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-701018/4/KLi

Datum:
Linz, 26. Juli 2021

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 23. April 2021 des DI (FH) J S, vertreten durch Dr. B G, Rechtsanwalt, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft P vom 24. März 2021, GZ: BHPE/921110000694/21, wegen Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu R e c h t:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als
hinsichtlich Spruchpunkt 1 die Geldstrafe auf 500 Euro, und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 93 Stunden herabgesetzt wird;
hinsichtlich Spruchpunkt 3 die Geldstrafe auf 500 Euro, und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 93 Stunden herabgesetzt wird;
hinsichtlich Spruchpunkt 4 die Geldstrafe auf 500 Euro, und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 93 Stunden herabgesetzt wird;
sowie
hinsichtlich Spruchpunkt 2 die Geldstrafe auf 250 Euro, und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 46 Stunden herabgesetzt wird und
hinsichtlich Spruchpunkt 5 die Geldstrafe auf 250 Euro, und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 46 Stunden herabgesetzt wird;
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 200 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 P (in der Folge: belangte Behörde) vom 24. März 2021, GZ: BHPE/921110000694/21, wurden dem Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) nachfolgende Übertretungen des COVID-19-Maßnahmengesetzes vorgeworfen:

„Spruch

1. Datum/Zeit: 13.01.2021, 08:20 Uhr
Ort: M, W

Sie haben als verantwortlicher Beauftragter der H KG, welche Inhaberin einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels, nämlich des H Marktes in M, W 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 Elektrowerkzeuge, Malerfarbe, Kleidung, Bettwäsche, Geschirr, Sicherheitsschuhe, Holzkohlegriller) 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: 30.12.2020, 10:50 Uhr
Ort: M, W

Sie haben als verantwortlicher Beauftragter der H KG, welche Inhaberin einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels, nämlich des H Marktes in M, W 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 pyrotechnische Gegenstände (KAJAGO HORUS 9799, KAJAGO OSIRIS 9777, KAJAGU ZEUS 9520) angeboten. Die Produkte waren großteils im Lagerraum, lediglich jeweils eine Schachtel war beim Höhenregal bei der Kassa gelagert, keine Entnahme durch Kunden, Kunde meldet den Wunsch bei der Kassa, Kassierin entnimmt den Artikel und übergibt diesen an Kunden, Diese Waren hätten nicht angeboten werden dürfen, da sie nicht dem typischen Warensortiment einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels entsprechen.

3. Datum/Zeit: 12.01.2021, 11:00 Uhr
Ort: P, G

Sie haben als verantwortlicher Beauftragter der H KG, welche Inhaberin einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels, nämlich des H Marktes in P, G-straße 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 Elektrowerkzeuge, Kleidung, Schuhe

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.

4. Datum/Zeit: 11.01.2021, 14:30 Uhr
   Ort: G, U

Sie haben als verantwortlicher Beauftragter der H KG, welche Inhaberin einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels, nämlich des H Marktes in G, U 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 Spiel- und Schreibwaren, Elektrowerkzeuge, Haushaltgeräte, Lagerbehälter, Decken, Fitnessgeräte, Kleidungsartikel, Schnittblumen 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.

5. Datum/Zeit: 30.12.2020, 12:30 Uhr
   Ort: G, U

Sie haben als verantwortlicher Beauftragter der H KG, welche Inhaberin einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels, nämlich des H Marktes in G, U 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 pyrotechnische Gegenstände (KAJAGU Athene 9252, KAJAGU Osiris 9777, KAJAGU Horus 9799) angeboten. Die Produkte waren bei der Kasse gelagert, nur in vereinzelten Schachteln, Kunde wünscht Produkt, wird von Kassierin genommen und übergeben bzw. vom Kunden bezahlt, das Produkt ist auf einem Plakat dargestellt. 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
3. § 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
4. § 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

5. § 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“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

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 zu den Spruchpunkten 1, 3 und 4 jeweils eine Geldstrafe von 1.000 Euro, bzw. jeweils eine Ersatzfreiheitsstrafe von 7 Tagen und 19 Stunden, sowie zu den Spruchpunkten 2 und 5 jeweils eine Geldstrafe von 500 Euro bzw. jeweils eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen und 21 Stunden verhängt. Ferner wurde der Bf verpflichtet einen Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde von 400 Euro zu bezahlen.

Begründend führte die belangte Behörde dazu Nachfolgendes aus:

„Die Behörde geht von folgendem Sachverhalt aus:

Zu 1.: H Markt M, NON-FOOD-Waren

Die Polizeiinspektion M hat am Mittwoch, 13.01.2021, 08:20 Uhr beim H Markt in M, W eine Überprüfung hinsichtlich der Einhaltung der COVID- Maßnahmen durchgeführt und darüber folgenden Bericht vom 13.01.2021 erstattet:
Zum Auftrag der BH P wird folgendes berichtet:
Zur oben angeführten Zeit wurde mit der stv. Filialleitung S W Kontakt aufgenommen. Diese gab zu den Zutrittsbeschränkungen an, dass sich 92 Kunden gleichzeitig in der Filiale aufhalten dürfen. Dies wird durch eine begrenzte Anzahl an Einkaufswagen gewährleistet. Die Gesamtfläche der
H Filiale in M beträgt ca. 960 m^2. Davon werden ca. 150 m^2 für nicht Lebensmittelmarkt übliche Waren (E-Geräte, Kleidung, usw.) verwendet. Diese Verkaufsflächen waren nicht abgesperrt. Auf die Frage, weshalb diese Waren angeboten und verkauft werden, gab W an, dass sie seitens der H Zentrale die Information haben, dass dies rechtlich genehmigt ist und sie diese Waren anbieten bzw. verkaufen dürfen.
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: Elektrowerkzeuge, Malerfarbe
Bild 2: Kleidung
Bild 3: Bettwäsche
Bild 4: Geschirr
Bild 5: Sicherheitsschuhe, Elektrowerkzeuge, Holzkohlegriller

Zu 2.: H Markt M, pyrotechnische Artikel

Die Bezirkshauptmannschaft P hat am 30.12.2020, 10:50 Uhr durch einen Bediensteten eine Überprüfung des H Marktes in M, W in Hinblick auf das Pyrotechnikgesetz durchgeführt und darüber einen Bericht an den Aufgabenbereich Sanitätsrecht der Bezirkshauptmannschaft P vom 14.01.2021 erstattet. Die Übermittlung erfolgte zur COVID- Beurteilung.

Aus dem Bericht vom 14.01.2021 geht hervor:
H KG:
Es wurden die Filialen in M und G kontrolliert. In P nach Erhalt der Rechtsinformation aus der Filiale G nicht mehr.
Der Verkauf läuft in der Form ab, dass einzelne Artikel im Kassenbereich in einer gesonderten Schachtel gelagert sind. Eine freie Entnahme durch den Kunden ist nicht erlaubt bzw. schwer möglich. Der Kunde wählt anhand eines Prospektes den Artikel und gibt diesen Wunsch der Kassierin bekannt
- diese entnimmt den Artikel aus der Schachtel und übergibt diesen dem Kunden und wird dieser in der Folge bezahlt.
Beide Marktleiter führten aus, dass es nicht in ihrem Einflussbereich liegt zu bestimmen diese Artikel nicht zu verkaufen. Es ist vom Konzern vorgegeben. Der Marktleiter in G (siehe unten).

Aus dem übermittelten Marküberwachungsprotokoll des Bediensteten der BH P vom 30.12.2020 geht weiters Folgendes hervor:
Produkte: KAJAGU HORUS 9799, KAJAGU OSIRIS 9777, KAJAGU ZEUS 9520
Zur Covid-Situation: Produkte sind großteils im Lagerraum - lediglich jeweils eine Schachtel bei Kassa Höhenregal gelagert - keine Entnahme durch Kunden - Kunde meldet den Wunsch bei Kassa - Kassierin entnimmt den Artikel und übergibt diesen an Kunden. Leiterin: Wir können Verkauf als Leiter nicht verhindern - dieser wird vom Konzern angeschafft.

Zu 3.: H Markt P, NON-FOOD-Waren

Die Polizeiinspektion P hat am Dienstag, 12.01.2021, 11:00 Uhr unter anderen beim H Markt in P, G eine Überprüfung hinsichtlich der Einhaltung der COVID-Maßnahmen durchgeführt und darüber folgenden Bericht vom 14.01.2021 erstattet:
Zum Auftrag der BH P wird berichtet:
Zur oben angeführten Zeit wurden von der Patrouille P 3 die angeführten Firmen hinsichtlich Einhaltung der Corona Notmaßnahmen kontrolliert.
Am Kontrollort wurde jeweils mit dem Filialleiter bzw. Filialleiterstellvertreter Kontakt aufgenommen.
K S (Filialleiterstellvertreterin - H) ..... 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: Elektrowerkzeuge
Bild 2: Elektrowerkzeuge
Bild 3: Elektrowerkzeuge

Bild 4: Kleidungsartikel
Bild 5: Kleidungsartikel
Bild 6: Kleidungsstücke, Schuhe

Zu 4.: H Markt G, NON-FOOD-Waren

Die Polizeiinspektion G hat am Montag, 11.01.2021, 14:30 Uhr beim H Markt in G, U eine Überprüfung hinsichtlich der Einhaltung der COVID-Maßnahmen durchgeführt und darüber folgenden Bericht vom 13.01.2021 erstattet:
Sachverhaltsdarstellung:
Die Streife G 2 führte am 11.01.2021 von 14:30 Uhr bis 15:00 Uhr im H Markt in G, U, Filiale Nr. 117, gemäß Auftrag der BH P, GZ: BHPEKKM-2020-529527/34 vom 09.01.2021 eine Kontrolle zur Überprüfung der Einhaltung des § 5 Abs. 1 Z 1, 5 und 6 Z 2 der 2. COVID-19-NotMV durch.

Vor Ort wurde mit der Filialleiter-Stellvertreterin, D E, NiA, persönlich Kontakt aufgenommen. D E gab an, dass sie nur über Auftrag übergeordneter Stellen die Waren im Verkaufsraum zum Verkauf aufstellen würde. Sie dürfe nicht einfach in Eigenregie einzelne Waren, wie zum Beispiel NON FOOD PRODUKTE, nicht im Verkaufsraum aufstellen bzw. entfernen.
Sie sei natürlich einverstanden, dass die Beamten von den Verkaufsregalen Fotos machen würden. Im Übrigen verwies sie auf ihren Bereichsleiter Horst Moser. Dieser habe ihr mitgeteilt, dass sie den Beamten ein Schreiben von Rechtsanwalt Dr. B G MAS (EU Law), LL.M. aus W aushändigen solle. Weiters möge sich die Behörde mit ihrem Anliegen an die firmeninterne Rechtsabteilung x wenden.
Gegenständliches Schreiben wurde eingescannt und liegt dem Bericht bei, ebenso wie eine Lichtbildbeilage mit Aufnahmen der Verkaufsregale mit sogenannten „NON FOOD PRODUKTEN“ in den für Kunden frei zugänglichen Regalgängen (siehe Schreiben der H-Rechtsabteilung und Lichtbildbeilage).

Die Lichtbilder zeigen:
Bild 2: Spiel- und Schreibwaren
Bild 3: Elektrowerkzeuge
Bild 4: Haushaltsgeräte
Bild 5: Lagerbehälter
Bild 6: Decken
Bild 7: Fitnessgeräte
Bild 8: Kleidungsartikel
Bild 9: Schnittblumen

Zu 5.: H Markt G, pyrotechnische Artikel

Die Bezirkshauptmannschaft P hat am 30.12.2020, 12:30 Uhr durch einen Bediensteten eine Überprüfung des H Marktes in G, U in Hinblick auf das Pyrotechnikgesetz durchgeführt und darüber einen Bericht an den Aufgabenbereich Sanitätsrecht der Bezirkshauptmannschaft P vom 14.01.2021 erstattet. Die Übermittlung erfolgte zur COVID- Beurteilung.

Aus dem Bericht vom 14.01.2021 geht hervor:
H KG:
Es wurden die Filialen in M und G kontrolliert. In P nach Erhalt der Rechtsinformation aus der Filiale G nicht mehr. Der Verkauf läuft in der Form ab, dass einzelne Artikel im Kassenbereich in einer gesonderten Schachtel gelagert sind. Eine freie Entnahme durch den Kunden ist nicht erlaubt bzw. schwer möglich. Der Kunde wählt anhand eines Prospektes den Artikel und gibt diesen Wunsch der Kassierin bekannt - diese entnimmt den Artikel aus der Schachtel und übergibt diesen dem Kunden und wird dieser in der Folge bezahlt. Beide Marktleiter führten aus, dass es nicht in ihrem Einflussbereich liegt zu bestimmen diese Artikel nicht zu verkaufen. Es ist vom Konzern vorgegeben. Der Marktleiter in G übergab dazu dem Kontrollorgan auch noch die Rechtsdarlegung des Rechtsanwaltes der H KG, woraus hervorgehen soll, dass all diese Artikel auch „Covid-gerecht“ verkauft werden dürfen.

Aus dem übermittelten Marküberwachungsprotokoll des Bediensteten der BH P vom 30.12.2020 geht weiters Folgendes hervor:
Produkte: KAJAGU ATHENE 9252, KAJAGU OSIRIS 9777, KAJAGU HORUS 9799
Zur Covid-Situation: Produkt bei Kassa gelagert - nur vereinzelte Schachteln - Kunde wünscht Produkt - wird von Kassierin genommen und übergeben bzw. bezahlt; Produkt auf Plakat dargestellt.

Marktleiter: Ich kann nicht entscheiden, was wir verkaufen - es gibt aber Rechtsgutachten vom Rechtsgutachter der H KG.

Die gegenständlichen H Märkte in M, W, Nummer der weiteren Betriebsstätte X in P, G, Nummer der weiteren Betriebsstätte X1 und in G, U, Nummer der weiteren Betriebsstätte X2 werden laut GISA (GISA Zahl 2) von der H KG (FN 0z), x S, H S als Gewerbeinhaberin betrieben. Sie verfügt über die erforderliche Gewerbeberechtigung des Handelsgewerbes. Bei den H Märkten in M, P und G handelt sich jeweils um Betriebsstätten des Lebensmitteleinzelhandels, da überwiegend Lebensmittel für LetztverbraucherInnen angeboten und verkauft werden.

Von der H KG, Rechtsabteilung wurde mit E-Mail vom 01.02.2021 die Urkunde „Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten“ vorgelegt. Mit dieser Urkunde wurden Sie zum verantwortlichen Beauftragten der H KG für die Einhaltung der Bestimmungen des COVID-19-Maßnahmengesetzes und der auf Grundlage dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen bestellt. Die Bestellung umfasst unter anderen auch die drei oben angeführten Filialen in G, P und M. Sie haben von Ihrem Arbeitgeber die erforderlichen Befugnisse erhalten (Z 2) und Ihrer Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten gem. § 9 Abs. 2 VStG am 01.04.2020 per Unterschrift ausdrücklich zugestimmt (Z 3).

Sie sind somit der verantwortliche Beauftragte gem. § 9 Abs. 2 zweiter Satz VStG für die H Märkte in M, P und G betreffend die Einhaltung der gesundheitsrechtlichen Vorschriften des COVID-19-Maßnahmengesetzes und der darauf gegründeten Verordnungen.

Mit der Aufforderung zur Rechtfertigung der BH P vom 04.02.2021 wurden Ihnen diese

Sachverhalte als verantwortlichem Beauftragten der drei H Märkte im Bezirk P vorgeworfen.

Sie haben dagegen, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. B G, MAS (European Law), LL.M., W eine umfangreiche Rechtfertigung vom 05.03.2021 eingebracht, die auszugsweise wie folgt lautet:
[...]

Beweiswürdigung:

Die Feststellungen der Organe der Polizeiinspektionen M, P und G sowie des Bediensteten der BH P, der die pyrotechnischen Kontrollen durchgeführt hat, 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 einschließlich der pyrotechnischen Gegenstände sind eindeutig identifiziert worden.

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 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.

Ob diese Verordnungsermächtigung zur Erlassung der konkreten Verordnung ausreichend determiniert ist und ob die - unter Strafsanktion gesetzte - Verordnungsbestimmung des Verkaufsverbotes von nicht für den Lebensmittelhandel typischen Waren 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 m^2 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 einschließlich der pyrotechnischen Artikel 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 wurden, 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 eine Betriebsstätte des Lebensmittelhandels typischen Sortimentes schuldig geblieben ist und auch keine Erläuterungen dazu bekannt geworden sind, 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 sind eindeutig keine Lebensmittel.
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“

Aus diesen beiden Definitionen (Wikipedia) geht klar hervor, dass die angeführten NON-FOOD-Artikel nicht zum Warensortiment der Lebensmittel zählen.
Es mag durchaus sein, dass Lebensmitteleinzelhandelsbetriebe mit der Zeit ein breiteres Warensortiment als die Lebensmittel eingeführt haben und somit Erweiterungen des Sortimentes stattgefunden haben, die für das heutige Bild eines Lebensmitteleinzelhandelsbetriebes typisch sind. Da aber die Mischbetriebe nicht eigens erwähnt werden und auf das typische Warensortiment einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels abgestellt wird, besteht nach Meinung der Verwaltungsstrafbehörde eine Einschränkung auf Lebensmittel, da nur diese für einen Lebensmittelhandelsbetrieb allgemein und überall typisch sind. Die NON-FOOD-

Warengruppen variieren zwischen den verschiedenen Betrieben (Handelsketten etc.) und können somit an sich nicht für den Lebensmittelhandel typisch sein.

Auch die vorgebrachte österreichische ÖNACE 2008 Einstufung geht davon aus, dass die Hauptrichtung des Lebensmitteleinzelhandels Nahrungsmittel, Getränke und Tabakwaren sind. Dies entspricht der Definition in wikipedia. Dazu werden natürlich auch die vielfach vorkommenden Supermärkte und Verbrauchermärkte erfasst, die ein viel breiteres Angebot führen als nur Lebensmittel.

Die Verwaltungsstrafbehörde schließt sich der Definition laut ÖNACE 2008 in Bezug auf die Hauptrichtung des Lebensmitteleinzelhandels an, der Nahrungsmittel, Getränke und Tabakwaren führt. Diese Waren (Tabak in Österreich den Trafiken vorbehalten) bilden das typische Bild des Warensortimentes einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels. Alle Erweiterungen darüber hinaus, die historisch gewachsen sind und die in den verschiedensten Ausprägungen vorkommen, können nicht dem typischen Warensortiment zugerechnet werden. Vor allem darf dem Verordnungsgeber nicht unterstellt werden, dass das typische Warensortiment jenes sei, das bei der jeweiligen Handelskette über die Jahre gewachsen und eingeführt worden sei. Der Begriff „typisch“ spricht gegen individuelle Erscheinungsformen und für eine allgemein gültige Auslegung für ganz Österreich. Somit kann der Auslegung, typisches Warensortiment sei das bisher laufend geführte Warenangebot der H KG als Discounter, nicht gefolgt werden. Es muss ein einheitliches Warenangebot des Lebensmittelhandels angenommen werden, das für ganz Österreich typisch ist, und das sind nur die Lebens- und Genussmittel und nicht die verschiedenen NON-FOOD-Produkte.

Ein Vergleich mit der Gewährung eines Lockdown-Umsatzersatzes erscheint nicht zweckdienlich, da diese Verordnung auch keine Definition des typischen Warensortimentes eines Lebensmitteleinzelhandelsbetriebes enthält.
Im Sinne der Verhinderung der Ausbreitung von COVID-19 ist es erlaubt, eine eigenständige seuchenrechtliche Auslegung auch im Rahmen der 2. COVID-19-NotMV zu treffen. Diese Auslegung orientiert sich an den epidemiologischen Erfordernissen und muss daher auf diese abstellen und entsprechend eng sein. Sinn eines Lockdowns ist es, bestimmte nicht unbedingt benötigte Warengruppen vom Handel auszuschließen, um Geschäftsgänge und Kontakte soweit als möglich zu verhindern. Deshalb wurde das Betreten sehr vieler Handels- und Dienstleistungsbetriebe untersagt. Die Lebensmittelhandelsbetriebe, die traditionell sehr viele NON-FOOD-Waren anbieten, hätten diese nach Ihrer Auslegung weiter anbieten dürfen, was gleichheitswidrig gewesen wäre. Diese sollten denselben Beschränkungen unterliegen. Aus diesen Gründen gebietet sich eine enge an den Wortstamm angelehnte Auslegung, dass eben nur Lebensmittel typisch für einen Lebensmittelhandelsbetrieb sind und nicht andere traditionell angebotene NON-FOOD-Produkte.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass die angebotenen NON-FOOD-Artikel nicht zum typischen Warensortiment eines Lebensmittelhandelsbetriebes gehören, sondern nur Nahrungs- und Genussmittel, Getränke und Tabakwaren, aber nicht die vorgeworfenen NON-FOOD-Warengruppen.

Dadurch dass diese Warengruppen bei der Überprüfung in Selbstbedienung zugänglich waren bzw. bei der Kasse auf Wunsch ausgefolgt wurden (pyrotechnische Artikel) und diese Warengruppen nicht typisch für den Lebensmittelhandel sind, ist der objektive Tatbestand erfüllt. Somit steht fest, dass Sie als verantwortlicher Beauftragter der H KG, welche Inhaberin der ggst. 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 des Beschuldigten ist, glaubhaft zu machen, dass ihn 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 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 und Ihre Ihrer Meinung nach verfassungskonforme Auslegung zutreffend sind, darf nicht von der Verwaltungsstrafbehörde beurteilt werden und kann Ihnen daher nicht zu Gute gehalten werden. Ebenso nicht die Tatsache, dass die H KG vorher schon ein Rechtsgutachten ihres rechtlichen Vertreters, das in der Filiale G an die Polizei übergeben worden ist, eingeholt hat.
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 etc.) vom Angebot her deutlich überwogen, dennoch aber die beanstandeten Non-Food-Waren einen nicht unbeachtlichen Teil des Warenangebotes ausmachten, wurde die Geldstrafe mit dem unteren Drittel des Strafrahmens gewählt. Bei den pyrotechnischen Artikeln wurde die Geldstrafe noch darunter angesetzt, da diese einen kleinen Teil des NON-FOOD-Sortimentes ausmachten und nur kurze Zeit im Lockdown angeboten worden sind, da der 3. Lockdown erst am 26.12.2020 begonnen hat.
Der Unrechts- und Schuldgehalt der gegenständlichen Übertretungen 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.

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 4000 Euro ist damit 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 zuwider laufen. Andererseits wurde in Kauf genommen, dass den Mitbewerbern, deren Betriebsstätten komplett gesperrt waren und die diese Waren im 3. Lock Down nicht verkaufen konnten, ein Wettbewerbsnachteil entstand, wobei das „eigene“ 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 hat der Bf mit Eingabe vom 23. April 2021 rechtzeitig Beschwerde erhoben, in welcher der Bf Nachfolgendes vorbringt:

„I. Sachverhalt:
Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft P vom 24.03.2021, GZ: BHPE/921110000694/21, dem Vertreter des Einschreiters am 26.03.2021 zugestellt, wurde dem Einschreiter zur Last gelegt, folgende Verwaltungsübertretungen begangen zu haben:
[...]

II. Zulässigkeit der Beschwerde:
Die Beschwerde ist zulässig, weil der Einschreiter durch das angefochtene Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft P vom 24.03.2021, GZ: BHPE/921110000694/21, dem Vertreter des Einschreiters am 26.03.2021 zugestellt, in seinem gesetzlich gewährleisteten Recht, nicht wegen Verwaltungsübertretungen nach § 8 Abs 4 und § 3 Abs 2 COVID-19-Maßnahmengesetz - COVID-19-MG, BGBl. I Nr. 12/2020, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/20 iVm § 5 Abs 4 Z 2 und § 5 Abs 6 Z 2 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung, BGBl. II Nr. 598/2020, idF BGBl. II Nr. 2/2021, schuldig erkannt und ihretwegen bestraft zu werden, verletzt ist und erhebt der Einschreiter durch seinen ausgewiesenen Rechtsvertreter an das für Beschwerden gegen Straferkenntnisse der Bezirkshauptmannschaft P zuständige Landesverwaltungsgericht Oberösterreich innerhalb der offenen vierwöchigen Beschwerdefrist

BESCHWERDE

und stellt die

ANTRÄGE:

1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen und in dieser Verhandlung die beantragten Beweise aufnehmen;
2. das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufheben und das gegen den Einschreiter eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren einstellen; in eventu
3. von einer weiteren Verfolgung nach § 45 Abs 1 VStG absehen.

III. Die Beschwerdeanträge werden begründet wie folgt:
Als Beschwerdegründe werden materielle Rechtswidrigkeit, mangelhafte Sachverhaltsfeststellung und mangelhafte Beweiswürdigung sowie willkürliche und unzweckmäßige Ermessenausübung geltend gemacht.

1. Materielle Rechtswidrigkeit:
Aus rechtlicher Sicht wird vom Einschreiter dazu ausgeführt, dass er aufgrund der von der Behörde zitierten Normen aus der COVID-19-NotMV ohnedies immer berechtigt war, zu jedem Zeitpunkt und somit auch am 30.12.2020,11.01.2021,12.01.2021 sowie 13.01.2021 das für eine H-Filiale typische Warensortiment ohne jegliche Einschränkungen anzubieten und zu verkaufen, weil die zitierte 2. COVID-19-NotMV iVm dem COVID-19-Maßnahmengesetz (COVID-19-MG) kein Verbot des Verkaufs von bestimmten Waren beinhalten, sondern in diesen Normen nur Betretungsverbote von Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren geregelt werden.
§ 5 Abs 1 der 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung (2. COVID-19-NotMV) regelte (verkürzt dargestellt), dass das Betreten von Betriebsstätten des Handels zum Zweck des Erwerbs von Waren untersagt ist. § 5 Abs 5 Z 2 der 2. COVID-19-NotMV besagt dann, dass § 5 Abs 1 erster Satz nicht gilt für den Lebensmittelhandel. § 5 Abs 6 Z 1 und Z 2 der 2. COVID-19-NotMV halten dann weiters fest, dass der Kundenbereich von Betriebsstätten gemäß Abs 4 Z 2 (Lebensmittelhandel) nur in der Zeit zwischen 06.00 und 19.00 betreten werden darf und nur Waren angeboten werden dürfen, die dem typischen Warensortiment der in Abs 5 genannten Betriebsstätten des Handels entsprechen.
Festzuhalten ist daher hier, dass der Verordnungstext der COVID-19-NotMV expressis verbis kein Verbot des Verkaufs von Non-Food-Produkten enthält! Vom Verordnungsgeber ist dies auch offensichtlich ausdrücklich so vorgesehen und beabsichtigt. Hätte der Verordnungsgeber ein Verbot des Verkaufs von Non-Food-Produkten mit der 2. COVID-19-NotMV regeln wollen, dann hätte der Verordnungsgeber dies unzweifelhaft ausdrücklich geregelt und entsprechende Bestimmungen in die 2. COVID-19-NotMV aufgenommen. Da dies jedoch nicht erfolgte, ist bereits aufgrund des Wortlautes der gegenständlichen 2. COVID-19-NotMV für alle Rechtsunterworfenen und somit auch den Lebensmitteleinzelhandel sowie den Konsumenten rechtlich nachvollziehbar und abschließend geklärt, dass genau eine derartige Beschränkung des Sortiments um den Bereich der Non-Food-Produkte nicht erfolgen sollte.

In der „Rechtlichen Begründung" zur 2. COVID-19-NotMV wird vorerst nur auf die „Rechtliche Begründung" zur COVID-19-NotMV verwiesen und dort ausgeführt, dass „Mischbetriebe" - was immer rechtlich der Verordnungsgeber unter „Mischbetriebe" verstehen möchte, weil weder die Verordnung selbst noch andere Gesetzesmaterien wie die Gewerbeordnung den Begriff „Mischbetrieb" anführen, enthalten oder kennen - nur solche Waren anbieten dürfen, die dem typischen Warensortiment der in Abs 5 der 2. COVID-19-NotMV genannten Betriebsstätten entsprechen.
Unter Heranziehung der Auslegungsmöglichkeiten eines Gesetzes oder - wie hier - einer Verordnung ist in erster Linie auf den Wortlaut des Verordnungstextes — und nicht auf Ausführungen in einer rechtsunverbindlichen „Rechtlichen Begründung" - abzustellen.
Dem Wortlaut der Verordnung folgend ist daher auf das typische Warensortiment der Betriebsstätte des Lebensmittelhandels abzustellen.

Die Behörde führt im Straferkenntnis richtigerweise selbst dazu aus, dass der Verordnungsgeber eine Definition des für eine Betriebsstätte des Lebensmittelhandels typischen Sortimentes schuldig geblieben ist und auch keine Erläuterungen dazu bekannt geworden sind.
Eine Legaldefinition für dieses „typische Warensortiment des Lebensmittelhandels" existiert daher nicht, weshalb zur Auslegung dieses Begriffes auf internationale bzw. nationale Standards Bezug genommenen werden muss. Seit 01.01.2008 ist in der Europäischen Union die revidierte Wirtschaftstätigkeitenklassifikation NACE Rev. 2 anzuwenden. Dazu gibt es in Österreich die von der Statistik Austria veröffentlichte und verwendete nationale Version unter dem Namen „ÖNACE 2008".

Die ÖNACE 2008 definiert den Lebensmittelhandel in der Klasse G 47.11 mit dem Titel:
„Einzelhandel mit Waren verschiedener Art, Hauptrichtung Nahrungs- und Genussmittel, Getränk und Tabakwaren".
Diese Klasse G 47.11 der ÖNACE 2008 umfasst gemäß Statistik Austria 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"

Somit ist definiert, dass in einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels, auf die die COVID-19-NotMV Bezug nimmt, neben der Hauptrichtung Nahrungsmittel und Getränke ein breit gefächertes Sortiment wie Bekleidung, Möbel, Geräte, Metallwaren, kosmetische Artikel usw. geführt, angeboten und verkauft werden darf. Die Verwendung des Hinweises „usw." stellt auch klar, dass es sich bei der Aufzählung in der ÖNACE 2008 nicht um eine taxative und somit abschließende, sondern um eine demonstrative Aufzählung hinsichtlich des möglichen Sortiments handelt. Somit war es der H KG und auch dem Einschreiter gestattet, sämtliche Non-Food-Produkte, mit Ausnahme jener Produkte, die einer sonstigen rechtlichen Beschränkung (bspw. Arzneimittel oder Tabakwaren) unterliegen, aufgrund des Wortlautes des § 5 der COVID-19-NotMV zu verkaufen. Darunter fallen auch die Waren, die von der H KG bei den wöchentlich mehrmals wechselnden Aktionen oder wie die pyrotechnischen Artikel nur saisonal verkauft werden, weil es sich dabei einerseits um Waren gemäß ÖNACE 2008 handelt und auch diese Waren das typische Warensortiment der Betriebsstätte des Lebensmittelhandelsunternehmens H KG seit Jahrzehnten für die Kundinnen der H KG darstellen.

Auch die Behörde nimmt in ihrem Straferkenntnis Bezug auf die Definition „Lebensmittelhandel". Die Behörde führt dazu aus, dass „der Begriff Lebensmittel in dieser Kategorie Nahrungs- und Genussmittel, Getränke und Tabakwaren entsprechend der Statistischen Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft / NACE 2 umfasst". Vermeint dann die Behörde im Zusammenhalt mit der von ihr gewählten Definition „Lebensmittel" aus Wikipedia, dass aus diesen beiden Definitionen dann für die Behörde klar hervorginge, dass die angeführte Non-Food-Artikel nicht zum Warensortiment der Lebensmittel zählen, so ist dies rechtlich verfehlt und falsch. Wenn in weiterer Folge die Behörde sich dann wiederum der Definition laut ÖNACE 2008 in

Bezug auf die Hauptrichtung des Lebensmittelhandels anschließt, der Nahrungsmittel, Getränke und Tabakwaren führt, dass nur diese Waren (Tabak in Österreich den Trafiken Vorbehalten) das typische Bild des Warensortiments einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels bilden, ist dies eine selektive und rein willkürliche Betrachtung durch die Behörde.

Die Behörde reduziert den Begriff „Lebensmittelhandel" einzig und allein aufgrund einer vermeintlichen Definition der privaten Plattform „Wikipedia" ausschließlich auf den Bereich „Nahrungsmittel und Trinkwasser". Dies stellt eine sachlich nicht gerechtfertigte Reduktion auf „vom Menschen zum Zwecke der Ernährung oder des Genusses über den Mund" zu konsumierende Güter dar. Güter des täglichen Bedarfs, wie etwa Hygiene- und Toilettenartikel, welche gerade in einer Krise unzweifelhaft zur Versorgung der Bevölkerung erforderlich sind, müssten nach dem von der Behörde verwendeten Begriff „Lebensmittel" aus dem Verkauf genommen werden. Es bedarf keiner näheren Erläuterung, dass die Kunden gerade in einer Krise erwarten dürfen, in einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels mit sämtlichen Gütern des täglichen Bedarfs - und nicht nur mit Nahrungsmitteln - versorgt zu werden.

Verfehlt ist dann die Ansicht, dass „alle Erweiterungen darüber hinaus, die historisch gewachsen sind und die in den verschiedensten Ausprägungen Vorkommen, nicht dem typischen Warensortiment zugerechnet werden könnten. Diese Annahme der Behörde ist wiederum reine Willkür und durch keine rechtliche Norm und/oder durch einen Standard gedeckt. Vermeint die Behörde in weiterer Folge, dass „vor allem dem Verordnungsgeber nicht unterstellt werden dürfe, dass das typische Warensortiment jenes sei, dass bei der jeweiligen Handelskette über die Jahre gewachsen und eingeführt worden sei, weil der Begriff „typisch" gegen individuelle Erscheinungsformen und für eine allgemein gültige Auslegung für ganz Österreich spräche", so ist dies eine rein subjektive und somit wieder im Bereich der Willkür anzusiedelnden Einschätzung der Behörde, die rechtlich völlig verfehlt ist, weil es eben in der Europäischen Union und in weiterer Folge in Österreich eine einheitliche revidierte Wirtschaftstätigkeitenklassifikation gibt, die eben genau die Klassifikation der wirtschaftlichen Tätigkeiten von Unternehmen definiert. Die Statistik Austria ordnet die Unternehmen gemäß deren wirtschaftlichen Schwerpunkt einem Wirtschaftszweig (Branche) zu. Die Zuordnung zu einer Branche findet im ÖNACE-Code ihren Ausdruck. Der ÖNACE-Code wird den Unternehmen über eine Klassifikationsmitteilung mitgeteilt und wird dieser neben statistischen Zwecken auch für administrative Belange, wie Einkommensteuererklärung, EMAS-Verordnung, EORI-Anträge oder für Förderungen benötigt.
[...]

Dem „Alphabetikum" der Beilage ,/l ist weiters zu entnehmen, dass darunter auch „Gemischtwarenhandlungen, Schwerpunkt Nahrungsmittel und Getränke" fallen. Neben diesem Schwerpunkt Nahrungsmittel und Getränke führen aber Gemischtwarenhandlungen dann offensichtlich auch andere Waren im Sinne der bereits zitierten Waren, die diese Unterklasse umfasst. Weiters werden im „Alphabetikum" zur Unterklasse G47.11-0 der ÖNACE 2008 „Lebensmitteleinzelhandel ohne ausgeprägten Schwerpunkt", „Supermärkte" und „Verbrauchermärte, Hauptrichtung Nahrungsmittel und Getränke" aufgelistet. Aus dieser Auflistung ergibt sich, dass die rechtliche Einschätzung der Behörde, dass aus ihrer Sicht in Verbindung mit dem Begriff „Lebensmittelhandel" ein

einheitliches Warenangebot des Lebensmittelhandels angenommen werden müsse, das für ganz Österreich typisch sei, und dass dies nur die Lebensmittel und Genussmittel und nicht die verschiedenen Non-Food-Produkte seien, verfehlt ist.

Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei der von der Behörde vorgenommenen Definition um eine rein willkürliche und rechtlich durch keine Norm gedeckte Annahme.

Neben bzw. ergänzend zu dieser Definition nach der ÖNACE 2008 kann der nach dem Wortlaut der COVID-19-NotMV angeführte Umfang des Warensortiments mit der Wortfolge „die dem typischen Warensortiment" der Betriebsstätte des Lebensmittelhandels entsprechen, auch anhand der einschlägigen Fachliteratur definiert werden.
Das „typische Warensortiment" einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels orientiert sich anhand dieser einschlägigen Fachliteratur nach den dort aufgezählten Betriebstypen des Handels, wobei darunter die Kategorien von Handelsunternehmen mit gleichen oder ähnlichen Kombinationen von Merkmalen, die über einen längeren Zeitraum beibehalten werden, verstanden werden. Diese Merkmale einzelner Betriebsstätten, zu denen neben kleinen Lebensmittelgeschäften, Supermärkten, Verbrauchermärkten, Hypermärkten, Handwerkshandelsgeschäfte, Sozialmärkte, eben auch Discounter wie die H KG gehören, werden vom Konsumenten als gleichartig wahrgenommen und mit bestimmten Attributen wie Qualität der Waren, Verfügbarkeit von Verkaufspersonal, Ladenatmosphäre sowie Breite und Tiefe des Sortiments verbunden (vgl. Gittenberger/Teller in Zentes/Swoboda / Morschett/Schramm-Klein /(Hrsg.), Handbuch Handel, 2. Auflage, Seiten 216 ff). Innerhalb dieser unterschiedlichen Betriebstypen ist ein Discounter im Gegensatz zu anderen Verbrauchermärkten durch das Angebot von sogenannten Schnelldrehern und erheblich weniger Alternativprodukte innerhalb einer Warengruppe gekennzeichnet, wodurch es Discountern eben möglich ist, Lagerhaltungskosten zu senken und Rohertragseinbußen durch schlecht verkäufliche Artikel zu minimieren.

Daraus ergibt sich, dass auch aufgrund der Auslegung anhand der einschlägigen Fachliteratur die H KG das für sie als Discounter typische Warensortiment und vom Kunden von einem Discounter, wie die H KG einer ist, erwartete Sortiment, so wie dies die H KG in den letzten Jahren als Discounter angeboten hat, was natürlich auch die NON-Food-Produkte und die mehrmals wöchentlich wechselnden Aktionsangebote und die saisonale Ware, wozu die von der H KG seit 2006 saisonal angebotenen pyrotechnischen Gegenstände zählen, umfasst, verkaufen durfte.
Bemerkenswert ist dann aber, dass in Verbindung mit der 2. COVID-19-NotMV und der dazu ergangenen „Rechtlichen Begründung" eben in dieser „Rechtlichen Begründung" zu § 5 der 2. COVID-19-NotMV nur auf die Ausführungen in der „Rechtlichen Begründung" zur COVID-19-NotMV verwiesen wird. Offensichtlich bewusst hat man dann Abstand davon genommen, bei dieser „Rechtlichen Begründung" auch auf die rechtlich äußerst bedenklichen „Rechtlichen Begründung" zur 1. COVID-19-NotMV-Novelle zu verweisen. In dieser „Rechtlichen Begründung" zur 1. C0VID-19-NotMV-Novelle wurde der rechtlich äußerst bedenkliche Versuch unternommen, der damaligen COVID-19-NotMV ein „seuchenrechtlich autonomes Begriffsverständnis" zu unterstellen. In dieser rechtlich nicht verbindlichen „Rechtlichen Begründung zur 1. Novelle der COVID-19-Notmaßnahmenverordnung" fand sich der Versuch einer Konkretisierung der COVID-19-NotMV insbesondere zu § 5 Abs 5 COVID-19-NotMV, wobei jedoch diese Konkretisierung offensichtlich ungeeignet war, „Lebensmittelhändlern" wie der H KG, die das

Handelsgewerbe als „Mischbetrieb" ausüben, den Verkauf von Non-Food- Artikeln wie beispielsweise Elektrowaren und/oder Spielwaren oder Vergleichbares aus dem Non-Food-Bereich oder saisonale Ware zu verbieten.

Vorerst wurde in dieser „Rechtlichen Begründung" darauf Bezug genommen, dass „diese gleichheitsrechtliche Wertung in epidemiologischer Hinsicht „zweifelsohne" von § 3 COVID-19-NotMG gedeckt sei." § 3 COVID-19-Maßnahmengesetz (COVID-19-MG) besagt dazu, dass beim Auftreten von COVID-19 durch Verordnung das Betreten von Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren geregelt werden kann, soweit dies zur Verhinderung zur Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist. § 3 Abs 2 COVID- 19-MG besagt dann weiters, dass in einer derartigen Verordnung entsprechend der epidemiologischen Situation festgelegt werden kann, in welcher Zahl und zu welcher Zeit oder unter welchen Voraussetzungen und Auflagen Betriebsstätten betreten werden dürfen. Keiner der in § 3 Abs 2 COVID-19-MG aufgezählten Regelungspunkte ermächtigte aber den Verordnungsgeber der COVID-19-NotMV zur Einschränkung des typischen Warensortiments einer Betriebsstätte eines Lebensmittelhändlers. Verfassungsrechtlich und auch einfachgesetzlich äußerst bedenklich sind dann die weiteren Ausführungen in dieser „Rechtlichen Begründung", wenn auf Seite 5 der „Rechtlichen Begründung" im 4. Absatz ausgeführt wurde, dass bestimmte gesetzliche Begriffe nicht an allgemein gültigen Gesetzen wie der Gewerbeordnung auszulegen seien, sondern „den seuchenrechtlichen Vorschriften vielmehr ein autonomes Begriffsverständnis zugrunde liegt". Dies würde in letzter Konsequenz jedem Verordnungsgeber dann die Möglichkeit einräumen, sich über jegliche verfassungsgesetzlichen und einfachgesetzlichen Bestimmungen hinwegzusetzen, weil aufgrund einer Verordnung dann bestimmte Begriffe „autonom" auszulegen wären. In dieser „Rechtlichen Begründung" wird dann aber nicht ausgeführt, wie oder wo für den einzelnen Rechtsunterworfenen das „autonome Begriffsverständnis" rechtsverbindlich nachvollziehbar und somit dann auch befolgbar aufgefunden werden könnte. Dieses „autonome Begriffsverständnis" der „seuchenrechtlichen Vorschriften" wäre rechtlich denkmöglich nur dann zulässig, wenn entweder das Epidemiegesetz oder das COVID-19-MG Legaldefinitionen zu bestimmten Begriffen wie beispielsweise „Lebensmittelhandel", „Drogeriemärkten" oder „Verkauf und Wartung von Sicherheits- und Notfallprodukten" auflisten würde. Derartige Legaldefinitionen sind aber in den beiden vorerwähnten Gesetzen - Epidemiegesetz und COVID-19-NotMG - nicht enthalten. Die Unterstellung eines „autonomen Begriffverständnisses" für „seuchenrechtliche Vorschriften", ohne die vorher erwähnten erforderlichen Legaldefinitionen einzelner Begriffe, ist rechtlich als „Willkür" zu qualifizieren, wobei dies gemäß Art. 18 Bundes-Verfassungsgesetz verboten ist und gesetzwidrig ist.

Bemerkenswert ist dann weiters auch noch, dass der Verordnungsgeber der späteren 2. COVID-19-NotMV ausdrücklich auf eine Bezugnahme zur 1. COVID-19-NotMV- Novelle und somit auch auf die dazu ergangene „Rechtliche Begründung" verzichtet hat, sodass die damals in dieser „Rechtlichen Begründung" angeführten Überlegungen und Argumente offensichtlich dann auch vom Verordnungsgeber bzw. dem Autor der „Rechtlichen Begründung" zur 2. COVID-19-NotMV verworfen wurden. Offensichtlich wurde die rechtliche Unzulässigkeit der in der „Rechtlichen Begründung" zur COVID- 19-NotMV und zur 1. COVID-19-NotMV-Novelle angeführten Argumente auch von den zuständigen Stellen im Gesundheitsministerium erkannt!
Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen ist dann auch die rechtliche Beurteilung der

Behörde auf Seite 15 des Straferkenntnisses, dass es aus Sicht der Behörde „im Sinne der Verhinderung der Ausbreitung von COVID 19 erlaubt sei, eine eigenständige seuchenrechtliche Auslegung auch im Rahmen der 2. COVID-19-NotMV zu treffen" völlig verfehlt. Die Behörde vermeint dann weiters, dass „diese Auslegung sich an den epidemiologischen Erfordernissen orientiere und daher auf diese abstelle und entsprechend eng sei". Die Behörde führt jedoch nicht aus, auf welche „epidemiologischen Erfordernisse" abzustellen sei und sich die Auslegung orientiere. So gibt es keine epidemiologischen Daten, die beweisen und/oder nachweisen würden, dass Fallzahlen durch den Umstand, dass Konsumenten in einem Lebensmittelhandelsgeschäft wie dem der H KG einkaufen gehen, steigen würden. Es gibt auch keine wissenschaftlichen Erkenntnisse dazu, dass dann, wenn Konsumentinnen neben Lebensmitteln auch Non-Food-Artikel bei einem Lebensmittelhändler kaufen, die Fallzahlen dadurch steigen würden bzw. gestiegen sind. Hält die Behörde dann weiters fest, dass diese Auslegung „eng" sei, so handelt es sich dabei wiederum um eine rein willkürliche Annahme, weil „eng" in keinster Weise von der Behörde einerseits noch durch eine Norm andererseits abschließend definiert ist. Es handelt sich dabei - wie bereits erwähnt - um reine Willkür der Behörde.

Führt die Behörde dann auf Seite 15 des Straferkenntnisses weiters auch, dass „die Lebensmittelhandelsbetriebe, die traditionell sehr viele Non-Food-Waren anbieten, diese nach ihrer Auslegung weiter anbieten hätten dürfen, so wäre dies aus Sicht der Behörde gleichheitswidrig gewesen. Diese sollten denselben Beschränkungen unterliegen wie sehr viele andere Handels- und Dienstleistungsbetriebe. Die Behörde begründet jedoch diese ihre Ansicht in keinster Weise, sondern führt nur Stehsätze an. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang dann weiters auch, dass die Behörde aus ihrer rechtlich verfehlten Sicht vermeint, dass „ein Vergleich mit der Gewährung eines Lockdown-Umsatzes nicht zweckdienlich erscheint, dass diese Verordnung auch keine Definition des typischen Warensortiments eines Lebensmitteleinzelhandelsbetriebes enthält. Offensichtlich negiert die Behörde - trotz ausführlicher Hinweise in der Rechtfertigung des Einschreiters - den Zusammenhang zwischen der 2. COVID-19-NotMV und der Richtlinie über die Gewährung eines Lockdown-Umsatzersatzes durch die COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG) (VO Lockdown-Umsatzersatz), BGBl. II Nr. 503/2020 in der zu den verfahrensgegenständlichen Tatzeitpunkten geltenden Fassung. Anhang 1 zur VO Lockdown-Umsatzersatz sieht in den Richtlinien unter Punkt „3. Begünstigte Unternehmen" in Punkt 3.1.3. lit b ausdrücklich vor, dass die Branchenabgrenzung im Sinne der ÖNACE-2008-Klassifikation vorzunehmen ist. Somit ist ausdrücklich ein Bezug zwischen der ÖNACE-2008-Klassifikation und der Gewährung eines Umsatzersatzes an von der Verordnung des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der besondere Schutzmaßnahmen gegen die Verbreitung von COVID-19 getroffen werden (COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung - COVID-19-SchuMaV), BGBl. II Nr. 463/2020 oder von der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung einer Notsituation getroffen werden (COVID-19-Notmaßnahmenverordnung - COVID-19-NotMV), BGBl. II Nr. 479/2020, direkt betroffene Unternehmen (Lockdown-Umsatzersatz), hergestellt.
Weder der 2. COVID-19-NotMV noch den Verordnungsgebungsmaterialien ist zu entnehmen, welche Auswirkungen die in § 5 Abs 6 Z 2 2. COVID-19-NotMV angeordneten

Beschränkungen auf das typische Warensortiment für die in Absatz 5 genannten Betriebsstätten des Handels auf mögliche Entwicklungsszenarien von COVID-19 hätten. Insbesondere ist weder der genannten Verordnung noch den Materialien zu entnehmen, inwieweit die mittels Verordnung angeordneten Sortimentsbeschränkungen für den Lebensmittelhandel einen Einfluss auf die Verbreitung des COVID-19 nehmen würden und inwiefern diese Maßnahmen mit anderen berücksichtigungswürdigen Interessen der Betreiber der betreffenden Betriebsstätten in Beziehung stehen. Nach der Judikatur des VfGH gibt das COVID-19-Maßnahmengesetz die grundsätzliche Zielsetzung des Gesetzgebers vor und ordnet das Gesetz an, dass der Verordnungsgeber diese Betretungsverbote im Hinblick auf den Zweck der Maßnahmen nach Art und Ausmaß differenziert auszugestalten hat, je nachdem, inwieweit er es in einer Gesamtabwägung zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 für erforderlich hält. Damit überträgt der Gesetzgeber dem Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz einen Einschätzungs- und Prognosespielraum, ob und wie weit er zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 auch erhebliche Grundrechtsbeschränkungen für erforderlich hält, womit der Verordnungsgeber seine Entscheidung als Ergebnis einer Abwägung mit den einschlägigen grundrechtlich geschützten Interessen der betroffenen Unternehmen zu treffen hat. Der Verordnungsgeber muss also in Ansehung des Standes und der Ausbreitung von COVID-19 notwendig prognosehaft beurteilen, inwieweit in Aussicht genommene Betretungsverbote oder Betretungsbeschränkungen von Betriebsstätten zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 geeignete (der Zielerreichung dienliche) erforderliche (gegenläufige Interessen weniger beschränkend und zugleich weniger effektiv nicht mögliche) und insgesamt angemessen (nicht hinnehmbare Grundrechtseinschränkungen ausschließende) Maßnahmen darstellen (VfGH vom 01.10.2020, V 405/2020). Der Verordnungsgeber der 2. COVID-19-NotMV wäre somit verpflichtet gewesen, die Wahrnehmung seines Entscheidungsspielraums im Lichte der gesetzlichen Zielsetzungen insoweit nachvollziehbar zu machen, als er im Verordnungserlassungsverfahren festhält, auf welcher Informationsbasis über die nach dem Gesetz maßgeblichen Umstände die Verordnungsentscheidung fußt und die gesetzlich vorgegebene Abwägungsentscheidung erfolgt ist. Im hier vorliegenden Fall lässt sich weder der Verordnung noch aus dem Verordnungserlassungsverfahren entnehmen, auf welche Weise eine Einschränkung des Warensortiments für die Betriebsstätten des Lebensmittelhandels von der Behörde angewendeten Begriff „Lebensmittel", verstanden im Sinne auf „von Menschen zum Zwecke der Ernährung oder des Genusses über den Mund" zu konsumierende Güter Einfluss nehmen würde. Tatsächlich ist es faktisch auszuschließen, dass die Verbreitung von COVID-19 dadurch negativ beeinflusst würde, wenn die Kunden einer H-Filiale neben dem Einkauf von „Nahrungsmittel" zusätzlich auch Güter des täglichen Bedarfs einkaufen können. Die angefochtene Bestimmung des § 5 Abs 5 Z 2 iVm § 5 Abs 6 Z 2 2. COVID-19-NotMV genügt den Vorgaben des § 1 COVID-19-Maßnahmengesetz schon aus den aufgezeigten Gründen nicht. Die von der Behörde zu ihrer Entscheidungsfindung herangezogene Verordnung erweist sich aus diesem Grund als gesetzwidrig.

Festzuhalten ist daher, dass in den Richtlinien über die Gewährung eines Lockdown-Umsatzersatzes im Punkt 3.1.3. lit b als auch in der späteren Änderung der 3. VO Lockdown-Umsatzersatz in Punkt 3.1.3. lit c Bezug genommen wird auf § 5 COVID-19-NotMV bzw. § 5 2. COVID-19-NotMV. Hinsichtlich des vorgesehenen Umsatzersatzes wird ausdrücklich auf die Branchenabgrenzung gemäß der ÖNACE 2008 abgestellt. Somit ist bestätigt, dass die Definition des typischen Warensortiments einer Betriebsstätte des

Lebensmittelhandels gemäß ÖNACE 2008 vorzunehmen ist. Wird jedoch ein Umsatzersatz von dieser Qualifikation nach der ÖNACE 2008 abhängig gemacht bzw. bestimmt sich ein etwaiger Umsatzersatz danach, so hat dann auch die Zulässigkeit des Warensortiments im Sinne der COVID-19-NotMV sich daran zu orientieren. Eine unterschiedliche Auslegung zweier Ministerien wäre im Ergebnis jedenfalls verfassungswidrig.

Punkt „3. Begünstigte Unternehmen" des Anhanges 1 zur Änderung der 3. VO Lockdown-Umsatzersatz besagt, dass ein Lockdown-Umsatz nur zugunsten von Unternehmen gewährt werden darf, bei denen im Betrachtungszeitraum gemäß Punkt 4.1. und zum Zeitpunkt der Antragstellung sämtliche Voraussetzungen erfüllt sind. Eine der Voraussetzungen gemäß Punkt 3.1.3. lit c ist, dass das Unternehmen im Zeitraum der Gültigkeit der 2. COVID-19-NotMV direkt von den mit der 2. COVID-19-NotMV in § 5 Abs 1 Z 1 (Einzelhandel),... verordneten Einschränkungen betroffen und auch in einer direkt von den mit der 2. COVID-19-NotMV verordneten Einschränkungen betroffenen Branche tätig ist. Wiederholend wird hier ausgeführt, dass § 5 Abs 1Z 12. COVID-19-NotMV regelt, dass „das Betreten und Befahren des Kundenbereichs von Betriebsstätten des Handels zum Zwecke des Erwerbs von Waren untersagt ist". § 5 Abs 5 2. COVID-19-NotMV regelt dann weiters, dass der vorzitierte erste Satz des § 5 Abs 1 2. COVID-19-NotMV nicht gilt für den Lebensmittelhandel. Dies bedeutet, dass die H KG und somit das Unternehmen, für das der Einschreiter tätig ist, ausdrücklich vom Lockdown-Umsatzersatz ausgeschlossen ist. Dies bedeutet weiters, dass jene Unternehmen, die geschlossen halten mussten, einen Lockdown-Umsatzersatz erhielten. Von der Behörde würde aber nunmehr gefordert werden, dass das Unternehmen, für das der Einschreiter tätig ist, den „Lebensmittelhandel" weiter betreibt, nicht genau definierte Waren aber nicht mehr verkaufen dürfte, dann aber auch für diese Warengruppe, die von der Behörde ohnedies nicht näher definiert ist und daher wiederum nur willkürlich - wie im gegenständlichen Straferkenntnis - festgesetzt wird / werden könnte, keinen Lockdown-Umsatzersatz erhalten würde. Vermeint die Behörde, dass dies dann der H KG gegenüber nicht gleichheitswidrig wäre, so muss der Behörde dann mangelndes Rechtsverständnis attestiert werden.

Die H KG und somit auch der Einschreiter waren daher zu jedem Zeitpunkt berechtigt, während der Zeiten, zu denen die Behörde nunmehr dem Einschreiter angebliche Verwaltungsübertretungen anlastet, sämtliche Produkte eines Lebensmittelhandels, darunter eben auch alle Non-Food-Produkte und auch saisonal angebotene Gegenstände wie pyrotechnische Gegenstände, zu verkaufen.
Dass der Handel mit pyrotechnischen Gegenständen im verfahrensgegenständlichen Zeitpunkt immer erlaubt war, bestätigt auch die Tatsache, dass von der Stadt Innsbruck in Innsbruck am 01.01.2021 „ein vierminütiges Feuerwerk als „Signal der Hoffnung" für 2021" abgeschossen wurde. Wäre der Handel mit pyrotechnischen Gegenständen zu diesem Zeitpunkt tatsächlich - so wie die Behörde dem Einschreiter gegenüber vermeint - verboten gewesen, so hätte dieses Feuerwerk in Innsbruck nie durchgeführt werden dürfen. Es wird sich rechtlich wohl nicht rechtfertigen lassen, dass eine Gebietskörperschaft öffentlichen Rechts pyrotechnische Gegenstände ankauft und diese somit von einem Unternehmen, das mit pyrotechnischen Gegenständen handelt, verkauft werden. Dem Einschreiter ist nicht bekannt, dass gegen das Unternehmen „Dreamfire" oder gegen die Verantwortlichen der Stadt Innsbruck Verwaltungsstrafverfahren geführt werden.

[...]

Offensichtlich gilt auch für die Republik Österreich nicht die von der Behörde rechtlich vertretene Meinung von „Verkaufsverboten" von bestimmten Produkten während eines Lockdowns. So wurden vom Vertreter des Einschreiters am 03.12.2020, also zu einem Zeitpunkt eines Lockdowns, im Postamt am Hauptbahnhof Wels Handyfotos erstellt, die unter anderem zeigen, dass die Post während eines Lockdowns und somit während eines Zeitpunktes, von dem die Behörde vermeint, dass bestimmte Waren nicht verkauft werden dürfen, Unterhaltungsartikel wie DVD's, CD's und „Witzekalender" verkauft wurden.
[...]
Die Post AG ist aber zu 52,9 % im Besitz der staatlichen Österreichischen Bundes- und Industriebeteiligungen GmbH und somit mehrheitlich unter staatlichem Einfluss. Dem Einschreiter ist wiederum nicht bekannt, dass gegen die Verantwortlichen der Post Verwaltungsstrafverfahren geführt werden.

Eine etwaige Einschränkung des typischen Warensortiments in den Betriebsstätten der H KG würde jedenfalls auch gegen die Grundrechte der Erwerbsfreiheit und des Eigentums verstoßen und würde überdies den Gleichheitsgrundsatz verletzen. Beschränkungen dieser Grundrechte werden vom Verfassungsgerichtshof nur als zulässig angesehen, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielsicherung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind und somit verhältnismäßig sind. Aufgrund der Spruchpraxis des Verfassungsgerichtshofes wäre daher ein Verbot des Verkaufs von Non-Food-Produkten und/oder pyrotechnischen Gegenständen im verfahrensgegenständlichen Zeitraum gesetzwidrig gewesen.
Da die H KG und somit auch der Einschreiter zu jedem Zeitpunkt und somit auch am 30.12.2020, 11.01.2021, 12.01.2021 sowie 13.01.2021 berechtigt war, das für die H KG als Lebensmittelhändler typische Warensortiment, worunter auch Non- Food-Produkte wie Werkzeuge, Elektrogeräte, Kleidung, pyrotechnische Gegenstände usw. fallen, zu verkaufen, hat der Einschreiter die ihm von der Behörde angelastete Verwaltungsübertretung nicht begangen.

IV. Unzweckmäßige Ermessensausübung:
Darüber hinaus hat die Behörde bei der Festlegung der Strafhöhe ihr Ermessen unzweckmäßig ausgeübt und wurde die Strafe zu hoch festgesetzt."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Mit Vorlageschreiben vom 17. Mai 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. In der Verhandlung wurde

die Sach- und Rechtslage mit den anwesenden Parteienvertretern umfassend erörtert.

In der Verhandlung brachte der Bf ergänzend vor, die belangte Behörde sei örtlich unzuständig. In Sachen, die sich auf den Betrieb einer Unternehmung beziehen würden – und dies werde auch bei in Filialen gegliederten Unternehmen angenommen – komme es für die örtliche Zuständigkeit der einschreitenden Strafbehörde grundsätzlich nicht auf den Ort an, an dem das Unternehmen betrieben werde, also auch nicht auf den Ort des Filialbetriebes. Gemäß § 27 Abs. 1 VStG sei vielmehr der Tatort grundsätzlich der Sitz des Unternehmens für welches der zur Vertretung nach außen Befugte gemäß § 9 VStG gehandelt habe. Entscheide aber eine unzuständige Behörde, so habe das Verwaltungsgericht das Straferkenntnis ersatzlos zu beheben. Dem hielt die belangte Behörde entgegen, sie sei als Tatortbehörde örtlich zuständig.

Zusätzlich regte der Bf an, einen Antrag auf Verordnungsprüfung an den Verfassungsgerichtshof zu stellen und brachte dazu vor, die 2. COVID-19-NotMV verstoße gegen Art. 18 Abs. 1 und 2 B-VG sowie gegen Art. 7 B-VG und gegen Art. 6 StGG.

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

II.1. Organe der Polizeiinspektion M führten am 13. Jänner 2021, um 08:20 Uhr in der Filiale der H KG in M, W eine Kontrolle durch (PAD/21/00048436/004/VW).

Dabei wurden in den Verkaufsregalen Elektrowerkzeuge, Malerfarbe, Kleidung, Bettwäsche, Geschirr, Sicherheitsschuhe und Holzkohlegriller zum Verkauf angeboten. Dieser Sachverhalt wird vom Bf in tatsächlicher Hinsicht nicht bestritten. [Spruchpunkt 1]

II.2. Der Prüfbericht über die nach dem Pyrotechnikgesetz zum Jahreswechsel vorgenommene Marktüberwachung (GZ: BHPESich-2020-681728/11-KG) ergab, dass am 30. Dezember 2020, um 10:50 Uhr in der Filiale der H KG in M, W, die im Spruch des Straferkenntnisses genannten pyrotechnischen Gegenstände zum Verkauf angeboten. Dieser Sachverhalt wird vom Bf in tatsächlicher Hinsicht nicht bestritten. [Spruchpunkt 2]

II.3. Organe der Polizeiinspektion P führten am 12. Jänner 2021, um 11:00 Uhr in der Filiale der H KG in P, G eine Kontrolle durch (PAD/21/00048436/002/VW).

Dabei wurden in den Verkaufsregalen Elektrowerkzeuge, Kleidung und Schuhe zum Verkauf angeboten. Dieser Sachverhalt wird vom Bf in tatsächlicher Hinsicht nicht bestritten. [Spruchpunkt 3]

II.4. Organe der Polizeiinspektion G führten am 11. Jänner 2021, um 14:30 Uhr in der Filiale der H KG in G, U eine Kontrolle durch (PAD/21/00048436/005/VW).

Dabei wurden in den Verkaufsregalen Spiel- und Schreibwaren, Elektrowerkzeuge, Haushaltsgeräte, Lagerbehälter, Decken, Fitnessgeräte, Kleidungsartikel und Schnittblumen zum Verkauf angeboten. Dieser Sachverhalt wird vom Bf in tatsächlicher Hinsicht nicht bestritten.[Spruchpunkt 4]

II.5. Der Prüfbericht über die nach dem Pyrotechnikgesetz zum Jahreswechsel vorgenommene Marktüberwachung (GZ: BHPESich-2020-681728/11-KG) ergab, dass am 30. Dezember 2020, um 12:30 Uhr in der Filiale der H KG in G, U, die im Spruch des Straferkenntnisses genannten pyrotechnischen Gegenstände zum Verkauf angeboten. Dieser Sachverhalt wird vom Bf in tatsächlicher Hinsicht nicht bestritten. [Spruchpunkt 5]

II.6. 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 – am 25. Juni 2020 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Mit den anwesenden Parteien wurde die Sach- und Rechtslage umfassend erörtert und diesen die Gelegenheit gegeben, ihren Rechtsstandpunkt darzulegen sowie entsprechende Beweismittel vorzulegen.

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. örtliche (Un-)Zuständigkeit
V.2. objektive Tatseite (Warensortiment)
V.3. subjektive Tatseite (Strafbarkeit)
V.4. Strafhöhe

V.1. Zur örtlichen (Un-)Zuständigkeit:

Der Bf bringt zunächst vor, die belangte Behörde sei für die Erlassung des angefochtenen Straferkenntnisses örtlich unzuständig, zumal sich die Tatvorwürfe auf mehrere Filialen, für die der Bf bestellt worden sei, erstrecken würden. In diesem Fall sei als Tatort der Unternehmenssitz anzunehmen und daher jene Behörde zuständig, die an diesem Tatort örtlich zuständig sei.

Der Bf übersieht jedoch, dass es sich in den von ihm genannten Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes um Unterlassungsdelikte handelte, insbesondere um Verletzungen von Arbeitsnehmerschutzbestimmungen, bei deren Verletzung davon auszugehen war, dass diese Unterlassungen vom Unternehmenssitz aus erfolgt sind (vgl. VwGH 20.9.2000, 2000/03/0071).

Im vorliegenden Fall liegen keine Unterlassungsdelikte vor. Gemäß § 27 Abs. 1 VStG ist örtlich zuständig die Behörde, in deren Sprengel die Verwaltungsübertretung begangen worden ist, auch wenn der zum Tatbestand gehörende Erfolg in einem anderen Sprengel eingetreten ist. Im gegenständlichen Verfahren liegen alle Tatorte im Sprengel der belangten Behörde. Der Einwand der örtlichen Unzuständigkeit 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 Elektrowerkzeuge, Malerfarben, Kleidung, Bettwäsche, Sicherheitsschuhe, Geschirr, Holzkohlegriller, Haushaltsgeräte, Lagerbehälter, Decken, Fitnessgeräte, Schnittblumen, Spiel- und Schreibwaren, sowie pyrotechnische Gegenstände 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 Elektrowerkzeuge, Malerfarben, Kleidung, Bettwäsche, Sicherheitsschuhe, Geschirr, Holzkohlegriller, Haushaltsgeräte, Lagerbehälter, Decken, Fitnessgeräte, Schnittblumen, Spiel- und Schreibwaren, noch pyrotechnische Gegenstände 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 postuliert, 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 vorgebrachten Gesetzes- bzw. Verfassungswidrigkeiten der 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung oder die

behauptete Willkür der behördlichen Vollziehung werden vom erkennenden Gericht nicht erkannt.

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 arbeiten-den, 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 Bereichs-ausnahmen (vgl. etwa Tabakfachgeschäfte und Zeitungskioske [Z 13] oder den Verkauf und die Wartung von Sicherheits- und Notfallprodukten [Z 9]) angenommen werden kann.“

V.2.8. 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 Verantwortliche sich über die rechtlichen Gegebenheiten bei den hiefür zuständigen Behörden zu informieren. Damit aber legte er ein Versäumnis an den Tag, dass 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) und 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% bzw. 15 % 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 der 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% bzw. 7,5 % 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 hinsichtlich Spruchpunkt 1 die Geldstrafe auf 500 Euro, und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 93 Stunden herabgesetzt wird; hinsichtlich Spruchpunkt 3 die Geldstrafe auf 500 Euro, und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 93 Stunden herabgesetzt wird; hinsichtlich Spruchpunkt 4 die Geldstrafe auf 500 Euro, und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 93 Stunden herabgesetzt wird; sowie hinsichtlich Spruchpunkt 2 die Geldstrafe auf 250 Euro, und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 46 Stunden herabgesetzt wird und hinsichtlich Spruchpunkt 5 die Geldstrafe auf 250 Euro, und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 46 Stunden herabgesetzt wird.

Darüber hinaus war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

V.5.2. Die Kosten im Verfahren vor der belangten Behörde reduzieren sich auf 200 Euro, das sind 10% der verhängten Geldstrafen (§ 64 Abs. 1 und Abs. 2 VStG).

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 immer auf den jeweiligen Beschuldigten ab. Dazu sind immer die jeweils vorliegenden Milderungs- und Erschwerungsgründe abzuwägen. Die Strafzumessung ist insofern das Resultat der konkreten Sachverhaltsfeststellungen und der konkreten Beweiswürdigung. Die Strafzumessung ist somit stets 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