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-701387/11/BL

Datum:
Linz, 12. Jänner 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Dr. Lang über die Beschwerde des Mag. M B, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. H-P F, A, S, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 07.10.2021, GZ: BHLL/921100084326/21, wegen Übertretung des COVID-19-Maßnahmen-gesetzes

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 72 Euro zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 07.10.2021, GZ: BHLL/921100084326/21, wurde dem Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) nachfolgende Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes vorgeworfen:

„Spruch

1. Datum/Zeit: 19.11.2020
Ort: A, A, L Ö GmbH, Filiale A

Sie haben es als gemäß § 9 Absatz 2 VStG verantwortlicher Beauftragter für die Filiale in A, A, der L Ö GmbH mit Firmensitz in S, U d L, verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass Waren angeboten wurden, die nicht dem typischen Warensortiment der in § 5 Abs. 4 der COVID-19-Notmaßnahmenverordnung BGBl II Nr 479/2020 genannten Betriebsstätten des Handels entsprechen (Bsp: Elektrogeräte, Werkzeug, Spielzeug).

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
1. §§ 3 Abs. 1, 8 Abs. 4 COVID-19-Maßnahmengesetz BGBl. I Nr. 12/2020 i.d.F. BGBl. I Nr. 104/2020 i.V.m. § 5 Abs. 5 Zif. 2 COVID-19-Notmaßnahmenverordnung BGBl. II Nr. 479/2020“

Sodann führte die belangte Behörde im Spruch des Straferkenntnisses die maßgeblichen Gesetzes- bzw. Verordnungsbestimmungen und die verhängte Strafe an:

Gemäß „§§ 3 Abs. 1, 8 Abs. 4 COVID-19-Maßnahmengesetz BGBl. I Nr. 12/2020 i.d.F. BGBl. I Nr. 104/2020 i.V.m. § 5 Abs. 5 Zif. 2 COVID-19-Notmaßnahmenverordnung BGBl. II Nr. 479/2020“ wurde über den Bf eine Geldstrafe von 360 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen und 19 Stunden verhängt. Zudem wurde der Bf verpflichtet einen Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde von 36 Euro zu bezahlen.

Begründend führte die belangte Behörde nach Darlegung des Verfahrensganges Folgendes aus:

„II. Sachverhalt, Beweise, Beweiswürdigung
II.1. Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Am 19. November 2020 wurden in einer Betriebsstätten der L Ö GmbH, konkret am Standort in A, A, Elektrogeräte, Werkzeug, Spielzeug, usw. für Kunden frei zugänglich zum Verkauf angeboten.

Die gegenständliche Filiale wird (laut GISA - GISA Zahl 17942652) von der L Ö GmbH mit Firmensitz in S, U d L, (FN 131556s), als Gewerbeinhaberin betrieben. Sie verfügt über die Gewerbeberechtigung des Handelsgewerbes.

Sie waren zum verfahrensgegenständlichen Zeitpunkt zum verantwortlichen Beauftragten unter anderem für die Standorte der L Ö GmbH in Oberösterreich für die Einhaltung sämtlicher Verwaltungsvorschriften, ausgenommen der lebensmittel- und baurechtlichen sowie baupolizeilichen Vorschriften bestellt.

Sie verfügen über ein durchschnittliches (geschätztes) Nettoeinkommen von 2.100,- Euro monatlich und kein Vermögen. Sie haben keine bestehenden Sorgepflichten. Sie sind verwaltungsbehördlich unbescholten.

II.2. Die Behörde hat Beweis erhoben durch die unter Punkt I. dargestellten Ermittlungsschritte bzw. die Durchführung einer Abfrage aus dem jedermann frei zugänglichen Gewerbeinformationssystem Austria (GISA).

Die Sachverhaltselemente betreffend die Gewerbeberechtigung der L Ö GmbH und der beiden Filialen ergeben sich zweifelsfrei aus einer GISA-Abfrage sowie Ihrem schriftlichen Vorbringen. Die Tatsache Ihrer Bestellung als verantwortlicher Beauftragter für den gegenständlichen Standort zum Tatzeitraum blieb unbestritten und geht zweifelsfrei aus der vorgelegten Urkunde hervor. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse gründen auf einer das durchschnittliche Nettoeinkommen von (leitenden) Angestellten in Österreich berücksichtigenden Schätzung der Behörde, da Sie trotz Aufforderung bzw. Möglichkeit keine konkreten Angaben über diese Umstände im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens tätigten.

Auch die weiteren entscheidungswesentlichen Tatsachen, nämlich dass die besagten Waren zum Tatzeitpunkt am o.a. Standort der L Ö GmbH zum Verkauf angeboten wurden, wurden von Ihnen zu keinem Zeitpunkt in Abrede gestellt bzw. widersprochen. Vielmehr bekräftigen Sie selbst in Ihrer Stellungnahme vom 7.10.2021, dass Sie das bisher typische ganzjährig oder saisonal geführte Sortiment auch in der Zeit vom 17.11.2020 bis 6.12.2020 uneingeschränkt verkaufen durften.

Die eigentlich umstrittene Kernfrage dieses Verwaltungsstrafverfahrens, nämlich ob es sich bei den konkret angebotenen „NON-FOOD-Waren“ um Waren handelt, die dem typischen
Warensortiment einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels (einschließlich Verkaufsstellen von Lebensmittelproduzenten) und bäuerlicher Direktvermarkter angehören bzw. ob diese als solche zum Verkauf angeboten werden durften, ist rechtlicher Natur und wird insofern unter Punkt III. abgehandelt.

III. Rechtliche Beurteilung:
III.1. Zentrale Rechtsgrundlagen:
III.1.1. Die im gegenständlichen Verfahren maßgeblichen Bestimmungen der COVID-19-Notmaßnahmenverordnung (COVID-19-NotMV), BGBl. II Nr. 479/2020, lauten wie folgt:

„Kundenbereiche
§ 5.

(1) Das Betreten und Befahren des Kundenbereichs von
1. Betriebsstätten des Handels zum Zweck des Erwerbs von Waren,
2. Dienstleistungsunternehmen zur Inanspruchnahme von körpernahen Dienstleistungen oder
3. Freizeiteinrichtungen zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen der Freizeiteinrichtungen ist untersagt. Z 1 gilt nicht zum Zweck zumindest zweiseitig unternehmensbezogener Geschäfte.

[...]

(4) Abs. 1 gilt nicht für
1. öffentliche Apotheken,
2. Lebensmittelhandel (einschließlich Verkaufsstellen von Lebensmittelproduzenten) und bäuerliche Direktvermarkter,
3. Drogerien und Drogeriemärkte,
4. Verkauf von Medizinprodukten und Sanitärartikeln, Heilbehelfen und Hilfsmitteln,
5. Gesundheits- und Pflegedienstleistungen,
6. Dienstleistungen für Menschen mit Behinderungen, die von den Ländern im Rahmen der
Behindertenhilfe-, Sozialhilfe-, Teilhabe- bzw. Chancengleichheitsgesetze erbracht werden,
7. veterinärmedizinische Dienstleistungen,
8. Verkauf von Tierfutter,
9. Verkauf und Wartung von Sicherheits- und Notfallprodukten,
10. Agrarhandel einschließlich Tierversteigerungen sowie der Gartenbaubetrieb und der Landesproduktenhandel mit Saatgut, Futter und Düngemittel,
11. Tankstellen und Stromtankstellen sowie Waschanlagen,
12. Postdiensteanbieter einschließlich deren Postpartner, soweit diese Postpartner unter die Ausnahmen des § 5 Abs. 4 fallen sowie Postgeschäftsstellen iSd § 3 Z 7 PMG, welche von einer Gemeinde betrieben werden oder in Gemeinden liegen, in denen die Versorgung durch keine andere unter § 5 Abs. 4 fallende Postgeschäftsstelle erfolgen kann, jedoch ausschließlich für die Erbringung von Postdienstleistungen und die unter § 5 Abs. 4 erlaubten Tätigkeiten, und Anbieter von Telekommunikation,
13. Tabakfachgeschäfte und Zeitungskioske und
14. KFZ- und Fahrradwerkstätten.

(5) Das Betreten des Kundenbereichs von Betriebsstätten ist unter folgenden Voraussetzungen und Auflagen zulässig:
1. Der Kundenbereich der Betriebsstätten gemäß Abs. 4 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. 4 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 m^2, so darf jeweils nur ein Kunde den Kundenbereich der Betriebsstätte betreten. Bei Betriebsstätten ohne Personal ist auf geeignete Weise auf diese Voraussetzung hinzuweisen.
7. Für baulich verbundene Betriebsstätten (z. B. Einkaufszentren, Markthallen) gilt Z 6 mit der Maßgabe, dass die Flächen der Kundenbereiche der Betriebsstätten und des Verbindungsbauwerks zusammenzuzählen sind und dass sich sowohl auf der so ermittelten Fläche als auch im Kundenbereich der jeweiligen Betriebsstätten maximal so viele Kunden gleichzeitig aufhalten dürfen, dass pro Kunde 10 m^2 der so ermittelten Fläche bzw. des Kundenbereichs der Betriebsstätte zur Verfügung stehen.
[...]“

III.1.2. Das COVID-19-Maßnahmengesetz - COVID-19-MG, BGBl. I Nr. 12/2020 idF BGBl. I 104/2020, enthält auszugsweise folgende Bestimmungen:

„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.
[...]

Strafbestimmungen

§ 8. (1) [...]
(3) Wer als Inhaber einer Betriebsstätte oder eines Arbeitsortes, als Betreiber eines Verkehrsmittels oder als gemäß § 4 hinsichtlich bestimmter privater Orte, nicht von Abs. 1 erfasster Verpflichteter nicht dafür Sorge trägt, dass die Betriebsstätte, der Arbeitsort, das Verkehrsmittel oder der bestimmte private Ort, deren/dessen Betreten oder Befahren gemäß §§ 3 und 4 untersagt ist, nicht betreten oder befahren wird, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 30 000 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu sechs Wochen, zu bestrafen.

(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.
[...]“

III.2. Objektiver Tatbestand – Auslegung des unbestimmten Begriffs „typisches Warensortiment des Lebensmittelhandels“
III.2.1. Gemäß § 5 Abs. 1 der COVID-19-NotMV war zu den in Rede stehenden Tatzeitpunkten das Betreten und Befahren des Kundenbereichs von Betriebsstätten des Handels zum Zweck des Erwerbs von Waren untersagt. Dieses generelle Verbot erfuhr jedoch dahingehend eine Einschränkung, als gemäß Abs. 4 Z 2 leg.cit., dies (unter anderem) nicht für den Lebensmittelhandel galt. Jedoch war für die vom generellen Verbot ausgenommenen Bereiche des Handels gemäß Abs. 5 Z. 2 leg. cit. das Betreten des Kundenbereichs von Betriebsstätten nur unter der Voraussetzung und Auflage zulässig, dass nur Waren angeboten werden, die dem typischen Warensortiment der in Abs. 4 genannten Betriebsstätten des Handels entsprechen. Gemäß Abs. 4 leg. cit. galt das in Abs. 1 normierte Verbot des Betretens und Befahrens des Kundenbereichs ua. neben dem bereits angeführten Lebensmittelhandel (Z 2) etwa auch nicht für den 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).

III.2.2. Aus dieser vom Verordnungsgeber gewählten Systematik geht klar hervor, dass das Betreten einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels lediglich zum Erwerb von Produkten des „typischen Warensortiments eines Lebensmittelhandels“ bzw. der Warensortimente der weiteren in Abs. 4 genannten Betriebsstätten gestattet war. Der Verordnungsgeber verfolgte dadurch ersichtlich die Regelungszwecke, dass eine unsachliche Privilegierung der vom Betretungsverbot ausgenommenen Betriebe bzw. „Mischbetriebe“ gegenüber den vom Betretungsverbot des § 5 Abs. 1 COVID-19-NotMV erfassten übrigen Betriebsstätten des Handels vermieden werden sollte (vgl. dazu auch die entsprechende rechtliche Begründung zur COVID-19-Notmaßnahmenverordnung des BMSGPK, Seite 12, wenn hier als Beispiel für das zulässige Warensortiment in „Mischbetrieben“, die unter den Lebensmittelhandel fallen, Waren im Sinne des Abs. 4 wie etwa Lebensmittel, Sanitärartikel und Tierfutter genannt werden und als unzulässig etwa Spielzeug, Blumen oder Elektrogeräte angeführt werden) und dass durch die Einschränkungen Kunden dazu bewegt werden, sich lediglich zum Erwerb der unbedingt notwendigen Produkte außerhalb ihrer Wohnstätten zu begeben. Es ist Ihren Ausführungen daher insofern zuzustimmen, dass der Verordnungstext kein striktes Verbot des Verkaufs von „Non-Food-Produkten“ enthält: So werden in § 5 Abs. 4 COVID-19-NotMV, auf den Abs. 5 Z 5 leg. cit. hinsichtlich des zulässigen Warenangebots verweist, etwa „Non-Food-Produkte“ wie in Drogerien erhältliche Waren (§ 4 Z 3 leg. cit.) oder Sanitärartikel (§ 4 Z 4 leg. cit.) genannt. Ihr Einwand, dass bei einer anderen Auslegung als der Ihren, etwa Klopapier nicht verkauft werden hätte dürfen, geht insofern bereits angesichts dessen ins Leere. Jedoch ist auf Grund der Systematik und unter Berücksichtigung eines beabsichtigten Zwecks der Regelung (Vermeidung unsachlicher Privilegierungen von „Mischbetrieben“ gegenüber anderen vollumfänglich geschlossenen Handelsbetrieben, s. dazu bereits zuvor) unstrittig, dass gewisse Betriebe eine Einschränkung des Warensortiments im Vergleich zu von ihnen in Zeiten, in denen keine Betretungsverbote bzw. - beschränkungen des Kundenbereichs von Betriebsstätten des Handels bestehen, angebotenen Waren erfahren sollen, wenn in § 5 Abs. 5 Z 2 COVID-19-NotMV nur das Anbieten von Waren, die dem „typischen Warensortiment der in Abs. 4 genannten Betriebsstätten des Handels entsprechen“ erlaubt wird. Dabei handelt es sich – wie auch bereits von Ihnen in Ihrer Stellungnahme rechtsrichtig ausgeführt wird und wie es im Übrigen auch auf viele Begriffe unserer Rechtsordnung zutrifft – um einen unbestimmten und insofern auslegungsbedürftigen Normbegriff. Klar geht jedoch bereits aus der Systematik und Zweck der Normen zum Schutz vor der Verbreitung der Pandemie hervor, dass die Versorgung mit „lebensnotwendigen“ Waren im Blickpunkt der Regelung stand, und nicht allfällige Betriebsstätten-, Sparten- oder Branchenüberlegungen.

III.2.3. Bereits eine grammatikalische Interpretation des unbestimmten Normbegriffs des „typischen Warensortiments des Lebensmittelhandels“ ergibt, dass darunter nicht sämtliche, zweifelsfrei von großen Lebensmittelhändlern wie der H KG üblicherweise angebotene, teilweise wöchentlich wechselnde Waren fallen:

So wird der Begriff „typisch“ im Duden als „für einen bestimmten Typ (1a), für etwas, jemanden Bestimmtes charakteristisch, kennzeichnend, bezeichnend“, oder etwa im Wiktionary als „[1] einen bestimmten allgemeinen Typ verkörpernd, [2] für ein bestimmtes Individuum charakteristisch“ definiert.

Es ist also in weiterer Folge zu erörtern, was unter den Begriff des „Lebensmittelhandels“ als kennzeichnend, charakteristisch zu subsumieren ist, wobei hier das Spezifikum des Lebensmittels heranzuziehen ist:

Art. 2 der - auch in Österreich unmittelbar anwendbaren – Verordnung (EG) Nr. 178/2002, ABl. L 31/2002, 1; „Lebensmittelbasisverordnung“) 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."

Auch eine Berücksichtigung der das allgemeine Begriffsverständnis im deutschen Sprachraum widerspiegelnden Wikipedia-Definition zeigt, dass unter „Lebensmittel" „Substanzen, die konsumiert werden, um den menschlichen Körper zu ernähren." verstanden werden (<https://de.wikipedia.org/wiki/Lebensmittel>, abgerufen am 24.9.2021), wobei bezüglich des rechtlichen Lebensmittelbegriffs ebenfalls auf die bereits zuvor zitierte Lebensmittelbasisverordnung verwiesen wird. Der Begriff „Lebensmittelhandel" umfasst Wikipedia zufolge „Nahrungs- und Genussmitteln, Getränken und Tabakwaren entsprechend der Statistischen Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft/NACE 2" (<https://de.wikipedia.org/wiki/Kategorie:Lebensmittelhandel>, abgerufen am 24.9.2021).

Diese Definitionen bilden im Sinn der Interpretationsregeln den Begriffskern der auszulegenden Bestimmung, über den kein weiterer Diskussionsbedarf besteht. Die Wesensschranke bzw. der „Begriffshof" ist naturgemäß nicht mehr ganz so eindeutig definierbar und insofern ist fraglich, welche weiteren „Fast-Moving-Consumer-Goods" bzw. „Near-Food-Goods" noch unter den Begriff des „typischen Sortiment des Lebensmittelhandels" zu subsumieren sind.

Da jedoch neben allen Nahrungs- und Genussmitteln auch Drogeriewaren wie Wasch-, Putz- und Reinigungsmittel, Hygieneartikel oder Körperpflegemittel, kurz jene „Near- bzw. Non-Food-Artikel", die zur Deckung von Grundbedürfnissen im Zusammenhang mit Nahrungsmitteln, Sicherheits- und Notfallprodukten, Sanitär- und Hygienebedürfnissen stehen, durch § 5 Abs. 5 iVm Abs. 4 COVID-19- NotMV per se vom Betretungs- und Verkaufsverbot ausgenommen wurden (vgl. dazu sogleich die weiteren Überlegungen unter Punkt III.2.4.), erübrigt sich hinsichtlich dieser, wohl in der Regel zu den relevanten Sortimenten und Umsätzen von Lebensmittelhandelsbetrieben gehörenden Produktgruppen eine noch tiefergehende Auslegung. Insofern kann mit der grammatikalischen Interpretation mit dem gesicherten Kern des Begriffs für die im vorliegenden Verfahren zu beurteilende Frage das Auslangen gefunden werden. Auch die systematischen und teleologischen interpretativen Überlegungen (vgl. dazu bereits Punkt III.2.2) sprechen für dieses, aus der Wortlautinterpretation gewonnene Verständnis.

III.2.4. Die in Frage stehenden Warengruppen (Elektrogeräte, Werkzeug, Spielzeug) sind zweifelsfrei keine „Lebensmittel" im Sinne dieses Begriffsverständnisses – selbst

unter Berücksichtigung eines weiteren Begriffshofs (vgl. soeben unter Punkt III.2.3) – und insofern nicht zum charakteristischen, einen Lebensmittelhandelsbetrieb jedenfalls ausmachenden Sortiment und somit „typischen Warensortiment des Lebensmittelhandels“ gehörig anzusehen.

Daran vermag auch der von Ihnen dargelegte, durchaus unstrittige Umstand, dass in Filialen der L Ö GmbH bereits über längere Zeit ein viel breiteres Warensortiment angeboten wird und dies auch von einem Lebensmitteldiskontbetrieb, wie dem von Ihnen vertretenen, von Kunden erwartet würde bzw. „typisch sei“, zu ändern. Denn – wie soeben dargelegt wurde – ergibt sich aus Wortlaut, Systematik und Zweck der Regelung, dass unter dem Normbegriff „typischen Warensortiments des Lebensmittelhandels“ nur für alle Lebensmittelgeschäfte charakteristische Waren, mithin eben jedenfalls „Lebensmittel“ (Begriffskern), zu verstehen sind. Dies schon deshalb, da die „Non-Food-Warengruppen“ zwischen den verschiedenen Betrieben stark variieren und insofern schon daraus nicht für den Lebensmittelhandel „typisch“ im Sinne von „charakteristisch“ sein können.

III.2.5. Die verfahrensgegenständlichen Produkte (Elektrogeräte, Werkzeug, Spielzeug) sind auch keine Waren, welche ein für andere in § 5 Abs. 4 COVID-19-NotMV genannte Betriebsstätten des Handels typisches Sortiment darstellen würden und insofern auch gemäß § 5 Abs. 5 Z 2 leg. cit von Betriebsstätten des Lebensmittelhandels zulässigerweise angeboten werden hätte dürfen. Ihren Ausführungen, wonach Sie ohnedies berechtigt gewesen seien, am 19. November 2020 das für eine L-Filiale typische Warensortiment ohne jegliche Einschränkungen anzubieten und zu verkaufen, gehen daher nach Auffassung der Behörde ins Leere.

III.2.6. Gemäß § 8 Abs. 4 COVID-19-MG begeht eine Verwaltungsübertretung, 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.

Sie haben es als gemäß § 9 Abs. 2 VStG bestellter verantwortlicher Beauftragter zu vertreten, dass die L Ö GmbH als Inhaberin einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels nicht dafür Sorge getragen hat, dass die Betriebsstätte nicht entgegen der in § 5 Abs 5 Z 2 COVID-19-NotMV geregelten Voraussetzung betreten wird, und somit den objektiven Tatbestand der Ihnen angelasteten Verwaltungsübertretung verwirklicht. Zu prüfen ist noch, ob Ihnen die Tat auch subjektiv vorgeworfen werden kann (Verschulden).

III.3. Subjektiver Tatbestand
Das COVID-19-MG enthält keine eigene Regelung hinsichtlich des Verschuldens, weshalb § 5 Abs. 1 VStG zur Anwendung kommt, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt. 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"). Um den Ihnen vorgeworfenen Tatbestand zu verwirklichen, genügt es, nicht dafür Sorge zu tragen, dass die Betriebsstätte nicht entgegen den in einer Verordnung festgelegten Voraussetzungen oder Auflagen betreten wird. Zur Tatbestandsverwirklichung gehört daher weder der Eintritt eines Schadens noch der Eintritt einer Gefahr.

Beim vorliegenden Delikt handelt es sich folglich um ein Ungehorsamsdelikt, bei welchem – da eine Strafdrohung unter 50.000 Euro vorliegt (vgl. § 5 Abs. 1a VStG) – insofern eine Umkehrung der Beweislast eintritt, als die Behörde lediglich die Beweislast

hinsichtlich der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes trifft, während es Sache des Beschuldigten ist, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Zu einer solchen Glaubhaftmachung ist es erforderlich, dass der Beschuldigte initiativ, von sich aus, in substantiierter Form alles darlegt, was für seine Entlastung spricht, wozu die Darlegung gehört, dass er Maßnahmen getroffen habe, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschrift mit gutem Grund erwarten ließ (vgl. etwa VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN). Bloß allgemein gehaltene Behauptungen sind nicht geeignet, um diese Entlastungsbescheinigung für mangelndes Verschulden zu erbringen (vgl. etwa VwGH 26.3.2015, 2013/07/0011).

Sie haben keine Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen Entlastungsbeweis zur Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens zu führen. Auch sonst sind im Verfahren keine Umstände hervorgekommen, die Zweifel an Ihrem Verschulden am Zustandekommen der Verwaltungsübertretung aufkommen lassen, weshalb Ihnen fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen ist. Als verantwortlicher Beauftragter war es vielmehr Ihre Pflicht, im Falle der Öffnung der Betriebsstätten in der Zeit pandemiebedingter normativer Einschränkungen im Bereich des Handels, sich mit den entsprechenden Verwaltungsvorschriften tagesaktuell bekannt zu machen und für deren Einhaltung zu sorgen, insbesondere da die Entscheidung, welche Warengruppen angeboten werden, ganz bewusst getroffen wird und da es sich nicht um den 1. Lockdown mit entsprechenden Einschränkungen gehandelt hat. Insofern kann hier bereits besondere Sensibilität in den betroffenen Verkehrskreisen vorausgesetzt werden. Ein etwaiges Vertrauen auf die Vorgaben und Rechtsauffassungen des Betriebes entschuldigt Sie insofern nicht, da von einer objektiv redlichen dritten Person in Ihrer Situation erwartet würde, sich etwa bei den zuständigen Behörden entsprechend zu informieren. Sie handelten daher zumindest fahrlässig. Die Verwaltungsübertretung ist somit auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar.

III.4. Kein Vorgehen nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG (Ermahnung)
Nach § 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 gemäß § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG im Fall der Z 4 leg. cit. 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.

Um daher eine Ermahnung im Sinne des § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG vornehmen zu können, müssen alle drei in § 45 Abs. 1 Z 4 VStG genannten Voraussetzungen, nämlich sowohl ein geringes Verschulden (subjektive Tatseite) und eine geringe Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes bzw. geringe Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat (objektive Tatseite), (kumulativ) erfüllt sein.

Im vorliegenden Fall konnte keine Ermahnung ausgesprochen werden, da schon die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes (Schutz der Gesundheit der Bevölkerung durch Verhinderung einer weiteren Ausbreitung des COVID-19-Virus) nicht als gering angesehen werden konnte. Bei der Bekämpfung der Pandemie kam Einschränkungen, die bezweckten, dass sich Menschen lediglich zum Erwerb unbedingt notwendiger Produkte außerhalb ihrer Wohnstätte aufhalten, große Bedeutung zu.

III.5. Strafbemessung
Gemäß § 19 Abs. 1 VStG bilden „die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat“ die Grundlage einer jeden Strafbemessung. Im konkreten Fall ist von einer großen Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts (s. dazu soeben Punkt III.4.) und keiner bloß geringen Beeinträchtigung auszugehen.

Im ordentlichen Verfahren sind überdies gemäß § 19 Abs. 2 VStG 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 dabei besonders Bedacht zu nehmen. Bei der Bemessung von Geldstrafen sind die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten zu berücksichtigen.

Sie führten selbst keinen Milderungsgrund ins Treffen. Bei der Strafbemessung ist daher insofern von Amts wegen zu beachten, dass Sie bislang unbescholten sind. Sonstige straferschwerende oder strafmildernde Gründe konnten nicht festgestellt werden.

Im Übrigen war für die Strafzumessung mangels glaubwürdiger Angaben im Rahmen Ihrer diesbezüglichen Mitwirkungspflicht über Ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse (vgl. dazu bereits zuvor unter Punkt II.2.) die für einen im Bereich des Lebensmittelhandels tätige leitenden Angestellten realistische Annahme von einem Nettoeinkommen von 2.100 Euro, keinem wesentlichen Vermögen und dem Nichtvorliegen von Sorgepflichten heranzuziehen.

Die festgesetzten Strafhöhe von 360,- Euro liegt im untersten Bereich (konkret 10 %) der maximal angedrohten Strafe von 3.600,- Euro, was angesichts der soeben dargelegten Umstände und unter Berücksichtigung des Unrechtsgehaltes der Tat als tat- und schuldangemessen und ausreichend erscheint, um Ihnen die Unrechtmäßigkeit ihres Verhaltens eindringlich vor Augen zu führen und Sie künftig zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten.

III.6. Zu Ihrem weiteren Vorbringen und Ergebnis
Zu Ihrem Vorbringen, wonach die normativen Grundlagen für dieses Straferkenntnis gesetz- bzw. verfassungswidrig seien, ist festzuhalten, dass § 5 der COVID-19-NotMV, BGBl. II Nr. 479/2020, zwar bereits wieder außer Kraft getreten ist, jedoch noch immer dem Rechtsbestand angehört.
Insbesondere wurden die maßgeblichen Bestimmungen nicht vom Verfassungsgerichtshof als gesetz-/verfassungswidrig erklärt und deren Nichtanwendung ausgesprochen. Sie sind daher von der Behörde im vorliegenden Strafverfahren anzuwenden.

Im Ergebnis ist die vorgeworfene Tat als Verwaltungsübertretung strafbar. Ihre verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit für die gegenständliche Verwaltungs-übertretung ergibt sich aus § 9 Abs. 2 VStG. Sie sind als solche für die Einhaltung der im vorliegenden Verfahren maßgeblichen Verwaltungsvorschriften durch die L Ö GmbH an den verfahrensgegenständlichen Standorten verantwortlich.

IV. Kosten
Gemäß § 64 Abs. 1 und Abs. 2 VStG hat der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten. Dieser Beitrag ist mit 10% der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro pro Delikt zu bemessen. Daher waren die o.a. Kosten vorzuschreiben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.“

[Hervorhebungen nicht übernommen].

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis, das von einem Arbeitnehmer der L Ö GmbH am 11.10.2021 nachweislich übernommen wurde, erhob der Bf mit Eingabe vom 05.11.2021 (eingelangt am 09.11.2021) Beschwerde.

Da das Straferkenntnis allerdings an den Bf selbst und nicht an seine ausgewiesenen und bevollmächtigten Vertreter übermittelt wurde, gilt die Heilung dieses Mangels gemäß § 9 Abs. 3 ZustellG in dem Zeitpunkt als bewirkt, in dem das Dokument den Zustellbevollmächtigten tatsächlich zukam (laut Stellungnahme des Bf vom 03.12.2021 war dies am 13.10.2021 der Fall). Da somit erst mit diesem Datum (13.10.2021) die Beschwerdefrist zu laufen begann, wurde die Beschwerde rechtzeitig bei der belangten Behörde eingebracht (Einlangen am 09.11.2021).

Inhaltlich brachte der Bf darin Folgendes vor:

„Gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz – Land vom 07.10.2021, BHLL/921100084326/21/2, mir zugestellt am 13.10.2021, erhebe ich gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 iVm Art 132 Abs 1 Z 1 B-VG binnen offener Frist nachstehende

BESCHWERDE

an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich.

1. Zulässigkeit und Umfang der Anfechtung
Das angefochtene Straferkenntnis wurde mir am 13.10.2021 zugestellt. Die heute eingebrachte Beschwerde an das gemäß Art 131 Abs 1 B-VG zuständige Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist somit rechtzeitig.
Mit der gegenständlichen Beschwerde wird das Straferkenntnis vollumfänglich angefochten.

2. Beschwerdepunkt
Ich erachte mich durch das angefochtene Straferkenntnis in meinem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt, mangels Erfüllung des objektiven und subjektiven Tatbestands des §§ 3 Abs 1, 8 Abs 4 COVID-19-MG BGBl I Nr. 12/2020 idF BGBl I Nr. 104/2020 iVm § 5 Abs 5 Z 2 COVID-19-NotMV BGBl II Nr. 479/2020 nicht bestraft zu werden.

3. Sachverhalt
Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wirft die belangte Behörde mir vor, ich hätte am 19.11.2020 als verantwortlicher Beauftragter der L Ö GmbH, welche Inhaberin von Betriebsstätten des Lebensmittelhandels, nämlich des L M in A, A, ist, nicht dafür Sorge getragen, dass für Kunden im Kundenbereich der Betriebsstätte gem. Covid-19-Notmaßnahmenverordnung BGBl II 479/2020, nur Waren angeboten werden, die dem typischen Warensortiment der in Abs 4 genannten Betriebsstätten des Handels entsprechen (Bsp: Elektrogeräte, Werkzeug, Spielzeug).

Ich hätte dadurch §§ 3 Abs 1, 8 Abs 4 COVID-19 Maßnahmengesetz BGBl I Nr. 104/2020 ("COVID-19-MG") iVm § 5 Abs 5 Z 2 COVID-19 Notmaßnahmenverordnung, BGBl II 479/2020 ("COVID-19-NotMV") verletzt.

Wegen der mir vorgeworfenen Verwaltungsübertretung wurde eine Verwaltungsstrafe iHv EUR 360,-- über mich verhängt. Weiters wurde ich zur Zahlung eines Beitrags zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens iHv EUR 36,-- verpflichtet. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende Beschwerde.

4. Beschwerdegründe
4.1 Inhaltliche Rechtswidrigkeit
4.1.1 Relevanter Rechtsrahmen

Gemäß § 5 Abs 1 Z 1 COVID-19-NotMV war das Betreten und Befahren des Kundenbereichs von Betriebsstätten des Handels zum Zweck des Erwerbes von Waren im Zeitraum vom 17.11.2020 bis 06.12.2020 untersagt. Der Lebensmittelhandel wurde von dieser Bestimmung ausdrücklich ausgenommen (§ 5 Abs 5 Z 2 COVID-19-NotMV). Diese Ausnahme wurde jedoch durch § 5 Abs 5 Z 2 COVID-19-NotMV dahingehend eingeschränkt, dass im Lebensmittelhandel ausschließlich Waren angeboten werden durften, die dem "typischen Warensortiment der Betriebsstätten des Lebensmittelhandels" entsprachen.

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

4.1.2 Unrichtige Auslegung durch die belangte Behörde
Die belangte Behörde hat bei der Beurteilung, ob die konkret angebotenen Waren dem typischen Warensortiment einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels entsprechen, die Rechtslage verkannt. Die belangte Behörde stützt sich in der Begründung des angefochtenen Straferkenntnis auf die Interpretation des unbestimmten Begriffs „typisches Warensortiment des Lebensmittelhandels“. Demnach ergebe sich aus Wortlaut, Systematik und Zweck der Regelung, dass unter dem Normbegriff „typisches Warensortiment des Lebensmittelhandels“ nur für alle Lebensmittelgeschäfte charakteristische Waren – mithin eben jedenfalls Lebensmittel (Begriffskern) zu verstehen seien. Dem ist aus den nachfolgenden Gründen entgegenzutreten:

4.1.3 Auslegung der COVID-19-NotMV und des COVID-19-MG
Gemäß § 1 Abs 1 iVm § 3 Abs 1 Z 1 und Abs 2 COVID-19-MG kann das Betreten einer Betriebsstätte durch Verordnung verboten werden. Weiters kann, abhängig von der epidemiologischen Situation, durch Verordnung festgelegt werden, in welcher Zahl und zu welcher Zeit oder unter welchen Voraussetzungen und Auflagen Betriebsstätten betreten werden dürfen (zB das Tragen einer Maske oder 10m² Verkaufsfläche pro Kunde).

Das COVID-19-MG (§ 1 Abs 1 iVm § 3 Abs 1 Z 1 und Abs 2 COVID-19-MG) bildet hingegen keine gesetzliche Grundlage für eine Sortimentseinschränkung einer Betriebsstätte. Eine Verordnung wonach in einer Betriebstätte nur bestimmte Waren angeboten werden dürfen, die dem typischen Warensortiment entsprechen, ist daher gesetzlich nicht gedeckt.

Anders gesagt sind gemäß COVID-19-MG nur solche Verbote bzw Auflagen und Voraussetzungen zulässig, die in direkter Verbindung mit dem Betreten von Betriebsstätten stehen, nicht aber die Einschränkung oder das Verbot des Anbietens von gewissen Sortimentsteilen. Das COVID-19-MG knüpft nämlich an die Betriebstätte als solche an, und damit an eine Betriebsstätte mit allen dort angebotenen Waren und Dienstleistungen. Eine solche Betriebsstätte darf entweder betreten oder nicht betreten werden.

Zum Vergleich: Eine Begrenzung des Sortiments eines Geschäfts ist beispielsweise im Öffnungszeitengesetz geregelt. § 7 Z 1 Öffnungszeitengesetz normiert, dass Verkaufsstellen in Bahnhöfen und Autobusbahnhöfen, auf Flughäfen und an Schiffslandeplätzen für den Verkauf von Lebensmitteln, Reiseandenken und notwendigem Reisebedarf (Reiselektüre, Schreibmaterialien, Blumen, Reise- und Toiletteartikel, Filme und dergleichen) abweichend von den allgemeinen Regelungen offen gehalten werden dürfen. Wenngleich dieses Gesetz eine andere Zielsetzung hat, wurde hier vom Gesetzgeber eine klare Regelung getroffen, welche Waren verkauft werden dürfen und welche nicht.

Im Unterschied dazu knüpft das COVID-19-MG aber nicht an einzelne Produkte (zB Lebensmittel), sondern an Betriebsstätten an. Auch die COVID-19-NotMV knüpft nicht an Produkte an, sondern erlaubt, dass bestimmte Betriebsstätten auch während des harten Lockdowns vom 17.11.2020 bis 06.12.2020 betreten werden dürfen.

Es dürfen jedoch nur Waren angeboten werden, die dem typischen Warensortiment der in § 5 Abs 5 COVID-19-NotMV genannten Betriebsstätten des Handels entsprechen. In § 5 Abs 5 Z 2 COVID-19-NotMV ist der Lebensmittelhandel aufgelistet. Demnach dürfen in Betriebsstätten des Lebensmittelhandels Waren aus dem typischen Warensortiment einer Betriebstätte des Lebensmittelhandels angeboten werden. Eine konkrete Regelung dahingehend, welche Waren verkauft werden dürfen, enthält weder das COVID-19-MG noch die COVID-19 NotMV.

4.1.4 Typisches Warensortiment von Betriebsstätten des Lebensmittelhandels
L Ö GmbH hat ua am Standort A eine Gewerbeberechtigung für das Handelsgewerbe und ist Mitglied der Wirtschaftskammer Oberösterreich, Sparte Handel, Landesgremium Lebensmittelhandel. L ist sohin offenkundig Lebensmittelhändler. Die Filialen von L sind Betriebstätten des Lebensmittelhandels.

Für die Auslegung des Begriffs Lebensmittelhandel ist die Systematik der Wirtschaftstätigkeiten ÖNACE 2008 heranzuziehen. ÖNACE 2008 ist die österreichische Version der Statistischen Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft/NACE 2. Nach der ÖNACE Klassifikation wird der Lebensmitteleinzelhandel der Gruppe G 47.11 zugeordnet, die den Einzelhandel mit Waren verschiedener Art, Hauptrichtung Nahrungs- und Genussmittel, Getränke und Tabakwaren umfasst. Diese Klasse umfasst folgende Einzelhandelstätigkeiten in Verkaufsräumen:

Einzelhandel mit breit gefächertem Warensortiment, jedoch mit der Hauptrichtung Nahrungsmittel, Getränke und Tabakwaren: Tätigkeiten von Supermärkten und Verbrauchermärkten, die neben dem Schwerpunkt Nahrungsmittel, Getränke und Tabakwaren weitere Sortimente wie Bekleidung, Möbel, Geräte, Metallwaren, kosmetische Artikel usw. führen.

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

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

Bei der Auslegung des Begriffs der Betriebsstätte des Lebensmittelhandels im COVID-19-MG sowie in der COVID-19-NotMV ist auch die betriebsabhängige Sortimentsabgrenzung im Lebensmitteleinzelhandel besonders zu beachten: In der handelswissenschaftlichen Fachliteratur unterscheidet man zwischen verschiedenen Betriebstypen des Handels (vgl *Gittenberger/Teller*, aaQ, Seite 222), wie zB kleine Lebensmittelgeschäfte, Supermärkte, Verbrauchermärkte, Hypermärkte, Discounter, Handwerkshandel sowie Sozialmärkte. All diese Betriebstypen sind Betriebstätten des Lebensmittelhandels iSd § 5 Abs 5 Z 2 COVID-19-NotMV. Jedem Betriebstyp ist ein typischer Sortimentsschwerpunkt zuzuschreiben. In dieser Hinsicht ist auch von

Bedeutung, ob dieses Sortimentsangebot ganzjährig oder saisonal (zB in der Weihnachtszeit) besteht. Hier ist insbesondere auch die Sicht des Kunden einzubinden. Bereits daraus ergibt sich, dass es heutzutage vollkommen lebensfremd wäre anzunehmen, dass ein Lebensmittelhändler ausschließlich Lebensmittel verkauft.

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

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

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

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

Darüber hinaus regelt das der COVID-19-NotMV zugrundeliegende COVID-19-MG, dass Betretungsregelungen als gesundheitspolizeiliche Maßnahme zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 verordnet werden können (§ 1 COVID-19-MG). Auch das Betreten von Betriebsstätten darf gemäß § 3 Abs 1 COVID-19-MG unter der Voraussetzung geregelt werden, dass das Betretungsverbot zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist. Gemäß § 3 Abs 2 COVID-19-MG können die Voraussetzungen und Auflagen für die Betretung der Betriebsstätten nur im Hinblick auf die epidemiologische Situation festgelegt werden. Somit sind aufgrund der gesetzlichen Grundlage nur Regelungen zulässig, die nachweisbar die Verbreitung von COVID-19 einschränken.

Es ist epidemiologisch nicht beweisbar, dass die Ausbreitung von COVID-19 durch das Verbot des Non-Food (NF)-Verkaufs, also von Waren, die sich normalerweise im ständigen Warensortiment in der Betriebsstätte befinden, verhindert wird. Die Kunden sehen diese Waren ohnehin beim Betreten der Betriebstätte und gehen daran vorbei.

Die Regelung ist daher nicht geeignet, das Ziel zu erreichen. Auch aus diesem Grund ist die Bestimmung des § 5 Abs 5 Z 2 COVID-19-NotMV rechtswidrig.

Dadurch führt die Verordnung zu einer Verletzung der Grundrechte auf Eigentum, Erwerbsfreiheit und des Gleichheitsgrundsatzes, weil sie aufgrund von unverhältnismäßigen Einschränkungen (eine Sortimentseinschränkung in einem Diskounter wie L ist völlig ungeeignet, die Verbreitung von COVID-19 zu verhindern) sachlich nicht gerechtfertigt wäre.

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

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

In der rechtlichen Beurteilung wurde durch Konkretisierung der Verordnungsbestimmungen versucht, den Verkauf von NF einzuschränken. Es wurde auf den Begriff "Mischbetriebe" abgestellt und hinsichtlich der für diese ausgesprochenen Betretungsverbote ausgesprochen, dass nur solche Waren angeboten werden durften, die dem typischen Warensortiment der in § 5 Abs 5 der COVID-19-NotMV genannten Betriebsstätten entsprechen. Laut Erläuterungen durften etwa in Mischbetrieben, die unter die Z 2 (Lebensmittelhandel) fallen, nur Waren im Sinne des Abs 4 (dh etwa zum Erwerb von Lebensmitteln, Sanitärartikeln, Tierfutter) angeboten werden, nicht aber Spielzeug, Blumen oder Elektrogeräte.

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

Eine enge Auslegung des § 5 Abs 5 Z 2 COVID-19-NotMV hätte darüber hinaus auch dazu geführt, dass während des harten Lockdowns vom 17.11.2020 bis 06.12.2020 – somit in der Zeit des Home Schoolings und Home Offices – zB Schreibwaren, Kopierpapier usw, also sämtliche dringend benötigten Schul- bzw Arbeitsutensilien, nicht im stationären Handel erhältlich gewesen wären.

Darüber hinaus hätte neben dem volkswirtschaftlichen Schaden für den österreichischen Lebensmittelhandel, der die Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln und

dringend benötigten Produkten des täglichen Bedarfs flächendeckend zu gewährleisten hat, eine Sortimentsbeschränkung international agierende Onlinehändler wie zB Amazon, die in Österreich faktisch nur geringe Steuern zahlen, enorm bevorzugt und folglich auch zu einem zusätzlichen Ausfall von Steuereinnahmen geführt.

4.1.7 Zusammenfassung
Zusammenfassend ist die COVID-19-NotMV dahingehend auszulegen, dass jede Betriebsstätte des Lebensmittelhandels das für die jeweilige Betriebsstätte typische Warensortiment, das sie bereits vor dem Lockdown geführt hat, weiterhin uneingeschränkt verkaufen durfte. Daraus ergibt sich, dass es L nach der COVID-19-NotMV erlaubt war, das bisher typische ganzjährig oder saisonal in den letzten Jahren geführte Sortiment auch in der Zeit vom 17.11.2020 bis 06.12.2020 uneingeschränkt zu verkaufen.

Der objektive und subjektive Tatbestand des § 8 Abs 4 COVID-19-MG sind sohin nicht erfüllt.

Indem die belangte Behörde § 5 Abs 5 Z 2 COVID-19-NotMV dahingehend ausgelegt hat, dass nur Nahrungs- und Genussmittel, Getränke und Tabakwaren vom typischen Warensortiment eines Lebensmittelhandelsbetriebs umfasst sind, belastet sie das angefochtene Straferkenntnis mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit.

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

Unrechts- und Schuldgehalt sind gering, weil die Strafbestimmung unklar ist und eine Auslegung erfordert. Es kann daher keineswegs von einer bewusst getroffenen Entscheidung, die der Intention des Verordnungsgebers zuwiderlaufen würde, gesprochen werden. Wenngleich es zutreffen mag, dass das COVID-10-MG und die COVID-19-NotMV den Schutz der Gesundheit zum Ziel haben, liegt hier keinesfalls eine Gefährdung von Leib und Leben sowie der menschlichen Gesundheit vor.

Der Verkauf von NF-Produkten in einer Betriebsstätte des Lebensmittelhandels, die Kunden zur Deckung des täglichen Bedarfs ohnehin aufsuchen müssen, ist weder geeignet die unkontrollierte Ausbreitung der Covid-19-Pandemie zu fördern, noch die Gesundheit der Kunden zu gefährden oder das Infektionsrisiko der Kunden zu erhöhen.

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

[Hervorhebungen nicht übernommen].

I.3. Mit Vorlageschreiben vom 10.11.2021 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 aufgrund eines entsprechenden Antrages des Bf für den 03.02.2022 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, zu der der Bf, seine rechtsfreundliche Vertretung sowie die belangte Behörde geladen wurden.

Mit Schreiben vom 30.12.2021 teilte der Bf durch seinen Rechtsanwalt allerdings mit, dass auf eine mündliche Verhandlung verzichtet wird. Nach entsprechender Mitteilung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich an die belangte Behörde stimmte diese einer Zurückziehung des Antrages zu und verzichtete ihrerseits ebenfalls auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.
Gemäß § 44 Abs. 3 Z 1 VwGVG konnte eine mündliche Verhandlung daher entfallen und wurde rechtzeitig abberaumt.

II. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt steht fest:

II.1. Am 19.11.2020 wurden in der Filiale in A, A, der L Ö GmbH, Elektrogeräte, Werkzeug, Spielzeug und dergleichen für Kunden frei zugänglich zum Verkauf angeboten.

II.2. Der verwaltungsstrafrechtlich unbescholtene Bf ist (unstrittig) die strafrechtlich verantwortliche Person iSd § 9 Abs. 2 VStG.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt und die Beschwerde sowie die nachfolgend eingelangte Stellungnahme und die Schriftsätze des Bf.

III.2. Dass die im Schuldspruch des Straferkenntnisses genannten Produkte in der angeführten Filiale und zum angeführten Tatzeitpunkt zum Verkauf angeboten wurden, ist unstrittig. Strittig ist, ob das Unternehmen, dessen verantwortlich Beauftragter der Bf ist, dazu berechtigt war, diese Produkte zum gegenständlichen Zeitpunkt zum Verkauf anzubieten. Dies 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 zum Tatzeitpunkt BGBl. I Nr. 104/2020, 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 (COVID-19-Notmaßnahmenverordnung – COVID-19-NotMV), BGBl. II Nr. 479/2020, ist nachfolgende Bestimmung, die zum Tatzeitpunkt in Kraft war, 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 gilt nicht zum Zweck zumindest zweiseitig unternehmensbezogener Geschäfte.

[...]
(4) Abs. 1 gilt nicht für
[...]
2. Lebensmittelhandel (einschließlich Verkaufsstellen von Lebensmittelproduzenten) und bäuerliche Direktvermarkter,
[...].
(5) 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. 4 genannten Betriebsstätten des Handels entsprechen.
[...]“

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hierzu erwogen:

Die Beschwerde wirft folgende Themenbereiche auf:

1. Inhaltliche Rechtswidrigkeit – objektive Tatseite (Warensortiment)
2. subjektive Tatseite (Strafbarkeit)
3. Strafhöhe

V.1. 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 der in Rede stehenden Betriebsstätte in frei zugänglichen Regalen beispielsweise Elektrogeräte, Werkzeuge und Spielzeuge 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.1.1. Zunächst ist auf die generelle Einschränkung des § 5 Abs. 1 der 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. 5 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. 4 genannten Betriebsstätten des Handels entsprachen.

Gemäß Abs. 4 leg cit galt Abs. 1 ua. nicht für den 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.1.2. 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.1.3. 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.1.4. 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.1.5. Der Normsetzer der COVID-19-Notmaßnahmenverordnung hat die Interpretationsproblematik insoweit entschärft als er in § 5 Abs. 4 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.1.6. Nun ist aber der belangten Behörde zuzustimmen, dass weder Elektrogeräte, Werkzeug, Spielzeug oder dergleichen 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. 5 der oa. Verordnung erfährt der Begriff Lebensmittelhandel in Abs. 4 leg. cit. die Einschränkung auf jene typischen Produkte. Anders als der Bf vorbringt, richtet sich das Hauptaugenmerk nicht auf Betriebstätten und deren Klassifizierung, sondern – wie eben ausgeführt – auf das Produktsortiment. Anderes anzunehmen, würde auch – teleologisch gesehen – am verfolgten Zweck der Normen zum Schutz vor der Verbreitung der Pandemie vorbeigehen. Zweck der Einschränkungen war es, die Menschen dazu zu bewegen, sich lediglich zum Erwerb der unbedingt notwendigen Produkte außerhalb ihrer Wohnstätten zu begeben.

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

V.1.7. Die in der Beschwerde aufgeworfenen Gesetzes- bzw. Verfassungswidrigkeiten der COVID-19-Notmaßnahmenverordnung oder die behauptete unrichtige (verfassungswidrige) Auslegung durch die belangte Behörde werden vom erkennenden Gericht nicht erkannt.

Jüngst hat auch der Verfassungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 30.11.2021, Zl. V 47/2021-7, die Behandlung des Antrages zur Aufhebung der Bestimmungen im § 5 Abs. 1 Z 1 und § 5 Abs. 6 Z 2 der 4. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung, BGBl. II Nr. 49/2021, – die den hier gegenständlichen Bestimmungen inhaltlich entsprechen – mangels Erfolgsaussichten abgelehnt:

„Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (VfGH 24.6.2021, V 2/2021; 24.6.2021, V 592/2020; 24.6.2021, V 593/2020; V 47/2021-7 30.11.2021; 6.10.2021, V 86/2021) sowie der im Verordnungsakt dokumentierten und laufend neu bewerteten epidemiologischen Situation lässt das Vorbringen des Antrages die behaupteten Gesetzwidrigkeiten als so wenig wahrscheinlich erkennen, dass er keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat."

Das Vorbringen des Bf, dass „vom 17.11.2020 bis 06.12.2020 - somit in der Zeit des Home Schoolings und Home Offices – zB Schreibwaren, Kopierpapier usw, also sämtliche dringend benötigten Schul- bzw Arbeitsutensilien, nicht im stationären Handel erhältlich gewesen wären", vermag dem Argument der Verfassungswidrigkeit nicht zum Durchbruch zu verhelfen.
Der Verfassungsgerichtshof führte in seinem Erkenntnis vom 26. Juni 2021, Zl. V 593/2020-10, zum Ausweichen auf den Online-Handel hinsichtlich Papier- und Schreibwaren Nachfolgendes aus:

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

V.1.8. Der objektive Tatbestand ist im Ergebnis somit als erfüllt zu qualifizieren.

V.2. Zur subjektiven Tatseite (Strafbarkeit):

V.2.1. 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.2.2. 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). 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.

V.2.3. Hinsichtlich der Verwirklichung des subjektiven Tatbestands ist festzuhalten, dass der Bf – wohl im Vertrauen auf die Vorgaben und Rechtsauffassungen des Konzerns – davon ausging, sein Handeln würde keine Verwaltungsübertretung darstellen. Dennoch unterließ er es als verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher sich über die rechtlichen Gegebenheiten bei den hierfür zuständigen Behörden zu informieren. Damit aber legte er ein Versäumnis an den Tag, das von einer objektiv redlichen dritten Person nicht gezeigt worden wäre. Insofern ist das Verhalten des Bf als fahrlässig zu qualifizieren.

V.2.4. Im Ergebnis ist daher auch das Vorliegen der subjektiven Tatseite – in Form fahrlässigen Verhaltens – zu bejahen. Der Bf hat sein objektiv rechtswidriges Verhalten somit auch subjektiv zu verantworten.

V.3. Zur Strafhöhe:

V.3.1. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG iVm § 38 VwGVG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm. § 38 VwGVG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

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

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

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

V.3.2. Im Rahmen der Strafbemessung wählte die belangte Behörde eine Geldstrafe, die 10 % des zur Verfügung stehenden Strafrahmens erreicht. Strafmildernd wurde die bisherige verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Bf gewertet, während ansonsten weder (weitere) strafmildernde noch straferschwerende Gründe festgestellt bzw. gewertet wurden.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vermag im Ergebnis nicht zu erkennen, dass die belangte Behörde den ihr bei der Strafbemessung zukommenden Ermessensspielraum in irgendeiner Weise überschritten hätte und

befindet die festgelegte Strafe auch im Hinblick auf die (geschätzten) Einkommensverhältnisse des Beschwerdeführers und auch im Hinblick auf den subjektiven Unrechtsgehalt der Tat als angemessen.

V.3.3. 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.

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.4. Ergebnis:

V.4.1. Im Ergebnis war die Beschwerde daher als unbegründet abzuweisen.

V.4.2. Die Kosten im Verfahren vor der belangten Behörde bleiben mit 36 Euro unverändert. Im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fallen gemäß § 52 Abs. 1 iVm Abs. 2 VwGVG Kosten in Höhe von 20 % der verhängten Strafe an, das sind im konkreten Fall 72 Euro.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

VI.2. Darüber hinaus stellt die konkrete Beurteilung der Strafzumessung auf den jeweiligen Beschuldigten ab. Dazu sind die jeweils vorliegenden Milderungs- und Erschwerungsgründe abzuwägen. Die Strafzumessung ist insofern das Resultat der

konkreten Sachverhaltsfeststellungen und der konkreten Beweiswürdigung. Die Strafzumessung ist somit einzelfallbezogen und nicht verallgemeinerungsfähig. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt insofern nicht vor. Auch aus diesem Grund war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären (vgl. VwGH 05.03.2015, Ra 2015/02/0027; 19.01.2018, Ra 2018/02/0022; 07.08.2019, 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

Mag. Dr. Lang