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-700983/4/MZ

Datum:
Linz, 30. Juni 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Dr. Zeinhofer über die Beschwerde der A P, vertreten durch RA Dr. G A, x, x, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 22.03.2021, GZ: 0005587/2021, wegen Übertretung der 2. COVID-19-NotMV, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung durch Verkündung

zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Die beschwerdeführende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens in der Höhe von 1.000 Euro zu leisten.

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

I. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz (in Folge: belangte Behörde) vom 22.03.2021, GZ: 0005587/2021, wurde über die beschwerdeführende Partei (in Folge: bP) wie folgt abgesprochen:

„I. Tatbeschreibung:
Die Beschuldigte, Frau A P, geboren am x, hat als Inhaberin der Gastgewerbebetriebsstätte „B“ am Standort x, x, welche nicht unter die Ausnahmetatbestände der §§ 7 Abs. 2 bis 4 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung einer Notsituation auf Grund von COVID-19 getroffen werden (2. COVID-19-NotMV) fällt, am x in der Zeit von 16.30 bis 16.50 Uhr sowie um 19.55 Uhr nicht dafür Sorge getragen, dass diese Betriebsstätte nicht zum Zweck der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes betreten wird, indem zu den angeführten Tatzeitpunkten durch Wacheorgane der LPD Oberösterreich, PI Landhaus, festgestellt wurde, dass sich im angeführten Lokal 37 (16.30 bis 16.50 Uhr) bzw. 34 (19.55 Uhr) Gäste aufhielten, welche von der Beschuldigten und einer weiteren Kellnerin bedient wurden und diverse (alkoholische) Getränke konsumierten, ohne eine Abholung von Speisen oder Getränken durchzuführen, obwohl gemäß § 7 Abs. 1 der genannten Verordnung das Betreten von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes untersagt ist.
Ein Ausnahmetatbestand iSd §§ 7 Abs. 7 (Abholung von Speisen oder Getränken) oder Abs. 8 (Lieferservice) der 2. COVID-19-NotMV lag somit nicht vor.
II. Verletzte Rechtsvorschrift(en) in der gültigen Fassung:
§§ 3 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 iVm § 8 Abs. 3 COVID-19-Maßnahmengesetz, BGBl. I Nr. 12/2020 idF BGBl. I Nr. 138/2020, iVm § 7 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung einer Notsituation auf Grund von COVID-19 getroffen werden (2. COVID-19-NotMV), BGBl. II Nr. 598/2020 idF BGBl. II Nr. 2/2021
III. Strafausspruch:
Über die Beschuldigte wird folgende Geldstrafe verhängt:
€ 5.000,00
Im Falle der Uneinbringlichkeit wird folgende Ersatzfreiheitsstrafe verhängt:
168 Stunden
Rechtsgrundlagen: § 8 Abs. 3 COVID-19-MG; §§ 16 und 19 Verwaltungsstrafgesetz (VStG)
IV. Kostenentscheidung:
Als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens hat die Beschuldigte 10 % der verhängten Strafe, das sind € 500,00, zu leisten.
Rechtsgrundlage: §§ 64 Abs. 1 und 2 Verwaltungsstrafgesetz (VStG)“

II. Gegen das genannte Straferkenntnis erhob die bP rechtzeitig das Rechtsmittel der Beschwerde. Verkürzt bringt die bP vor, sie sei durch die Betriebsschließungen im vergangenen Jahr finanziell derart unter Druck geraten, dass ihr keine andere Möglichkeit geblieben sei, ihr Lokal zu öffnen, um sich und ihren Sohn zu ernähren.

Zudem äußert die bP Bedenken im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der der Bestrafung zugrunde liegenden allgemeinen Normen.

III.a) Die belangte Behörde hat die Beschwerde unter Anschluss des bezughabenden Verwaltungsstrafaktes, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen, dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt. Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art 130 Abs 1 Z 1 iVm 131 Abs 1 B-VG iVm § 3 VwGVG). Gemäß Art 135 Abs 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter.

b) Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den von der belangten Behörde zur Entscheidung übermittelten Verfahrensakt und die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung.

c.1) Feststellungen

Die beschwerdeführende Partei betreibt in der x in x einen Gastgewerbebetrieb. Diesen öffnete die beschwerdeführende Partei am 11.1.2021 nach einer entsprechenden Ankündigung auf einer Demonstration am 8.1.2021 in x.

Im am 11.1.2021 geöffneten Lokal befanden sich im Zeitraum von 16.30 Uhr bis 16.50 Uhr 37 Personen und um 19.55 Uhr 34 Personen, in welchem die beschwerdeführende Partei und eine Kellnerin diverse Getränke ausschenkte und wurden diese von Gästen vor Ort konsumiert.

Die Schließung des Lokals im Zuge der Covid-Maßnahmen entspricht den allgemeinen Schließungen, dh das Lokal wurde erstmalig mit 16.3.2020 geschlossen, zwischenzeitig unter Einschränkungen geöffnet, in Folge mit 3.11.2020 bis zum Tatzeitpunkt wieder geschlossen. Dies führte für die beschwerdeführende Partei zu einer Umsatzeinbuße im Zeitraum Mai 2020 bis November 2020 um zwei Drittel. Die beschwerdeführende Partei hat im Zeitraum März 2020 bis November 2020 Umsatzersatz und Fixkostenzuschuss in der Höhe von insgesamt 10.500 Euro erhalten. Im November und Dezember wurden jeweils 2.300 Euro bezogen. Die bezogenen Geldleistungen wurden für mit dem Betrieb zusammenhängende aufgelaufene Kosten verwendet, wobei nach wie vor Rückstände aushaften.

Die beschwerdeführende Partei ist für einen 14-jährigen Sohn sorgepflichtig und bringt vor, keine Familienbeihilfe für diesen zu beziehen. Sozialhilfe wurde nicht beantragt. Weiters wird vorgebracht, dass das Lokal geöffnet wurde, um die Lebenserhaltungskosten für sich und den Sohn decken zu können.

Betreffend die beschwerdeführende Partei liegen zumindest drei nicht getilgte verwaltungsstrafrechtliche Vormerkungen vor.

Im Oktober 2020 wurde von der bP ein weiteres Lokal gepachtet.

c.2) Die Feststellungen sind unbestritten, eine Würdigung der Beweise kann daher entfallen.

IV. Rechtliche Beurteilung

a.1) Die einschlägigen Bestimmungen des COVID-19-Maßnahmengesetzes lauten in der im Tatzeitpunkt geltenden Fassung:

„Betreten und Befahren von Betriebsstätten und Arbeitsorten sowie Benutzen von Verkehrsmitteln

§ 3. (1) Beim Auftreten von COVID-19 kann 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 und

das Benutzen von Verkehrsmitteln oder nur bestimmten Verkehrsmitteln

geregelt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.

(2) In einer Verordnung gemäß Abs. 1 kann entsprechend der epidemiologischen Situation festgelegt 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.

Strafbestimmungen

§ 8. (1) …

(3) Wer als Inhaber einer Betriebsstätte oder eines Arbeitsortes, als Betreiber eines Verkehrsmittels oder als gemäß § 4 hinsichtlich bestimmter privater Orte, nicht von Abs. 1 erfasster Verpflichteter nicht dafür Sorge trägt, dass die Betriebsstätte, der Arbeitsort, das Verkehrsmittel oder der bestimmte private Ort, deren/dessen Betreten oder Befahren gemäß §§ 3 und 4 untersagt ist, nicht betreten oder befahren wird, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 30 000 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu sechs Wochen, zu bestrafen. … „

a.2) Die einschlägigen Normen der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung einer Notsituation auf Grund von COVID-19

getroffen werden (2. COVID-19-NotMV), lauten in der im Tatzeitpunkt geltenden Fassung:

„Gastgewerbe

§ 7. (1) Das Betreten und Befahren von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes ist untersagt.

(2) Abs. 1 gilt nicht für Gastgewerbebetriebe, die innerhalb folgender Einrichtungen betrieben werden:

1. Krankenanstalten und Kuranstalten,
2. Alten-, Pflege- und Behindertenheimen,
3. Einrichtungen zur Betreuung und Unterbringung von Kindern und Jugendlichen einschließlich Schulen und Kindergärten,
4. Betrieben,

wenn diese ausschließlich durch die dort betreuten, untergebrachten oder nicht zum bloßen Besuch aufhältigen Personen oder durch Betriebsangehörige genutzt werden.

(3) ...

(7) Abweichend von Abs. 1 ist die Abholung von Speisen und alkoholfreien sowie in handelsüblich verschlossenen Gefäßen abgefüllten alkoholischen Getränken zwischen 06.00 und 19.00 Uhr zulässig. Die Speisen und Getränke dürfen nicht im Umkreis von 50 Metern um die Betriebsstätte konsumiert werden. Bei der Abholung ist gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten sowie eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen.

(8) Abs. 1 gilt nicht für Lieferservices.“

b) Die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes des § 7 Abs 1 2. COVID-19-NotMV wird von der bP nicht in Abrede gestellt und braucht sohin nicht näher thematisiert zu werden. Gleiches gilt in Bezug darauf, dass keiner der Ausnahmetatbestände des § 7 leg cit zur Anwendung gelangt.

c) Zur subjektiven Tatseite ist festzuhalten, dass die bP die Lokalöffnung absichtlich vorgenommen hat. Ein Rückgriff auf die Fahrlässigkeitsvermutung des § 5 VStG kann daher unterbleiben.

d.1) Das Vorbringen der bP, ihre Handlung sei durch Notstand im Sinne des § 6 VStG entschuldigt, wird vom Landesverwaltungsgericht nicht geteilt:
Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH begründet allenfalls eine unmittelbare Bedrohung der Lebensmöglichkeit einen Notstand (VwGH 3.3.1994, 93/18/0090). Die beschwerdeführende Partei hat bereits Tage vor der Öffnung des Lokals diese auf einer Demonstration angekündigt bzw hat sich die finanzielle Notlage der bP über Monate aufgebaut, weshalb allein schon deshalb eine unmittelbare Bedrohung ausgeschlossen werden kann. Insbesondere ist auch darauf zu verweisen, dass die beschwerdeführende Partei im Oktober des Vorjahres ein 2. Lokal gepachtet hat und daher in einem Zeitpunkt, in welchem bereits eine äußerst prekäre finanzielle Situation vorgelegen ist, neue Ausgaben auf sich genommen hat. Ein wirtschaftlicher Notstand ist daher zu verneinen.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich somit nicht von einem sonstigen Unternehmen, welches, wenn auch zweifellos unverschuldet, in eine finanzielle Schieflage gekommen ist. Würde man der Argumentation der beschwerdeführende Partei folgen, würde dies für jeden in finanziellen Schwierigkeiten steckenden Lokalbetreiber bedeuten, sich über für seinen Erwerb einschlägigen Normen hinwegsetzen zu können, und etwa Sperrstundenregelungen nicht einhalten zu müssen oder Alkohol an Jugendliche ausschenken zu können.

d.2) Wenn die bP geltend macht, im Hinblick auf staatliche Hilfen durch den Raster gefallen zu sein, ist ihr entgegen zu halten, dass sie durchaus verschiedene staatliche Unterstützungsleistungen erhalten hat. Das Vorbringen kann daher nicht nachvollzogen zu werden.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass bei nicht zureichenden Mitteln zur Deckung des Lebensunterhaltes Sozialhilfe beantragt hätte werden können.

e) Zur Strafhöhe ist darauf hinzuweisen, dass der Strafrahmen 30.000 Euro beträgt. Die übertretenen Normen schützen das Leben und die Gesundheit der Bevölkerung, weshalb diesen eine äußerst hohe Bedeutung zuzumessen ist.

Die von der bP verwirklichte Tat greift massiv in das geschützte Rechtsgut ein, weshalb eine spürbare Geldstrafe unvermeidlich ist. Die belangte Behörde hat den Strafrahmen in etwa zu 17 % ausgeschöpft, Milderungsgründe liegen ebenso wenig wie Erschwerungsgründe vor. Das erkennende Gericht erachtet die verhängte Strafe daher angesichts der absichtlichen Tatbegehung als angemessen um die beschwerdeführende Partei in Hinkunft von derartigen Übertretung abzuhalten.

f) Insoweit die bP die Gesetz- bzw Verfassungswidrigkeit der der Bestrafung zugrunde liegenden Normen geltend macht ist sie darauf hinzuweisen, dass das erkennende Gericht die Ausführungen, das zum Seuchengeschehen keine validen Daten vorliegen würden, nicht nachvollziehen zu mag und auch nicht teilt.

Es ist der bP zwar dahingehend zuzustimmen, dass im Wege der Pandemiebekämpfung möglicherweise auch andere als die vom Verordnungsgeber gesetzten Schritte geeignet und vielleicht konkret für die bP auch weniger belastend gewesen wären. Die Eignung der vom Normsetzer gewählten Schritte zeigt sich aber allein schon aufgrund der aktuellen deutlich entspannteren Pandemielage. Da der VfGH dem Gesetzgeber zur Bekämpfung der Pandemie einen umfassenden politischen Gestaltungsspielraum zugesteht, ist für das Landesverwaltungsgericht auch nicht erkennbar, dass dieser Spielraum überschritten worden wäre. Allfällige für die bP sich über die Vergleichsgruppe

hinaus ergebende Belastungen sind als Härtefall im Sinne der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung anzusehen.

Im Hinblick auf die vorgebrachte Gleichheitswidrigkeit ist festzuhalten, dass der Betrieb einer Gastronomiestätte bereits dem Wesen nach anders und sohin nicht vergleichbar mit einem Einzelhandelsunternehmen oder körpernahen Dienstleistung ist, weshalb eine Ungleichbehandlung derartiger Betriebe keine verfassungsrechtlichen Probleme aufwerfen sollte.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da die Entscheidung der zitierten, soweit ersichtlich einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 6 VStG entspricht und eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung daher nicht vorliegt.

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

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. Zeinhofer