



## **IM NAMEN DER REPUBLIK!**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Handstanger und die Hofräte Dr. Lehofer, Mag. Nedwed, Mag. Samm und Dr. Himberger als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Revision der Bezirkshauptmannschaft Baden gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich vom 16. August 2021, Zl. LVwG-S-1164/002-2021, betreffend eine Übertretung nach dem Epidemiegesetz 1950 (mitbeteiligte Partei: M M in W), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe:**

- 1 Mit Straferkenntnis vom 19. April 2021 verhängte die Bezirkshauptmannschaft Baden (BH) gegen den Mitbeteiligten wegen Übertretung von § 40 Abs. 1 lit. c Epidemiegesetz 1950 (EpiG) in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 3. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung (3. COVID-19-NotMV) eine Geldstrafe von € 200,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von 67 Stunden).
- 2 Die Behörde legte dem Mitbeteiligten zusammengefasst zur Last, am 29. Jänner 2021 in B als Besucher einer näher bezeichneten Versammlung keinen Mund- und Nasenschutz getragen zu haben, obwohl bei der Versammlung der erforderliche Sicherheitsabstand zu anderen Personen nicht eingehalten werden konnte. Die Rechtfertigung des Mitbeteiligten, über ein ärztliches Attest der Arztes Dr. E. vom 1. September 2020 verfügt zu haben, wonach ihm aus gesundheitlichen Gründen das Tragen des Mundes-Nasen-Schutzes nicht zuzumuten sei, anerkannte die BH nicht. Laut Auskunft der Ärztekammer für die Steiermark seien Atteste dieses Arztes, die ab Oktober 2020 ausgestellt worden seien, jedenfalls ungültig, weil er aufgrund einer vorläufigen Berufsuntersagung seit diesem Zeitpunkt bis zum Abschluss eines anhängigen Disziplinarverfahrens nicht befugt gewesen sei, den ärztlichen Beruf auszuüben. Bei Attesten, die - wie im vorliegenden Fall - zeitlich davor ausgestellt worden seien, bestünden aufgrund der Art und Weise, wie man Atteste bei ihm per Internet bestellen habe können und



aufgrund eigener öffentlicher Aussagen von Dr. E. erhebliche Zweifel, ob diese im Sinne des § 55 Ärztegesetz erstellt worden seien. Insbesondere in Fällen, in denen der Wohnort des Attestempfängers weit vom Ordinationssitz von Dr. E. entfernt liege, seien erhebliche Zweifel dahingehend anzumelden, dass es vor der Attesterstellung tatsächlich zu einer gewissenhaften ärztlichen Untersuchung gekommen sei. Dementsprechend seien derartige Atteste anzuzweifeln und müssten daher auch nicht als Nachweis akzeptiert werden. Dieser Stellungnahme der Ärztekammer folgend anerkenne die BH das vorgelegte Attest auch im gegenständlichen Fall in freier Beweiswürdigung nicht. Dem Mitbeteiligten sei Gelegenheit gegeben worden, ein weiteres Attest einzuholen, um die Unzumutbarkeit des Tragens des Mund-Nasen-Schutzes nachzuweisen. Dieser behördlichen Aufforderung sei der Mitbeteiligte nicht nachgekommen. Er habe somit den objektiven Tatbestand der Übertretung erfüllt; dies sei ihm auch subjektiv vorwerfbar.

- 3 Dagegen erhob der Mitbeteiligte Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich, in der er u.a. darauf verwies, dass Dr. E. im Zeitpunkt der Ausstellung des Attestes noch im Besitz einer Approbation gewesen sei. Wie der Mitbeteiligte zu diesem Attest gelangt war, legte er in der Beschwerde nicht dar, sondern argumentierte in allgemeinen Worten gegen die Verpflichtung zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes.
- 4 Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Verwaltungsgericht der Beschwerde des Mitbeteiligten - ohne Durchführung einer Verhandlung - Folge, hob das Straferkenntnis der BH auf, stellte das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG ein und erklärte die Revision für nicht zulässig.
- 5 Begründend stellte das Verwaltungsgericht fest, der Mitbeteiligte habe am 29. Jänner 2021 an der Versammlung „Demonstration für Frieden, Freiheit, Souveränität“ in B teilgenommen und dabei keine den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung getragen. Dem einschreitenden Polizisten habe er ein ärztliches Attest vom 1. September 2020, ausgestellt von Dr. E., vorgewiesen, in dem bestätigt worden sei, dass in Bezug auf den Mitbeteiligten das Tragen von einer den Mund- und Nasenbereich



abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung aus gesundheitlichen Gründen kontraindiziert, wissenschaftlich belegbar gesundheitsschädlich und im Sinne der Psychohygiene traumatisierend und damit unzumutbar sei. Zum Zeitpunkt der Ausstellung dieses Attestes habe es sich bei Dr. E um einen zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Arzt gehandelt.

6 Aus diesem Sachverhalt folgerte das Verwaltungsgericht in rechtlicher Hinsicht, dass der Mitbeteiligte das in § 16 Abs. 2 der 3. COVID-19-NotMV vorgesehene ärztliche Attest vorgewiesen habe. Eine Überprüfung der inhaltlichen Richtigkeit dieser Bestätigung durch die Behörde sei in der Verordnung nicht vorgesehen und daher unzulässig, auch wenn die Behörde diesbezügliche Zweifel habe. Da der Mitbeteiligte die ihm vorgeworfene Verwaltungsübertretung bereits in objektiver Hinsicht nicht begangen habe, sei das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen gewesen. Die Unzulässigkeit der Revision begründete das Verwaltungsgericht nur mit dem Hinweis auf den Gesetzestext des Art. 133 Abs. 4 B-VG.

7 Gegen dieses Erkenntnis wendet sich die vorliegende Amtsrevision. Zur Zulässigkeit der Revision wird im Wesentlichen geltend gemacht, es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu der Rechtsfrage, ob die Strafbehörde eine ärztliche Bestätigung im Sinne der §§ 16 Abs. 2 der 3. COVID-19-NotMV inhaltlich auf deren Eignung zum Nachweis einer aus gesundheitlichen Gründen indizierten und das Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung betreffenden Unzumutbarkeit überprüfen dürfe. Die Revisionswerberin sei der Ansicht, dass nur ein Maskenbefreiungsattest, welches den Erfordernissen des § 55 Ärztegesetz 1998 entsprechen müsse, geeignet sei, um als Bestätigung im Sinne des § 16 Abs. 2 der 3. COVID-19-NotMV zu dienen. Ein solches sei im gegenständlichen Fall nicht vorgelegen. Es sei hinreichend bekannt, dass die ärztlichen Bestätigungen von Dr. E. immer denselben Wortlaut getragen hätten. Aufgrund eines Beschlusses des Disziplinarrates der Österreichischen Ärztekammer, Disziplinarkommission für die Steiermark, sei es Dr. E. seit Anfang Oktober 2020 untersagt worden, den ärztlichen Beruf bis zum



rechtskräftigen Abschluss des Disziplinarverfahrens auszuüben. Bereits im Sommer 2020 sei Dr. E. aufgrund von umstrittenen Äußerungen zum Coronavirus und den dazugehörigen Maßnahmen aufgefallen. Laut eigenen Aussagen habe Dr. E. Menschen, die keine Maske tragen wollen, online medizinische Atteste ausgestellt und dies auch öffentlich auf Facebook angepriesen. Im vorliegenden Fall sei, wie in vielen weiteren Fällen, offenkundig keine persönliche Untersuchung erfolgt. Auch gebe es keine Hinweise darauf, dass fachärztliche Gutachten oder Befunde dem Arzt vorgelegt worden seien. Schon aus diesem Grund könne der das Attest ausstellende Arzt (für Allgemeinmedizin) keine wissenschaftlich fundierte Schlussfolgerung ziehen. Neben der somit fehlenden gewissenhaften ärztlichen Untersuchung existiere im vorgelegten Maskenbefreiungsattest keine nachvollziehbare Darstellung, auf welcher Grundlage die Diagnose erstellt worden sei und wie sich die gesundheitlichen Beschwerden im konkreten Fall auswirkten. Ausführungen, in welchem Ausmaß konkret das Tragen einer Maske unzumutbar sei, fehlten ebenso. Grundsätzlich dürfe eine von einem Arzt eingehend untersuchte Person auf dessen medizinische Beurteilung und Auskunft vertrauen und davon ausgehen, dass diese richtig und bindend sei. Beständen jedoch Zweifel an der Richtigkeit der ärztlichen Beurteilung und an dem Attest, weil z.B. eine Untersuchung nicht lege artis durchgeführt oder diese überhaupt unterlassen worden sei oder weil diese nicht in den Fachbereich des betreffenden Arztes falle, so dürfe auf die Beurteilung und die Auskunft dieses Arztes nicht vertraut werden.

8 Der Mitbeteiligte hat sich am Revisionsverfahren nicht beteiligt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

9 Die Revision ist im Sinne ihres Zulässigkeitsvorbringens zulässig; sie ist auch begründet.

10 Gemäß § 40 Abs. 1 lit. c Epidemiegesetz 1950, BGBl. Nr. 186/1950 in der fallbezogen maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 136/2020 (EpiG), macht sich, sofern die Tat nicht mit gerichtlicher Strafe bedroht ist, einer Verwaltungsübertretung schuldig und ist mit Geldstrafe bis zu EUR 1.450,-- im



Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe bis zu vier Wochen zu bestrafen, wer durch Handlungen oder Unterlassungen den Geboten oder Verboten, die in den auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnungen enthalten sind, zuwiderhandelt.

- 11 Gemäß § 40 Abs. 2 EpiG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu EUR 500,--, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu einer Woche, zu bestrafen, wer einen Veranstaltungsort gemäß § 15 EpiG entgegen den festgelegten Voraussetzungen oder Auflagen betritt.
- 12 Im Tatzeitpunkt sah die auch auf die Verordnungsermächtigung des § 15 EpiG (Maßnahmen gegen das Zusammenströmen größerer Menschenmengen) gestützte 3. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung, BGBl. II Nr. 27/2021 (3. COVID-19-NotMV), in § 12 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 eine Verpflichtung zum Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden und eng anliegenden mechanischen Schutzvorrichtung bei Versammlungen nach dem Versammlungsgesetz 1953, BGBl. Nr. 98/1953, vor. An einer solchen Veranstaltung hat der Mitbeteiligte unstrittig teilgenommen.
- 13 Diese Verpflichtung galt gemäß § 15 Abs. 5 der 3. COVID-19-NotMV nicht, sofern Personen dies aus gesundheitlichen Gründen nicht zugemutet werden konnte.
- 14 Nach § 16 Abs. 1 Z 1 der 3. COVID-19-NotMV war das Vorliegen (u.a.) der Voraussetzungen gemäß § 15 der Verordnung auf Verlangen gegenüber Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes glaubhaft zu machen. Gemäß § 16 Abs. 2 leg. cit. war der „Ausnahmegrund des § 15 Abs. 3“ (richtig: Abs. 5), wonach aus gesundheitlichen Gründen das Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung nicht zugemutet werden konnte, durch eine von einem in Österreich zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung nachzuweisen.
- 15 Der Mitbeteiligte, der bei der in Rede stehenden Versammlung keinen Mund-Nasen-Schutz getragen hatte, stützte sich gegenüber den einschreitenden Polizeibeamten auf das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes gemäß



§ 15 Abs. 5 der 3. COVID-19-NotMV und zeigte ein ärztliches Attest darüber vor, das von der belangten Behörde (Amtsrevisionswerberin) aus näher angeführten Gründen nicht als geeignet angesehen wurde, um diesen Ausnahmetatbestand glaubhaft zu machen.

- 16 Demgegenüber vertrat das Verwaltungsgericht - im Einklang mit dem Mitbeteiligten - die Rechtsansicht, die Behörde sei nicht berechtigt gewesen, das vorgelegte ärztliche Attest in Frage zu stellen.
- 17 Dieser Rechtsansicht des Verwaltungsgerichts kann nicht gefolgt werden: Die Ausnahme von der Verpflichtung zum Tragen des Mund-Nasen-Schutzes gemäß § 15 Abs. 5 der 3. COVID-19-NotMV knüpft nicht bloß daran an, dass der Betroffene über ein ärztliches Attest verfügt, sondern ob ihm 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.
- 18 Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, unterliegt der freien Beweiswürdigung der Behörde. Im Hinblick auf den erforderlichen Überzeugungsgrad der Behörde (Beweismaß) reicht jedoch die Glaubhaftmachung. Der Betreffende hat die Behörde daher lediglich von der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der zu bescheinigenden Tatsache zu überzeugen.
- 19 Wenn § 16 Abs. 2 der 3. COVID-19-NotMV vorsieht, dass der „Ausnahmegrund des § 15 Abs. 3“ (richtig: Abs. 5) leg. cit. durch eine ärztliche Bestätigung nachzuweisen ist, werden damit die Bescheinigungsmittel, die dem Betroffenen zur Glaubhaftmachung zur Verfügung stehen, eingeschränkt. Um seiner Obliegenheit zur Glaubhaftmachung zu entsprechen, muss er demnach eine von einem in Österreich zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Arzt ausgestellte Bestätigung vorweisen. Bei einer derartigen Bestätigung handelt es sich um ein ärztliches Zeugnis im Sinne des § 55 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.



- 20 Anders als das Verwaltungsgericht vermeint, schränkte diese Norm (wie die 3. COVID-19-NotMV insgesamt) die Berechtigung der Behörde, das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 Abs. 5 der 3. COVID-19-NotMV umfassend zu prüfen und dabei auch die vorgelegte Bestätigung auf ihren Beweiswert hin zu würdigen, aber nicht ein.
- 21 Nur wenn die ärztliche Bestätigung unbedenklich war, hätte der Betroffene seine Obliegenheit zur Glaubhaftmachung im Sinne des § 16 Abs. 2 der 3. COVID-19-NotMV erfüllt. Von einer unbedenklichen Bestätigung konnte der Betroffene aber jedenfalls dann nicht ausgehen, wenn er davon Kenntnis hatte, dass die ärztliche Bestätigung ohne gewissenhafte ärztliche Untersuchung und ohne genaue Erhebung der darin bestätigten Tatsachen erstellt worden war, etwa wenn ein solcher „Attest“ online bestellt und ohne Untersuchung ausgestellt worden wäre.
- 22 Bestand für die Behörde daher Grund zur Annahme, dass es sich bei der Bestätigung um ein „Gefälligkeitsattest“ handle, das entgegen den Voraussetzungen des § 55 ÄrzteG ausgestellt wurde, so reichte diese Bestätigung zur Glaubhaftmachung im Sinne des § 16 Abs. 2 der 3. COVID-19-NotMV nicht aus. In diesem Fall war die Behörde berechtigt, den Betroffenen zur Vorlage eines (weiteren) unbedenklichen ärztlichen Attests aufzufordern und im Falle, dass dieser Aufforderung unentschuldigt nicht nachgekommen wurde, eine Bestrafung vorzunehmen.
- 23 Von einem „Gefälligkeitsattest“- also einem ärztlichen Zeugnis, das entgegen den Voraussetzungen des § 55 ÄrzteG ausgestellt wurde - ging die Behörde im vorliegenden Fall bei der Bestrafung des Mitbeteiligten erkennbar aus. Der Mitbeteiligte legte in seiner Beschwerde an das Verwaltungsgericht nicht dar, dass dieser Verdacht unrichtig gewesen wäre. Auch das Verwaltungsgericht stützte sich nicht darauf, dass die Annahmen der Behörde über das Zustandekommen des Attests nicht zugetroffen hätten. Es vertrat vielmehr die unzutreffende Rechtsansicht, die Behörde sei in keinem Fall berechtigt, ein ärztliches Attest zu hinterfragen.



- 24 Das angefochtene Erkenntnis kann daher keinen Bestand haben, ohne auf die weiteren von der Amtsrevision aufgeworfenen Rechtsfragen eingehen zu müssen.
- 25 Das angefochtene Erkenntnis war wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.
- 26 Im fortgesetzten Verfahren wird zu beachten sein, dass § 40 Abs. 2 EpiG für Verstöße gegen die festgelegten Voraussetzungen und Auflagen für das Betreten eines Veranstaltungsorts gemäß § 15 EpiG seit der Novelle BGBl. I Nr. 136/2020 einen eigenen, gegenüber § 40 Abs. 1 lit. c EpiG spezielleren Straftatbestand vorsieht, auf den im vorliegenden Fall bislang nicht Bedacht genommen wurde.

W i e n , am 7. Februar 2022

