

Geschäftszeichen:

LVwG-200017/2/SCH/CG

Datum:

Linz, 20. Februar 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Dr. Schön über die Beschwerde des Herrn P G, vertreten durch G K L S B Rechtsanwälte OG, vom 14. Dezember 2016, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 6. Dezember 2016, GZ: 0055499/2016, wegen Übertretungen des Zivildienstgesetzes 1986 idgF.,

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde hinsichtlich Faktum 2. des Straferkenntnisses Folge gegeben, dieses in diesem Punkt behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z. 2 VStG eingestellt.

Im Übrigen (Faktum 1.) wird die Beschwerde mit der Maßgabe abgewiesen, dass dieser Spruchpunkt wie folgt lautet:

Der Beschuldigte ist am 05.09.2016 nicht zum Dienst in der Einrichtung erschienen. Er hat die für die Dienstverhinderung maßgebenden Gründe nicht unverzüglich seiner Vorgesetzten, der Heimleiterin, angezeigt und den Grund der Verhinderung in entsprechender Weise glaubhaft gemacht, da er die Anzeige per E-Mail erst am 08.09.2016 veranlasst und zugleich eine Krankmeldung für den Zeitraum vom 05.09. bis 08.09.2016 mitgeschickt hat.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 und Abs. 9 VwGVG entfällt hinsichtlich des stattgebenden Teils der Beschwerdeentscheidung (Faktum 2.) die Verpflichtung zur Leistung jeglicher Verfahrenskostenbeiträge.

Gemäß § 52 Abs. 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer einen Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren von 10 Euro (20 % der bezüglich Faktum 1. verhängten Geldstrafe, mindestens jedoch 10 Euro) zu leisten.

- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine Revision des Beschwerdeführers an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig; für die belangte Behörde und die revisionslegitimierte Formalpartei ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Zu I.:

1. Der Bürgermeister der Landeshauptstadt Linz hat mit Straferkenntnis vom 6. Dezember 2016, GZ: 0055499/2016, über Herrn P G, wegen zweier Übertretungen des Zivildienstgesetzes 1986, BGBl. Nr. 679/1986, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 163/2013, Geld- und Ersatzfreiheitsstrafen verhängt. Im Spruch des Straferkenntnisses heißt es:

„I. Tatbeschreibung:

Der Beschuldigte, Herr P G, geboren am x 1996, wohnhaft: (richtig: Zustelladresse) M hat als Zivildienstleistender, zugeteilt der Einrichtung S, G, Einsatzort: L, Seniorenzentrum L, nachstehend angeführte Übertretung des Zivildienstgesetzes (ZDG) verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten:

1. Der Beschuldigte ist am 05.09.2016 nicht zum Dienst in der Einrichtung erschienen. Er hat sich erst am 08.09.2016 per E-Mail bei der zuständigen Heimleiterin gemeldet und zugleich eine Krankmeldung für die Zeit von 05.09. bis 08.09.2016 mitgeschickt.
2. Mit Ausnahme der Krankenstandsmeldung von 06.06. bis 10.06.2016 ist auf keiner seiner ärztlichen Bescheinigungen die Art der Erkrankung angeführt. Dies betrifft die Krankenstände vom 13.06.2016, vom 17.06. bis 24.06.2016, vom 27.06. bis 28.06.2016, vom 01.07.2016, vom 04.07. bis 06.07.2016, vom 07.07. bis 08.07.2016 und vom 11.07. bis 16.07.2016. Der Beschuldigte wurde auf die Notwendigkeit der Anführung der Art der Erkrankung auf den ärztlichen Bescheinigungen von der Einrichtung mit Schreiben von 06.07.2016 und 15.07.2016 hingewiesen.

II. Verletzte Verwaltungsvorschrift(en) in der gültigen Fassung:

1. §§ 23c Abs. 1 iVm 65 ZDG
2. §§ 23 Abs. 2 Z.2 iVm 65 ZDG

III. Strafausspruch:

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
1. € 30,00	27 Stunden	§ 65 ZDG
2. € 30,00	27 Stunden	§ 65 ZDG
Gesamt: € 60,00	54 Stunden	

IV. Kostenentscheidung:

Als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens hat der Beschuldigte 10 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch € 10,00 zu leisten, das sind € 10,00 (richtig: € 20).

Rechtsgrundlage: § 64 Abs. 1 und 2 VStG idgF.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 70,00 (richtig: € 80).“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Gegen dieses Straferkenntnis hat der Beschwerdeführer im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung rechtzeitig Beschwerde erhoben. Diese ist von der belangten Behörde samt Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt worden. Dieses hatte gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Richter zu entscheiden.

Gemäß § 44 Abs. 2 und Abs. 4 VwGVG konnte von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung abgesehen werden.

Zum einen ist der Beschwerde in einem Punkt Folge gegeben worden, zum anderen lassen die Akten erkennen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Sache nicht erwarten lässt und die in § 44 Abs. 4 VwGVG angeführten Bestimmungen dem Entfall der Verhandlung nicht entgegenstehen.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt.

Aufgrund dessen ergibt sich Folgendes:

Zum stattgebenden Teil der Beschwerdeentscheidung (Faktum 2. des Straferkenntnisses):

Gemäß § 23c Abs. 2 Z. 2 Zivildienstgesetz 1986 ist der Zivildienstleistende im Falle der Dienstverhinderung durch Krankheit verpflichtet, sich spätestens am nächstfolgenden Werktag der Untersuchung durch einen Arzt zu unterziehen und die von ihm ausgestellte Bescheinigung über Art und voraussichtliche Dauer der Erkrankung spätestens am 7. Kalendertag nach Beginn der Dienstverhinderung der Einrichtung zu übermitteln.

Die belangte Behörde bemängelt hinsichtlich der vom Beschwerdeführer vorgelegten ärztlichen Bescheinigungen, dass diese keinerlei Ausführungen über die Art der Erkrankung enthielten, von einer hier nicht relevanten Ausnahme abgesehen. Argumentiert wird, dass § 23c Abs. 2 Z. 2 Zivildienstgesetz 1986 ausdrücklich von der Art der Erkrankung, die in die Bescheinigung aufzunehmen wäre, spricht.

Im vorgelegten Verfahrensakt findet sich der Vordruck einer Bescheinigung, wo eigens eine Rubrik „Art der Erkrankung“ aufscheint. Erläuternd heißt es, dass dort zwar nicht die Diagnose einzutragen wäre, aber eine Beschreibung der Erkrankung, beispielsweise „Beinbruch“, oder „psychische Erkrankung“. Der Eintrag „Krankheit“ allein sei nicht ausreichend. Dem gegenüber vermeint der Beschwerdeführer, ein Eintrag in die Bescheinigung mit Anführung der Art der Erkrankung würde der gesetzlichen ärztlichen Verschwiegenheitspflicht widersprechen. In diesem Sinne hat er einen entsprechenden Schriftverkehr von mit dieser Problematik beschäftigter Institutionen vorgelegt.

4. Im Schreiben der Österreichischen Ärztekammer vom 11. März 2015 an das Bundesministerium für Gesundheit heißt es:

„Die zitierte Bestimmung im Zivildienstgesetz verpflichtet Zivildienstleistende, sich im Falle der Dienstverhinderung durch Krankheit spätestens am nächstfolgenden Werktag der Untersuchung durch einen Arzt zu unterziehen und die von ihm ausgestellte Bescheinigung über Art und voraussichtliche Dauer der Erkrankung spätestens am siebten Kalendertag nach Beginn der Dienstverhinderung der Einrichtung zu übermitteln. Die österreichische Ärztekammer sieht darin keine ausreichend klare gesetzliche Ausnahme vom Grundsatz der ärztlichen Verschwiegenheit, wie sie in § 54 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG 1998 normiert ist. Vielmehr erachten wir es für berufsrechtlich und entsprechend dem Zivildienstgesetz als Materiengesetz für rechtlich geboten, aber auch für ausreichend, nach erfolgter ärztlicher Untersuchung eine Bescheinigung über die Art der Erkrankung, nämlich ob eine Krankheit, ein Arbeitsunfall oder ein Unfall vorliegt, auszustellen, jedoch gegenüber anfragenden Beschäftigern von Zivildienstleistenden keine Angabe zur Diagnose abzugeben.

Diese Ansicht wird unseres Erachtens durch die gesetzliche Pflicht des Zivildienstleistenden bestärkt, sich im Falle einer Dienstverhinderung über Auftrag des Vorgesetzten einer Untersuchung durch einen Vertrauensarzt der Einrichtung zu unterziehen (vgl. § 23c Abs. 2 Z 3 Zivildienstgesetz).

Eine ganz ähnliche Bestimmung zur Bestätigung der Dienstverhinderung durch Krankheit ist im § 8 Abs. 8 Angestelltengesetz geregelt, wonach nach aktueller Rechtslage einschließlich höchstgerichtlicher Rechtsprechung (vgl. etwa OGH 9 ObA 106/93 oder OGH 9 ObA 236/89) die Ursache der Erkrankung durch eine Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit mit dem Vermerk ‚aufgrund Krankheit‘ bzw. ‚aufgrund eines Unfalles‘ gesetzmäßig ist und keine Durchbrechung der ärztlichen Verschwiegenheit durch Bekanntgabe der Diagnose an den Dienstgeber erfolgen darf.

Wir stützen unsere Rechtsauffassung auch auf die Qualifikation von Gesundheitsdaten (zu denen die ärztliche Diagnose zählt) als sensible Daten gemäß § 4 Z 2 in Verbindung mit § 9 Z 3 Datenschutzgesetz 2000. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass Diagnosen von Zivildienstleistenden nur mit Zustimmung des Betroffenen und aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung weitergegeben werden dürfen. Eine Ausnahmeregelung entsprechend § 9 Datenschutzgesetz 2000 liegt unseres Erachtens zur Mitteilung der Diagnose im Rahmen der Krankenbestätigung gemäß Zivildienstgesetz zugunsten von Beschäftigern von Zivildienstleistenden nicht vor.

Aufgrund der Verunsicherung und der vermehrten Anfragen von Ärztinnen und Ärzten, die von Beschäftigern von Zivildienstleistenden zur Bekanntgabe von Diagnosen aufgefordert werden, ersucht die Österreichische Ärztekammer um die Rechtsauffassung des BMG dahingehend, ob die ärztliche Verschwiegenheitspflicht gemäß § 54 ÄrzteG 1998 und das Recht auf Datenschutz der Zivildienstleistenden gemäß § 9 DatenschutzG 2000 weiterhin bei der Bestätigung der Art der Erkrankung von Zivildienstleistenden zu beachten sind oder ob andernfalls § 23c Abs. 2 Z 2 ZivildienstG eine ausreichend klare gesetzliche Ermächtigung darstellt, die die ärztliche Verschwiegenheit sowie den Schutz von Gesundheitsdaten durchbricht und zur Weitergabe der Diagnose an Beschäftigern von Zivildienstleistenden ermächtigt.“

Im Schreiben der Bundeskurie der niedergelassenen Ärzte der Österreichischen Ärztekammer vom 12. August 2015 heißt es, dass § 23c Zivildienstgesetz keine

gesetzliche Grundlage für eine Ausnahme von der ärztlichen Verschwiegenheitspflicht darstelle. Gestützt wird diese Aussage auf eine entsprechende Stellungnahme des Gesundheitsministeriums vom 29. Mai 2015. In diesem Schreiben heißt es:

„Die ärztliche Verschwiegenheitspflicht gemäß § 54 Ärztegesetz 1998, BGBl I Nr. 169/1998, wird nach Ansicht des Bundesministeriums für Gesundheit von der zitierten Bestimmung des Zivildienstgesetzes 1986, BGBl. Hr. 679/1986, nicht durchbrochen.

Der vom Gesetzgeber gemäß § 23c Abs. 2 Z 2 Zivildienstgesetz 1986 vorgegebene Informationsweg im Falle einer Dienstverhinderung durch Krankheit verpflichtet nämlich nicht behandelnde Ärztinnen/Ärzte, sondern vielmehr die Zivildienstleistenden.

Diese haben sich spätestens am nächstfolgenden Werktag der Untersuchung durch eine/n Arzt/Ärztin zu unterziehen und die von ihm/ihr ausgestellte Bescheinigung über Art und voraussichtliche Dauer der Erkrankung, wobei als Art der Erkrankung etwa Krankheit, Unfall oder Arbeitsunfall, nicht jedoch die konkrete Diagnose angesehen wird, spätestens am siebenten Kalendertag nach Beginn der Dienstverhinderung der Einrichtung, in der der Zivildienstler beschäftigt ist, zu übermitteln.

Eine Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht durch den Zivildienstler ist allerdings grundsätzlich denkbar, sodass in diesem Fall auch eine direkte Informationsweitergabe durch die behandelnden Ärztinnen/Ärzte an die Einrichtung, in der der Zivildienstler beschäftigt ist, möglich wäre.“

5. Der Sinn der gesetzlichen Anordnung des § 23 Abs. 2 Z. 2 Zivildienstgesetz 1986 liegt offenkundig darin, den Zivildienstleistenden im Falle der Dienstverhinderung durch Krankheit zu verpflichten, sich umgehend einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen und die entsprechende Bescheinigung innerhalb der vorgegebenen Frist der Einrichtung zu übermitteln. Der Zivildienstleistende ist also nicht in die Lage versetzt, bloß selbst eine krankheitsbedingte Dienstverhinderung zu behaupten, sondern muss er die Krankheit auch entsprechend ärztlich belegen. Der Gesetzgeber war somit offenkundig von dem Gedanken getragen, Abwesenheiten des Zivildienstleistenden nur aufgrund ärztlicher Bescheinigungen zu erlauben, wohl nicht zuletzt, um der Einrichtung, bei der der Zivildienstleistende seinen Dienst absolviert, ein entsprechendes Instrumentarium in die Hand zu geben, um einen geordneten Dienstbetrieb zu gewährleisten.

Erfährt nun die Einrichtung im Wege der ärztlichen Krankheitsbestätigung vom Grund der Abwesenheit, nämlich einer Krankheit, und deren voraussichtlicher Dauer, dann sollte dies ausreichend sein, um entsprechend disponieren zu können. Ob nun – siehe das oben wiedergegebene Formular – beim Zivildienstleistenden etwa ein Beinbruch oder eine psychische Erkrankung vorlag, muss nicht zur Kenntnis der Einrichtung gelangen, um ihrem berechtigten Interesse daran, warum und wie lange der Zivildienstleistende verhindert ist, zu entsprechen.

Dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erscheint daher die Auslegung in den oben wiedergegebenen Stellungnahmen dahingehend, dass unter Art der Erkrankung die Begriffe „Krankheit“, „Unfall“ oder „Arbeitsunfall“ zu verstehen sind, durchaus nachvollziehbar. Wenn also eine ärztliche Bestätigung eine dieser drei Angaben enthält, genügt sie den Anforderungen der gesetzlichen Vorgabe.

Dem Zivildienstleistenden muss auch zugutegehalten werden, dass die Bescheinigung vom Arzt auszustellen ist und daher auch der entsprechende Eintrag über Art und vorsätzliche Dauer der Erkrankung durch den Arzt erfolgt. Die Verpflichtung des Zivildienstleistenden zu einer Inhaltsvorgabe an den Arzt erscheint dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht begründbar gegeben.

Im Zweifelsfall gibt § 23c Abs. 3 Zivildienstgesetz 1986 dem Vorgesetzten auch die Möglichkeit, dem Zivildienstleistenden aufzutragen, sich unverzüglich einer Untersuchung durch einen Vertrauensarzt der Einrichtung zu unterziehen.

Besteht also ein begründeter Bedarf an einer weiteren Abklärung der Krankheit eines Zivildienstleistenden, gibt es für den Vorgesetzten die oben geschilderte weitere mögliche Vorgangsweise. Damit ist im Ergebnis jedenfalls hinreichend vorgesorgt, dass leichtfertige oder missbräuchliche Dienstabwesenheiten hintangehalten bzw. zumindest im Nachhinein als solche festgestellt werden können.

Der Beschwerde war daher in diesem Punkt Folge zu geben und das Verwaltungsstrafverfahren zur Einstellung zu bringen.

6. Zum abweisenden Teil der Beschwerdeentscheidung (Faktum 1. des Straferkenntnisses):

Der Beschwerdeführer hat für die Übermittlung der Gründe seiner Dienstverhinderung den Weg per E-Mail gewählt. Laut eigenem Vorbringen habe er das entsprechende E-Mail noch am 5. September 2016 an seine vorgesetzte Dienststelle abgesetzt. Dieses E-Mail sei, was er zunächst nicht bemerkt habe, als unzustellbar zurückgekommen, worauf er, als er dies am 8. September 2016 doch bemerkt habe, nochmals per E-Mail die Erkrankung bekanntgegeben und auch die Krankmeldung mitgeschickt habe.

Dazu ist zu bemerken, dass die Anordnung des § 23c Abs. 1 Zivildienstgesetz 1986 als Bringschuld zu werten ist. Diese ist erst dann erfüllt, wenn die Anzeige bei der Einrichtung eingelangt ist. Damit ergibt sich, dass das Risiko der Übermittlung den Zivildienstleistenden trifft. Da es sich bei der Bekanntgabe einer Dienstverhinderung aufgrund Krankheit ja nicht um irgendeine unbedeutende Angelegenheit handelt, sondern um eine wichtige Verpflichtung eines Zivildienstleistenden, muss von ihm erwartet werden, dass er bei der Übermittlung dieser Mitteilung mit entsprechender Sorgfalt vorgeht. Wenn der Beschwerdeführer vorliegend behauptet, von der Unzustellbarkeit seines Mails erst nach drei Tagen in Kenntnis gelangt zu sein, muss ihm vorgehalten werden, dass er der Entsprechung seiner Verpflichtung nicht ausreichend Augenmerk geschenkt hat. Bekanntermaßen kann es im E-Mailverkehr immer wieder zu

Problemen kommen, sodass der Nutzer dieses Übermittlungsweges, besonders dann, wenn es sich um eine wichtige Mitteilung handelt, nicht einfach davon ausgehen kann, dass der erstmalige Versuch sicher erfolgreich war.

Der belangten Behörde ist daher beizupflichten, wenn sie im Versäumnis des Beschwerdeführers eine Verwaltungsübertretung gemäß § 23c Abs. 1 Zivildienstgesetz 1986 erblickt hat.

7. Zur Strafbemessung:

Die von der belangten Behörde festgesetzte Geldstrafe in Höhe von 30 Euro bewegt sich im untersten Bereich des Strafrahmens des § 65 Zivildienstgesetz 1986, welcher bis 360 Euro reicht. Sie kann daher schon aus diesem Grund nicht als überhöht angesehen werden. Eine noch niedrigere Strafbemessung würde weder dem Unrechtsgehalt der Tat und dem Verschulden des Täters gerecht noch wäre sie aus generalspezifischer Sicht vertretbar.

Im Hinblick auf die aktuellen persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers als Student kann dahingestellt bleiben, wie sich seine finanzielle Situation darstellt, zumal eine Geldstrafe im Ausmaß von bloß 30 Euro jedermann zur Bezahlung zuzumuten ist.

Auch wenn der Beschwerdeführer über kein eigenes Einkommen verfügen sollte, wird ihm die Aufbringung dieses Strafbetrages möglich sein (vgl. VwGH 9.3.1988 87/03/0279).

Die Änderung des Spruches bezüglich Faktum 1. des angefochtenen Straferkenntnisses durch das Verwaltungsgericht ist darin begründet, dass nicht sämtliche Tatbestandselemente laut gesetzlicher Vorgabe dort enthalten waren. Die Änderung erfolgte innerhalb der Frist des § 31 Abs. 2 VStG und somit auch aus formalrechtlicher Sicht zulässigerweise.

Zu II.:

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten ist in den zitierten gesetzlichen Bestimmungen begründet.

Die ursprünglich unzutreffende Kostenentscheidung der belangten Behörde (lediglich ein Kostenbeitrag von 10 Euro für zwei Fakten) entspricht nunmehr der Regelung des § 64 Abs. 2 VStG.

Zu III.:

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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. 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. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Für den Beschwerdeführer ist gemäß § 25a Abs. 4 VwGG die Einbringung einer Revision ex lege nicht zulässig.

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

Gegen dieses Erkenntnis 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 Eingabegebühr von 240 Euro zu entrichten.

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/der revisionslegitimierten Formalpartei die außerordentliche Revision beim Verwaltungsgerichtshof offen, die beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzubringen ist.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Schön