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-701427/25/BMa/JW/TK

Datum:
Linz, 17. November 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des M H, vertreten durch RA Dr. M H, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 29.10.2021, GZ: BHLL/9211000018108/21, wegen Übertretung des Covid-19-MG iVm der Covid-19-NotMV, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29.08.2022, die am 23.09.2022 fortgesetzt wurde

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass der Spruch des bekämpften Erkenntnisses, nach der Angabe von Tatzeit und Tatort, wie folgt abgeändert wird: „Sie haben als Inhaber der Betriebsstätte ‚P-L-F' in x, welche eine Betriebsstätte des Handels darstellt, nicht dafür Sorge getragen, dass der Kundenbereich der Betriebsstätte zum Zweck des Erwerbs von Waren nicht betreten bzw. befahren werden kann, obwohl das Betreten und Befahren des Kundenbereichs von Betriebsstätten des Handels zum Zweck des Erwerbs von Waren untersagt war.
Sie haben aus dem Container/Verkaufsstand pyrotechnische Waren an Verbraucher verkauft und zwar auch ohne deren Vorbestellung." und die verletzte Rechtsvorschrift lautet: „§ 5 Abs. 1 Z 1 2. Covid-19-Notmaßnahmenverordnung (2. Covid-19-NotMV), BGBl. II Nr. 598/2020 iVm § 3 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2, § 8 Abs. 3 Covid-19-Maßnahmengesetz (Covid-19-MG), BGBl. I Nr. 12/2020 idF BGBl. I Nr. 104/2020".
Im Übrigen wird das angefochtene Straferkenntnis hingegen bestätigt.

II. Der Beschwerdeführer hat Verfahrenskosten für das Verfahren vor dem Rechtsmittelgericht in Höhe von 200 Euro zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision nicht zulässig.

und fasst den Beschluss:

IV. Dem Antrag auf Berichtigung des Verhandlungsprotokolls vom 23.09.2022 wird keine Folge gegeben.

V. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu den Spruchpunkten I und IV:

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„1. Datum/Zeit: 30.12.2020
Ort: x

Sie haben als Inhaber einer Betriebsstätte des Unternehmens ‚P-L F' in x, welche eine Betriebsstätte des Handels darstellt, nicht dafür Sorge getragen, dass der Kundenbereich der Betriebsstätte zum Zweck des Erwerbs von Waren nicht betreten bzw. befahren werden kann, obwohl das Betreten und Befahren des Kundenbereichs von Betriebsstätten des Handels zum Zweck des Erwerbs von Waren gemäß 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung, 2. COVID-19-NotMV, BGBl. II Nr. 598/2020, in der Zeit vom 26.12.2020 bis 04.01.2021 untersagt war.
Das Betreten erfolgte auch nicht zum Zweck zumindest zweiseitig unternehmensbezogener Geschäfte oder für die Abholung vorbestellter Waren.
Es wurde festgestellt, dass Sie pyrotechnische Ware aus dem Container/Verkaufsstand verkauften. Der Ausnahmegrund laut § 5 Abs. 1 2. COVID-19-NotMV lag jedoch nicht vor, da Sie zwar mit ‚Click & Collect' geworben haben, jedoch die Ware auch ohne Vorbestellung an Kunden verkauft haben.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
1. §§ 8 Abs. 3, 3 Abs. 1 COVID-19-MG i.V.m. § 5 Abs. 1 Z 1 2. COVID-19-NotMV, BGBl. II Nr. 598/2020

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

	Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Freiheitsstrafe von Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
1.	1.000,00	1 Tage(n) 9 Stunde(n) 0 Minute(n)	§ 8 Abs. 3 COVID-19 Maßnahmengesetz – COVID-19-MG, BGBl. I Nr. 12/2020, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2020

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:
€ 100,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).
Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 1.100,00“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Dagegen hat der Bf rechtzeitig Beschwerde erhoben.

1.2. Die Beschwerde bringt im Wesentlichen vor, bei einem Verkaufspult im Freien handle es sich nicht um einen Kundenbereich in einem Handelsgeschäft, vielmehr sei die Ware außerhalb der Geschäftsräumlichkeiten (des Containers/des Verkaufsstands) verkauft worden. Dies sei uneingeschränkt zulässig gewesen. Die Ware sei außerhalb der Betriebsstätte verkauft worden. Der Container, in dem sich die Betriebsstätte, das Warenlager befunden habe, sei in einem Abstand von zwei Metern um den Container herum mit einem Absperrgitter und einem Sperrband abgesperrt gewesen. Nur ein Biertisch sei vor dem Zaun aufgestellt gewesen. Auf diesem Tisch sei die bestellte Ware übergeben worden und die Kunden hätten dort bezahlt. Die Betriebsstätte habe nicht von Fremden betreten werden können. Nach § 5 Abs. 6 2. Covid-19-Notmaßnahmenverordnung sei ein Betreten des Kundenbereichs von Betriebsstätten unter den dortigen Voraussetzungen zulässig gewesen, die vorsorglich zur Gänze eingehalten worden seien.
Die Beschwerde beantragt die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung und die zeugenschaftliche Befragung mehrerer Zeugen sowie die Aufhebung des angefochtenen Bescheides.

2.1. Die belangte Behörde hat den Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen. Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich, welches durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin entscheidet.

2.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Behördenakt samt Beschwerde sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29.08.2022, die am 23.09.2022 fortgesetzt wurde. An dieser Verhandlung haben der Bf gemeinsam mit seinem Rechtsvertreter sowie zwei Vertreter der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land als Parteien teilgenommen. Zeugenschaftlich wurden A H und I C R einvernommen. Die Zeugin S H hat als Mutter des Bf von ihrem Entschlagungsrecht Gebrauch gemacht. Der Verhandlung am 23.09.2022 wurde auch der technisch versierte Bedienstete des LVwG Oberösterreich, G H, beigezogen, der das mittels Datenstick vorgelegte Video in der Verhandlung präsentiert hatte. Im Rahmen der Öffentlichkeit der Verhandlung haben weitere Personen, deren Identität nicht festgestellt wurde, weil sie keine Beteiligten im Verfahren sind, als Zuschauer die Verhandlung verfolgt. Das Verhandlungsprotokoll wurde als Resümeeprotokoll in Form eines Sprachprotokolls von der Verhandlungsleiterin ohne Beiziehung einer Schriftführerin aufgenommen und die Aufnahme wurde nach der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom Sekretariatsdienst des LVwG Oberösterreich in Schriftform übertragen.
Nach der öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde mit Antrag vom 05.10.2022 um Übersendung der Videodatei durch den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers

ersucht. Mit Schreiben vom 11.10.2022 wurde den Parteien des Verfahrens die Internetadresse, die den Link zur Oö-Cloud darstellt, über den das Video, das auch in der Verhandlung am 23.09.2022 präsentiert wurde, abgerufen werden kann, übermittelt. Der Link war bis zum Ablauf des 31.10.2022 aktiv.
Mit Eingabe vom 25.10.2022 wurde vom Bf eine Stellungnahme abgegeben und ein Antrag auf Protokollberichtigung gestellt.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Der Bf war am 30.12.2020 Inhaber einer Betriebsstätte des Unternehmens „P-L-F“ in x, die vor dem Eingang zum x situiert war und eine Betriebsstätte des Handels darstellt. Die Betriebsstätte hat aus einem Container bestanden, in dem die Pyrotechnikartikel gelagert waren und einem Verkaufstisch, der in zirka zwei Meter Entfernung von diesem Container aufgestellt war, bei dem auch eine Liste mit den zu erwerbenden Produkten aufgelegen war. Die Betriebsstätte des Bf war vom Inneren der x aus über die Drehtür sichtbar. Kunden konnten an den Verkaufstisch herantreten und die dort platzierten Listen anschauen, sich die Ware zeigen lassen und dann entscheiden, was gekauft und mitgenommen wird (Seite 7, letzter Absatz der Verhandlungsschrift vom 23.09.2022). Es konnte am 30.12.2020 Ware von Kunden ohne Vorbestellung in der Betriebsstätte des Bf vor der x gekauft werden.
Zum Kontrollzeitpunkt war der Bf verwaltungsstrafrechtlich absolut unbescholten. Er verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen von zirka 2.000 Euro, besitzt ein Einfamilienhaus und hat keine Sorgepflichten.

Gegen die Abfassung der Verhandlungsschrift durch Tonaufzeichnung, welche einen integrierenden Bestandteil der Niederschrift darstellt, bestand bei der Verhandlung am 23.09.2022 kein Einwand (Seite 3 der Niederschrift vom 23.09.2022). Auf die Verlesung der Verhandlungsschrift und Wiedergabe der Sprachaufzeichnung wurde in der Verhandlung am 23.09.2022 verzichtet (Seite 4 der Niederschrift vom 23.09.2022.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich die Feststellung, wonach Kunden einfach an den Verkaufstisch des Bf, auf dem auch Verkaufslisten platziert wurden, herantreten und Waren vor Ort erwerben konnten, aus der glaubwürdigen Aussage des Zeugen A H (insbesondere auf Seiten 6 und 7 des Verhandlungsprotokolls vom 23.09.2022) ergibt, sowie aus dem von der belangten Behörde vor der Verhandlung vorgelegten Video, auf dem der gesamte Verkaufsvorgang ersichtlich ist. Dass der Zeuge zunächst angegeben hatte, sich an den Verkaufsvorgang nicht mehr erinnern zu können, nach Betrachten des Videos aber konkrete Aussagen zum Kauf der Feuerwerkskörper machen konnte, ist lebensnah und schmälert nicht die Aussagekraft der Angaben des Zeugen.

Aus dem in der Verhandlung abgespielten Video ist ersichtlich, dass Verkaufswaren von dem im Hintergrund befindlichen Container aus präsentiert wurden, und schließlich durch Barzahlung beim Verkaufstisch vor Ort erworben wurden. Zwar wurden vom Bf auch im Inneren der x Schilder aufgestellt, wonach darauf hingewiesen wurde, dass über WhatsApp und Telefon bestellt werden könne, es wurden aber auch direkt beim Verkaufsstand Waren präsentiert und verkauft, die vorher nicht telefonisch oder online vorbestellt wurden. Dabei hat es für Kunden, die die Verkaufsstätte des Bf vom Inneren der x aus sehen konnten, kein Hindernis gegeben, zum Verkaufs- bzw. Übergabetisch hinzuzutreten.
Die Zeugin I C R, die die Lebensgefährtin des Bf ist, hat bei ihrer Aussage in der öffentlichen mündlichen Verhandlung den Eindruck hinterlassen, ihre Aussage zu Gunsten des Bf zu gestalten. Ihre Aussage war widersprüchlich und nicht glaubwürdig. So hat sie einerseits angegeben, dass neben dem Herrn H sowie der Frau H und ihr selbst niemand in den Verkaufscontainer hineingegangen sei (Seite 15 des Verhandlungsprotokolls vom 23.09.2022) und andererseits konnte sie zwar die „Dame in der gelben Jacke“ als Frau H identifizieren (Seite 13 des Verhandlungsprotokolls vom 23.09.2022) nicht jedoch die Person im Hintergrund, die die Waren vom Container aus präsentiert hat. Dabei konnte es sich aber, weil nur zwei Personen neben Frau H beim Verkaufsstand, laut Aussage der Zeugin, tätig waren, die den Container betreten haben, entweder um sie selbst oder ihren Lebensgefährten (den Bf) handeln. Bei genauerer Betrachtung des Videos ist ersichtlich, dass sich zwei Personen während der Aufnahme des Verkaufsvorgangs im Container befunden haben. Es kann sich auch nicht um eine Spiegelung von Personen handeln, denn eine zweite Person, ebenfalls mit weißen Handschuhen (wie die die Ware präsentierende), ist wiederholt im Container sichtbar. Konkret bei der Stelle 02:14 beim Abspielen des Videos ist sichtbar, dass von der zweiten Person ein größerer Karton umplatziert wurde, während die Person, die die Ware vom Container aus präsentiert hatte, davon abseits gestanden ist.
Damit ist auch die Aussage der Zeugin, dass am 30.12.2020 keine Waren ohne Vorbestellung verkauft wurden, nicht glaubwürdig, denn entweder sie selbst hat die Waren zum sofortigen Verkauf präsentiert oder sie war unmittelbar neben dem Bf, der die Ware zum sofortigen Verkauf präsentiert hatte, im Container anwesend. Weil im Container nur ein enger Raum vorhanden ist, hätte sie Wahrnehmungen zur Präsentation haben müssen.

Die Ansicht des Videos im Zusammenhang mit der Aussage des Zeugen A H belegt unmissverständlich, dass Personen und Kunden der x einfach zum Verkaufstisch hinzutreten und ohne Vorbestellung Ware aussuchen, gleich erwerben und bar bezahlen konnten, was einem üblichen Verkaufsvorgang mit Endkunden (ohne Vorbestellung) entspricht.

Der festgestellte Sachverhalt hinsichtlich der Vermögensverhältnisse des Bf stützt sich auf seine Aussage in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29.08.2022. Soweit der Bf in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am

23.09.2022 unter Hinweis auf ein Berechnungsblatt aus dem Jahr 2020 ausgesagt hatte, er würde zirka 6.348,60 Euro jährlich verdienen, wird dazu ausgeführt, dass das Einkommen im Jahr 2020 nicht relevant ist, sondern das derzeit dem Bf zur Verfügung stehende Einkommen, das er selbst in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 29.08.2022 mit ca. 2.000,-- Euro angegeben hatte. Auch hat er in der fortgesetzten öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23.09.2022 angegeben, ein Grundstück mit Haus zu besitzen, das derzeit als Lager oder Werkstätte genutzt wird.
Die übrigen Feststellungen ergeben sich aus dem von der belangten Behörde vorgelegten Akt, dem Akt des LVwG und insbesondere dem Ergebnis der durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung beim LVwG Oö.

3.3. Das LVwG OÖ hat in rechtlicher Hinsicht erwogen:

zu Spruchpunkt I.
3.3.1. Rechtsgrundlagen:

Gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 COVID-19-Maßnahmengesetz kann durch Verordnung beim Auftreten von COVID-19 das Betreten und das Befahren von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen, geregelt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.
Nach Abs. 2 leg.cit. kann in einer Verordnung gemäß Abs. 1 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.

Gemäß § 5 Abs. 1 Z 1 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung ist das Betreten und Befahren des Kundenbereichs von Betriebsstätten des Handels zum Zweck des Erwerbs von Waren 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.

Gemäß § 8 Abs. 3 COVID-19-Maßnahmengesetz begeht eine Verwaltungsübertretung und ist ist mit einer Geldstrafe von bis zu 30 000 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu sechs Wochen zu bestrafen, wer als Inhaber einer Betriebsstätte oder eines Arbeitsortes, als Betreiber eines Verkehrsmittels oder als gemäß § 4 hinsichtlich bestimmter privater Orte, nicht von Abs. 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.

3.3.2. Der Bf war Inhaber der Betriebsstätte des Unternehmens „P-L F“, die am 30.12.2020 in x, betrieben wurde. Er hätte daher dafür Sorge tragen müssen, dass das Betreten dieser Betriebsstätte nur entsprechend den Regelungen der §§ 3 und 4 COVID-19-Maßnahmengesetz erfolgt. Nähere Regelungen für das Betreten des Kundenbereichs von Betriebsstätten des Handels zum Zweck des Erwerbs von Waren wurden in § 5 Abs. 1 der 2. COVID-19-NotMV getroffen. Demnach ist das Betreten von Betriebsstätten des Handels zum Zweck des Erwerbs von Waren untersagt. Dies gilt jedoch nicht zum Zweck von zumindest zweiseitig unternehmensbezogenen Geschäften und nicht für die Abholung vorbestellter Waren, wobei dabei aber auch geschlossene Räume der Betriebsstätte nicht betreten werden dürfen und gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, einen Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten ist.

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, war das ungehinderte Betreten der Betriebsstätte des Bf zum Zweck des Erwerbs von Waren, die vor Ort ausgesucht und bezahlt wurden, möglich. Der Verkauf war auch ohne Vorbestellung möglich. Der Rechtsrüge, hier würde kein Betreten oder Befahren einer Betriebsstätte vorliegen, weil das Verkaufspult im Freien kein Kundenbereich in einem Handelsgeschäft ist, wird entgegengehalten, dass bei der Auslegung des Begriffs „Betriebsstätte“ im Sinn des COVID-19-MG eine Orientierung am gewerberechtlichen Betriebsstättenbegriff erfolgt, wonach jedwede dem Anbieten von Waren oder der Durchführung von Dienstleistungen dienliche Einrichtung genügt. Ortsfestigkeit und Dauerhaftigkeit sind nicht maßgebend. Auch Kfz und (mobile) Verkaufsstände können daher Betriebsstätten sein. Die im Gewerberecht vorgesehenen Ausnahmen sind allerdings nicht in das seuchenrechtliche Begriffsverständnis zu übernehmen (z.B. Geflügelgrill in der Umgebung von Lebensmittelgeschäften), zumal die Übertragung von COVID-19 durch das Zusammentreffen von Kunden untereinander bzw. von Kunden und Betriebsmitarbeitern gleich gefährlich ist, wie beispielsweise in Gastgärten von Gastronomiebetrieben. Unter Betriebsstätte ist daher jener Ort gemeint, an dem Waren oder Dienstleistungen angeboten werden und die aus diesem Grund potentiell von Kunden aufgesucht werden, sodass durch das Aufeinandertreffen der Menschen Ansteckungsgefahr besteht.
Das Vorhandensein eines Gebäudes ist zur Beurteilung ebenso wenig erforderlich wie eine eindeutige örtliche Abgrenzbarkeit. Bei örtlich unklar abgegrenzten und gegebenenfalls auch nur vorübergehend an dem konkreten Standort existenten Betriebsstätten, ist eine funktionale Betrachtung geboten: Sind keine oder momentan wenig Kunden anwesend, beschränkt sich die Betriebsstätte auf den unmittelbaren Nahbereich. Kommt es jedoch zu einem Andrang von Kunden oder zur Schlangenbildung, dehnt sich die Betriebsstätte auf jene Personen, die auf eine Bedienung warten, aus. [vgl. Obereder in Neumayr/Resch/Wallner, Gmund.Komm² § 3 COVID-19-MG Rz. 7 (Stand: 01.01.2022, Rdb.at)].

Zur in § 5 Abs. 1 Z 1 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung angeführten Ausnahme, wonach die Abholung vorbestellter Waren zulässig ist, wird in der vom Bundesministerium Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz herausgegebenen rechtlichen Begründung zur 2. COVID-19-NotMV, Seite 4, ausgeführt:
„Eine Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage besteht darin, dass auch die Abholung vorbestellter Waren erlaubt sein soll. Dabei soll es aber nicht zulässig sein, die geschlossenen Räume von Betriebsstätten zu betreten, d.h. die Waren können vor dem Eingang oder etwa vom Parkplatz abgeholt werden. Damit kann das Infektionsrisiko minimiert werden, der Mindestabstand ist einzuhalten. Der Umstand, dass es sich um die Abholung vorbestellter Waren handelt, ist gemäß § 16 gegebenenfalls glaubhaft zu machen. Durch diese Möglichkeit wird es zwar zu einer Erhöhung von Sozialkontakten gegenüber dem generellen Verbot der Abholung kommen, allerdings in einem weit geringeren Umfang, als bei einer generellen Öffnung des Handels, was in Abwägung mit der Schadensminimierung für die betroffene Sparte in Kauf genommen werden kann.“

Dabei bedeutet „vorbestellen“ im Voraus bestellen, reservieren lassen [www.duden.de/Rechtschreibung/vorbestellen, 15.07.2022]. Daraus kann geschlossen werden, dass die (Vor)Bestellung der Abholung zeitlich vorgelagert sein muss. Ein zeitlich der Abholung aber nur unmittelbar vorangehendes Bestellen am selben Ort stellt kein „Vorbestellen“ dar, sondern einen klassischen Warenkauf, weil es sich um eine Einheit handelt und dabei kommt es zu einer Menschenansammlung, wobei aber genau dieses Szenario im Hinblick auf das Infektionsrisiko verhindert werden soll.

3.3.3. Aufgrund der Tatsache, dass zwischen dem Container und dem Verkaufstisch lediglich ein geringer Abstand bestand, auch wenn dieser Zwischenbereich für Kunden nicht betreten werden konnte, ist funktional betrachtet beides als Teil der Betriebsstätte anzusehen. Jene Kunden, die zum Verkaufstisch herangetreten sind, um Waren zu kaufen, haben daher die Betriebsstätte betreten. Zulässig wäre nur die Abholung vorbestellter Waren gewesen. Das Anbieten von reinen Abholungsleistungen wäre möglich gewesen, jedoch ermöglichte der Bf den Vor-Ort-Kauf, weil die Ware vom Container aus präsentiert wurde und bei dem nur ca. 1,5 bis 2 Meter entfernten Übergabe- oder Verkaufstisch entgeltlich abgegeben wurde. Es kann nicht von „Abholung vorbestellter Waren“ gesprochen werden, wenn Kunden unmittelbar an dem dem Container örtlich nur 1,5 bis 2 Meter vorgelagerten Verkaufspult ihre „Bestellung“ – ausgewählt aus dem vollen angebotenen Sortiment, wie dies anhand der Verkaufslisten am Verkaufspult möglich war – aufgeben und die Waren sofort ohne den Bestellort verlassen zu müssen, erhalten haben. Dieses Vorgehen entspricht vielmehr dem klassischen Verkaufsvorgang bei Verkaufsständen.
Bei den Kunden handelt es sich auch nicht um Unternehmer, sondern um Verbraucher, sodass kein zweiseitig unternehmensbezogenes Geschäft vorliegt.

Nur ergänzend wird ausgeführt, dass der Spruch des bekämpften Erkenntnisses auch hinsichtlich seiner Tatzeit, wonach als Tatzeit „30.12.2020“, also ein ganzer Tag, angegeben wurde, im Hinblick auf § 44a VStG ausreichend konkretisiert ist. In der Anführung des Datums „30.12.2020“ hat die belangte Behörde zum Ausdruck gebracht, dass sie dem Bf einen Tatzeitraum im Ausmaß dieses genannten Tages zur Last legte. Es liegt hier auch keine Verwechslungsgefahr vor, die allenfalls zu einer Doppelbestrafung führen könnte, denn durch Angabe eines ganzen Tages sind auch sämtliche Tathandlungen an diesem Tag mit dem bekämpften Erkenntnis umfasst, wenn auch nur ein einzelner Verkaufsvorgang per Videoaufnahme und anschließender Befragung des Kunden durch die Polizisten zur Dokumentation des Verkaufsvorganges festgehalten wurde.

Der Bf hat damit das Tatbild der ihm vorgeworfenen Rechtsvorschrift erfüllt.

3.3.4. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, 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.

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.

Im konkreten Fall kann nicht von fahrlässigem Handeln ausgegangen werden, vielmehr liegt dem Handeln des Bf vorsätzliches Handeln zugrunde. Der Bf hat, wie er selbst angegeben hat, sich hinsichtlich der Modalitäten von „Click & Collect“ bei der für ihn zuständigen Interessensvertretung erkundigt, dennoch wurden an seinem Verkaufsstand klassische Verkaufsgeschäfte abgewickelt.
Dem Bf ist damit vorsätzliches Handeln vorzuwerfen und er hat die Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht zu verantworten.
Weil ein üblicher Verkaufsvorgang stattgefunden hat und der Bf sich – nach eigenen Angaben – bei seiner Berufsvertretung über den „Click & Collect“-Verkaufsvorgang erkundigt hat und darüber hinaus letzteren auch beworben hat, kann bei einem Direktverkauf von Waren nicht – wie vom Bf vorgebracht - von einem Rechtsirrtum ausgegangen werden.

3.3.5. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idgF sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.
Nach Abs. 2 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 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 Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 – 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Von der belangten Behörde wurde strafmildernd die absolute verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Bf gewertet. Dieser Strafmilderungsgrund wird auch im Verfahren vor dem LVwG OÖ zugrunde gelegt. Straferschwerende oder sonstige -mildernde Gründe sind auch im Verfahren vor dem LVwG OÖ nicht hervorgetreten. Aus den Feststellungen ergibt sich, dass im Verfahren vor dem LVwG von einem monatlichen Nettoeinkommen von ca. 2.000 Euro und keinen Sorgepflichten auszugehen ist. Es hat sich aber auch herausgestellt, dass der Bf Eigentümer einer Immobilie ist.
Bei einem Strafrahmen von bis zu 30.000 Euro für die Übertretung des § 8 Abs. 3 COVID-19-MG ist die erstinstanzlich verhängte Strafe von 1.000 Euro, die ca. 3 % der möglichen Höchststrafe beträgt, milde bemessen. Dies vor allem im Hinblick darauf, dass hier von vorsätzlichem Handeln auszugehen ist.
Die hier zur Anwendung kommenden Normen wurden zur Bekämpfung einer damals bestehenden Epidemie getroffen und damit zur Eindämmung von gesundheitlichen Gefahren und wirtschaftlichen Nachteilen.
Unter Berücksichtigung der Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts war die Verhängung einer Strafe in dieser Höhe aus generalpräventiven Gründen jedenfalls erforderlich und sie ist auch aus spezialpräventiven Gründen geboten.
Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde in Relation der Obergrenze der Geldstrafe zur

Obergrenze der Ersatzfreiheitsstrafe festgesetzt und begegnet daher keinen Bedenken.
Zu Spruchpunkt I war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt IV:

3.3.6. Rechtsgrundlagen:
§ 14 AVG, der auch in Verfahren nach dem VStG anwendbar ist, bestimmt:
.....
(2) Jede Niederschrift hat außerdem zu enthalten:
1. Ort, Zeit und Gegenstand der Amtshandlung und, wenn schon frühere darauf bezügliche Amtshandlungen vorliegen, erforderlichenfalls eine kurze Darstellung des Standes der Sache;
2. die Bezeichnung der Behörde und die Namen des Leiters der Amtshandlung und der sonst mitwirkenden amtlichen Organe, der anwesenden Beteiligten und ihrer Vertreter sowie der etwa vernommenen Zeugen und Sachverständigen.
(3) Die Niederschrift ist den vernommenen oder sonst beigezogenen Personen, wenn sie nicht darauf verzichten, zur Durchsicht vorzulegen oder vorzulesen; wenn ein Schallträger verwendet (Abs. 7) oder die Niederschrift elektronisch erstellt wird, kann ihr Inhalt auch auf andere Weise wiedergegeben werden. Der Leiter der Amtshandlung kann auch ohne Verzicht von einer Wiedergabe absehen; die beigezogenen Personen können diesfalls bis zum Schluss der Amtshandlung die Zustellung einer Ausfertigung verlangen und binnen zwei Wochen ab Zustellung Einwendungen wegen behaupteter Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der Niederschrift erheben.
(4) In dem einmal Niedergeschriebenen darf nichts Erhebliches ausgelöscht, zugesetzt oder verändert werden. Durchgestrichene Stellen sollen noch lesbar bleiben. Erhebliche Zusätze oder Einwendungen der beigezogenen Personen wegen behaupteter Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der Niederschrift sind in einen Nachtrag aufzunehmen und gesondert zu unterfertigen.
(5) Die Niederschrift ist vom Leiter der Amtshandlung und den beigezogenen Personen zu unterschreiben; bei Amtshandlungen, denen mehr als drei Beteiligte beigezogen wurden, genügt es jedoch, wenn die Niederschrift von der Partei, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat, und zwei weiteren Beteiligten, in Abwesenheit dieser Partei von mindestens drei Beteiligten, sowie von den sonstigen beigezogenen Personen unterschrieben wird. Kann dem nicht entsprochen werden, so sind die dafür maßgeblichen Gründe in der Niederschrift festzuhalten. ...
(6) Den beigezogenen Personen ist auf Verlangen eine Ausfertigung der Niederschrift auszufolgen oder zuzustellen.
(7) Die Niederschrift oder Teile davon können unter Verwendung eines Schallträgers oder in Kurzschrift aufgenommen werden. Die Angaben gemäß Abs. 2, die Feststellung, dass für die übrigen Teile der Niederschrift ein Schallträger verwendet wird, und die Tatsache der Verkündung eines mündlichen Bescheides sind in Vollschrift festzuhalten. Die Aufzeichnung und die in Kurzschrift aufgenommenen Teile der Niederschrift sind unverzüglich in Vollschrift zu übertragen. Die beigezogenen Personen können bis zum Schluss der Amtshandlung die Zustellung einer Ausfertigung der Übertragung verlangen und binnen zwei Wochen ab Zustellung Einwendungen wegen behaupteter Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der Übertragung erheben. Wird eine solche Zustellung

beantragt, so darf die Aufzeichnung frühestens einen Monat nach Ablauf der Einwendungsfrist, ansonsten frühestens einen Monat nach erfolgter Übertragung gelöscht werden.
Nach § 15 leg.cit. liefert eine gemäß § 14 aufgenommene Niederschrift über den Verlauf und den Gegenstand der betreffenden Amtshandlung vollen Beweis, soweit nicht Einwendungen erhoben wurden. Der Gegenbeweis der Unrichtigkeit des bezeugten Vorganges bleibt zulässig.

§ 44 AVG lautet:
(1) Über jede mündliche Verhandlung ist eine Verhandlungsschrift nach den §§ 14 und 15 aufzunehmen.
(2) Schriftliche Äußerungen und Mitteilungen von Beteiligten, Niederschriften über Beweise, die bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, aber außerhalb dieser aufgenommen wurden, Berichte und schriftliche Sachverständigengutachten sind der Verhandlungsschrift anzuschließen. Dies ist in der Verhandlungsschrift zu vermerken. Teilnehmer an der mündlichen Verhandlung dürfen ihre Erklärungen jedoch nicht schriftlich abgeben.
(3) Sobald die zulässigen Vorbringen aller Beteiligten aufgenommen sind und die Beweisaufnahme beendet ist, hat der Verhandlungsleiter die Verhandlung, gegebenenfalls nach Wiedergabe der Verhandlungsschrift (§ 14 Abs. 3) und nach mündlicher Verkündung des Bescheides (§ 62 Abs. 2), für geschlossen zu erklären.

3.3.7. Zur beantragten Protokollberichtigung der Verhandlungsschrift vom 23.09.2022 hinsichtlich der namentlichen Erwähnung der Vertreter der belangten Behörde und des Rechtsvertreters des Bf wird auf die in der Niederschrift vom 23.09.2022 angeführten Personalien verwiesen, wonach sowohl der Name des einschreitenden Rechtsvertreters als auch jener der Behördenvertreter unmissverständlich angeführt sind und davon auszugehen ist, dass eine einmalige namentliche Nennung ausreichend ist, auch wenn in der Folge nur mehr die Funktionsbezeichnungen (z.B. Rechtsvertreter, Behördenvertreter) in der Verhandlungsschrift angeführt sind.
Zum Begehren, die Zuhörer und den in der Verhandlung anwesend gewesenen EDV-Techniker im Verhandlungsprotokoll anzuführen, wird auf die Erfordernisse der Anführung von Personen gem. § 14 Abs.2 Z2 AVG (siehe oben) hingewiesen. Demnach kann die Anführung der Namen der Zuschauer und des in der Verhandlung anwesend gewesenen Technikers des LVwGs unterbleiben, weil diese Personen weder Parteien im Verfahren, noch an diesem Beteiligte sind.
Die geforderten Protokollergänzungen zur Darlegung der Intentionen des Rechtsvertreters und des Beschwerdeführers, die diese bei den von ihnen in der Verhandlung getätigten Äußerungen hatten, sowie „lebensnahe Ergänzungen“ (Punkt 4. des Antrags vom 25.10.2022) und der aus dem Verhandlungsablauf vom Rechtsvertreter des Bf gezogenen Schlussfolgerungen, die er in der Verhandlung auch gar nicht zu Protokoll gegeben hatte, entsprechen nicht den inhaltlichen Anforderungen des § 14 AVG.
Bei Einwendungen des Rechtsvertreters des Bf gegen eine sprachliche Formulierung während der Aufnahme des Protokolls in der Verhandlung wurden

diese auch protokolliert (z.B. Seite 9 vorletzter Absatz des Verhandlungsprotokolls vom 23.09.2022 „Vom Rv des Bf wird darauf hingewiesen, dass der Zeuge zunächst geäußert hat, zu 80 % und sich dann dahingehend korrigiert hat, dass dies zu 99 % auszuschließen ist.“).
Es kann auch nicht protokolliert werden, dass ein Einverständnis der Personen, die am Video ersichtlich sind, zum öffentlichen Abspielen nicht vorlag, weil eine diesbezügliche Äußerung in der Verhandlung gar nicht getätigt wurde. So hat sich auch der befragte Zeuge A H, der am Video ersichtlich ist, nicht gegen das Abspielen des Videos ausgesprochen.
Das Zustandekommen der als Beweismittel vorgelegten Videoaufnahme wurde, entgegen dem Vorbringen im Antrag des Bf vom 25.10.2022, in der öffentlichen mündlichen Verhandlung sehr wohl thematisiert (z.B. Seite 1 und Seite 5 des Verhandlungsprotokolls vom 23.09.2022). Darüber hinausgehende Feststellungen können auch nicht getroffen werden.
Weil das angefertigte Verhandlungsprotokoll den inhaltlichen Erfordernissen des § 14 iVm. § 44 AVG entspricht, der Antrag auf Protokollberichtigung kein substantielles Vorbringen dazu erstattet, dass das Protokollierte nicht den Ablauf der Verhandlung und den Gegenstand korrekt darstellt, war dem Antrag auf Protokollberichtigung keine Folge zu geben.
Dem Antrag sämtliche Beweismittel, wie auch die Videoaufnahme und das abgefasste Protokoll als unzulässig zurückzuweisen und im Verfahren nicht zu berücksichtigen, kann nicht Folge geleistet werden, dem steht die Offizialmaxime und der Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel im Verwaltungsstrafverfahren entgegen.

Hinsichtlich Spruchpunkt IV war damit auch spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt II:
Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens gründen sich auf § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG, wonach der vom Bestraften zu leistende Betrag zu den Kosten des Strafverfahrens für das Beschwerdeverfahren mit 20 % der jeweils verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro zu bemessen ist. Bei einer Geldstrafe von 1.000 Euro betragen die vom Bf zusätzlich zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde zu zahlenden Kosten des Beschwerdeverfahrens demnach 200 Euro.

Zu den Spruchpunkten III und V:
Die ordentliche Revision ist unzulässig, da die zu lösende Rechtsfragen anhand der eindeutigen Bestimmungen der Gesetze und der dazu ergangenen Verordnungen beantwortet werden konnten. Im Übrigen handelt es sich um eine Entscheidung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles, der keine Bedeutung über den Einzelfall zukommt. Es liegt daher keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

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. Bergmayr-Mann