug in zwei verschiedene Richtungen sodann jeweils mitzugehen, wobei er sich zum Teil an dem vorbeigehenden Tross anschloss.
Der das Attest ausstellende Arzt Dr. X war in der Liste der zur Berufsausübung in Österreich befugten Ärzte als Arzt für Allgemeinmedizin eingetragen.

Mit Beschluss vom 21.09.2020 (zugestellt am 01.10.2020) auf Grund eines Disziplinarverfahrens der Österreichischen Ärztekammer wurde Dr. X die Berufsausübung bis zum Abschluss eines anhängigen Disziplinarverfahrens über den endgültigen Entzug der Berechtigung die Berufsausübung untersagt.

Mit Beschluss der Österreichischen Ärztekammer vom 08.03.2021 (zugestellt am 11.03.2021) wurde Dr. X endgültig aus der Liste der zur Berufsausübung in Österreich befugten Ärzte gestrichen.

Dr. X hat sich bereits vor dem 06.09.2020 sehr kritisch und ablehnend gegenüber den Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie, insbesondere zur Maskenpflicht, geäußert, was auch medial bekannt war. Es existieren in der Tat zahlreiche Berichterstattungen in den Medien. Unter anderem schaltete Dr. X in sozialen Medien eine Bekanntgabe, datiert mit 31.07.2020, mit folgendem Inhalt:

"Sie möchten ein Befreiungs-Attest gegen den 'Maskenwahn' gerne bei mir! Bitte Name, Geburtsdatum, Adresse und Beschwerden per E-Mail an X Betreff: Attest.
Sie möchten sich an der Sammelklage gegen den Maskenwahn beteiligen. Bitte Name, Geburtsdatum, Adresse und Beschwerden, die die Maske verursacht, an X."

Ob dem Bf am 20.01.2022 das Tragen einer Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (oder gleichwertig) aus gesundheitlichen Gründen tatsächlich unzumutbar war, konnte nicht festgestellt werden.

Der Bf weist eine relativ prekäre Vermögenslage auf.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich für das erkennende Gericht eindeutig und schlüssig aus dem Verwaltungsstrafakt der belangten Behörde und dem Vorbringen des Bf in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 25.10.2023 vor dem Landesverwaltungsgericht sowie aus den in den Akt inkorporierten Unterlagen, welche vom Landesverwaltungsgericht angefertigt wurden, was eine Strafregisterauskunft und eine Einschaltung in den sozialen Medien Dr. X betrifft.
Als völlig klar ist für das Landesverwaltungsgericht anzunehmen, dass der Bf entgegen seinen ursprünglichen Beteuerungen sich mindestens zweimal explizit zum Mitgehen an dem "Corona-Demonstrationszug" entschlossen hat, als er zweimal jeweils in verschiedene Richtungen, nämlich vom Hauptplatz Richtung

Hauptbahnhof und vom Hauptbahnhof Richtung Hauptplatz, sich zum Mitgehen bei dem dort vorbeiwandernden Menschenzug entschieden hat. Ihm war der Charakter der Veranstaltung voll bewusst und ist der Bf auch an ähnlichen Veranstaltungen an einem anderen Ort mehrfach nach eigenen Beteuerungen mitgegangen.
Das Nichttragen einer Maske anlässlich dieser Teilnahme hat der Bf, obwohl er die Teilnahme als solche teilweise bestritten hat, nicht in Abrede gestellt und im Zusammenhang auf die Vorlage des ärztlichen Attestes Dr. X verwiesen.
Auch ist unbestritten, dass der Bf dieses Attest anlässlich der Amtshandlung tatsächlich vorgezeigt hat. Dies deckt sich auch mit den Ausführungen des Zeugen in der mündlichen Verhandlung, wonach über die "Qualität" der Atteste Dr. X dort gesprochen worden wäre.
Es wurde auch zu keiner Zeit in Abrede gestellt, dass der Bf sein Maskenbefreiungsattest tatsächlich vorgezeigt hat und es sich um das verfahrensgegenständliche, im Akt befindliche, Attest Dr. X vom 06.09.2020 handelt.
Unzweifelhaft sind auch keinerlei Aktivitäten vom Bf in Richtung eines allfällig weiteren Maskenbefreiungsattestes gesetzt worden bzw. dahingehend, sich um ein solches nach dem 06.09.2020 überhaupt bemüht zu haben.
Unzweifelhaft ist auch anlässlich der persönlichen Darstellungen des Bf der Umstand, dass der Bf praktisch keine nennenswerten Beschwerden beim Tragen einer Maske, außer allenfalls leichte, wie eine unerwünschte Hautunreinheit im Gesichtsbereich, befürchtete.

Die Feststellungen, wie der Bf das Maskenbefreiungsattest vom 06.09.2020 erlangt hat, auf welche Art und Weise die Kontaktaufnahme mit Dr. X erfolgte bzw. der nur einmal erfolgte persönliche Kontakt, dieser aber unabhängig von einer Untersuchung, sind ebenfalls auf der Basis der Einvernahme des Bf vor dem erkennenden Gericht zweifelsfrei zu treffen. Insbesondere hat keine Untersuchung stattgefunden noch wurden irgendwelche weitere gesundheitliche Befunde für die Ausstellung des Attestes verwertet noch hat überhaupt eine persönliche Untersuchung stattgefunden.
Die negative Feststellung zur gesundheitlichen Beeinträchtigung des Bf, die ihm das Tragen einer FFP2-Maske unzumutbar machen, resultieren aus den diesbezüglich sehr vagen Angaben des Bf zu den Gründen, die ihm das Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden Maske unzumutbar machen, wobei von Unzumutbarkeit im Zusammenhang vom Bf gar nicht gesprochen wurde. Es wurden nur vage Befürchtungen von Hautunreinheiten geäußert sowie eine allgemein gehaltene negative Einstellung, solchen Gesichtsmasken gegenüber (vom Bf im Übrigen mehrfach *"Fetzen"* genannt) vorgebracht.

Weder hat der Bf die Möglichkeit der Einvernahme vor dem erkennenden Gericht genutzt, ein diesbezüglich konkretes und nachvollziehbares Vorbringen zu erstatten noch hat er auf vorhandene Befunde oder Gutachten zu seinen Beschwerden verwiesen.

Nach eigenen Angaben verfügte der Bf über kein weiteres Maskenbefreiungsattest, sodass alleine auf Grund der Tatsache, dass das vorgelegte Attest vom 06.09.2020 zum Tatzeitpunkt bereits 15,5 Monate alt war, keine Rückschlüsse auf den damaligen Gesundheitszustand des Bf möglich sind.

Notorisch ist zudem die Tatsache, dass den das "Attest" ausstellenden Arzt wegen Ausstellung von Gefälligkeitsattesten (ohne Untersuchung) vom Disziplinarrat der Österreichischen Ärztekammer, Disziplinarkommission für Steiermark, mit Beschluss vom 21.09.2020 die Berufsausübung vorläufig untersagt wurde (hierzu VwGH 02.11.2021, Ra 2021/11/0112).

Auf Grund dieser Umstände hat das erkennende Gericht nicht nur erhebliche Zweifel an der Unbedenklichkeit und damit an der Richtigkeit der im Attest bekundeten gesundheitlichen Einschränkungen des Bf, sondern geht davon aus, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit der Bf ein Maskenbefreiungsattest von Dr. X erlangt hat, welches in keinster Weise die Anforderungen an ein ärztliches Attest im Sinne des § 57 Ärztegesetz erfüllt. Nachdem auch offensichtlich gesundheitliche Einschränkungen beim Bf von diesem gar nicht in relevanter Form vorgetragen wurden und die diesbezüglichen Angaben des Bf letztlich sehr vage waren, konnten keine anderen Feststellungen getroffen werden.

Mitwirkungspflicht des Bf:

Hinsichtlich der Frage, nämlich, ob der Bf gesundheitliche Einschränkungen zum Tatzeitpunkt hatte, die ihm das Tragen einer FFP2-Maske allenfalls unzumutbar machten, musste - wie oben dargelegt - eine Negativfeststellung getroffen werden.

Dazu ist anzumerken, dass der Grundsatz der Amtswegigkeit des Verfahrens den Beschuldigten nicht von der Verpflichtung, zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes beizutragen, entbindet (VwGH 27.03.1991, 90/10/0215; siehe auch § 41 Abs. 1 Z 2 und § 42 Abs. 1 Z 2 VStG). Die Mitwirkungspflicht hat insbesondere dort Bedeutung, wo ein Sachverhalt nur im Zusammenhang mit der Partei geklärt werden kann (z. B. VwGH 14.12.2012, 2010/09/0160 [Umstände, die der Privatsphäre der Partei zuzuordnen sind]) und erfordert es, dass der Beschuldigte seine Verantwortung nicht darauf beschränken kann, die ihm zur Kenntnis gelangenden Erhebungsergebnisse für unrichtig zu erklären, ohne diesen ebenso konkrete Behauptungen entgegenzusetzen und entsprechende Beweise anzubieten (VwGH 25.09.1981, 81/02/0050; insbesondere zu Ungehorsamsdelikten, bei denen es Sache des Beschuldigten ist, initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht, vgl. VwGH 15.10.1987, 87/02/0080).

Insbesondere liegt es grundsätzlich an der Partei, das Vorliegen von Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründen durch ein konkretes Vorbringen zu

behaupten und der Behörde die für die Beurteilung erforderlichen Informationen an die Hand zu geben (VwGH 25.09.2014, 2012/07/0214). Das bloße globale Bestreiten des Beschuldigten ohne nähere Konkretisierung und Stellung von Beweisanträgen, löst keine weitere Ermittlungspflicht aus (VwGH 27.01.1987, 84/10/0219; 20.09.1999, 98/21/0137).
Unterlässt der Beschuldigte die gebotene Mitwirkung im Verwaltungsstrafverfahren, so bedeutet es keinen Verfahrensmangel, wenn die Behörde von Amts wegen keine weiteren Erhebungen durchführt (VwGH 20.09.1981, 81/02/0050; 20.09.1999, 98/21/0137; vgl. auch VwGH 25.02.2015, Ra 2014/02/0179, wonach es dem Beschuldigten zur Last fällt, wenn dieser zur Erteilung einer gesetzlichen Auskunft mangels entsprechender Aufzeichnungen nicht in der Lage ist).

Sowohl die Teilnahme an einer Versammlung im Sinne des Gesetzes als auch die Vorweisung eines Maskenbefreiungsattestes im Rahmen einer polizeilichen Kontrolle sowie aber auch die objektive Untauglichkeit des ausgestellten Attestes zur Bescheinigung einer Unzumutbarkeit des Tragens einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung sind auf Grund des soeben umfangreich geschilderten Sachverhaltes vom Landesverwaltungsgericht jeweils mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entweder anzunehmen oder treffen überhaupt auf entsprechende Aussagen des Bf selbst.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

„Die im vorliegenden Fall maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz - COVID-19-MG) BGBl I 12/2021 in der jeweils gültigen Fassung lauten auszugsweise wie folgt:

§ 5 COVID-19-MG BGBl I 12/2021 idF BGBl I 255/2021:
(1) Beim Auftreten von COVID 19 können vorbehaltlich des Abs. 2 Zusammenkünfte von Personenaus verschiedenen Haushalten geregelt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung vonCOVID 19 erforderlich ist.
(4) In einer Anordnung gemäß Abs. 1 können Zusammenkünfte
1. an die Einhaltung bestimmter Voraussetzungen oder Auflagen gebunden werden oder
2. in Bezug auf die Personenzahl beschränkt werden oder
3. einer Anzeige- oder Bewilligungspflicht unterworfen werden oder
4. auf bestimmte Personen- oder Berufsgruppen eingeschränkt werden.
Maßnahmen gemäß Z 3 und 4 dürfen jedenfalls nicht für Zusammenkünfte im privaten Wohnbereich angeordnet werden. Erforderlichenfalls sind die Maßnahmen gemäß Z 1 bis 4 nebeneinander zu ergreifen. Reichen die in Z 1 bis 4 genannten Maßnahmen nicht aus, können Zusammenkünfte untersagt werden.

§ 8 Abs 5a Z 2 COVID-19-MG BGBl I Nr 12/2020 idF BGBl I Nr 90/2021
Wer eine Zusammenkunft entgegen den sonstigen gemäß § 5 Abs. 4 festgelegten Beschränkungen organisiert oder daran teilnimmt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 500 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu einer Woche, zubestrafen;

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der besondere Schutzmaßnahmen gegen die Verbreitung von COVID-19 getroffen werden (6.COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung - 6.COVID-19-SchuMaV), BGBl II Nr 537/2021 idF 6/2022:

§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.

§ 14 (1) Das Verlassen des eigenen privaten Wohnbereichs und der Aufenthalt außerhalb des eigenen privaten Wohnbereichs zum Zweck der Teilnahme an Zusammenkünften ist für Personen, die über keinen 2G-Nachweis verfügen, nur für folgende Zusammenkünfte zulässig:
1. Begräbnisse;
2. Versammlungen nach dem Versammlungsgesetz 1953, BGBl. Nr. 98/1953;
3.

[...]
Bei Zusammenkünften gemäß Z 1 bis 7 ist in geschlossenen Räumen eine Maske zu tragen. Bei Zusammenkünften gemäß Z 2 gilt dies auch im Freien.

Ausnahmen
§ 21 (4) Die Pflicht zum Tragen einer Maske gilt nicht ....
Z. 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
§22
(2) Der Ausnahmegrund gemäß §21 Abs. 10 und 10a und die Ausnahmegründe, wonach aus gesundheitlichen Gründen

1.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,

2. die Durchführung eines nach § 2 Abs. 2 vorgesehenen Tests nicht zugemutet werden kann, die Durchführung eines nach § 2, Absatz 2, vorgesehenen Tests nicht zugemutet werden kann, sowie das Vorliegen einer Schwangerschaft ist durch eine von einem in Österreich oder im EWR zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung nachzuweisen."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Hinsichtlich der Ausnahme des § 21 Abs. 4 Z 8 6. COVID-19-SchuMaV ist im Lichte der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (07.02.2022, Ra 2021/03/0277) mit der belangten Behörde auszuführen, dass dieser Ausnahmetatbestand nicht bloß daran anknüpft, dass der Betroffene über ein ärztliches Attest verfügt, sondern daran, ob ihm die Erfüllung dieser Verpflichtung aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden kann. Die nachzuweisende Tatsache ist demnach nicht die Existenz einer von einem Arzt ausgestellten Bestätigung, sondern die Unzumutbarkeit der Erfüllung der Tragepflicht aus gesundheitlichen Gründen.
Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, obliegt der freien Beweiswürdigung der Behörde.

Wenn § 22 Abs. 2 6. COVID-19-SchuMaV daher vorsieht, dass der Ausnahmegrund des § 21 Abs. 4 Z 8 6. COVID-19-SchuMaV durch eine ärztliche Bestätigung nachzuweisen ist, wären damit die Bescheinigungsmittel, die dem Betroffenen zur Glaubhaftmachung (abstrakt) zur Verfügung stehen, eingeschränkt. Diese Norm schränkt die Berechtigung der Behörde, das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 21 Abs. 4 Z 8 6. COVID-19-SchuMaV umfassend zu prüfen und dabei insbesondere die vorgelegte Bestätigung, auf deren Beweiswert hin zu überprüfen, aber nicht ein. Es werden eben nur die dem Betroffenen prinzipiell zur Glaubhaftmachung zur Verfügung stehenden Bescheinigungsmittel - eben auf ein ärztliches Attest - eingeschränkt.

Damit ist aber auch ausgedrückt, dass nur bei einer entsprechenden Unbedenklichkeit einer derartigen Bestätigung der Betroffene seine diesbezügliche Obliegenheit zum Nachweis eines Ausnahmegrundes erfüllt hat, wovon aber dann nicht auszugehen ist, wenn sich, wie im vorliegenden Fall, praktisch mit Sicherheit ergibt, dass die Bestätigung ohne jedes weitere Zutun im Sinne der ärztlichen Kunst und der ärztlichen Pflichten betreffend die Ausstellung eines Attestes gemäß § 57 Ärztegesetz, erfolgt ist.
Hierzu braucht die im zeitlich unmittelbaren Zusammenhang erfolgte Streichung von der Ärzteliste der Ärztekammer und der vorläufigen Berufsuntersagung der Tätigkeit als Arzt durch die Ärztekammer Steiermark gar nicht mehr näher bemüht zu werden.

Es ist also gleichsam mit Sicherheit von einem Gefälligkeitsattest auszugehen, weshalb es daher bereits an einer abstrakt tauglichen Bescheinigung der Unzumutbarkeit des Tragens einer Maske durch den Bf, somit am Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes des § 20 Abs. 4 Z 8 der 4. COVID-19-SchuMaV definitiv gebricht.

Die diesbezügliche Beweiswürdigung der belangten Behörde dahingehend, dass beim Bf eben kein sogenannter Befreiungsgrund vom Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtungen aus gesundheitlichen oder behinderungsspezifischen Gründen dahingehend vorliegt, dass ihm das Tragen einer derartigen Vorrichtung nicht zugemutet werden kann, ist daher seitens des Landesverwaltungsgerichtes in nachvollziehbarer Weise absolut nicht zu beanstanden, weshalb hinsichtlich des nicht gegebenen medizinischen Befreiungsgrundes die Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht erfüllt ist und ist auch nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens es eindeutig, dass der Bf an der Versammlung letztlich aktiv teilgenommen hat.

Zur subjektiven Tatseite:

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts Anderes bestimmt.

Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sogenanntes "Ungehorsamsdelikt").

Die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG $_{2}$ § 5 Rz 9 [Stand 01.05.2017, rdb.at]; *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrensrecht $_{6}$ [2018] RZ 691 mwN).

Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht aus.

Dem Bf musste bereits aus der Art und Weise, wie dieser das Maskenbefreiungsattest erlangt hat, klar sein, dass diesem Befreiungsattest keine gewissenhafte ärztliche Untersuchung vorangegangen ist. Für jeden verständigen,

rechtstreuen Menschen ist klar ersichtlich, dass ein Arzt, der einen Patienten nicht näher kennt, keine medizinische, einem ärztlichen Attest standhaltende - Begutachtung über den Gesundheitszustand eines Menschen treffen kann, insbesondere ohne entsprechende medizinische Unterlagen gesehen zu haben.

Auch bringt die weitere Tatsache ein entsprechendes Bild, wonach ein gleichlautendes Attest auch an die Ehegattin des Bf ausgestellt wurde mit gleich marginalem Bezug zum Arzt selbst, ein Umstand, wegen welchem sich die Zweifel des Bf noch hätten verstärken müssen.

Auch ist im gegebenen Zusammenhang auszuführen, dass es als allgemein bekannt gelten kann, dass dem das Attest ausstellenden Arzt die Berufsausübung verboten wurde, was seit spätestens Dezember 2020 allgemein bekannt war (vgl. für die Information etwa die Antwort auf die parlamentarische Anfrage Nr. 3698/J vom 02.12.2020, GZ: 2020-0739.523, abrufbar unter: https://www.parlament.gv.at/PACT/VHG/XXVII/AB/AB 03695/imfname 853487.pdf).
Diese Thematik wurde auch medial aufbereitet und somit der breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht, sodass sich der Bf nicht auf eine derartige Unkenntnis berufen kann. Spätestens zu diesem Zeitpunkt (im Dezember 2020) hätten dem Bf somit erhebliche Bedenken betreffend die Gültigkeit dieses ihm ausgestellten Maskenbefreiungsattestes kommen müssen, sofern diese nicht schon seit dem Zeitpunkt der Ausstellung bestanden haben.

Unter Bezugnahme auf die Vorlage einer Rechtsauskunft eines Anwaltes ist aber auch auszuführen, dass ein unrichtiges Gesetzesverständnis nur dann entschuldigt, wenn dieses etwa unverschuldet unterlaufen wäre. Um sich darauf berufen zu können, bedarf es (zur Einhaltung der den am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht) einer Objektivierung der eingenommenen Rechtsauffassung durch geeignete Erkundigungen. Solche Erkundigungen haben an der geeigneten Stelle zu erfolgen, worunter im Zweifelsfall die zur Entscheidung der Rechtsfrage zuständige Behörde zu verstehen ist.

Die Argumentation mit einer auch plausiblen Rechtsauffassung kann ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht ausschließen; vielmehr trägt das Risiko des Rechtsirrtums der, der es verabsäumt, sich an geeigneter Stelle zu erkundigen. Selbst eine plausible eigene Rechtsauffassung des Beschuldigten oder dessen guter (eigener) Glaube, wofür der Bf eine rechtliche Erörterung Dr. X vorgelegt hat, vermag aber das Unterbleiben der gebotenen Erkundigung nicht zu kompensieren (Vwslg. 5486 A/1961; VwGH 27.03.1990, 89/04/0226; 07.10.2013, 2013/17/0592).
Der Beschuldigte trägt diesfalls das Risiko der Unrichtigkeit der eigenen Rechtsmeinung.

Auch wenn es an einschlägiger höchstgerichtlicher Judikatur fehlt, darf der Beschuldigte nicht eine beliebige Interpretationsvariante ohne Erkundigung frei wählen.
Auch wenn hier eine rechtliche Äußerung eines Rechtsanwaltes vorliegt, so entwickelt nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes es aber überragende Bedeutung, dass sich der Bf - und dies auch nur in sehr vager Form - letztlich auf gesundheitliche Aspekte berufen hat, die zum Einen gar nicht in die Richtung echter Unzumutbarkeit gehen und sich zum Anderen letztlich auf ein ganz offensichtliches Gefälligkeitsattest ohne jegliche Untersuchung stützen. Demgegenüber trägt daher nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes die vorgelegte allgemein gehaltene Rechtsansicht, welche zum Geltungszeitpunkt der Atteste Dr. X geäußert wurde, insofern nichts wesentliches für den Bf Positives bei, da es eben schon an der Bescheinigungskraft des diesbezüglich vorgelegten Attestes an sich scheitert, weshalb auf nähere rechtliche Ausführungen zum zeitlichen Geltungsbereich dieses Attestes gar nicht mehr näher eingegangen zu werden braucht.

Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist dem Bf aus den oben genannten Gründen daher auch subjektiv vorwerfbar.

Zur Strafbemessung:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafbemessung innerhalb eines gesetzlichen Rahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den vom Gesetzgeber in der Bestimmung des § 19 VStG festgelegten Kriterien vorzunehmen ist (vgl. VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013).

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.

Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden.

Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgfaltspflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat, ist hingegen seit der VStG-Novelle (BGBl. I Nr. 33/2013) kein Strafbemessungskriterium mehr (*Weilguni* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG [2] § 19 Rz 5).

Der Verpflichtung zum Tragen einer FFP2-Maske (oder einer Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard) im Rahmen einer Versammlung kam eine wichtige Bedeutung zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 in der epidemiologischen Situation und damit zum Schutz der Gesundheit der Menschen sowie der Infrastruktur zu (vgl. VfGH 03.12.2021, V 617/2020, u. a.).
Dieses bedeutende Rechtsgut wurde vom Bf durch sein inkriminiertes Verhalten nicht unwesentlich beeinträchtigt.
Es liegt ein zumindest fahrlässiges Verhalten des Bf vor.

Von der belangten Behörde wurde zu Recht als strafmildernd die prekären Vermögensverhältnisse des Bf gewertet sowie die lange Verfahrensdauer.

Nicht bewertet wurde nach dem vorliegenden Straferkenntnis allerdings die Unbescholtenheit des Bf, was zu einer Herabsetzung der Geldstrafe und der korrespondierenden Ersatzfreiheitsstrafe geführt hat.

Somit ist davon auszugehen, dass die verhängte Strafe im unteren Bereich des Strafrahmens angesiedelt ist und erscheint eine Geldstrafe in der Höhe von 80 Euro unter Abwägung der genannten Kriterien als tat- und schuldangemessen.

Insbesondere im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut der körperlichen Integrität und der Abwehr von Gesundheitsgefahren für einen vorerst nicht einschränkbaren Personenkreis mit diesbezüglich erheblichem Unrechtsgehalt erscheint die Strafe aber insbesondere aus spezialpräventiven Gründen nur geringfügig herabsetzbar, was auch für generalpräventive Gründe zutrifft.

Zur Spruchkorrektur:

Der Spruch war im Hinblick auf das Nichtvorliegen der Voraussetzungen für die Anwendung der Ausnahmebestimmung betreffend die Maskenpflicht (gesundheitliche Gründe) zu ergänzen, weil sich der Bf explizit darauf berufen hat.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist ein Hinweis auf das Fehlen der Voraussetzungen für die Anwendung einer im Gesetz vorgesehenen, ein Verbot einschränkenden Ausnahmeregelung immer dann erforderlich, wenn sich ein Beschuldigter durch ein entsprechendes konkretes Sachverhaltsvorbringen mit der für ihn geltenden Ausnahmeregelung verantwortet oder dies nach der Aktenlage offenkundig ist (VwGH 30.09.1993, 93/18/0239).

Auch eine derartige Ergänzung durch das Landesverwaltungsgericht ist rechtlich zulässig.

Zur Kostenentscheidung:

Bei diesem Ergebnis ist dem Bf gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

Die Kosten des behördlichen Strafverfahrens verbleiben bei 10 % der verhängten Strafe, mindestens aber 10 Euro (§ 64 VStG).
Bei einem Strafbetrag von 80 Euro ist der Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde daher mit 10 Euro festzusetzen.

Es war daher im Ergebnis spruchgemäß zu entscheiden.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da 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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Für den Bf ist nach der Bestimmung des § 25a Abs. 4 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (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 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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt 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. Kapsammer