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-701519/2/KH

Datum:
Linz, 16. März 2022

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Hörzing über die Beschwerde des P T, A x, x L, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 1. Dezember 2021, GZ: 0007991/2021, wegen Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoweit stattgegeben, als die verhängte Verwaltungsstrafe auf 120 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 55 Stunden) herabgesetzt wird.

II. Die beschwerdeführende Partei hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens verringert sich auf 12 Euro.

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:

1. Mit Straferkenntnis vom 1. Dezember 2021 verhängte der Bürgermeister der Landeshauptstadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) über P T (im Folgenden: Beschwerdeführer - Bf) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 200 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 92 Stunden), weil ihm vorgeworfen wurde, am 11. Jänner 2021 zwischen 16:30 und 16:50 Uhr in x L, B x, eine Betriebsstätte des Gastgewerbes, nämlich das Lokal „B“, welches nicht unter die Ausnahmetatbestände der § 7 Abs. 2 bis 4 2. COVID-19-NotMV falle, zum Zweck der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes betreten zu haben, ohne eine Abholung von Speisen oder Getränken durchzuführen. Der Bf habe sich im Lokal aufgehalten und ein Getränk konsumiert, obwohl gemäß § 7 Abs. 1 der genannten Verordnung das Betreten von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes untersagt sei. Ein Ausnahmetatbestand im Sinne des § 7 Abs. 7 der genannten Verordnung sei somit nicht vorgelegen.

2. In seiner binnen offener Frist erhobenen Beschwerde brachte der Bf zusammengefasst vor, dass er keine Dienstleistungen in Anspruch genommen und seines Wissens nach auch keine Getränke konsumiert habe. Als Konsumation verstehe er den Begriff des Handelsrechts, der für die Inanspruchnahme von Dienstleistungen stehe und eine Bezahlung vorsehe, welche er nicht getätigt habe. Er habe etwas in dem Lokal getrunken, wofür er eine Spende, die der Wirtin helfen sollte, hinterlassen habe. Er stimme zu, die unter Punkt II. genannte Verwaltungsvorschrift übergangen zu haben, stelle sich aber die Frage, ob diese Verwaltungsvorschriften auch nur in irgendeiner Art und Weise etwas geholfen oder bewirkt haben, außer das Gegenteil dessen, wozu sie erlassen worden seien. Im Nachhinein sei keine einzige Person, die als Gast an diesem Abend anwesend war, erkrankt oder positiv getestet worden, was abermals die Frage nach der Verhältnismäßigkeit dieser Verordnungen aufwerfe.
Die weiteren Ausführungen in der Beschwerde beziehen sich auf die Frage der Verhältnismäßigkeit des Epidemiegesetzes bzw. ist der Beschwerde eine Arbeit der Universität Stanford zum Thema Wirkung von Lockdowns als Beitrag zum Infektionsschutz beigelegt. Abschließend merkt der Bf an, dass er durch den zweiten Lockdown im Herbst 2021 arbeitslos geworden sei und sich in Moment in Kurzarbeit befinde. Er plädiere in diesem Sinne für einen Straferlass.

3. Die belangte Behörde legte die Beschwerde mit dem Bezug habenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

II. Aus Sicht des Verwaltungsgerichts steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

1. Der Bf hielt sich am 11. Jänner 2021 zwischen 16:30 und 16:50 Uhr in x L, B x, im Lokal „B“ auf und konsumierte dort ein Getränk.

2. Bei dem gegenständlichen Lokal handelt es sich um keinen Gastgewerbebetrieb, der in § 8 Abs. 2 Z. 1 bis 4 COVID-19-Maßnahmengesetz aufgezählt ist.

III. Beweiswürdigung:

1. Das Verwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den mit der Beschwerde vorgelegten Verwaltungsakt. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist nicht beantragt worden bzw. hat der Bf in der Beschwerde zugegeben, die unter Punkt II. des angefochtenen Straferkenntnisses genannte Verwaltungsvorschrift übergangen zu haben. Sein Vorbringen zur Konsumation bezog sich auf die Auslegung einer Rechtsfrage.

2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich schlüssig und widerspruchsfrei aus dem vorgelegten Verwaltungsakt.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes festzuhalten:

<u>1. Rechtsgrundlagen:</u>

Die maßgeblichen Bestimmungen des COVID-19-Maßnahmengesetzes sowie der 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung (2. COVID-19-NotMV) lauten wie folgt:

§ 3 COVID-19-Maßnahmengesetz:

„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."

§ 8 Abs. 1 Z. 1 COVID-19-Maßnahmengesetz:

„Strafbestimmungen

§ 8. (1) Wer

1. eine Betriebsstätte oder einen Arbeitsort betritt oder befährt oder ein Verkehrsmittel benutzt, deren/dessen Betreten, Befahren oder Benutzen gemäß § 3 untersagt ist, […]

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 1 450 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu vier Wochen, zu bestrafen."

§ 7 2. COVID-19-NotMV:

„§ 7. (1) Das Betreten und Befahren von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes ist untersagt.

(2) Abs. 1 gilt nicht für Gastgewerbebetriebe, die innerhalb folgender Einrichtungen betrieben werden:

1. Krankenanstalten und Kuranstalten,
2. Alten-, Pflege- und Behindertenheimen,
3. Einrichtungen zur Betreuung und Unterbringung von Kindern und Jugendlichen einschließlich Schulen und Kindergärten,
4. Betrieben,

wenn diese ausschließlich durch die dort betreuten, untergebrachten oder nicht zum bloßen Besuch aufhältigen Personen oder durch Betriebsangehörige genutzt werden.

(3) Abs. 1 gilt nicht für Beherbergungsbetriebe, wenn in der Betriebsstätte Speisen und Getränke ausschließlich an Beherbergungsgäste verabreicht bzw. ausgeschenkt werden. Die Verabreichung und Konsumation hat tunlichst in der Wohneinheit zu erfolgen.

(4) Abs. 1 gilt nicht für öffentliche Verkehrsmittel, wenn dort Speisen und Getränke ausschließlich an Benutzer des öffentlichen Verkehrsmittels verabreicht bzw. ausgeschenkt werden.

(5) Hinsichtlich der Ausnahmen gemäß Abs. 2 bis 4 gilt:

1. Gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ist ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten und – ausgenommen während des Verweilens am Verabreichungsplatz – eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen.
2. Der Betreiber hat sicherzustellen, dass die Konsumation von Speisen und Getränken nicht in unmittelbarer Nähe der Ausgabestelle erfolgt.
3. Speisen und Getränke dürfen in der Betriebsstätte nur im Sitzen an Verabreichungsplätzen konsumiert werden. Der Betreiber hat die Verabreichungsplätze so einzurichten, dass zwischen den Personengruppen ein Abstand von mindestens einem

Meter besteht. Dies gilt nicht, wenn durch geeignete Schutzmaßnahmen zur räumlichen Trennung das Infektionsrisiko minimiert werden kann.
4. Der Betreiber und seine Mitarbeiter haben bei Kundenkontakt eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen, sofern zwischen den Personen keine sonstige geeignete Schutzvorrichtung zur räumlichen Trennung vorhanden ist, die das gleiche Schutzniveau gewährleistet.
5. Selbstbedienung ist zulässig, sofern durch besondere hygienische Vorkehrungen das Infektionsrisiko minimiert werden kann.

(6) Hinsichtlich der Ausnahmen gemäß Abs. 2 bis 4 darf der Betreiber das Betreten und das Befahren der Betriebsstätte nur im Zeitraum zwischen 06.00 und 19.00 Uhr zulassen. In Betrieben ist das Betreten durch Betriebsangehörige im Schichtbetrieb durchgehend zulässig. Restriktivere Sperrstunden und Aufsperrstunden aufgrund anderer Rechtsvorschriften bleiben unberührt.

(7) Abweichend von Abs. 1 ist die Abholung von Speisen und alkoholfreien sowie in handelsüblich verschlossenen Gefäßen abgefüllten alkoholischen Getränken zwischen 06.00 und 19.00 Uhr zulässig. Die Speisen und Getränke dürfen nicht im Umkreis von 50 Metern um die Betriebsstätte konsumiert werden. Bei der Abholung ist gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten sowie eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung zu tragen.

(8) Abs. 1 gilt nicht für Lieferservices.“

2. Rechtliche Beurteilung:

2.1. Zur Verwirklichung des objektiven Tatbestandes ist festzuhalten, dass der Bf in der Beschwerde angegeben hat, dass er die in Spruchpunkt II genannte Verwaltungsvorschrift überschritten habe, was als Geständnis zu werten ist.

Der Bf hat zusätzlich vorgebracht, dass er das Getränk im gegenständlichen Lokal nicht im Sinn des Handelsrechts konsumiert habe, da er es nicht bezahlt, sondern eine Spende für die Wirtin hinterlassen habe. Gemäß § 7 Abs. 1 2. COVID-19-NotMV war zur Tatzeit das Betreten von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes untersagt. Der Bf hat im genannten Lokal ein ihm im Rahmen des Lokalbetriebs zur Verfügung gestelltes Getränk konsumiert und dafür dort Geld hinterlassen, er hat die gegenständliche Betriebsstätte somit zum Zweck des Erwerbs von Waren betreten, wobei es unerheblich ist, ob er den dafür bezahlten Betrag als Spende bezeichnet, da er im Ergebnis eine Gegenleistung für das ihm in der Gaststätte zur Verfügung gestellte Getränk erbracht hat. Somit ist davon auszugehen, dass der objektive Tatbestand der dem Bf vorgeworfenen Verwaltungsstraftat erfüllt ist.

Zu den vom Bf vorgebrachten Bedenken hinsichtlich der im Rahmen der Corona-Pandemie ergriffenen Maßnahmen, insbesondere des Lockdowns, ist festzuhalten, dass dem Gesetzgeber zur Tatzeit zum Zweck der Eindämmung des Infektionsgeschehens ein weiter gesetzlicher Gestaltungsspielraum zustand und im vorliegenden Fall – auch mangels rechtlicher Beanstandung durch den Verfassungsgerichtshof – nicht erkennbar ist, dass dieser Spielraum im Hinblick auf die gegenständlich anzuwendenden Rechtsvorschriften betreffend das Betreten von Betriebsstätten des Gastgewerbes überschritten worden wäre.

2.2. Zur subjektiven Tatseite ist auszuführen, dass gemäß § 5 Abs. 1 VStG 1991, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten ausreicht. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Gebot 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. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch das Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht.

Der Bf hat keine Vorbringen erstattet, welche das Vorliegen von zumindest fahrlässigem Verhalten ausschließen könnten. Er hat im Gegenteil in der Beschwerde ausgeführt, dass er die genannten Verwaltungsvorschriften überschritten habe und keine Vorbringen dahingehend erstattet, dass dies nicht schuldhaft erfolgt wäre, weshalb hinsichtlich der subjektiven Tatseite zumindest von Fahrlässigkeit auszugehen ist.

2.3. Zur Strafbemessung ist festzuhalten, dass im Verwaltungsstrafverfahren die Strafbemessung im Rahmen der gesetzlich vorgegebenen Strafdrohungen erfolgt, wobei innerhalb dieses gesetzlichen Strafrahmens die Strafbehörden eine Ermessensentscheidung zu treffen haben. Die Ermessensausübung der Strafbehörden wird durch § 19 VStG determiniert (VwGH 12.12.2001, 2001/03/0027). Die Behörde ist verpflichtet, die Strafbemessung in nachvollziehbarer Weise zu begründen, d.h. die bei der Ermessensausübung maßgebenden Umstände und Erwägungen insoweit darzulegen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und die Nachprüfbarkeit durch den Verwaltungsgerichtshof erforderlich ist (VwGH 17.10.2008, 2005/12/0102).

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.

Die Behörde ging hinsichtlich der Einkommens-, Familien- und Vermögensverhältnisse des Bf aufgrund dessen Angaben im Behördenverfahren, dass er derzeit nur auf 20 Wochenstunden im Gastgewerbe angemeldet sei und sich in Kurzarbeit befinde, vom einem geringen monatlichen Nettoeinkommen aus. Die Unbescholtenheit des Bf wurde mildernd berücksichtigt, Erschwerungsgründe lagen keine vor.

Auch im Beschwerdeverfahren kamen keine Erschwerungsgründe hervor. In der Beschwerde brachte der Bf hinsichtlich seiner Einkommensverhältnisse zusätzlich vor, dass er durch den zweiten Lockdown im Herbst 2021 arbeitslos geworden sei. Weiters wird mit einbezogen, dass der Bf zugestanden hat, die genannten Verwaltungsvorschriften überschritten zu haben. Unter Berücksichtigung dieser Umstände wird die verhängte Verwaltungsstrafe auf 120 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 55 Stunden) herabgesetzt.

2.4. Der Ausspruch über den Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens ist in § 52 Abs. 8 und 9 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) begründet.

Somit war spruchgemäß zu entscheiden.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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 des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage 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. Hörzing