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-700927/9/Kl/CG

Datum:
Linz, 28. Mai 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des D K, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. M A-S, W, W, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 25. Jänner 2021, GZ: San-292/20, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem COVID-19-Maßnahmengesetz nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 26. Mai 2021

zu Recht:

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

II. Es entfallen jegliche Verfahrenskostenbeiträge.

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

1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 25. Jänner 2021, GZ: San-292/20, wurden über den Beschwerdeführer in zwei Fällen je eine Geldstrafe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit je eine Ersatzfreiheitsstrafe von 48 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß 1) § 6 Abs. 1 und Abs. 5b der COVID-19-Maßnahmenverordnung, BGBl. II Nr. 197/2020 idgF. iVm § 1 Abs. 1 und Abs. 2 und § 8 Abs. 4 COVID-19-Maßnahmengesetz, BGBl. I Nr. 12/2020 idgF., und
2) § 6 Abs. 1 und Abs. 3a der COVID-19-Maßnahmenverordnung iVm § 1 Abs. 1 und Abs. 2 und § 8 Abs. 4 COVID-19-Maßnahmengesetz verhängt, weil er als Gewerbeinhaber und somit verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher des Gastgewerbebetriebes in S, P (Lokal „A“), zu vertreten hat, dass im ggst. Lokal, das einen geschlossenen Raum darstellt, in S, P, am 10.10.2020 um 22.00 Uhr

1. eine Anzahl von Kunden (Gästen) sich frei (und somit nicht an einem Verabreichungsplatz verweilend) im Lokal bewegten und hiebei keine den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung verwendeten, obwohl Kunden in geschlossenen Räumen von Betriebsstätten des Gastgewerbes - ausgenommen während des Verweilens am Verabreichungsplatz - eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen haben. Sie haben somit nicht dafür Sorge getragen, dass ggst. Betriebsstätte des Gastgewerbes von Kunden nicht entgegen einer Voraussetzung der COVID-19-Maßnahmenverordnung betreten wird. Dies stellt eine Übertretung der Bestimmungen des COVID-19-Maßnahmengesetzes und der COVID-19-Maßnahmenverordnung dar.
2. eine Anzahl von Kunden (Gästen) an der dortigen Theke standen und ihre Getränke konsumierten, obwohl in geschlossenen Räumen (des Gastgewerbes) die Konsumation von Speisen und Getränken nur im Sitzen an Verabreichungsplätzen zulässig ist. Sie haben somit nicht dafür Sorge getragen, dass ggst. Betriebsstätte des Gastgewerbes von Kunden nicht entgegen einer Voraussetzung der COVID-19-Maßnahmenverordnung betreten wird. Dies stellt eine Übertretung der Bestimmungen des COVID-19-Maßnahmengesetzes und der COVID-19-Maßnahmenverordnung dar.

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die ersatzlose Aufhebung des Straferkenntnisses beantragt. Begründend wurde ausgeführt, dass es nicht richtig sei, dass Kunden im Lokal keinen Mund- und Nasenschutz verwendet hätten und der Beschwerdeführer nicht darauf geachtet hätte. Beim Einlass hätte der Beschwerdeführer die Kunden immer darauf hingewiesen, dass ein solcher Schutz verwendet werden müsse. Auch seien die Mitarbeiter

angewiesen, die Kunden jeweils darauf aufmerksam zu machen. Dass ein Gast einmal einen Mund- und Nasenschutz nicht trage, liege entweder daran, dass dieser Gast gerade ein Getränk konsumierte oder weil der Beschwerdeführer nicht jede Sekunde jeden einzelnen Gast umfassend im Blick habe. Auch sei es nicht richtig, dass Kunden im Lokal im Stehen Getränke konsumierten. An der Theke im Lokal des Beschwerdeführers stehen Tische mit Stühlen, was von den gesetzlichen Rahmenbedingungen auch gedeckt war. Die Gäste konsumierten dort im Sitzen. Auch habe der Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 01.10.2020 den gegenständlichen § 6 mit Wirkung 01.10.2020 aufgehoben. Diese Aufhebung betraf aber „nur“ die Stammfassung. Die Aufhebung gründete auf gänzliches Fehlen von Entscheidungsgrundlagen. Mit derselben Begründung wurden im Übrigen auch am selben Tag zahlreiche andere Bestimmungen in der gegenständlichen COVID-19-Maßnahmenverordnung aufgehoben. Es ist daher davon auszugehen, dass es sich bei den gegenständlich anzuwendenden Bestimmungen in der geltenden Fassung ebenfalls aufgrund gänzlichen Fehlens jeglicher Erwägungsgründe bei der Verordnungsfindung um verfassungswidrige Bestimmungen handelt. Darüber hinaus wurde auch die verhängte Strafe als überhöht bekämpft.

3. Der Magistrat Steyr hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt und mitgeteilt, dass gegen den Beschwerdeführer 12 rechtskräftige Vorstrafen, allerdings nicht einschlägig, vorliegen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 26. Mai 2021, zu welcher die Verfahrensparteien geladen wurden und mit Ausnahme der belangten Behörde erschienen sind. Weiters wurden die Zeugen G G, GI. D O, S K und S L geladen und einvernommen.

4.1. Folgender Sachverhalt steht erwiesen fest und wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:
Der Beschwerdeführer ist Inhaber des Cafés A in der P in S. Er besitzt die Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe. Bei dem Lokal handelt es sich um einen Kaffee- und Barbetrieb. Das Lokal ist über 110 m² groß und gibt es dort mindestens 14 – 15 Tische mit Sitzbänken und 5 Tische mit zusätzlichen 2 Sesseln. Weiters befindet sich in der Nähe des Einganges linksseitig der Barbereich mit Theke.
Am 10.10.2020 um ca. 22:00 Uhr fand im Lokal eine Kontrolle statt, wobei der Beschwerdeführer nicht anwesend war. Das Lokal war sehr gut besucht bzw. voll.

Es fand eine Kontrolle hinsichtlich Einhaltung der Bestimmungen der COVID-19-Maßnahmenverordnung statt.
Während die Kontrollorgane, welche das Lokal betraten und im Eingangsbereich ihre Wahrnehmungen machten, auch zeugenschaftlich angaben, dass von den Gästen kein Mund-Nasenschutz getragen wurde und selbst die angetroffene Kellnerin zunächst keinen Mund-Nasenschutz getragen hatte, wird von der Kellnerin sowie auch der weiters am Eingangsbereich positionierten Schwester des Beschwerdeführers und Betreibers des Lokales angegeben, dass auf die Einhaltung des Tragens des Mund-Nasenschutzes durch die Gäste Sorge getroffen wurde. Es wurde niemand ohne Mund-Nasenschutz in das Lokal gelassen. Auch wenn Gäste aufstehen und herumgehen ohne Mund-Nasenschutz, wurden sie auf die entsprechende Bestimmung und das Tragen des Mund-Nasenschutzes hingewiesen. Wenngleich durch die Kontrollorgane angegeben wurde, dass Gäste sich im Bereich der Theke, also im Barbereich befanden und dort Gläser in den Händen gehabt haben und Getränke im Stehen konsumierten, wurde dem vom Beschwerdeführer und den beiden einvernommenen Zeuginnen entgegengehalten, dass den Gästen nur im Sitzen Getränke verabreicht werden und die Getränke nur im Sitzen konsumiert wurden. Dazu wurde näher von den Zeuginnen ausgeführt, dass auch im Barbereich in einigen Zentimetern Abstand von der Theke am Anfang und Ende der Theke jeweils ein Stehtisch mit jeweils 4 Stühlen von der Kellnerin vorbereitet wurde und sich die Gäste dort aufhielten und Getränke konsumierten. Selbst von einem Kontrollorgan konnte aber nicht mehr genau angegeben werden, ob bei dieser Kontrolle die beschriebenen Stehtische mit Barhockern im Bereich der Theke vorhanden waren und sich die Gäste dort aufhielten. Von der Kellnerin konnte jeweils nicht ausgeschlossen werden bzw. gab diese an, dass es auch vorkommt, dass Gäste zur Ausschank (Theke) kommen um dort Getränke zu bestellen und sich auch von dort Getränke holen.

4.2. Dieser Sachverhalt stützt sich auf die Angaben des Beschwerdeführers und die Angaben der einvernommenen Zeugen in der mündlichen Verhandlung. Sämtliche Zeugen wurden unter Ermahnung und Erinnerung an die Wahrheitspflicht einvernommen. Da widersprüchliche Aussagen vorliegen bzw. teilweise keine genauen Erinnerungen vorhanden sind, kann nicht mit eindeutiger Sicherheit gesagt werden, ob die Gäste im Bereich der Theke im Stehen Getränke konsumierten oder ob sie auf den höheren Stühlen bzw. Barhockern an den Stehtischen neben der Theke Getränke konsumierten. Es kann auch nicht mit eindeutiger Sicherheit aufgrund der widersprüchlichen Aussagen festgestellt werden, ob diese Stehtische zum Zeitpunkt der Kontrolle vorhanden waren, zumal die Zeuginnen vom Vorhandensein ausgingen, das Polizeiorgan dazu keine Angaben machen konnte und vom Bediensteten des Magistrates Steyr ein Vorhandensein in Abrede gestellt wurde.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 1 COVID-19-Maßnahmengesetz, BGBl. I Nr. 12/2020 idF. BGBl. I Nr. 104/2020 (zum Tatzeitpunkt geltende Fassung), ermächtigt dieses Bundesgesetz zur Regelung des Betretens und des Befahrens von Betriebsstätten, Arbeitsorten, bestimmten Orten und öffentlichen Orten in ihrer Gesamtheit, zur Regelung des Benutzens von Verkehrsmitteln sowie zu Ausgangsregelungen als gesundheitspolizeiliche Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (Abs. 1).
Als Betreten im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt auch das Verweilen (Abs. 2).

Gemäß § 3 COVID-19-Maßnahmengesetz kann beim Auftreten von COVID-19 durch Verordnung
1. das Betreten und das Befahren von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen,
2. das Betreten und das Befahren von Arbeitsorten oder nur bestimmten Arbeitsorten gemäß § 2 Abs. 3 des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes (ASchG) und
3. das Benutzen von Verkehrsmitteln oder nur bestimmten Verkehrsmitteln geregelt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist (Abs. 1).

In einer Verordnung gemäß Abs. 1 kann entsprechend der epidemiologischen Situation festgestellt werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit oder unter welchen Voraussetzungen und Auflagen Betriebsstätten oder Arbeitsorte betreten und befahren oder Verkehrsmittel benutzt werden dürfen. Weiters kann das Betreten und Befahren von Betriebsstätten oder Arbeitsorten sowie das Benutzen von Verkehrsmitteln untersagt werden, sofern gelindere Maßnahmen nicht ausreichen (Abs. 2).

Gemäß § 8 Abs. 4 COVID-19-Maßnahmengesetz begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafen von bis zu 3.600 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu vier Wochen zu bestrafen, wer als Inhaber einer Betriebsstätte oder eines Arbeitsortes, als Betreiber eines Verkehrsmittels oder als gemäß § 4 hinsichtlich bestimmter privater Orte, nicht von Abs. 2 erfasster Verpflichteter nicht dafür Sorge trägt, dass die Betriebsstätte, der Arbeitsort, das Verkehrsmittel oder der bestimmte private Ort nicht entgegen den in einer Verordnung gemäß §§ 3 und 4 festgelegten Personenzahlen, Zeiten, Voraussetzungen oder Auflagen betreten oder befahren wird.

Gemäß § 6 der COVID-19-Maßnahmenverordnung (COVID-19-MV), BGBl. II Nr. 197/2020 idF. BGBl. II Nr. 412/2020, ist das Betreten von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe unter den in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen zulässig (Abs. 1).
Der Betreiber hat sicherzustellen, dass die Konsumation von Speisen und Getränken nicht in unmittelbarer Nähe der Ausgabestelle erfolgt (Abs. 3).
In geschlossenen Räumen ist die Konsumation von Speisen und Getränken nur im Sitzen an Verabreichungsplätzen zulässig (Abs. 3a).
Der Kunde hat in geschlossenen Räumen – ausgenommen während des Verweilens am Verabreichungsplatz – eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen (Abs. 5b).

5.2. Im Grunde des festgestellten Sachverhaltes ist zwar erwiesen, dass Gäste im Bereich der Theke bzw. Ausschank Getränkegläser in der Hand hatten und Getränke konsumierten und auch Gläser auf der Theke standen. Es kann aber mit eindeutiger Sicherheit nicht gesagt werden, ob diese Getränke im Stehen eingenommen wurden, oder ob nicht wie von den Zeuginnen beschrieben – neben der Theke Stehtische mit erhöhten Barhockern vorhanden waren und dort die Getränke im Sitzen konsumiert wurden. Jedenfalls wurde auch von den Zeuginnen angeführt, dass diese Stehtische nur einige Zentimeter von der Theke entfernt standen.

Da aber im angefochtenen Straferkenntnis zum Faktum 2 dem Beschwerdeführer vorgeworfen wurde, dass die Getränke im Stehen konsumiert wurden und daher eine Übertretung gemäß § 6 Abs. 3a COVID-19-MV vorliege, kann die Erfüllung dieses Tatbestandes nicht mit einwandfreier Sicherheit als gegeben betrachtet werden. Entgegen der Anzeige, in welcher die Konsumation von Speisen und Getränken in unmittelbarer Nähe der Ausgabestelle (§ 6 Abs. 3 COVID-19-MV) zur Anzeige gebracht wurde, wurde sowohl in der Aufforderung zur Rechtfertigung als auch im angefochtenen Straferkenntnis der Tatbestand gemäß § 6 Abs. 3a COVID-19-MV – und nicht wie in der Anzeige der Tatbestand nach § 6 Abs. 3 der COVID-19-MV - vorgeworfen. Es war daher das angefochtene Straferkenntnis im Faktum 2 aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG einzustellen.

Zum Faktum 1 bestehen zwar ebenso widersprüchliche Zeugenangaben über das Tragen eines Mund-Nasenschutzes durch die Gäste während sie sich im Lokal bewegten. Allerdings gab die Kellnerin selber zu, dass sie nicht das ganze Lokal im Blickfeld hatte und auch die Gäste nicht im Blickfeld hatte, zumal sie allein im Lokal servierte und sehr viele Gäste anwesend waren. Allerdings ist nach dem Wortlaut des § 6 Abs. 5b der COVID-19-MV Normadressat hinsichtlich des Tragens eines Mund-Nasenschutzes in geschlossenen Räumen – ausgenommen während des

Verweilens am Verabreichungsplatz – „der Kunde“. Im Gegensatz dazu ist in den übrigen Bestimmungen, insbesondere § 6 Abs. 1a, Abs. 2, Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 5a COVID-19-MV Normadressat der Betreiber. Im Grunde der häufigen ausdrücklichen Benennung des Betreibers bzw. Inhabers der Betriebsstätte in § 6 der COVID-19-MV ist daher davon auszugehen, dass nach § 6 Abs. 5b COVID-19-MV Normadressat der Kunde hinsichtlich des Einhaltens einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden mechanischen Schutzvorrichtung ist und nicht der Betreiber. Es ist daher eine entsprechende Strafbarkeit des Lokalbetreibers für die Nichteinhaltung durch die Gäste bzw. Kunden nicht gegeben. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Verpflichteter der Bestimmung des § 6 Abs. 5b COVID-19-MV der Kunde bzw. Gast ist und daher bei Nichteinhaltung der Verpflichtung gemäß § 8 Abs. 2 Z. 1 COVID-19-MV der Gast strafbar ist.
Weil eine Strafbarkeit des Beschwerdeführers zum Faktum 1 nicht gegeben war, war daher das Straferkenntnis aus diesem Grunde gemäß § 45 Abs. 1 Z. 2 VStG aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

5.3. Weil die Beschwerde Erfolg hatte, entfällt ein Verfahrenskostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG.

6. 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.

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. 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 e

1. 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.

2. Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt