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-701514/4/JS**

Datum: **Linz, 6. Mai 2022**

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Steinschnack über die Beschwerde des A G, x, x, vom 30.12.2021 gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden vom 14.12.2021, GZ: BHGM/921070096880/21, wegen Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes und des Epidemiegesetzes 1950 iVm der 2. COVID-19-Öffnungsverordnung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass Spruchpunkt 1. und 2. zu lauten haben:

„1. Datum/Zeit: 13.08.2021, 22:00 Uhr
Ort: 4822 Bad Goisern am Hallstättersee, R-Weg x,
Gastgarten "W..-B.."
Sie haben als Inhaber der Betriebsstätte des Gastgewerbes „W..-B..“ in 4822 Bad Goisern, R-Weg x, nicht dafür Sorge getragen, dass ihre Betriebsstätte nicht entgegen den in der 2. COVID-19-Öffnungsverordnung festgelegten Voraussetzungen und Auflagen betreten wird, indem Sie zumindest einen Kunden zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen einließen, ohne dass dieser Kunde einen Nachweis über eine geringe epidemiologische Gefahr im Sinne dieser Verordnung vorwies.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:
§ 8 Abs. 4 COVID-19-Maßnahmengesetz (BGBl. I Nr. 12/2020 in der Fassung BGBl. I Nr. 90/2021) iVm § 3 Abs. 1 Z 1 (BGBl. I Nr. 12/2020 in der Fassung BGBl. I Nr. 104/2020) iVm § 5 Abs. 1 2. COVID-19-Öffnungsverordnung (BGBl. II Nr. 278/2021 in der Fassung BGBl. II Nr. 321/2021)

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie eine Geldstrafe von 720 Euro (Ersatzfreiheitstrafe: 5 Tage 14 Stunden) gemäß § 8 Abs. 4

COVID-19-Maßnahmengesetz (BGBl. I Nr. 12/2020 in der Fassung BGBl. I Nr. 90/2021) verhängt.

2. Datum/Zeit: 13.08.2021, 22:00 Uhr
Ort: 4822 Bad Goisern am Hallstättersee, R-Weg x,
Gastgarten "W..-B.."
Sie haben als Betreiber der Betriebsstätte des Gastgewerbes „W..-B..“ in 4822 Bad Goisern, R-Weg 6, entgegen den Geboten der 2. COVID-19-Öffnungsverordnung keine Kontaktdaten (Vor- und Familiennamen, Telefonnummer, vorhandene E-Mail-Adresse) von zumindest 50 Personen, die sich voraussichtlich länger als 15 Minuten in ihrer Betriebsstätte aufhalten, zum Zweck der Kontaktpersonennachverfolgung erhoben.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:
§ 17 Abs. 1 2. COVID-19-Öffnungsverordnung (BGBl. II Nr. 278/2021) iVm § 5c Epidemiegesetz 1950 (BGBl. Nr. 186/1950 in der Fassung BGBl. I Nr. 105/2021).

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie eine Geldstrafe von 450 Euro (Ersatzfreiheitstrafe: 8 Tage 9 Stunden) gemäß § 40 Abs. 1 lit c Epidemiegesetz 1950 (BGBl. Nr. 186/1950 in der Fassung BGBl. I Nr. 136/2020) verhängt.

Ferner haben Sie gemäß § 64 Verwaltungsstrafgesetz 1991 einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von 117 Euro zu zahlen.“

II. Die beschwerdeführende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 234 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

1. Wesentlicher Verfahrensgang:

1.1. Die Bezirkshauptmannschaft Gmunden (in der Folge: belangte Behörde) warf dem Beschwerdeführer mit dem angefochtenen Straferkenntnis vom 14.12.2021 u. a. nachstehende Verwaltungsübertretungen vor:

„[...]

1.	Datum/Zeit:	13.08.2021, 22:00 Uhr
	Ort:	4822 Bad Goisern am Hallstättersee, R[redacted]-Weg [redacted], Gastgarten "W[redacted]"
	Sie haben als Inhaber der Betriebsstätte „W[redacted]B[redacted] in 4822 Bad Goisern, R[redacted]-Weg [redacted], welche eine Betriebsstätte der Betriebsart des Gastgewerbes darstellt, nicht dafür Sorge getragen, dass Kunden die Betriebsstätte nur betreten dürfen, wenn diese einen Nachweis einer geringen epidemiologischen Gefahr gem. § 1 Abs. 2 leg. cit. vorweisen, obwohl das Betreten von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes gemäß 2. COVID-19-Öffnungsverordnung, 2. COVID-19-ÖV, BGBl. II Nr. 278/2021 idF BGBl. II Nr. 328/2021, nur unter der Voraussetzung zulässig ist, wenn der Betreiber sicherstellt, dass Kunden die Betriebsstätte nur betreten, wenn diese einen Nachweis einer geringen epidemiologischen Gefahr gem. § 1 Abs. 2 leg. cit. vorweisen. Es wurde festgestellt, dass zumindest eine der im Gastgarten konsumierenden Personen über keinen Nachweis einer geringen epidemiologischen Gefahr (3G-Nachweis) verfügte.	

2.	Datum/Zeit:	13.08.2021, 22:00 Uhr
	Ort:	4822 Bad Goisern am Hallstättersee, R[redacted]-Weg [redacted], Gastgarten "W[redacted]"
	Sie haben als Inhaber der Betriebsstätte „W[redacted]“ in 4822 Bad Goisern, R[redacted]-Weg [redacted] welche eine Betriebsstätte der Betriebsart des Gastgewerbes darstellt, nicht dafür Sorge getragen, dass von allen Personen, die sich länger als 15 Minuten im Gastgarten des „W[redacted]“ aufgehalten haben, der Vor- und Nachnahme, die Telefonnummer und wenn vorhanden die Emailadresse erhoben wurden, obwohl gemäß § 17 Abs. 1 2. COVID-19-Öffnungsverordnung, 2. COVID-19-ÖV, BGBl. II Nr. 278/2021 idF BGBl. II Nr. 328/2021, der Betreiber einer Gastronomiebetriebsstätte nach § 5 leg. cit. verplichtet ist, von Personen, die sich voraussichtlich länger als 15 Minuten am betreffenden Ort aufhalten, zum Zweck der Kontaktpersonennachverfolgung den Vor- und Nachnamen und die Telefonnummer und wenn vorhanden die E-Mail-Adresse zu erheben. Im Falle von Besuchergruppen, die ausschließlich aus im gemeinsamen Haushalt lebenden Personen bestehen, ist die Bekanntgabe der Daten von nur einer dieser Besuchergruppe angehörigen volljährigen Person ausreichend. Es wurde festgestellt, dass von zumindest 69 Lokalgästen, welche Speisen und Getränke im Gastgarten konsumierten, keine Kontaktdaten (Vor- und Nachname, Telefonnummer und wenn vorhanden Emailadresse) erhoben wurden.	

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1.	§ 8 Abs. 4, § 1, § 3 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 COVID-19-MG i.V.m. § 5 Abs. 1 2. COVID-19-ÖV, BGBl. II Nr. 278/2021 idF BGBl. II Nr. 328/2021
2.	§ 17 Abs. 2 2. COVID-19-Öffnungsverordnung, 2. COVID-19-ÖV, BGBl. II Nr. 278/2021 idF BGBl. II Nr. 328/2021 iVm §§ 5c, 40 Abs. 1 lit. c Epidemiegesetz 1950 BGBl. Nr. 186/1950 idF BGBl. I Nr. 105/2021

[...]"
Über den Beschwerdeführer wurden wegen dieser Verwaltungsübertretungen folgende Geldstrafen verhängt:
Spruchpunkt 1.: 720 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 5 Tage 14 Stunden) gemäß § 8 Abs. 4 COVID-19-Maßnahmengesetz (COVID-19-MG)
Spruchpunkt 2.: 450 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 8 Tage 9 Stunden) gemäß § 40 Abs. 1 lit. c Epidemiegesetz (EpiG)
Darüber hinaus trug die belangte Behörde dem Beschwerdeführer die Zahlung eines Beitrages zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von 117 Euro auf.
Hingegen stellt die belangte Behörde mit dem angefochtenen Straferkenntnis die Verwaltungsstrafverfahren hinsichtlich der weiters dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Übertretungen des COVID-19-Maßnahmengesetzes (COVID-19-MG) iVm der 2. COVID-19-Öffnungsverordnung (2. COVID-19-ÖV), er habe für seine Gastronomiebetriebsstätte kein COVID-19-Präventionskonzept ausgearbeitet (Spruchpunkt 3.) und keinen COVID-19-Beauftragten bestellt (Spruchpunkt 4.) gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) ein.
1.2. In der gegen das Straferkenntnis erhobenen Beschwerde („Einspruch") vom 30.12.2021 wandte der Beschwerdeführer (zusammengefasst) neben einer mangelhaften Begründung des Straferkenntnisses ein, dass § 8 COVID-19-MG nur das Betreten unter Strafe stelle und die angewandten Rechtsnormen verfassungswidrig seien. Weiters sei die verhängte Strafe weder tat- noch schuldangemessen. Der Beschwerde legte er eine Erklärung bei, wonach er seine Gäste nicht mehr kontrollieren werde, da dies gegen Grundrechte und den Datenschutz verstoßen würde.

2. Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens stellt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich folgenden entscheidungswesentlichen Sachverhalt fest:
2.1. Der Beschwerdeführer betreibt als Inhaber den Gastgewerbebetrieb „W[redacted]-B[redacted]" (Adresse: R[redacted]-Weg [redacted], 4822 Bad Goisern am Hallstättersee).
2.2. Am 13.8.2021 fand im Rahmen einer bezirksweiten Schwerpunktaktion gegen 22.00 Uhr auch eine polizeiliche Kontrolle der Gastgewerbebetriebsstätte des Beschwerdeführers hinsichtlich der Einhaltung der normierten Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 durch die belangte Behörde statt. Dabei konnte zumindest ein konsumierender Gast keinen Nachweis über eine geringe epidemiologische Gefahr im Sinne der 2. COVID-19-ÖV vorlegen. Von den mindestens 80 konsumierenden Gästen im Gastgarten erhob der Beschwerdeführer zu maximal 30 Gästen die Kontaktdaten.
2.3. Der Beschwerdeführer weist seit 2019 11 rechtskräftige verwaltungs-strafrechtliche Vormerkungen wegen Übertretungen des Allgemeinen

Sozialversicherungsgesetzes, der Gewerbeordnung 1994, des Oö. Veranstaltungssicherheitsgesetzes, des Führerscheingesetzes, des Meldegesetzes und der Straßenverkehrsordnung 1960 auf.

3. Beweiswürdigung:

3.1. Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt der belangten Behörde, insbesondere in die polizeiliche Anzeige vom 15.8.2021 und die niederschriftlichen Einvernahmen des Beschwerdeführers vom 31.8.2021, sowie durch Einsichtnahme in das Gewerbeinformationssystem Austria (GISA) und die Website des Gastgewerbebetriebs des Beschwerdeführers.

3.2. Zu den Feststellungen im Einzelnen:

3.2.1. Die Feststellungen zum Gewerbebetrieb des Beschwerdeführers (Punkt 2.1.) gründen auf die Einsichtnahme in das GISA und die Website, wonach der Beschwerdeführer seit Februar 2021 Inhaber des Gastgewerbes am Standort des von ihm gepachteten Gastgewerbebetriebs „W[redacted]-B[redacted]" ist. Die Inhaberschaft an diesem Gastgewerbebetrieb wurde vom Beschwerdeführer auch nicht bestritten (vgl. dazu auch *Gruber/Paliege-Barfuß*, GewO[7] § 80 Anm 12 [Stand 1.3.2015, rdb.at], wonach Inhaber einer Betriebsanlage auch der Pächter sein kann).

3.2.2. Die Feststellungen zur polizeilichen Kontrolle basieren auf der Anzeige vom 15.8.2021. Es wurde vom Beschwerdeführer im Rahmen seiner Einvernahme vor der belangten Behörde und in der Beschwerde auch nicht bestritten, dass ein Gast keinen Nachweis über eine geringe epidemiologische Gefahr im Sinne der 2. COVID-19-ÖV vorlegen konnte. Die Gäste seien gefragt worden, ob sie einen 3G-Nachweis hätten, kontrollieren dürfe er den Nachweis nicht, da dies gegen Grundrechte und den Datenschutz verstoßen würde. Ebenso räumte der Beschwerdeführer ein, dass es möglich sei, wenn viel los ist, dass nicht alle Gäste registriert worden seien. Da auf den (vom Beschwerdeführer nachträglich übermittelten) Formularen „Gästeregistrierung-Kontaktdatenerhebung" im Verfahrensakt auch zum Teil mehrere (haushaltsangehörige) Personen auf einem Formular aufscheinen, war die Anzahl jener Gäste, deren Kontaktdaten erhoben wurden, mit maximal 30 Gästen festzustellen.

3.2.3. Die Feststellungen zu den verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen des Beschwerdeführers (Punkt 2.3.) gründen auf dem unbedenklichen Registerauszug im Verfahrensakt der belangten Behörde.

3.3. Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 3 Z 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) entfallen, da der Beschwerdeführer seine Beschwerde im Ergebnis auf die Geltendmachung von verfassungsrechtlichen Fragen beschränkte und keine Partei die Durchführung einer Verhandlung beantragte. Im Übrigen stand der festgestellte Sachverhalt – soweit rechtlich entscheidungswesentlich – aufgrund der eingesehenen Urkunden und der Rechtfertigung des Beschwerdeführers fest.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beurteilt den festgestellten Sachverhalt rechtlich wie folgt:

4.1. Gemäß § 50 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) in der Sache selbst zu entscheiden. Gemäß Art. 130 Abs. 3 B-VG liegt - außer in Verwaltungsstrafsachen und in den zur Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Bundes für Finanzen gehörenden Rechtssachen - Rechtswidrigkeit nicht vor, soweit das Gesetz der Verwaltungsbehörde Ermessen einräumt und sie dieses im Sinne des Gesetzes geübt hat. Die danach bestehenden Einschränkungen für die verwaltungsgerichtliche Überprüfung behördlicher Ermessensentscheidungen gelten demnach nicht in Verwaltungsstrafsachen. Vielmehr ist das Verwaltungsgericht nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hier nicht bei der Ermessenskontrolle beschränkt, sondern hat - in Verwaltungsstrafsachen - auch das im Gesetz vorgesehene Ermessen zu üben (vgl. VwGH 6.3.2020, Ro 2019/02/0007).

4.2. Die maßgeblichen Bestimmungen lauteten im Tatzeitpunkt auszugsweise:

4.2.1. COVID-19-MG (BGBl. I Nr. 12/2020; §§ 1 und 3: in der Fassung BGBl. I Nr. 104/2020; § 8: in der Fassung BGBl. I Nr. 90/2021):

„[...]

Anwendungsbereich und allgemeine Bestimmungen

§ 1. [...]

(2) Als Betreten im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt auch das Verweilen.

[...]

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,

[...]

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. [...]

[...]

Strafbestimmungen

§ 8

[...]

(4) Wer als Inhaber einer Betriebsstätte [...] nicht dafür Sorge trägt, dass die Betriebsstätte [...] nicht entgegen den in einer Verordnung gemäß §§ 3 bis 4a 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.

[...]“

4.2.2. 4. COVID-19-ÖV (BGBl. II Nr. 278/2021; §§ 1 und 5: in der Fassung BGBl. II Nr. 321/2021):

„Präambel/Promulgationsklausel

Auf Grund der §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1, 4a Abs. 1 und 5 Abs. 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes, BGBl. I Nr. 12/2020, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 105/2021, sowie des § 5c des Epidemiegesetzes 1950, BGBl. Nr. 186/1950, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 105/2021, wird verordnet:

[...]

Allgemeine Bestimmungen

§ 1. [...]

(2) Als Nachweis über eine geringe epidemiologische Gefahr im Sinne dieser Verordnung gilt:

1. ein Nachweis

a) über ein negatives Ergebnis eines SARS-CoV-2-Antigentests zur Eigenanwendung, der in einem behördlichen Datenverarbeitungssystem erfasst wird und dessen Abnahme nicht mehr als 24 Stunden zurückliegen darf,

b) einer befugten Stelle über ein negatives Ergebnis eines Antigentests auf SARS-CoV-2, dessen Abnahme nicht mehr als 48 Stunden zurückliegen darf,

c) einer befugten Stelle über ein negatives Ergebnis eines molekularbiologischen Tests auf SARS-CoV-2, dessen Abnahme nicht mehr als 72 Stunden zurückliegen darf,

2. ein Nachweis über eine mit einem zentral zugelassenen Impfstoff gegen COVID-19 erfolgte

a) Erstimpfung ab dem 22. Tag nach der Erstimpfung, wobei diese nicht länger als 90 Tage zurückliegen darf, oder

b) Zweitimpfung, wobei diese nicht länger als 270 Tage zurückliegen darf, oder

c) Impfung ab dem 22. Tag nach der Impfung bei Impfstoffen, bei denen nur eine Impfung vorgesehen ist, wobei diese nicht länger als 270 Tage zurückliegen darf, oder

d) Impfung, sofern mindestens 21 Tage vor der Impfung ein positiver molekularbiologischer Test auf SARS-CoV-2 bzw. vor der Impfung ein Nachweis über neutralisierende Antikörper vorlag, wobei die Impfung nicht länger als 270 Tage zurückliegen darf,

3. ein Genesungsnachweis über eine in den letzten 180 Tagen überstandene Infektion mit SARS-CoV-2 oder eine ärztliche Bestätigung über eine in den letzten 180 Tagen überstandene Infektion mit SARS-CoV-2, die molekularbiologisch bestätigt wurde,

4. ein Nachweis über neutralisierende Antikörper, der nicht älter als 90 Tage ist,

5. ein Absonderungsbescheid, wenn dieser für eine in den letzten 180 Tagen vor der vorgesehenen Testung nachweislich mit SARS-CoV-2 infizierte Person ausgestellt wurde.

[...]

Gastgewerbe

§ 5. (1) Der Betreiber von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe darf Kunden zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes nur einlassen, wenn diese einen Nachweis gemäß § 1 Abs. 2 vorweisen. Der Kunde hat den Nachweis für die Dauer des Aufenthalts bereitzuhalten.

[...]

Erhebung von Kontaktdaten

§ 17. (1) Der Betreiber einer Betriebsstätte gemäß den §§ 5 und 6, einer nicht öffentlichen Sportstätte gemäß § 7, einer nicht öffentlichen Freizeiteinrichtung gemäß § 8 und der für eine Zusammenkunft, eine Fach- und Publikumsmesse oder einen Gelegenheitsmarkt Verantwortliche gemäß den §§ 12 bis 16 ist verpflichtet, von Personen, die sich voraussichtlich länger als 15 Minuten am betreffenden Ort aufhalten, zum Zweck der Kontaktpersonennachverfolgung den

1. Vor- und Familiennamen und
2. die Telefonnummer und wenn vorhanden die E-Mail-Adresse

zu erheben. Im Falle von Besuchergruppen, die ausschließlich aus im gemeinsamen Haushalt lebenden Personen bestehen, ist die Bekanntgabe der Daten von nur einer dieser Besuchergruppe angehörigen volljährigen Person ausreichend.

(2) Der nach Abs. 1 Verpflichtete hat die zuvor genannten Daten mit Datum und Uhrzeit des Betretens der jeweiligen Betriebsstätte oder des bestimmten Ortes zu versehen.

[...]

Betreten

§ 18. Als Betreten im Sinne dieser Verordnung gilt auch das Verweilen (§ 1 Abs. 2 COVID-19-MG).

[...]"

4.2.3. EpiG (BGBl. Nr. 186/1950; § 5c: in der Fassung BGBl. I Nr. 105/2021; § 40: in der Fassung BGBl. I Nr. 136/2020):

„[...]

Erhebung von Kontaktdaten

§ 5c. (1) Zum Zweck der Ermittlung von Kontaktpersonen bei Umgebungsuntersuchungen kann, soweit und solange dies aufgrund der COVID-19-Pandemie unbedingt erforderlich und verhältnismäßig ist, längstens jedoch bis 31. Dezember 2021, durch Verordnung bestimmt werden, dass

1. Betreiber von Gastronomiebetrieben,

[...]

verpflichtet sind, die in Abs. 3 festgelegten personenbezogenen Daten von Personen, die sich länger als 15 Minuten am betreffenden Ort aufgehalten haben, zu erheben und der Bezirksverwaltungsbehörde auf Verlangen zu übermitteln. Betroffene Personen sind zur Bekanntgabe dieser personenbezogenen Daten verpflichtet.

[...]

(3) Verordnungen gemäß Abs. 1 können die Erhebung folgender Daten vorsehen:

1. Name,
2. Kontaktdaten, insbesondere, soweit vorhanden, Telefonnummer und E-Mail-Adresse,
3. Datum, Ort und Uhrzeit von Beginn und Ende des Aufenthalts und
4. soweit geboten, nähere Angaben zum konkreten Aufenhaltsort im Betrieb, in der Einrichtung oder am Veranstaltungsort.

[...]

Sonstige Übertretungen.

§ 40. (1) Wer durch Handlungen oder Unterlassungen

[...]

c) den Geboten oder Verboten, die in den auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnungen enthalten sind, zuwiderhandelt [...]

[...]

macht sich, sofern die Tat nicht mit gerichtlicher Strafe bedroht ist, einer Verwaltungsübertretung schuldig und ist mit Geldstrafe bis zu 1 450 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe bis zu vier Wochen zu bestrafen.
[...]"

4.3. Zur Verwirklichung des Tatbildes:

4.3.1. Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses:

Wie festgestellt, konnte ein konsumierender Gast des Gastgewerbebetriebs des Beschwerdeführers anlässlich der behördlichen Kontrolle keinen Nachweis über eine geringe epidemiologische Gefahr im Sinne des § 1 Abs. 2 2. COVID-19-ÖV vorlegen. Der Beschwerdeführer durfte nach der Bestimmung des § 5 Abs. 1 2. COVID-19-ÖV, welche aufgrund des § 3 Abs. 1 Z 1 COVID-19-MG erlassen wurde, im Tatzeitpunkt jedoch nur Kunden (zum Zwecke des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes) in seine Gastgewerbebetriebsstätte einlassen, wenn diese einen derartigen Nachweis vorweisen. Wenn sich der Beschwerdeführer vor der belangten Behörde rechtfertigte, die Gäste seien wegen eines 3G-Nachweises gefragt worden, so kam der Beschwerdeführer damit seiner gesetzlichen Verpflichtung nicht nach, hätte er sich doch den Nachweis von den Gästen auch vorweisen lassen müssen. Er hat damit nicht in ausreichendem Ausmaß dafür Sorge getragen, dass Gäste die Gastgewerbebetriebsstätte „W[redacted]-B[redacted]" – entgegen den Voraussetzungen und Auflagen der 2. COVID-19-ÖV – nicht ohne einen derartigen Nachweis betreten, wobei zum Vorbringen des Beschwerdeführers ergänzend darauf hinzuweisen ist, dass auch das Verweilen im Gastgewerbebetrieb als betreten derselben gilt (vgl. § 18 2. COVID-19-ÖV und § 1 Abs. 2 COVID-19-MG). Die belangte Behörde hat dem Beschwerdeführer damit zu Recht die Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 8 Abs. 4 iVm § 3 Abs. 1 Z 1 COVID-19-MG iVm § 5 Abs. 1 2. COVID-19-ÖV vorgeworfen.

4.3.2. Soweit der Beschwerdeführer vor der belangten Behörde argumentierte, er dürfe den Nachweis nicht kontrollieren, da dies „gegen Grundrechte und den Datenschutz" verstoße, übersieht der Beschwerdeführer, dass bloße subjektive Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit einer Verordnung einen Normunterworfenen nach dem Gebot der Rechtssicherheit nicht ermächtigen, die Verordnung nicht zu beachten. Vielmehr ist eine – wie hier - kundgemachte Verordnung für den Normunterworfenen nach Maßgabe ihres Inhaltes so lange rechtswirksam, bis sie vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben wird (vgl. VwGH 9.9.2016, Ra 2016/02/0118). Das in den Art. 89, 139, 139a, 140 und 140a B-VG grundgelegte System der Verfassungsgerichtsbarkeit beruht auf dem Grundgedanken, dass eine einzige Instanz, eben der Verfassungsgerichtshof, über die Rechtmäßigkeit auf Grund der österreichischen Verfassung erzeugter genereller, allgemein verbindlicher Normen zu entscheiden hat, sei es über die Gesetzwidrigkeit von Verordnungen (und diesen gleichzuhaltenden Rechtsnormen), sei es über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen (und wieder auch diesen gleichzuhaltenden Normen). Damit wird ein – die österreichische Verfassungsordnung geradezu prägendes – Element der Rechtssicherheit

etabliert: Für niemanden soll die Verbindlichkeit solcher genereller Normen in Frage stehen, solange deren Rechtswidrigkeit nicht in einem förmlichen Verfahren durch den Verfassungsgerichtshof festgestellt wird; das Ergebnis dieser Prüfung wird in gleicher Weise wie die als rechtswidrig befundene generelle Norm kundgemacht (vgl. VfGH 28.6.2017, V 4/2017).

4.3.3. Spruchpunkt 2. des angefochtenen Straferkenntnisses:

Wie festgestellt, erhob der Beschwerdeführer als Inhaber seines Gastgewerbebetriebes nicht von allen seinen Gästen im Gastgarten deren Kontaktdaten zum Zweck der Kontaktpersonennachverfolgung, obwohl er als notorische Tatsache davon ausgehen musste, dass ein Gastgartenbesuch seiner Gäste voraussichtlich länger als 15 Minuten andauert. Die belangte Behörde hat dem Beschwerdeführer damit auch zu Recht die Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 17 2. COVID-19-ÖV iVm § 5c EpiG vorgeworfen, wobei die übertretene Norm aus Anlass des Erkenntnisses auf den ersten Absatz des § 17 leg. cit. zu korrigieren war.

4.4. Zur subjektiven Tatseite ist darauf hinzuweisen, dass gemäß § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist dabei 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. In concreto enthielten weder die 2. COVID-19-ÖV noch das COVID-19-MG oder das EpiG im Tatzeitpunkt eine Bestimmung über das Verschulden und gehörte zum Tatbestand der sorgfaltswidrigen Kontrolle des Nachweises (über eine geringe epidemiologische Gefahr) bzw. des Unterlassens der Erhebung von Kontaktdaten auch weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr; es handelt sich somit um so genannte Ungehorsamsdelikte. Eine Fahrlässigkeit des Beschwerdeführers wäre somit (nur) dann nicht anzunehmen, wenn er dem Landesverwaltungsgericht glaubhaft gemacht hätte, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Umstände, weshalb dem Beschwerdeführer die Übertretungen der Tatbilder nicht auch subjektiv vorgeworfen werden können, wurden aber weder vom Beschwerdeführer dargetan noch sind solche für das Landesverwaltungsgericht ersichtlich. So sind etwa auch keine Indizien ersichtlich, weshalb es gerade dem Beschwerdeführer nicht möglich und zumutbar gewesen sein sollte, den Nachweis (über eine geringe epidemiologische Gefahr) aller Gäste beim Einlassen in seinen Gastgewerbebetrieb zu kontrollieren und deren Kontaktdaten zu erheben. Der Beschwerdeführer hat die ihm vorgeworfene Verletzung der Sorgfaltspflicht hinsichtlich der Nachweiskontrolle bzw. der Pflicht zur Kontaktdatenerhebung daher auch subjektiv zu verantworten.

4.5. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den vom Gesetzgeber in der Bestimmung des

§ 19 VStG festgelegten Kriterien vorzunehmen ist (vgl. VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013). Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat, ist hingegen seit der VStG-Novelle BGBl. I Nr. 33/2013 kein Strafbemessungskriterium mehr (*Weilguni* in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG[2] § 19 Rz 5 [Stand 1.5.2017, rdb.at]).

Sowohl der Einhaltung der Sorgfaltsverpflichtung zur Kontrolle des Nachweises der Gäste (über eine geringe epidemiologische Gefahr) als auch der Verpflichtung, die Kontaktdaten der Gäste zu erheben, kam im Tatzeitpunkt eine wichtige Bedeutung zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 in Gastgewerbebetrieben in der epidemiologischen Situation und damit zum Schutz der Gesundheit der Menschen sowie der Gesundheitsinfrastruktur zu. Dieses bedeutende Rechtsgut wurde vom Beschwerdeführer durch sein inkriminiertes Verhalten nicht unwesentlich beeinträchtigt. Es liegt ein zumindest fahrlässiges Verhalten des Beschwerdeführers vor.

Von der belangten Behörde wurde in Anbetracht der verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen zu Recht kein Milderungsgrund, aber auch kein Erschwerungsgrund, in die Strafbemessung miteinbezogen. Weiters ging die belangte Behörde (mangels gegenteiliger Angaben des Beschwerdeführers) von einem durchschnittlichen Einkommen und keinen Sorgepflichten aus.

4.5.1. Zu Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses:

Wer – wie der Beschwerdeführer – als Inhaber einer Gastgewerbebetriebsstätte entgegen den in § 5 Abs. 1 2. COVID-19-ÖV iVm §§ 3 Abs. 1 Z 1 und 8 Abs. 4 COVID-19-MG festgelegten Voraussetzungen bzw. an ihn gerichteten Auflagen nicht dafür Sorge trägt, dass Gäste nur nach Vorweisen eines Nachweises (über eine geringe epidemiologische Gefahr) den Gastgewerbebetrieb betreten und dort verweilen, war im Tatzeitpunkt gemäß § 8 Abs. 4 COVID-19-MG mit einer Geldstrafe von bis zu 3.600 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu vier Wochen zu bestrafen.

Insgesamt erscheint dem Landesverwaltungsgericht in Abwägung der oben im Einzelnen angeführten Kriterien der Strafzumessung, unter Berücksichtigung der Größe des Gastgartens (mindestens 80 Gäste) und des Umstandes, dass der Beschwerdeführer seine Gäste generell einließ, ohne dass sie ihm einen Nachweis (über eine geringe epidemiologische Gefahr) vorweisen mussten, die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe in der Höhe von 720 Euro

(Ersatzfreiheitsstrafe: 5 Tage 14 Stunden), die sich im unteren Bereich des Strafrahmens bewegt, als tat- und schuldangemessen. Gerade da im Tatzeitpunkt keine generelle Maskenpflicht in Gastronomiebetrieben in Oberösterreich bestand, kam der Verpflichtung des Beschwerdeführers, nur Gäste einzulassen, von denen nachgewiesenermaßen nur eine geringe epidemiologische Gefahr ausging, eine besondere Bedeutung zum Schutz seiner Gäste vor einer Infektion mit SARS-CoV-2 zu.

4.5.2. Zu Spruchpunkt 2. des angefochtenen Straferkenntnisses:

Wer – wie der Beschwerdeführer – als Betreiber einer Gastgewerbebetriebsstätte entgegen § 17 Abs. 1 2. COVID-19-ÖV iVm § 5c EpiG keine Kontaktdaten (Vor- und Familiennamen, Telefonnummer, vorhandene E-Mail-Adresse) seiner Gäste, die sich voraussichtlich länger als 15 Minuten im Gastgewerbebetrieb aufhalten, zum Zweck der Kontaktpersonennachverfolgung erhob, war im Tatzeitpunkt gemäß § 40 Abs. 1 lit. c EpiG mit einer Geldstrafe von bis zu 1.450 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu vier Wochen zu bestrafen.

Insgesamt erscheint dem Landesverwaltungsgericht in Abwägung der oben im Einzelnen angeführten Kriterien der Strafzumessung, unter Berücksichtigung der Größe des Gastgartens (mindestens 80 Gäste), der geringen Anzahl der Kontaktdatenerhebungen (maximal 30 Gäste) und des Umstandes, dass dem Beschwerdeführer bewusst war, dass er die Kontaktdaten nicht von allen seinen Gästen erhob, die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe in der Höhe von 450 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 8 Tage 9 Stunden), die sich im unteren Bereich des Strafrahmens bewegt, als ebenfalls tat- und schuldangemessen. Zu Recht verwies die belangte Behörde im angefochtenen Straferkenntnis auf die Bedeutung der Kontaktdatenerhebung für die behördliche Kontaktpersonen-nachverfolgung, um eine Verbreitung von COVID-19 zu verhindern.

4.5.3. Mit den verhängten Strafen soll der Beschwerdeführer in Zukunft zu einer pflichtgemäßen Beachtung der normierten Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 in seinem Gastronomiebetrieb veranlasst werden. Auch generalpräventive Gründe sprechen in Anbetracht der vorherrschenden Pandemie für eine Verhängung dieser Strafen in dieser Höhe.

4.6. Aus Anlass der Entscheidung waren – bei gleichzeitiger Konkretisierung der Tatvorwürfe - die Fundstellen der durch die Taten verletzen Bestimmungen der 2. COVID-19-ÖV im Hinblick auf den Tatzeitpunkt (13.8.2021) zu berichtigen und hinsichtlich des COVID-19-MG zu ergänzen. Auch die Fundstellen der Strafsanktionsnormen des COVID-19-MG (Spruchpunkt 1.) bzw. des EpiG (Spruchpunkt 2.) war im Hinblick auf den Tatzeitpunkt zu berichtigen.

5. Das Landesverwaltungsgericht hat gemäß Art. 135 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 89 Abs. 2 B-VG von Amts wegen einen Antrag auf Aufhebung einer Verordnung beim Verfassungsgerichtshof zu stellen, wenn es gegen die Anwendung eines Gesetzes aus dem Grund der Verfassungswidrigkeit oder einer Verordnung aus dem Grund der Gesetzmäßigkeit Bedenken hat. Es ist jedoch nicht

zuständig, über die Rechtmäßigkeit eines Gesetzes oder einer Verordnung zu befinden. Diese Zuständigkeit kommt ausschließlich dem Verfassungsgerichtshof nach den Art. 139 und 140 B-VG zu. Das Landesverwaltungsgericht ist daher weder verpflichtet noch besteht darauf ein Rechtsanspruch des Beschwerdeführers, die Entscheidungsgrundlagen für den Verfassungsgerichtshof für eine solche Normprüfung sachverhaltsmäßig aufzubereiten (vgl. VwGH 27.6.2017, Ra 2017/05/0098). Für das Landesverwaltungsgericht stellten sich keine relevanten verfassungsrechtlichen Bedenken: Sowohl das COVID-19-MG als auch das EpiG und die 2. COVID-19-ÖV, welche auf diesen beiden Gesetzen basiert, wurden im Bundesgesetzblatt kundgemacht. Hinsichtlich der §§ 5 und 17 2. COVID-19-ÖV als auch der §§ 3 und 8 COVID-19-MG ist es bisher gerade zu keiner Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof gekommen. Gleiches gilt für die §§ 5c und 40 EpiG (vgl. dazu auch VfGH 3.3.2022, V 231/2021, zur Nachweispflicht in der Nachtgastronomie; vgl. auch VfGH 10.3.2021, V 573/2020, wonach der Verordnungsgeber in Ansehung des Standes und der Ausbreitung von COVID-19 sowie der in Geltung stehenden übrigen Maßnahmen (zB Maskenpflicht, Abstandsregelungen) notwendig prognosehaft zu beurteilen hat, inwieweit die in Aussicht genommene Erhebung von Kontaktdaten iSd § 5c EpiG zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 geeignet, erforderlich und insgesamt angemessen ist).

Zu Punkt II.:

Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens gründet sich auf § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG, wonach der vom Bestraften zu leistende Beitrag 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 720 Euro bzw. 450 Euro betragen die vom Beschwerdeführer - zusätzlich zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde - zu zahlenden Kosten des Beschwerdeverfahrens demnach gesamt 234 Euro (20 % von 720 Euro + 20 % von 450 Euro).

Zu Punkt III.:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da die zu lösenden Rechtsfragen anhand der eindeutigen Bestimmungen der Gesetze und der dazu ergangenen Verordnung 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. Steinschnack