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-700987/5/KLi

Datum:
Linz, 23. Juli 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 15. April 2021 des Mag. M B, vertreten durch die L Österreich GmbH, R & C, Mag. M B und Mag. A T, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 22. März 2021, GZ: BHPE/921110000711/21, wegen Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als die verhängten Geldstrafen auf jeweils 500 Euro, insgesamt 1.000 Euro, und die Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 93 Stunden, insgesamt 186 Stunden, herabgesetzt werden. Darüber hinaus wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde in Höhe von 100 Euro zu leisten. Im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fallen keine Kosten an.

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. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg (in der Folge: belangte Behörde) vom 22. März 2021, GZ: BHPE/921110000711/21, wurden dem Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) nachfolgende Übertretungen des COVID-19-Maßnahmengesetzes vorgeworfen:

„Spruch

1. Datum/Zeit: 13.01.2021, 08:45 Uhr
Ort: M, L
Sie haben als verantwortlicher Beauftragter der L Österreich GmbH (FN 131556 s), welche Inhaberin einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels, nämlich des L Marktes in M, L ist, nicht dafür Sorge getragen, dass diese Betriebsstätte des Lebensmittelhandels nicht entgegen den in einer Verordnung gem. § 3 Abs. 2 festgelegten Auflagen betreten wird, da Waren angeboten wurden, die nicht dem typischen Warensortiment einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels entsprechen. Es wurden Garten- und Küchengeräte, Werkzeuge, Kleidung, Schuhe, Kaffeemaschinen, Blumentöpfe angeboten und es waren die Kundenbereiche dieser Waren für Kundinnen und Kunden frei zugänglich. Diese Waren hätten nicht angeboten werden dürfen, da sie nicht dem typischen Warensortiment einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels entsprechen.

2. Datum/Zeit: 12.01.2021, 11:20 Uhr
Ort: P
Sie haben als verantwortlicher Beauftragter der L Österreich GmbH (FN 131556 s), welche Inhaberin einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels, nämlich des L Marktes in P, N ist, nicht dafür Sorge getragen, dass diese Betriebsstätte des Lebensmittelhandels nicht entgegen den in einer Verordnung gem. § 3 Abs. 2 festgelegten Auflagen betreten wird, da Waren angeboten wurden, die nicht dem typischen Warensortiment einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels entsprechen. Es wurden Küchengeräte, Kleidungsstücke angeboten und es waren die Kundenbereiche dieser Waren für Kundinnen und Kunden frei zugänglich. Diese Waren hätten nicht angeboten werden dürfen, da sie nicht dem typischen Warensortiment einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels entsprechen.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1. § 8 Abs. 4 und § 3 Abs. 2 COVID-19 Maßnahmengesetz - COVID-19-MG, BGBl. I Nr. 12/2020, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2020 iVm § 5 Abs. 5 Z 2 und § 5 Abs. 6 Z 2 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung, BGBl. II Nr. 598/2020, in der Fassung BGBl. II Nr. 2/2021

2. § 8 Abs. 4 und § 3 Abs. 2 COVID-19 Maßnahmengesetz - COVID-19-MG, BGBl. I Nr. 12/2020, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2020 iVm § 5 Abs. 5 Z 2 und § 5 Abs. 6 Z 2 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung, BGBl. II Nr. 598/2020, in der Fassung BGBl. II Nr. 2/2021“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Sodann führte die belangte Behörde im Spruch des Straferkenntnisses (wenn auch auf der nächsten Seite – dazu unter V.1.) die maßgeblichen Gesetzes- bzw. Verordnungsbestimmungen und die verhängten Strafen an:

Gemäß § 8 Abs. 4 und § 3 Abs. 2 COVID-19 Maßnahmengesetz - COVID-19-MG, BGBl. I Nr. 12/2020, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2020 wurde über den Bf jeweils eine Geldstrafe von 1.000 Euro, bzw. jeweils eine Ersatzfreiheitsstrafe von 7 Tagen und 19 Stunden verhängt. Ferner wurde der Bf verpflichtet einen Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde von 200 Euro zu bezahlen.

Begründend führte die belangte Behörde dazu Nachfolgendes aus:

„Die Behörde geht von folgendem Sachverhalt aus:

Zu 1.: Die Polizeiinspektion Mauthausen hat am Mittwoch, 13.01.2021, 08:45 Uhr beim L Markt in M, L eine Überprüfung hinsichtlich der Einhaltung der COVID-Maßnahmen durchgeführt und darüber folgenden Bericht vom 13.01.2021 erstattet:
„Zum Auftrag der BH Perg wird folgendes berichtet:
Zur oben angeführten Zeit wurde mit dem Stv. Filialleiter M B Kontakt aufgenommen. Dieser gab zu den Zutrittsbeschränkungen an, dass es keine Vorgaben seitens der L Zentrale dafür gibt und sich somit auch eine unbegrenzte Anzahl von Kunden im Objekt zum Einkaufen aufhalten dürfen.
Die Gesamtfläche der L Filiale M beträgt ca. 1200 m². Davon werden ca. 100 m² für nicht Lebensmittelmarkt typische Waren (Kleidung, E-Geräte usw.) verwendet. Diese Verkaufsflächen waren nicht abgesperrt. Auf die Frage, weshalb diese Waren angeboten und verkauft werden, gab B an, dass es seitens der L Zentrale keine diesbezüglichen Anordnungen gibt und sie deshalb die Waren zum Kauf anbieten.
Von den frei zugänglichen und von Kunden frequentierten Regalgängen in diesem Bereich wurden Lichtbilder angefertigt und liegen dem Akt als Anlage bei.“
Die Lichtbilder zeigen:
Bild 1: Garten- und Küchengeräte
Bild 2: Werkzeuge, Kleidung
Bild 3: Kleidung
Bild 4: Kleidung, Schuhe, Kaffeemaschinen
Bild 5: nicht zuordenbar
Bild 6: Kleidung, Blumentöpfe

Zu 2.: Die Polizeiinspektion Perg hat am Dienstag, 12.01.2021, 11:20 Uhr unter anderen beim L Markt in P eine Überprüfung hinsichtlich der Einhaltung der COVID-Maßnahmen durchgeführt und darüber folgenden Bericht vom 14.01.2021 erstattet:
„Zum Auftrag der BH Perg wird berichtet:
Zur oben angeführten Zeit wurden von der Patrouille Perg 3 die angeführten Firmen hinsichtlich Einhaltung der Corona Notmaßnahmen kontrolliert.

Am Kontrollort wurde jeweils mit dem Filialleiter bzw. Filialleiterstellvertreter Kontakt aufgenommen. .... und B H (Filialleiterin L) gaben an, dass es keine Vorgaben bzw. Anordnungen seitens der Zentrale gibt und sie deshalb die Waren, die dem Standard-Sortiment entsprechen, zum Verkauf anbieten.
Von den frei zugänglichen und von Kunden frequentierten Regalgängen in diesem Bereich wurden Lichtbilder angefertigt und liegen dem Akt als Beilage bei."
Die Lichtbilder zeigen:
Bild 1: Küchengeräte
Bild 2: Kleidungsstücke
Bild 3: Kleidungsstücke
Bild 4: Kleidungsstücke

Die gegenständlichen L Märkte in M, L und P, N werden laut GISA (Zahl 17942652) von der L Österreich GmbH (FN 131556 s) als Gewerbeinhaberin betrieben. Sie verfügt über die erforderliche Gewerbeberechtigung des Handelsgewerbes. Es handelt sich um Betriebsstätten des Lebensmittelhandels, da überwiegend Lebensmittel angeboten werden.

Sie sind laut Firmenbuch handelsrechtlicher Geschäftsführer der L Österreich GmbH. Laut der „Vereinbarung über die Bestellung zu Verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 Satz 1 VStG" sind Sie aus dem Kreis der handelsrechtlichen Geschäftsführer schon im Mai 2017 zum verantwortlichen Beauftragten bestellt worden (lit. A). Nachdem in dieser Urkunde Änderungen vorgenommen wurden, wird bestimmt, dass sich die Verantwortungsbereiche der Bestellten daher nun wir folgt definieren (lit. C). Gemäß lit. C Z 5 dieser Vereinbarung sind Sie als verantwortlicher Beauftragter sachlich für sämtliche Rechtsvorschriften (ausgenommen der unter Punkt 1 und 2 definierten Rechtsvorschriften) und örtlich betreffend sämtliche Standorte der L Österreich GmbH, welche in den Bundesländern Salzburg (mit einer Ausnahme), Oberösterreich, Tirol und Vorarlberg gelegen sind, bestellt. Unter lit. E haben Sie dazu am 12.05.2020 mit Ihrer Unterschrift die Zustimmung erteilt. Die Bestellungen unter den Punkten 1. und 2. betreffen zwei andere verantwortliche Beauftragte, die für ganz Österreich für sämtliche lebensmittelrechtlichen Vorschriften (inkl. Weingesetz) sowie für die Vorschriften des Maß- und Eichrechtes und des Futter- und Düngemittelgesetzes sowie für sämtliche Bauvorschriften und baupolizeiliche Vorschriften verantwortlich sind.

Sie sind somit der verantwortliche Beauftragte gem. § 9 Abs. 2 erster Satz VStG für die beiden L Märkte in Mauthausen und Perg betreffend die Einhaltung der gesundheitsrechtlichen Vorschriften, da Ihnen sämtliche Verwaltungsvorschriften - mit Ausnahme der oben angeführten Materien - für alle Standorte in Oberösterreich zugewiesen worden sind.

Mit der Aufforderung zur Rechtfertigung der BH Perg vom 05.02.2021 wurde Ihnen dieser Sachverhalt als verantwortlichem Beauftragten dieser beiden Märkte vorgeworfen.

Sie haben dagegen, vertreten durch die L Österreich GmbH, S, eine umfangreiche Stellungnahme eingebracht, die wie folgt lautet:
[...]

Beweiswürdigung:

Die Feststellungen der Organe der Polizeiinspektion Mauthausen und Perg waren eindeutig und wurden in der Sache nicht bestritten. Die Frage des für einen Lebensmittelhandel typischen Warensortimentes kann nicht auf der Sachverhaltsebene gelöst werden. Die angebotenen und unzulässigen Non-Food-Warengruppen sind eindeutig identifiziert worden. Eine Diskussion über jedes einzelne vorgeworfene Produkt wurde in der Rechtfertigung vom 10.03.2021 zwar pauschal gefordert, im Detail aber nicht begonnen.

Rechtliche Beurteilung:

Anzuwendende Rechtsvorschriften:

Die Ermächtigung des Bundesgesetzgebers für die übertretenen Verordnungsbestimmungen des zuständigen Bundesministers (COVID-19-Notmaßnahmenverordnung (COVID-19-NotMV)) findet sich in § 4 Abs. 1 und 2 COVID-19-Maßnahmengesetz (COVID-19-MG):

§ 4 Abs. 1: Beim Auftreten von COVID-19 kann durch Verordnung das Betreten und das Befahren von
1. bestimmten Orten oder
2. öffentlichen Orten in ihrer Gesamtheit
geregelt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.
Abs. 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 diese Orte betreten und befahren werden dürfen. Weiters kann das Betreten und Befahren bestimmter Orte gemäß Abs. 1 Z 1, nicht aber öffentlicher Orte in ihrer Gesamtheit gemäß Abs. 1 Z 2 untersagt werden, sofern gelindere Maßnahmen nicht ausreichen.

In § 8 Abs. 4 COVID-19-MG werden die entsprechend erlassenen Verordnungen mit einer Verwaltungsstrafsanktion belegt:
Wer als Inhaber einer Betriebsstätte oder eines Arbeitsortes, als Betreiber eines Verkehrsmittels oderals 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, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 3 600 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu vier Wochen, zu bestrafen.

Ob diese Verordnungsermächtigung zur Erlassung der konkreten Verordnung ausreichend determiniert ist und ob die – unter Strafsanktion gesetzte - Verordnung verfassungskonform ist, ist eine verfassungsrechtliche Frage, die die Verwaltungsstrafbehörde nicht prüfen darf. Sie ist angehalten, die vom zuständigen Verwaltungsorgan (Bundesminister für Gesundheit, Soziales, Pflege und

Konsumentenschutz) erlassenen Verordnungen zu vollziehen und auf deren Basis ihre Entscheidungen zu treffen.

§ 5 2. COVID-19-NotMV:
Absatz 1:
Das Betreten und Befahren des Kundenbereichs von
1. Betriebsstätten des Handels zum Zweck des Erwerbs von Waren, ...
ist untersagt.
Absatz 5:
Abs. 1 erster Satz gilt nicht für
1. öffentliche Apotheken,
2. Lebensmittelhandel (einschließlich Verkaufsstellen von Lebensmittelproduzenten) und bäuerliche Direktvermarkter,
3. Drogerien und Drogeriemärkte, ...
Absatz 6:
Das Betreten des Kundenbereichs von Betriebsstätten ist unter folgenden Voraussetzungen und Auflagen zulässig:
1. Der Kundenbereich der Betriebsstätten gemäß Abs. 5 Z 2 bis 4, 8 bis 10 und 12 bis 14 darf nur in der Zeit zwischen 06.00 und 19.00 Uhr betreten werden. Dies gilt nicht für die Warenabgabe aus Automaten. Restriktivere Öffnungszeitenregeln aufgrund anderer Rechtsvorschriften bleiben unberührt.
2. Es dürfen nur Waren angeboten werden, die dem typischen Warensortiment der in Abs. 5 genannten Betriebsstätten des Handels entsprechen.
3. Gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ist ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten.
4. Kunden haben eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen.
5. Der Betreiber hat sicherzustellen, dass er und seine Mitarbeiter bei Kundenkontakt eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung tragen, sofern zwischen den Personen keine sonstige geeignete Schutzvorrichtung zur räumlichen Trennung vorhanden ist, die das gleiche Schutzniveau gewährleistet.
6. Der Betreiber hat durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass sich maximal so viele Kunden gleichzeitig im Kundenbereich aufhalten, dass pro Kunde 10 m² zur Verfügung stehen; ist der Kundenbereich kleiner als 10 m², so darf jeweils nur ein Kunde den Kundenbereich der Betriebsstätte betreten. Bei Betriebsstätten ohne Personal ist auf geeignete Weise auf diese Voraussetzung hinzuweisen.

Die Bezirksverwaltungsbehörde und über deren Ersuchen die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes im Rahmen der Unterstützungspflicht gem. § 6 können die Einhaltung von Betretungsverboten, Voraussetzungen und Auflagen – auch durch Überprüfung vor Ort – kontrollieren. (§ 9 Abs. 1 COVID-19-MG)

Die Kernfrage dieses Verwaltungsstrafverfahrens ist, ob die konkret angebotenen NON-FOOD-Waren dem typischen Warensortiment einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels (einschließlich Verkaufsstellen von Lebensmittelproduzenten) und bäuerlicher Direktvermarkter angehören oder nicht. Gleich vorweg darf darauf verwiesen werden, dass Produkte, die laut den anderen Ziffern des § 5 Abs. 5 2. COVID-19-NotMV zulässigerweise

angeboten werden, zB Drogerieartikel oder Tierfutter hier nicht beanstandet werden und nicht Gegenstand sind. Es geht nur um jene Produkte bzw. Warengruppen, die nicht unter Lebensmittel und auch unter keine der anderen Ausnahmen fallen.

Da der Verordnungsgeber eine Definition des für einen Lebensmittelhandel typischen Sortimentes schuldig geblieben ist und auch keine Erläuterungen dazu vorliegen, muss auf andere Wissensquellen zurückgegriffen werden. Im deutschen Sprachraum ist nach Meinung der Verwaltungsstrafbehörde der Stand des Wissens in Wikipedia aktuell und umfassend dargestellt. Lebensmittel werden dort (https://de.wikipedia.org/wiki/Lebensmittel) wie folgt definiert:
„Lebensmittel sind Substanzen, die konsumiert werden, um den menschlichen Körper zu ernähren. Der Begriff Lebensmittel (früher im Süddeutschen auch: Viktualien) umfasst als Oberbegriff sowohl das Trinkwasser als auch die Nahrungsmittel. Trinkwasser besteht aus Wasser und darin gelösten Mineralstoffen. Im Unterschied zu Trinkwasser bestehen Nahrungsmittel im Wesentlichen aus den Makronährstoffen – dies sind die Kohlenhydrate, die Lipide (Fette) und die Proteine – und führen daher dem Menschen chemisch gebundene Energie zu. Zusätzlich sind Mikronährstoffe als Mengen- und Spurenelemente wesentliche Bestandteile von Nahrungsmitteln. Lebensmittel werden vom Menschen zum Zwecke der Ernährung oder des Genusses über den Mund, gegebenenfalls nach weiterer Zubereitung, aufgenommen.“

Die vorgeworfenen Warengruppen zählen nicht dazu.

Weiters definiert Wikipedia die Kategorie Lebensmittelhandel wie folgt (https://de.wikipedia.org/wiki/Kategorie:Lebensmittelhandel):
„Definition: Der Begriff Lebensmittel umfasst in dieser Kategorie Nahrungs- und Genussmittel, Getränke und Tabakwaren entsprechend der Statistischen Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft/NACE 2“

Ein näheres Eingehen auf die NACE2 ist nicht erforderlich, da nur Nahrungs- und Genussmittel, Getränke und Tabakwaren umfasst sind, die vorgeworfenen Warengruppen aber nicht darunter fallen. Aus diesen beiden Definitionen (Wikipedia) geht klar hervor, dass die angeführten NON-FOOD-Artikel nicht zum typischen Warensortiment einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels zählen. Es mag durchaus sein, dass mit der Zeit ein breiteres Warensortiment als die Lebensmittel eingeführt worden ist und somit eine Art „Gemischtwarenbetrieb“ entstanden ist. Da aber die Mischbetriebe nicht eigens erwähnt werden und das Sortiment auf Lebensmittel eingeschränkt wird, ändert sich durch die historische Entstehung eines breiteren Sortimentes nichts.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass die angebotenen NON-FOOD-Artikel nicht zum typischen Warensortiment eines Lebensmittelhandelsbetriebes gehören und daher im 3. Lockdown nicht angeboten werden durften. Dadurch dass diese Warengruppen bei der Überprüfung zugänglich waren und diese Warengruppen nicht typisch für den Lebensmittelhandel sind, ist der objektive Tatbestand erfüllt. Somit steht fest, dass Sie als verantwortlicher Beauftragter der L Österreich GmbH, welche Inhaberin der zwei Betriebsstätten des Lebensmittelhandels ist, gegen das COVID-19-MG und die 2. COVID-19-NotMV verstoßen haben.

Hinsichtlich der subjektiven Tatseite ist auszuführen, dass gemäß § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht 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. Im Falle eines "Ungehorsamsdeliktes" - als welches sich auch die gegenständlichen Verwaltungsübertretungen darstellen - tritt somit insofern eine Verlagerung der Beweislast ein, als die Behörde lediglich die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes zu beweisen hat, während es Sache der Beschuldigten ist, glaubhaft zu machen, dass sie an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Eine Glaubhaftmachung in diesem Sinne ist durch Sie nicht erfolgt. Die Entscheidung, diese nicht typischen Warengruppen anzubieten, muss wohl bewusst getroffen worden sein. Die ggst. Regelungen waren für die betroffenen Verkehrskreise klar ersichtlich und nicht neu, da sie auch beim 1. und 2. Lockdown gegolten haben. Sie hätten als verantwortlicher Beauftragter anders entscheiden und diese Waren aus dem Angebot nehmen müssen. Ob Ihre verfassungsrechtlichen Einwände gegen diese Regelung zutreffend sind, darf nicht von der Verwaltungsstrafbehörde beurteilt werden. Auch die subjektive Tatseite liegt somit vor.

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. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des/der Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28.11.1966, 1846/65) um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. u. a. VwSlg 8134 A/1971).

Es liegen weder Erschwernis- noch Milderungsgründe vor. Da die Übertretung erstmalig festgestellt wurde, die zulässigen Waren (Lebensmittel) vom Angebot her bei Weitem überwogen, dennoch aber die beanstandeten Non-Food-Waren einen beträchtlichen Teil des Warenangebotes ausmachten, wurde die Geldstrafe mit dem unteren Drittel des Strafrahmens gewählt.

Der Unrechts- und Schuldgehalt der gegenständlichen Übertretung ist nicht gering. Ein geringer Unrechts- und Schuldgehalt liegt deswegen nicht vor, da es einerseits um den Schutz der Menschen vor COVID-19-Infektionen geht (Kontakte und Geschäftsgänge sollen soweit als möglich vermieden werden). Leib und Leben sowie die menschliche Gesundheit sind die am höchsten geschützten Rechtsgüter. Andererseits entstand durch Ihr Verhalten gegenüber den Mitbewerbern, die nicht öffnen durften, ein Wettbewerbsvorteil. Die Mitbewerber, die unter die verbotenen Handelstätigkeiten fielen, mussten diese Warenbereiche gänzlich geschlossen halten, die Mischbetriebe boten aber diese Warensortimente an und machten den Umsatz, der sich sonst auf mehrere Beteiligte aufgeteilt hätte, allein.

Wir gehen von durchschnittlichen Einkommensverhältnissen eines Menschen mit einem erhöhten Verantwortungsbereich und damit mit einem höheren Einkommen aus, weil Sie uns trotz Aufforderung keine individuellen Daten über Ihre Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse bekannt gegeben haben. Die verhängte Geldstrafe von 2.000 Euro ist damit jedenfalls vereinbar.

Eine Einstellung gem. § 45 Abs. 1 Z 4 VStG, eine Ermahnung gem. § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG oder „Beraten statt Strafen“ gem. § 33a VStG sind ausgeschlossen. Die menschliche Gesundheit ist ein sehr hohes Rechtsgut, das durch die Regeln des 3. Lock Downs geschützt werden sollte. Durch die Sperre der nicht unbedingt notwendigen Geschäfte bzw. Geschäftsbereiche sollten Kontakte der KundInnen und MitarbeiterInnen vermieden und Ansteckungen verhindert werden. Weiters sollte bei den Mischbetrieben kein Wettbewerbsvorteil gegenüber Handelsbetrieben entstehen, die dieselben Warengruppen anbieten, aber wegen der Regelungen nicht öffnen durften. Die angeordneten Reduktionen des öffentlichen und privaten Lebens dienten sehr hohen Rechtsgütern und deren Nichteinhaltung konnte zu schweren Nachteilen für die menschliche Gesundheit und auch für den Wettbewerb der Unternehmen untereinander führen. Die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung sind somit nicht gering. Weiters ist das Verschulden nicht gering, da einerseits bewusst getroffene Entscheidungen vorliegen, die der Intention des Verordnungsgebers klar zuwider laufen. Andererseits wurde in Kauf genommen, dass den Mitbewerbern, deren Betriebsstätten komplett gesperrt waren und die diese Waren im 3. Lockdown nicht verkaufen konnten, ein Wettbewerbsnachteil entstand, wobei das „eigenen“ Unternehmen dadurch einen Umsatz- und Gewinnvorteil erzielte.

Die Entscheidung über die Kosten des Strafverfahrens stützt sich auf die angeführten gesetzlichen Bestimmungen.
Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf mit Eingabe vom 15. April 2021 rechtzeitig Beschwerde, in welcher er Nachfolgendes vorbringt:

„Gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 22.03.2021, BHPE/921110000711/21, mir zugestellt am 24.03.2021, erhebe ich gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 iVm Art 132 Abs 1 Z 1 B-VG binnen offener Frist nachstehende

BESCHWERDE

an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich.

1. Zulässigkeit und Umfang der Anfechtung
Das angefochtene Straferkenntnis wurde mir am 24.03.2021 zugestellt. Die heute eingebrachte Beschwerde an das gemäß Art 131 Abs 1 B-VG zuständige Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist somit rechtzeitig.
Mit der gegenständlichen Beschwerde wird das Straferkenntnis vollumfänglich angefochten.

2. Beschwerdepunkt
Ich erachte mich durch das angefochtene Straferkenntnis in meinem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt, mangels Erfüllung des objektiven und subjektiven Tatbestands des § 8 Abs 4 und § 3 Abs 2 COVID-19-MG iVm § 5 Abs 5 Z 2 und § 5 Abs 6 Z 2 COVID-19-NotMV nicht bestraft zu werden.

3. Sachverhalt
Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wirft die belangte Behörde mir vor, ich hätte am 13.01.2021 bzw am 12.01.2021 als verantwortlicher Beauftragter der L Österreich GmbH, welche Inhaberin von Betriebsstätten des Lebensmittelhandels, nämlich der L Märkte in M, L, und in P, ist, nicht dafür Sorge getragen, dass diese Betriebsstätten des Lebensmittelhandels nicht entgegen den in einer Verordnung gemäß § 3 Abs 2 festgelegten Auflagen betreten werden, da Waren angeboten wurden, die nicht dem typischen Warensortiment einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels entsprechen würden. Es seien Garten- und Küchengeräte, Werkzeuge, Kleidung, Schuhe, Kaffeemaschinen und Blumentöpfe angeboten worden und die Kundenbereiche dieser Waren seien für Kundinnen und Kunden frei zugänglich gewesen. Diese Waren hätten nicht angeboten werden dürfen, da sie nicht dem typischen Warensortiment einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels entsprechen würden.
Ich hätte dadurch § 8 Abs 4 und § 3 Abs 2 COVID-19 Maßnahmengesetz idF BGBl I 138/2020 ("COVID-19-MG") iVm § 5 Abs 5 Z 2 und § 5 Abs 6 Z 2 2. COVID-19 Notmaßnahmenverordnung idF BGBl II 2/2021 ("COVID-19-NotMV") verletzt.
Wegen der mir vorgeworfenen Verwaltungsübertretungen wurde eine Verwaltungsstrafe iHv EUR 2,000 über mich verhängt. Weiters wurde ich zur Zahlung eines Beitrags zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens iHv EUR 200 verpflichtet.
Zur Begründung stützt sich die belangte Behörde auf die Definitionen für "Lebensmittel" und "Lebensmittelhandel" auf Wikipedia.
Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende Beschwerde.

4. Beschwerdegründe

4.1. Bescheidspruch mangelhaft

§ 44a VStG legt fest, welchen Inhalt der Schuldspruch eines Straferkenntnisses zu enthalten hat. Die Umschreibung der als erwiesen angenommenen Tat hat so präzise zu sein, dass der Beschuldigte einerseits seine Verteidigungsrechte wahren und im ordentlichen Verwaltungsstrafverfahren in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten und eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen, und er andererseits nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt ist. Sie muss mithin die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens und damit für die Subsumtion der als erwiesen angenommenen Tat unter die dadurch verletzte Verwaltungsvorschriften erforderlich sind, ermöglichen und sie darf keinen Zweifel daran bestehen lassen, wofür der Täter bestraft worden ist.

Im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses steht bei der Beschreibung der Tathandlung "in einer Verordnung gern. § 3 Abs. 2 [...]". Es wird dabei weder die entsprechende Verordnung genannt noch wird angeführt auf welches Gesetz oder welche Rechtsquelle sich "§ *3 Abs.* 2" bezieht. Die als erwiesen angenommene Tat gemäß § 44a Z 1 VStG ist daher nicht hinreichend konkretisiert.

Der Spruch entspricht sohin nicht den Voraussetzungen des § 44a VStG. Bereits aus diesen Gründen ist das Straferkenntnis mit Rechtswidrigkeit behaftet.

4.2. Inhaltliche Rechtswidrigkeit

4.2.1. Relevanter Rechtsrahmen

Gemäß § 5 Abs 1 Z 1 COVID-19-NotMV war das Betreten und Befahren des Kundenbereichs von Betriebsstätten des Handels zum Zweck des Erwerbes von Waren im Zeitraum vom 05,01.2021 bis 24.01.2021 untersagt.

Der Lebensmittelhandel wurde von dieser Bestimmung ausdrücklich ausgenommen (§ 5 Abs 5 Z 2 COVID-19-NotMV).

Diese Ausnahme wurde jedoch durch § 5 Abs 6 Z 2 COVID-19-NotMV dahingehend eingeschränkt, dass im Lebensmittelhandel ausschließlich Waren angeboten werden durften, die dem *"typischen Warensortiment der Betriebsstätten des Lebensmittelhandels"* entsprachen.

Die Formulierung dieser Ausnahmeregelung in der COVID-19-NotMV ist im Hinblick auf die Frage, was zum typischen Warensortiment der Betriebsstätten des Lebensmittelhandels zählt, unklar und aus diesem Grund auslegungsbedürftig. Dabei ist einerseits der Wortlaut und andererseits das COVID-19-MG, auf dessen Basis die COVID-19-NotMV erlassen wurde, heranzuziehen.

4.2.2. Unrichtige Auslegung durch die belangte Behörde

Die belangte Behörde hat bei der Beurteilung, ob die konkret angebotenen Waren dem typischen Warensortiment einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels entsprechen, die Rechtslage verkannt. Die belangte Behörde stützt sich in der Begründung des angefochtenen Straferkenntnis lediglich auf Definitionen von Wikipedia. Demnach seien Lebensmittel Nahrungsmittel und Trinkwasser. Der Lebensmittelhandel umfasse bloß Nahrungs- und Genussmittel, Getränke und Tabakwaren. Die Non-Food-Artikel Garten- und Küchengeräte, Werkzeuge, Kleidung, Schuhe, Kaffeemaschinen und Blumentöpfe

würden nicht zum typischen Warensortiment des Lebensmittelhandels gehören und hätten daher im dritten Lockdown nicht verkauft werden dürfen.
Dem ist aus den nachfolgenden Gründen entgegenzutreten:

4.2.3. Auslegung der COVID-19-NotMV und des COVID-19-MG
Gemäß § 1 Abs 1 iVm § 3 Abs 1 Z 1 und Abs 2 COVID-19-MG kann das Betreten einer Betriebsstätte durch Verordnung verboten werden. Weiters kann, abhängig von der epidemiologischen Situation, durch Verordnung festgelegt werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit oder unter welchen Voraussetzungen und Auflagen Betriebsstätten betreten werden dürfen (zB das Tragen einer Maske oder 10m^2 Verkaufsfläche pro Kunde).
Das COVID-19-MG (§ 1 Abs 1 iVm § 3 Abs 1 Z 1 und Abs 2 COVID-19-MG) bildet hingegen keine gesetzliche Grundlage für eine Sortimentseinschränkung einer Betriebsstätte. Eine Verordnung wonach in einer Betriebstätte nur bestimmte Waren angeboten werden dürfen, die dem typischen Warensortiment entsprechen, ist daher gesetzlich nicht gedeckt.
Anders gesagt sind gemäß COVID-19-MG nur solche Verbote bzw Auflagen und Voraussetzungen zulässig, die in direkter Verbindung mit dem Betreten von Betriebsstätten stehen, nicht aber die Einschränkung oder das Verbot des Anbietens von gewissen Sortimentsteilen. Das COVID-19-MG knüpft nämlich an die Betriebstätte als solche an, und damit an eine Betriebsstätte mit allen dort angebotenen Waren und Dienstleistungen. Eine solche Betriebsstätte darf entweder betreten oder nicht betreten werden.
Zum Vergleich: Eine Begrenzung des Sortiments eines Geschäfts ist beispielsweise im Öffnungszeitengesetz geregelt. § 7 Z 1 Öffnungszeitengesetz normiert, dass Verkaufsstellen in Bahnhöfen und Autobusbahnhöfen, auf Flughäfen und an Schiffslandeplätzen für den Verkauf von Lebensmitteln, Reiseandenken und notwendigem Reisebedarf (Reiselektüre, Schreibmaterialien, Blumen, Reise- und Toiletteartikel, Filme und dergleichen) abweichend von den allgemeinen Regelungen offen gehalten werden dürfen. Wenngleich dieses Gesetz eine andere Zielsetzung hat, wurde hier vom Gesetzgeber eine klare Regelung getroffen, welche Waren verkauft werden dürfen und welche nicht.
Im Unterschied dazu knüpft das COVID-19-MG aber nicht an einzelne Produkte (zB Lebensmittel), sondern an Betriebsstätten an. Auch die COVID- 19-NotMV knüpft nicht an Produkte an, sondern erlaubt, dass bestimmte Betriebsstätten auch während des harten Lockdowns vom 05.01.2021 bis 24.01.2021 betreten werden dürfen.
Es dürfen jedoch nur Waren angeboten werden, die dem typischen Warensortiment der in § 5 Abs 5 COVID-19-NotMV genannten Betriebsstätten des Handels entsprechen. In § 5 Abs 5 Z 2 COVID-19-NotMV ist der Lebensmittelhandel aufgelistet. Demnach dürfen in Betriebsstätten des Lebensmittelhandels Waren aus dem typischen Warensortiment einer Betriebstätte des Lebensmittelhandels angeboten werden. Eine konkrete Regelung dahingehend, welche Waren verkauft werden dürfen, enthält weder das COVID-19-MG noch die COVID-19 NotMV.

4.2.4. Typisches Warensortiment von Betriebsstätten des Lebensmittelhandels
L Österreich GmbH hat ua an den Standorten M und P eine Gewerbeberechtigung für das Handelsgewerbe und ist Mitglied der Wirtschaftskammer Oberösterreich, Sparte Handel, Landesgremium Lebensmittelhandel. L ist sohin offenkundig Lebensmittelhändler. Die Filialen von L sind Betriebstätten des Lebensmittelhandels.

Für die Auslegung des Begriffs Lebensmittelhandel ist die Systematik der

Wirtschaftstätigkeiten ÖNACE 2008 heranzuziehen. ÖNACE 2008 ist die österreichische Version der von der belangten Behörde zitierten Statistischen Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft/NACE 2. Nach der ÖNACE Klassifikation wird der Lebensmitteleinzelhandel der Gruppe G 47.11 zugeordnet, die den Einzelhandel mit Waren verschiedener Art, Hauptrichtung Nahrungs- und Genussmittel, Getränke und Tabakwaren umfasst.

Diese Klasse umfasst folgende Einzelhandelstätigkeiten in Verkaufsräumen:

Einzelhandel mit breit gefächertem Warensortiment, jedoch mit der Hauptrichtung Nahrungsmittel, Getränke und Tabakwaren:

Tätigkeiten von Supermärkten und Verbrauchermärkten, die neben dem Schwerpunkt Nahrungsmittel, Getränke und Tabakwaren weitere Sortimente wie Bekleidung, Möbel, Geräte, Metallwaren, kosmetische Artikel usw. führen

Daraus ergibt sich, dass das typische Warensortiment eines Lebensmittelhändlers entgegen den Ausführungen der belangten Behörde nicht ausschließlich auf Nahrungsmittel beschränkt ist. Nahrungsmittel und Getränke sind zwar die Hauptrichtung, allerdings gehören auch andere Non-Food Produkte dazu.

Darüber hinaus wird die ÖNACE-Klassifikation auch beim COVID-19 Umsatzersatz herangezogen. Gemäß Pkt 3.1.3 der Richtlinien der Verordnung des Bundesministers für Finanzen gemäß § 3b Abs 3 des ABBAG- Gesetzes betreffend Richtlinien über die Gewährung eines Lockdown-Umsatzersatzes für vom Lockdown direkt betroffene Unternehmen (3. VO Lockdown-Umsatzersatz) ist die Branchenabgrenzung im Sinne der ÖNACE-2008-Klassifikation vorzunehmen. Dies ist ein weiterer Grund dafür, dass diese Klassifikation auch bei der Auslegung der COVID-19-NotMV heranzuziehen ist. Sogar in der von der belangten Behörde zitierten Definition von Wikipedia wird auf die NACE Klassifikation verwiesen.

Bei der Auslegung des Begriffs der Betriebsstätte des Lebensmittelhandels im COVID-19-MG sowie in der COVID-19-NotMV ist auch die betriebsabhängige Sortimentsabgrenzung im Lebensmitteleinzelhandel besonders zu beachten: In der handelswissenschaftlichen Fachliteratur unterscheidet man zwischen verschiedenen Betriebstypen des Handels (vgl *Gittenberger/Teller,* aaQ, Seite 222), wie zB kleine Lebensmittelgeschäfte, Supermärkte, Verbrauchermärkte, Hypermärkte, Discounter, Handwerkshandel sowie Sozialmärkte. All diese Betriebstypen sind Betriebstätten des Lebensmittelhandels iSd § 5 Abs 5 Z 2 COVID-19-NotMV. Jedem Betriebstyp ist ein typischer Sortimentsschwerpunkt zuzuschreiben. In dieser Hinsicht ist auch von Bedeutung, ob dieses Sortimentsangebot ganzjährig oder saisonal (zB in der Weihnachtszeit) besteht. Hier ist insbesondere auch die Sicht des Kunden einzubinden. Bereits daraus ergibt sich, dass es heutzutage vollkommen lebensfremd wäre anzunehmen, dass ein Lebensmittelhändler ausschließlich Lebensmittel verkauft.

Kunden haben auch in krisenbedingten Ausnahmesituationen das Recht mit sämtlichen Gütern des täglichen Bedarfs versorgt zu werden und dabei auf gewohnte Sortimentsangebote zurückgreifen zu können. Im Gegensatz zu Kunden eines Händlers, dessen Hauptumsatz aus dem Verkauf von Lebensmitteln besteht, erwarten Kunden, die in einem Discounter wie L einkaufen, ein breites Sortiment an Waren und zwar insbesondere auch Non-Food (NF) Artikel, die sie für den täglichen Bedarf benötigen.

Daraus ergibt sich, dass das "typische" Sortiment auch in der "Kategorie" Lebensmittelhandel je nach Unternehmenstyp stark abweicht - so ist es für den Diskont seit vielen Jahrzehnten absolut "typisch" auch ein NF-Sortiment zu führen. Ein Abstellen auf das "typische" Sortiment des Lebensmittelhandels führt daher zwangsläufig zu

Unklarheiten und kann kein Abgrenzungskriterium bilden.
Aus den obenstehenden Ausführungen ergibt sich, dass der Wortlaut der COVID-19-NotMV, hinsichtlich des Betretens von Betriebsstätten des Lebensmittelhandels verfassungskonform ausgelegt werden muss. Demnach durfte jede Betriebsstätte des Lebensmittelhandels das für die jeweilige Betriebsstätte typische Warensortiment, das sie bereits vor dem Lockdown geführt hat, weiterhin uneingeschränkt verkaufen.

4.2.5. Rechtswidrigkeit des § 5 Abs 6 Z 2 COVID-19-NotMV
Die Unklarheit der Verordnungsbestimmung des § 5 Abs 6 Z 2 COVID-19- NotMV hat die Verletzung des Legalitätsprinzips (Art 18 B-VG) zur Folge. Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen müssen so formuliert werden, dass sie vom Rechtsanwender leicht und eindeutig ausgelegt werden können. Im konkreten Fall bestand ein zu weiter Auslegungsspielraum für die vom Gesetz betroffenen Lebensmittelhandelsbetriebe, und gleichzeitig für die Exekutivorgane, was unter einem "typischen Warensortiment" einer in § 5 Abs 5 COVID-19-NotMV genannten Betriebsstätte zu verstehen war. Im Ergebnis hätte letztlich über jeden einzelnen Artikel ein Verwaltungsstrafverfahren geführt werden müssen, ob dieser Artikel nunmehr verkauft werden durfte oder nicht. Würde man den Begriff "Lebensmittelhandel" derart eng auslegen, hätte dies zur Folge, dass nicht einmal eine Einkaufstasche an der Kasse zum Transport der gekauften Waren verkauft werden hätte dürfen. Zudem ist in Bezug auf das Normieren von Straftatbeständen das besonders strenge Klarheitsgebot zu beachten, das einen strengen Maßstab an die Klarheit und Unmissverständlichkeit solcher Regelungen legt (vgl *Hengstschläger/Leeb,* Verwaltungsverfahrensrecht 2014 Rz 675).

Darüber hinaus regelt das der COVID-19-NotMV zugrundeliegende COVID-19-MG, dass Betretungsregelungen als gesundheitspolizeiliche Maßnahme zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 verordnet werden können (§ 1 COVID-19-MG). Auch das Betreten von Betriebsstätten darf gemäß § 3 Abs 1 COVID-19-MG unter der Voraussetzung geregelt werden, dass das Betretungsverbot zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist. Gemäß § 3 Abs 2 COVID-19-MG können die Voraussetzungen und Auflagen für die Betretung der Betriebsstätten nur im Hinblick auf die epidemiologische Situation festgelegt werden. Somit sind aufgrund der gesetzlichen Grundlage nur Regelungen zulässig, die nachweisbar die Verbreitung von COVID-19 einschränken.
Es ist epidemiologisch nicht beweisbar, dass die Ausbreitung von COVID-19 durch das Verbot des Non-Food (NF)-Verkaufs, also von Waren, die sich normalerweise im ständigen Warensortiment in der Betriebsstätte befinden, verhindert wird. Die Kunden sehen diese Waren ohnehin beim Betreten der Betriebstätte und gehen daran vorbei. Die Regelung ist daher nicht geeignet, das Ziel zu erreichen. Auch aus diesem Grund ist die Bestimmung des § 5 Abs 6 Z 2 COVID-19-NotMV rechtswidrig.
Dadurch führt die Verordnung zu einer Verletzung der Grundrechte auf Eigentum, Erwerbsfreiheit und des Gleichheitsgrundsatzes, weil sie aufgrund von unverhältnismäßigen Einschränkungen (eine Sortimentseinschränkung in einem Diskounter wie L ist völlig ungeeignet, die Verbreitung von COVID-19 zu verhindern) sachlich nicht gerechtfertigt wäre.
Zu beachten ist weiters, dass das COVID-19-MG den zuständigen Bundesminister zwecks Verhinderung der Ausbreitung von COVID-19 nur zur Regelung von Verkehrsbeschränkungen und nicht auch zur Anordnung von Verkaufsverboten ermächtigt hat. Zulässig wären demnach nur solche Regelungen, die bestimmte Betretungen, nicht

aber das Anbieten von Waren untersagen. Der rechtlichen Begründung der COVID-19-NotMV (vgl unten Pkt 4.2.6) ist auch zu entnehmen, dass der Bundesminister bei der Regelung des § 5 Abs 6 Z 2 COVID-19-NotMV, nicht die epidemiologischen, sondern vielmehr wettbewerbsrechtliche Zwecke verfolgt hat. Diese Maßnahmen sind jedoch durch das COVID-19-MG nicht gedeckt. Vor diesem Hintergrund ist es auch fraglich, ob die gegenständliche Strafbestimmung des § 8 Abs 4 COVID-19-MG die Bestrafung des Verkaufs von Waren intendiert, zumal die zitierte Bestimmung auf die Nichteinhaltung der Betretungsverbote abstellt. Bestraft werden soll demnach jener Inhaber einer Betriebsstätte, der nicht dafür sorgt, dass die Betriebsstätte nicht entgegen den festgelegten Personenzahlen, Zeiten, Voraussetzungen und Auflagen betreten wird.

4.2.6. Rechtliche Begründung der COVID-19-NotMV

Aus den Erläuterungen zur COVID-19-NotMV lässt sich ableiten, dass der Gesundheitsminister bei der Erlassung dieser Verordnung seine Kompetenz überschritten hat. Dort wird festgehalten, dass "eine unsachliche Privilegierung der von Betretungsverboten ausgenommenen Mischbetriebe gegenüber der vom Betretungsverbot erfassten Betriebsstätten vermieden werden soll". Hierbei handelt es sich aber um eine Maßnahme der Wettbewerbsregulierung, die nicht in die Kompetenz des Gesundheitsministers, sondern in den Kompetenzbereich des Wirtschaftsministers fällt und durch den Wortlaut des COVID-19-MG nicht gedeckt ist.

In der rechtlichen Beurteilung wurde durch Konkretisierung der Verordnungsbestimmungen versucht, den Verkauf von NF einzuschränken. Es wurde auf den Begriff "Mischbetriebe" abgestellt und hinsichtlich der für diese ausgesprochenen Betretungsverbote ausgesprochen, dass nur solche Waren angeboten werden durften, die dem typischen Warensortiment der in § 5 Abs 5 der COVID-19-NotMV genannten Betriebsstätten entsprechen. Laut Erläuterungen durften etwa in Mischbetrieben, die unter die Z 2 (Lebensmittelhandel) fallen, nur Waren im Sinne des Abs 5 (dh etwa zum Erwerb von Lebensmitteln, Sanitärartikeln, Tierfutter) angeboten werden, nicht aber Spielzeug, Blumen oder Elektrogeräte.

Es ist anzumerken, dass das COVID-19-MG dem Wortlaut nach auf den Begriff "Betriebsstätten" abstellt. Der Begriff "Mischbetriebe" wird hingegen weder im COVID-19-MG noch in der COVID-19-NotMV oder in einem anderen Gesetz oder in einer anderen Verordnung verwendet.

Eine enge Auslegung des § 5 Abs 6 Z 2 COVID-19-NotMV hätte darüber hinaus auch dazu geführt, dass während des harten Lockdowns vom 05.01.2021 bis 24.01.2021 - somit in der Zeit des Home Schoolings und Home Offices - zB Schreibwaren, Kopierpapier usw, also sämtliche dringend benötigten Schul- bzw Arbeitsutensilien, nicht im stationären Handel erhältlich gewesen wären

Darüber hinaus hätte neben dem volkswirtschaftlichen Schaden für den österreichischen Lebensmittelhandel, der die Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln und dringend benötigten Produkten des täglichen Bedarfs flächendeckend zu gewährleisten hat, eine Sortimentsbeschränkung international agierende Onlinehändler wie zB Amazon, die in Österreich faktisch nur geringe Steuern zahlen, enorm bevorzugt und folglich auch zu einem zusätzlichem Ausfall von Steuereinnahmen geführt.

4.2.7. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist die COVID-19-NotMV dahingehend auszulegen, dass jede Betriebsstätte des Lebensmittelhandels das für die jeweilige Betriebsstätte typische Warensortiment, das sie bereits vor dem Lockdown geführt hat, weiterhin uneingeschränkt verkaufen durfte. Daraus ergibt sich, dass es L nach der COVID-19-NotMV erlaubt war, das bisher typische ganzjährig oder saisonal in den letzten Jahren geführte Sortiment auch in der Zeit vom 05.01.2021 bis 24.01.2021 uneingeschränkt zu verkaufen. Der objektive und subjektive Tatbestand des § 8 Abs 4 COVID-19-MG sind sohin nicht erfüllt. Indem die belangte Behörde § 5 Abs 6 Z 2 COVID-19-NotMV dahingehend ausgelegt hat, dass nur Nahrungs- und Genussmittel, Getränke und Tabakwaren vom typischen Warensortiment eines Lebensmittelhandelsbetriebs umfasst sind, belastet sie das angefochtene Straferkenntnis mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit.

4.3 Strafhöhe

Darüber hinaus ist die Geldstrafe überhöht. Gemäß § 19 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Unrechts- und Schuldgehalt sind gering, weil die Strafbestimmung unklar ist und eine Auslegung erfordert. Es kann daher keineswegs von einer bewusst getroffenen Entscheidung, die der Intention des Verordnungsgebers zuwiderlaufen würde, gesprochen werden. Wenngleich es zutreffen mag, dass das COVID-10-MG und die COVID-19-NotMV den Schutz der Gesundheit zum Ziel haben, liegt hier keinesfalls eine Gefährdung von Leib und Leben sowie der menschlichen Gesundheit vor. Der Deckung des täglichen Bedarfs ohnehin aufsuchen müssen, ist weder geeignet die Gesundheit der Kunden zu gefährden noch das Infektionsrisiko der Kunden zu erhöhen.

Zudem wurden wettbewerbsrechtliche Aspekte bei der Strafbemessung herangezogen. Seit der VStG-Novelle BGBl I 2013/33 bilden ausschließlich die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat die Grundlage für die Strafbemessung. Anders als zuvor kommt es nicht länger zudem darauf an, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Die COVID-19-NotMV sowie das COVID-19-MG schützen ausschließlich das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit, nicht aber das Funktionieren des Wettbewerbs. Die bloße Tatsache, dass andere Handelsgewerbetreibende aufgrund der COVID-19-NotMV ihre Warenbereiche gänzlich geschlossen halten mussten, ist für die Strafbemessung gänzlich irrelevant. Die Begründung der hohen Geldstrafe durch die belangten Behörde mit einem angeblichen Wettbewerbsvorteil entspricht sohin nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 19 VStG.

5. Anträge

Ich stelle daher die Anträge, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge

1. eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen,
2. das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufheben und das gegen mich geführte Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs 1 VStG einstellen, in eventu
3. die Geldstrafe auf ein tat- und schuldangemessenes Maß herabsetzen.“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Mit Vorlageschreiben vom 27. April 2021 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen, dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumte für 25. Juni 2021 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, zu der der Bf, seine rechtsfreundliche Vertretung und die belangte Behörde geladen wurden.

Der Bf bzw. seine Rechtsvertretung haben an der Verhandlung (ungeachtet eines entsprechenden Antrages des Bf und ordnungsgemäßer Ladung) nicht teilgenommen. In der Verhandlung wurde die Sach- und Rechtslage mit den anwesenden Vertreterinnen der belangten Behörde umfassend erörtert.

II. Nachfolgender S A C H V E R H A L T steht fest:

II.1. Organe der Polizeiinspektion Mauthausen führten am 13. Jänner 2021, um 08:45 Uhr in der Filiale der L Österreich GmbH in M, L eine Kontrolle durch (PAD/21/00048436/004/VW). Dabei wurden in den Verkaufsregalen Garten- und Küchengeräte, Werkzeuge, Kleidung, Schuhe, Kaffeemaschinen und Blumentöpfe zum Verkauf angeboten. Dieser Sachverhalt wird vom Bf in tatsächlicher Hinsicht nicht bestritten. [Spruchpunkt 1]

II.2. Organe der Polizeiinspektion Perg führten am 12. Jänner 2021, um 11:20 Uhr in der Filiale der L Österreich GmbH in P eine Kontrolle durch (PAD/21/00048436/002/VW). Dabei wurden in den Verkaufsregalen Küchengeräte und Kleidungsstücke zum Verkauf angeboten. Dieser Sachverhalt wird vom Bf in tatsächlicher Hinsicht nicht bestritten. [Spruchpunkt 2]

II.3. Der Bf ist (unstrittig) die strafrechtlich verantwortliche Person im Sinn des § 9 Abs. 2 VStG.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben, durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt und die Beschwerde. Zusätzlich wurde – aufgrund des diesbezüglichen Parteienantrags des Bf – am 25. Juni 2020 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt.

III.2. Dass die im Schuldspruch des Straferkenntnisses genannten Produkte in den genannten Filialen zum Verkauf angeboten wurden, ist unstrittig. Strittig ist, ob

das Unternehmen, dessen verantwortlicher Beauftragter der Bf ist, dazu berechtigt war, diese Produkte zum Verkauf anzubieten. Die diesbezügliche Frage der Strafbarkeit des gegen den Bf erhobenen Tatvorwurfes ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

IV. Rechtslage:

IV.1. Aus dem Bundesgesetz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz – COVID-19-MG), BGBl. I Nr. 12/2020 idF BGBl. I Nr. 138/2020, sind folgende Bestimmungen maßgeblich:

IV.1.1. § 3 COVID-19-Maßnahmengesetz regelt u.a. das Betreten von Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren:

„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
3. 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.“

IV.1.2. § 8 COVID-19-Maßnahmengesetz sieht folgende Sanktionen vor:

„Strafbestimmungen

§ 8. [...]

(4) 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, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 3 600 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu vier Wochen, zu bestrafen.“

[…]“

IV.2. Aus 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-Notmaßnahmenverordnung – 2. COVID-19-NotMV), erlassen wird, BGBl. II Nr. 598/2020 idF BGBl. II Nr. 2/2021, ist nachfolgende Bestimmung relevant:

„Kundenbereiche

§ 5. (1) Das Betreten und Befahren des Kundenbereichs von

1. Betriebsstätten des Handels zum Zweck des Erwerbs von Waren,

[…]

ist untersagt. Z 1 und 2 gelten nicht zum Zweck zumindest zweiseitig unternehmensbezogener Geschäfte. Z 1 gilt nicht für die Abholung vorbestellter Waren, wobei dabei geschlossene Räume der Betriebsstätte nicht betreten werden dürfen und gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten ist.

[…]

(5) Abs. 1 erster Satz gilt nicht für

[…]

2. Lebensmittelhandel (einschließlich Verkaufsstellen von Lebensmittelproduzenten) und bäuerliche Direktvermarkter,

[…].

(6) Das Betreten des Kundenbereichs von Betriebsstätten ist unter folgenden Voraussetzungen und Auflagen zulässig:

[…]

2. Es dürfen nur Waren angeboten werden, die dem typischen Warensortiment der in Abs. 5 genannten Betriebsstätten des Handels entsprechen.

[…]“

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

Die Beschwerde wirft folgende vier Themenbereiche auf:

V.1. Spruchmangel
V.2. objektive Tatseite (Warensortiment)
V.3. subjektive Tatseite (Strafbarkeit)
V.4. Strafhöhe

V.1. Zum Vorliegen eines Spruchmangels:

V.1.1. Der Bf bringt in seiner Beschwerde zunächst vor, der Spruch des Straferkenntnisses sei mangelhaft, weil er die Tat gemäß § 44a Z 1 VStG nicht hinreichend konkretisiere; insbesondere werde nicht angeführt, welches Gesetz bzw. welche Verordnung der Bf verletzt habe, weshalb das Straferkenntnis bereits aus diesen Gründen mit Rechtswidrigkeit behaftet sei.

V.1.2. § 44a VStG sieht vor, dass der Spruch, wenn er nicht auf Einstellung lautet, Nachfolgendes zu enthalten hat:

1. die als erwiesen angenommene Tat;
2. die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist;
3. die verhängte Strafe und die angewendete Gesetzesbestimmung;
4. den etwaigen Ausspruch über privatrechtliche Ansprüche;
5. im Falle eines Straferkenntnisses die Entscheidung über die Kosten.

V.1.3. Wie zu Punkt I.1. dargestellt, enthält der Spruch des Straferkenntnisses eine konkrete Beschreibung von Tatzeit und Tatort, sowie des angebotenen Warensortiments und auch die maßgeblichen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen, sowie die verhängten Geld- und Ersatzfreiheitsstrafen und die zu bezahlenden Kosten.

Wenn der Bf vermeint, die gesetzlichen Bestimmungen seien im Spruch des Straferkenntnisses nicht hinreichend konkretisiert, so trifft dies nicht zu. Der Spruch des Straferkenntnisses erstreckt sich aufgrund der hinreichend konkreten Umschreibung auf die ersten beiden Seiten des Straferkenntnisses. Die gesetzlichen Bestimmungen befinden sich innerhalb des Spruches. Das Straferkenntnis ist auch hinreichend gegliedert, sowie in seinen einzelnen Teilen u.a. mit „Spruch“, „Begründung“, „Rechtsmittelbelehrung“ überschrieben, sodass am Vorliegen der Spruchbestandteile iSd § 44a VStG keine Zweifel bestehen. Dieser Einwand des Bf geht insofern ins Leere.

V.2. Zur objektiven Tatseite (Warensortiment)

Hinsichtlich der objektiven Tatseite ist zunächst festzuhalten, dass weder die Tatsache, dass der Bf verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich ist, noch der Umstand, dass zum Tatzeitpunkt in den in Rede stehenden Betriebsstätten in frei zugänglichen Regalen Gartengeräte, Küchengeräte, Kaffeemaschinen, Werkzeuge, Kleidung, Schuhe und Blumentöpfe zum Kauf angeboten wurden, in Frage stehen. Zu klären ist die rein rechtliche Frage, ob jener freie Zugang für Kunden zu diesen Waren eine Verwaltungsübertretung nach dem COVID-19-Maßnahmengesetz bildet.

V.2.1. Zunächst ist auf die generelle Einschränkung des § 5 Abs. 1 der 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung hinzuweisen, wonach zum in Rede stehenden Tatzeitpunkt das Betreten und Befahren des Kundenbereichs von Betriebsstätten des Handels zum Zweck des Erwerbs von Waren untersagt war. Dieses generelle Verbot erfuhr dahingehend eine Einschränkung, als gemäß Abs. 6 Z 2 leg. cit. das Betreten des Kundenbereichs von Betriebsstätten unter der Voraussetzung und Auflage zulässig war, dass nur Waren angeboten wurden, die dem typischen Warensortiment der in Abs. 5 genannten Betriebsstätten des Handels entsprachen.

Gemäß Abs. 5 leg cit galt Abs. 1 ua. nicht für Lebensmittelhandel (Z 2), Verkauf von Sanitärartikeln (Z 4), Verkauf von Tierfutter (Z 8) sowie Verkauf und Wartung von Sicherheits- und Notfallprodukten, das sind ua. insbesondere Leuchtmittel, Brennstoffe, Sicherungen, Salzstreumittel (...) (Z 9).

Aus der gewählten Systematik geht auf den vorliegenden Fall angewendet klar hervor, dass das Betreten der in Rede stehenden Betriebsstätte lediglich zum Erwerb von Produkten des typischen Warensortiments eines Lebensmittelhandels gestattet war.

Es ist folglich zunächst eine grammatikalische Interpretation des unbestimmten Normbegriffs des „typischen Warensortiments des Lebensmittelhandels“ vorzunehmen.

V.2.2. Der Duden definiert den Begriff „typisch“ wie folgt:

„für einen bestimmten Typ (1a), für etwas, jemanden Bestimmtes charakteristisch, kennzeichnend, bezeichnend.“

Es ist also zu erörtern, was unter den Begriff des Lebensmittelhandels als kennzeichnend zu subsumieren ist, wobei hier das Spezifikum des Lebensmittels heranzuziehen ist.

V.2.3. Art. 2 der - auch in Österreich unmittelbar anwendbaren - Verordnung (EG) Nr. 178/2002 definiert den Begriff „Lebensmittel“ wie folgt:

Im Sinne dieser Verordnung sind „Lebensmittel” alle Stoffe oder Erzeugnisse, die dazu bestimmt sind oder von denen nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann, dass sie in verarbeitetem, teilweise verarbeitetem oder unverarbeitetem Zustand von Menschen aufgenommen werden.
Zu „Lebensmitteln” zählen auch Getränke, Kaugummi sowie alle Stoffe - einschließlich Wasser -, die dem Lebensmittel bei seiner Herstellung oder Ver- oder Bearbeitung absichtlich zugesetzt werden. Wasser zählt hierzu unbeschadet der Anforderungen der Richtlinien 80/778/EWG und 98/83/EG ab der Stelle der Einhaltung im Sinne des Artikels 6 der Richtlinie 98/83/EG.
Nicht zu „Lebensmitteln” gehören

a) Futtermittel,
b) lebende Tiere, soweit sie nicht für das Inverkehrbringen zum menschlichen Verzehr hergerichtet worden sind,
c) Pflanzen vor dem Ernten,
d) Arzneimittel im Sinne der Richtlinien 65/65/EWG (1) und 92/73/EWG (2) des Rates,
e) kosmetische Mittel im Sinne der Richtlinie 76/768/EWG (3) des Rates
f) Tabak und Tabakerzeugnisse im Sinne der Richtlinie 89/622/EWG (1) des Rates,
g) Betäubungsmittel und psychotrope Stoffe im Sinne des Einheitsübereinkommens der Vereinten Nationen über Suchtstoffe, 1961, und des Übereinkommens der Vereinten Nationen über psychotrope Stoffe, 1971,
h) Rückstände und Kontaminaten."

V.2.4. Diese Definition bildet im Sinn der Interpretationsregeln den Wesenskern des Begriffs, über den kein Diskussionsbedarf besteht. Hinsichtlich der Wesensschranke des Begriffs wird diese Klarheit allerdings nicht vorausgesetzt werden können. Vor allem wird dies die Produkte betreffen, die wohl branchenüblich als Fast-Moving-Consumer-Goods bzw. Near-Food-Goods bezeichnet werden. Near-Food-Produkte können noch innerhalb der Wesensschranke des Begriffs „typisches Sortiment des Lebensmittelhandels" angesiedelt werden. Deshalb werden auch einige, den Lebensmitteln nahestehende Güter, die sogenannten Near-Food-Produkte im Zusammenhang mit dem Lebensmitteleinzelhandel betrachtet. Neben allen Nahrungs- und Genussmitteln zählen somit auch Drogeriewaren wie Wasch-, Putz- und Reinigungsmittel, Hygieneartikel oder Körperpflegemittel sowie auch Non-Food-Artikel (z.B. Kaffeefiltertüten, Müllsäcke) zu den relevanten Sortimenten und Umsätzen.

V.2.5. Der Normsetzer der 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung hat die Interpretationsproblematik insoweit entschärft als er in § 5 Abs. 5 ua. jene Near-Food-Produkte (auch Non-Food-Produkte), die zur Deckung von Grundbedürfnissen im Zusammenhang mit Nahrungsmitteln, Sanitär- und Hygienebedürfnissen stehen per se vom Betretungs- und Verkaufsverbot ausgenommen hat. Es kann daher in der grammatikalischen Interpretation mit dem gesicherten Wesenskern des Begriffs das Auslangen gefunden werden.

V.2.6. Nun ist aber der belangten Behörde zuzustimmen, dass weder Gartengeräte, Küchengeräte, Kaffeemaschinen, Werkzeuge, Kleidung, Schuhe noch Blumentöpfe dem Begriff Lebensmittelsortiment unterstellt werden können, wobei es keine Rolle spielt, dass – seit wann auch immer – derartige Produkte traditionell von Discountern, wie dem, dem der Bf als verantwortlicher Beauftragter verbunden ist, angeboten werden.

Durch § 5 Abs. 6 der oa. Verordnung erfährt der Begriff Lebensmittelhandel in Abs. 5 leg. cit. die Einschränkung auf jene typischen Produkte. Anders als der Bf vorbringt, richtet sich das Hauptaugenmerk nicht auf Betriebstätten und deren

Klassifizierung, sondern – wie eben ausgeführt – auf das Produktsortiment. Anderes anzunehmen, würde auch – teleologisch gesehen – am verfolgten Zweck der Normen zum Schutz vor der Verbreitung der Pandemie vorbeigehen. Zweck der Einschränkungen war es, die Menschen dazu zu bewegen, sich lediglich zum Erwerb der unbedingt notwendigen Produkte außerhalb ihrer Wohnstätten zu begeben.

Im Blickpunkt stand also die Versorgung mit „lebensnotwendigen“ Waren, nicht allfällige Betriebsstätten,- Sparten - oder Branchenüberlegungen.

V.2.7. Die in der Beschwerde aufgeworfenen Gesetzes- bzw. Verfassungswidrigkeiten der 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung oder die behauptete Willkür der behördlichen Vollziehung werden vom erkennenden Gericht nicht erkannt.

V.2.7.1. Das Vorbringen des Bf, dass „vom 05.01.2021 bis 24.01.2021 - somit in der Zeit des Home Schoolings und Home Offices – z.B. Schreibwaren, Kopierpapier usw., also sämtliche dringend benötigten Schul- bzw. Arbeitsutensilien, nicht im stationären Handel erhältlich gewesen wären“, vermag dem Argument der Verfassungswidrigkeit nicht zum Durchbruch zu verhelfen.

Jüngst führte der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 26. Juni 2021, Zl. V 593/2020-10, zum Ausweichen auf den Online-Handel hinsichtlich Papier- und Schreibwaren Nachfolgendes aus:

„6.9. Der Verfassungsgerichtshof verkennt auch nicht die Bedeutung von Papier- und Schreibwaren für die Verrichtungen des täglichen Lebens, zB von Schülern. Da die COVID-19-Pandemie für eine Vielzahl an berufstätigen bzw. in Ausbildung befindlichen Personen zur Folge hatte bzw. hat, dass sie von ihrem Wohnort aus arbeiten, studieren oder am Unterricht teilnehmen, hat sich der Bedarf an Papier- und Schreibwaren in diesem Zeitraum wohl sogar noch erhöht. Der BMSGPK konnte aber in einer Durchschnittsbetrachtung vertretbar davon ausgehen, dass in Bezug auf Papier- und Schreibwaren für die von zu Hause arbeitenden, lernenden und studierenden Personen ein – temporäres – Ausweichen auf den Online-Handel (beispielsweise der antragstellenden Gesellschaft) während des aufrechten Betretungsverbotes eher möglich und zumutbar ist als dies für die Kunden hinsichtlich der in § 5 Abs. 4 COVID-19-NotMV festgelegten Bereich-ausnahmen (vgl. etwa Tabakfachgeschäfte und Zeitungskioske [Z 13] oder den Verkauf und die Wartung von Sicherheits- und Notfallprodukten [Z 9]) angenommen werden kann.“

V.2.7.2. Der Einwand des Bf, dass auch „kein Klopapier, usw.“ verkauft werden hätte dürfen, geht schon deshalb ins Leere, weil es sich dabei um Hygieneprodukte bzw. Drogerieartikel handelt, die von den Ausnahmestimmungen der 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung umfasst sind bzw. waren.

V.2.8. Der objektive Tatbestand ist sohin als erfüllt zu qualifizieren.

V.3. Zur subjektiven Tatseite (Strafbarkeit):

V.3.1. Das COVID-19-MaßnahmenG enthält keine eigene Regelung hinsichtlich des Verschuldens, weshalb § 5 Abs. 1 VStG zur Anwendung kommt, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt.

V.3.2. 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 (Ungehorsamsdelikt).

V.3.3. Hinsichtlich der Verwirklichung des subjektiven Tatbestands ist festzuhalten, dass der Bf – wohl im Vertrauen auf die Vorgaben und Rechtsauffassungen des Konzerns – davon ausging, sein Handeln würde keine Verwaltungsübertretung darstellen. Dennoch unterließ er es als verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher sich über die rechtlichen Gegebenheiten bei den hiefür zuständigen Behörden zu informieren. Damit aber legte er ein Versäumnis an den Tag, das von einer objektiv redlichen dritten Person nicht gezeigt worden wäre. Insofern ist das Verhalten des Bf als fahrlässig zu qualifizieren.

V.3.4. Im Ergebnis ist daher auch das Vorliegen der subjektiven Tatseite – in Form fahrlässigen Verhaltens – zu bejahen.

V.4. Zur Strafhöhe:

V.4.1. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG iVm § 38 VwGVG 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 iVm. § 38 VwGVG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafbemessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den

Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfung des Ermessensaktes auf eine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetztes erforderlich ist (VwSlg. 8134 A/1971).

§ 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) erfolgt. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbesondere Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Gemäß § 32 Abs. 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach § 32 Abs. 3 StGB ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen u.a. im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw. bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da die verfahrensgegenständliche Bestimmung über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten.

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 (sog „Ungehorsamsdelikt“).

Auch 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. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN).

Der Bf hat keinerlei Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen entsprechenden Entlastungsbeweis zu führen.

Der Bf hat somit sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch (subjektiv) zu verantworten.

V.4.2. Im Rahmen der Strafbemessung wählte die belangte Behörde eine Geldstrafe, die ca. 30% des zur Verfügung stehenden Strafrahmens erreicht, wobei sie weder Milderungs- noch Erschwerungsgründe als vorliegend erkannte. Hier ist jedoch anzumerken, dass als Milderungsgrund jedenfalls die verwaltungsrechtliche Unbescholtenheit des Bf zu werten gewesen wäre. Weiters kann auch miteinbezogen werden, dass – angesichts der Konzernstruktur – das individuelle Verschulden des Bf wohl – im Verhältnis zu den Ausführungen der belangten Behörde – als geringer anzunehmen sein wird.

In diesem Sinn waren die verhängten Geldstrafen entsprechend herabzusetzen bzw. die Ersatzfreiheitsstrafen entsprechend anzupassen. Mit den nunmehr festgelegten ca. 15% der möglichen Höchststrafe wird dem subjektiven Unrechtsgehalt der Tat Rechnung getragen. Die Ausführungen zu den Folgen der Tat durch die belangte Behörde bleiben davon unberührt.

V.4.3. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind.

Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

V.4.4. Im vorliegenden Fall kann weder die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes noch die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat als geringfügig eingestuft werden, wobei hier auf die Ausführungen der belangten Behörde verwiesen werden kann.

V.5. Ergebnis:

V.5.1. Im Ergebnis war daher der Beschwerde mit der Maßgabe stattzugeben, als die verhängten Geldstrafen auf jeweils 500 Euro, insgesamt daher 1.000 Euro, und die Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 93 Stunden, insgesamt daher 186 Stunden, herabzusetzen waren. Darüber hinaus war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

V.5.2. Die Kosten im Verfahren vor der belangten Behörde reduzieren sich auf 100 Euro. Im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fallen gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG keine Kosten an.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. 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.

VI.2. Darüber hinaus stellt die konkrete Beurteilung der Strafzumessung auf den jeweiligen Beschuldigten ab. Dazu sind die jeweils vorliegenden Milderungs- und Erschwerungsgründe abzuwägen. Die Strafzumessung ist insofern das Resultat der konkreten Sachverhaltsfeststellungen und der konkreten Beweiswürdigung. Die Strafzumessung ist somit einzelfallbezogen und nicht verallgemeinerungsfähig. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt insofern nicht vor. Vor allem aus diesem Grund war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären (vgl. VwGH 5.3.2015, Ra 2015/02/0027; 19.1.2018, Ra 2018/02/0022; 7.8.2019, Ra 2019/02/0016).

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. Lidauer