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-701657/6/KH

Datum:
Linz, 19. April 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Hörzing über die Beschwerde des L D, vertreten durch RA Dr. M B, W x, x W, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 26. Jänner 2022, GZ: BHSE/921150017202/21, wegen Übertretungen des Epidemiegesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 7. April 2022

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoweit stattgegeben, als die mit jeweils 540 Euro festgesetzten Verwaltungsstrafen auf je 400 Euro (Ersatzfreiheitstrafe: je 74 Stunden) sowie die mit 218 Euro festgesetzte Verwaltungsstrafe auf 150 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 70 Stunden) herabgesetzt werden. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Die beschwerdeführende Partei hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens verringert sich auf 95 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 21. Jänner 2022, GZ: BHSE/921150017202/21, verhängte die Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land (im Folgenden: belangte Behörde) über L D (im Folgenden: Beschwerdeführer – Bf) drei Verwaltungsstrafen in Höhe von zwei Mal je 540 Euro und einmal 218 Euro, da ihm Folgendes vorgeworfen wurde:

„1. Datum/Zeit: 13.08.2021, 22:30 Uhr - 13.08.2021, 23:10Uhr
Ort: x M N, S x

Sie haben als Betreiber bzw. Inhaber der Betriebsstätte des Unternehmens Gasthaus D in x M N, S x, welche eine Betriebsstätte des Gastgewerbes darstellt, nicht dafür Serge getragen, dass ein COVID-19-Beauftragter bestellt und ein COVID-19-Präventionskonzept ausgearbeitet und umgesetzt wird, obwohl gemäß § 5 Abs. 2 der 2. COVID-19-ÖV, BGBL II Nr. 278/2021 i.d.F. BGBl. II Nr. 321/2021 der Betreiber einen COVID-19-Beauftragtenzu bestellen und ein COVID-19-Präventionskonzept auszuarbeiten und umzusetzen hat.
Es wurde festgestellt, dass im Zuge der Kontrolle am 13. August 2021 kein COVID-19-Präventionskonzept vorgewiesen werden konnte und daher auch kein COVID-19-Beauftragter bestellt worden war.

2. Datum/Zeit: 13.08.2021, 22:30 Uhr - 13.08.2021, 23:10Uhr
Ort: x M N, S x

Sie haben als Betreiber bzw. Inhaber der Betriebsstätte des Unternehmens Gasthaus D in x M N, S x, welche eine Betriebsstätte des Gastgewerbes darstellt, nicht dafür Sorge getragen, dass Kunden zum Zweck des Erwerbs von Waren und der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes nur eingelassen werden, wenn diese einen Nachweis über eine geringe epidemiologische Gefahr im Sinne des § 1 Abs. 2 der 2. COVID-19-ÖV, BGBl. II Nr. 278/2021 i.d.F. BGBl. II Nr. 321/2021 vorweisen, obwohl gemäß § 5 Abs. 1 der 2. COVID-19-ÖV, BGBl. II Nr. 278/2021 i.d.F. BGBl. II Nr. 321/2021 der Betreiber von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe Kunden zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes nur einlassen darf, wenn diese einen

Nachweis gemäß § 1 Abs. 2 vorweisen.

Es wurde festgestellt, dass Ihrerseits keine entsprechenden Kontrollen hinsichtlich eines derartigen Nachweises durchgeführt wurden.

3. Datum/Zeit: 13.08.2021, 22:30 Uhr - 13.08.2021, 23:10Uhr
Ort: x M N, S x

Sie haben als Betreiber bzw. Inhaber der Betriebsstätte des Unternehmens Gasthaus D in x M N, S x, welche eine Betriebsstätte des Gastgewerbes darstellt, zum Zweck der Kontaktpersonennachverfolgung nicht den Vor- und Familiennamen und die Telefonnummer und wenn vorhanden die E-Mail-Adresse von Personen, die sich voraussichtlich länger als 15 Minuten am betreffenden Ort aufhalten, erhoben, obwohl gemäß § 17 Abs. 1 der 2. COVID-19-ÖV, BGBl. II Nr. 278/2021 der Betreiber einer Betriebsstätte gemäß § 5 verpflichtet ist, von Personen, die sich voraussichtlich länger als 15 Minuten am betreffenden Ort aufhalten, zum Zweck der Kontaktpersonennachverfolgung den Vor- und Familiennamen und die Telefonnummer und wenn vorhanden die E-Mail-Adresse zu erheben.

Es wurde festgestellt, dass im Reservierungsbuch des Gasthauses lediglich einzelne Namen eingetragen waren, dies jedoch einer Registrierung im Sinne der 2. COVID-19-ÖV nicht entspricht.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1. §§8 Abs. 4 i.V.m. § 1 Abs. 5 Z. 3 und ZMJ.V.m. § 3 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 COVID-19-MG i.V.m. § 5 Abs. 2 der 2. COVID-19-ÖV, BGBl. ITNr. 278/2021 i.d.F. BGBl. II Nr. 321/2021

2. §§ 8 Abs. 4 i.V.m. § 1 Abs. 5 Z. 5 und Abs. 5c i.V.m. § 3 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 COVID-19-MG LV.m. § 5 Abs. 1 der 2. COVID-19-ÖV, BGBl. II Nr. 278/2021 i.d.F. BGBl. II Nr. 321/2021

3. §§ 40 Abs. 1 lit. c i.V.m. § 5c Abs. 1 Z. 1 und Abs. 3 EpiG 1950 i.V.m. § 17 Abs. 1 und 2 der 2. COVID-19-ÖV, BGBl. II Nr. 278/2021

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

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Freiheitsstrafe von Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
1. € 540,00	5 Tage(n) 9 Stunde(n) 30 Minute(n)	§ 8 Abs. 4 COVID-19-MG, BGBl. I Nr. 12/2020 i.d.F. BGBl. I Nr. 90/2021
2. € 540,00	5 Tage(n) 9 Stunde(n) 30 Minute(n)	§ 8 Abs. 4 COVID-19-MG, BGBl I Nr. 12/2020 i.d.F. BGBl. I Nr. 90/2021
3. € 218,00	2 Tage(n) 4 Stunde(n) 16 Minute(n)	§ 40 Abs. 1 lit. c Epidemie-gesetz 1950 BGBl. Nr. 186/1950 i.d.F. BGBl. I. Nr. 136/2020“

2. In seiner binnen offener Frist erhobenen Beschwerde brachte der Bf vor, dass die angewendete Verordnung gesetz- und verfassungswidrig sei. Es sei nicht festgestellt worden, welche Gäste ohne Nachweis über eine geringe epidemiologische Gefahr iSd § 1 Abs. 2 2. COVID-19-Öffnungsverordnung

eingelassen worden seien bzw. in Bezug auf welche Gäste der Bf seine Verpflichtung zur Datenerhebung verletzte habe. Es sei laut festgestelltem Sachverhalt eine oberflächliche Kontrolle des Reservierungsbuches vorgenommen worden, was bestätige, dass das Reservierungsbuch iS einer Registrierungspflicht nicht überprüft worden sei. Das Registrierungsbuch am Tresen sei von den Organen der Behörde nicht einmal eingesehen, geschweige denn geprüft worden.

Der Bf habe angegeben, dass er der COVID-19-Beauftragte sei, was nicht widerlegt wurde, und sei dennoch bestraft worden.

Weiters sei der Bf von einer Hinterlegung der Aufforderung der Rechtfertigung nicht verständigt worden, weshalb sein Recht auf rechtliches Gehör verletzt sei.
Die Verwendung von Aussagen des Bf oder seiner Gattin sei nichtig, da der Bf zuvor nicht über sein Recht auf Verweigerung der Aussage belehrt worden sei.
Es könne auch nicht geprüft werden, welche Organe der belangten Behörde die Kontrolle durchgeführt hätten.
Aus dem festgestellten Sachverhalt ergebe sich nicht, dass Gäste einen 3G-Nachweis nicht erfüllt hätten, dass Gäste sich nicht registriert hätten, dass kein COVID-19-Beauftragter bestellt worden wäre, dass kein COVID-19-Präventionskonzept erstellt worden wäre.
Weiters seien die verhängten Strafen überhöht und wäre eine Ermahnung ausreichend gewesen.

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

4. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens vor dem Verwaltungsgericht wurde am 7. April 2022 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu welcher eine Vertreterin der belangten Behörde und als Zeuge jener Vertreter der Behörde, der die verfahrensgegenständliche Kontrolle durchführt hat, erschienen sind. Der Bf und sein Rechtsvertreter sind unentschuldigt nicht zur Verhandlung erschienen.

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

Am 13. August 2021 um 22:30 Uhr wurde von Ing. T N als Organ der belangten Behörde gemeinsam mit Polizeibeamten im Gasthaus D, S x, x M N, eine Kontrolle hinsichtlich der Einhaltung von Rechtsvorschriften in Bezug auf COVID-19 durchgeführt.

Zu Beginn der Kontrolle erfolgte eine ca. 5-minütige Vorbesprechung vor dem Gasthaus, wobei einige Personen davor standen, rauchten und etwas tranken und sich im Gastraum zwischen 7 und 10 Personen befanden, die ebenfalls Speisen bzw. Getränke konsumierten. Die Kontrolle dauert etwas mehr als 10 Minuten. Danach erfolgte am Parkplatz vor dem Gasthaus eine ca. 10-minütige Nachbesprechung. Während der gesamten Zeit verließen keine Gäste das Gasthaus.

Ing. N ersuchte im Rahmen der Kontrolle den Bf um Vorlage des COVID-19-Präventionskonzepts und um Bekanntgabe des COVID-19-Beauftragten. Der Bf antwortete, dass es kein COVID-19-Präventionskonzept gegeben hat und auch kein COVID-19-Beauftragter bestellt wurde. Hinsichtlich der Bestellung eines COVID-19-Beauftragten änderte der Bf nach Belehrung durch das Behördenorgan, dass dies jedoch in der genannten Verordnung vorgeschrieben sei, seine Angabe dahingehend, dass dann eben er selbst der COVID-19-Beauftragte sei.

Weiters hat der Bf auf Frage nach der Kontrolle der 3G-Nachweise gegenüber dem Behördenorgan ausgeführt, dass er diese nicht kontrolliere, er kenne die Gäste ohnedies. Die bei der Kontrolle ebenso anwesende Gattin des Bf gab dazu an, dass für Kontrollen keine Zeit sei, da man arbeiten und seinen Lebensunterhalt verdiene müsse.

Auf die Frage nach der Durchführung der Gästeregistrierung zwecks Kontaktpersonennachverfolgung antwortete der Bf Ing. N, dass er keine Gästeregistrierung durchführe. Danach zeigte er ihm aber das Reservierungsbuch, welches er Registrierungsbuch nannte, und schlug auf Ersuchen von Ing. N einen Tag auf. Darin waren, wie bei einer Reservierung im Gasthaus üblich, lediglich Namen und Uhrzeiten der Tischreservierungen eingetragen. Der Bf gab dazu an, dass er die Telefonnummern der Personen nicht brauche, da er sie ohnedies kenne.

Der Bf ist Betreiber des Gasthauses D.

III. Beweiswürdigung:

1. Es wurde Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den mit der Beschwerde vorgelegten Behördenakt sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 7. April 2022.

2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich eindeutig und schlüssig aus dem Behördenakt sowie aus den Ermittlungsergebnissen der mündlichen Verhandlung, insbesondere den Aussagen des als Zeugen vernommenen Ing. N, der die verfahrensgegenständliche Kontrolle im Gasthaus D durchgeführt hat.

3. Zum Vorbringen des Bf, er sei selbst COVID-19-Beauftragter, ist festzuhalten, dass aufgrund des Gesprächsablaufs davon auszugehen ist, dass es sich dabei um eine Schutzbehauptung handelt, da der Bf auf Befragen des Kontrollorgans dazu zuerst ausführte, dass kein COVID-19-Beauftragter bestellt sei und erst nach Hinweis auf die rechtliche Notwendigkeit der Bestellung eines solchen in der Folge angab, dass dann eben er selbst der COVID-19-Beauftragte sei.

4. Zum Vorbringen des Bf, es seien keine Gäste konkret benannt worden, die ohne 3G-Nachweis eingelassen worden seien, ist festzuhalten, dass der Bf selbst gegenüber dem Kontrollorgan ausgesagt hat, dass er die 3G-Nachweise nicht überprüfe und er seine Gäste ohnedies kenne.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

1. Rechtsgrundlagen:

Zu Spruchpunkt 1) des angefochtenen Straferkenntnisses:

Die einschlägigen Bestimmungen der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung der 2. COVID-19-Öffnungsverordnung, BGBl. II Nr. 278/2021 i.d.F BGBl. II Nr. 321/2021 lauteten:

„§ 1.(1)-(4) [...]
(5) Sofern in dieser Verordnung ein COVID-19-Präventionskonzept vorgeschrieben wird, ist ein dem Stand der Wissenschaft entsprechendes Konzept zur Minimierung des Infektionsrisikos mit SARS-CoV-2 auszuarbeiten und umzusetzen. Das COVID-19-Präventionskonzept hat insbesondere zu enthalten:

1. spezifische Hygienemaßnahmen,
2. Regelungen zum Verhalten bei Auftreten einer SARS-CoV-2-Infektion,
3. Regelungen betreffend die Nutzung sanitärer Einrichtungen,
4. gegebenenfalls Regelungen betreffend die Konsumation von Speisen und Getränken,
5. Regelungen zur Steuerung der Personenströme und Regulierung der Anzahl der Personen,
6. Regelungen betreffend Entzerrungsmaßnahmen, wie Absperrungen und Bodenmarkierungen,
7. Vorgaben zur Schulung der Mitarbeiter in Bezug auf Hygienemaßnahmen und die Aufsicht der Durchführung eines SARS-CoV-2-Antigentests zur Eigenanwendung.

(6) Als COVID-19-Beauftragte dürfen nur geeignete Personen bestellt werden. Voraussetzung für eine solche Eignung sind zumindest die Kenntnis des COVID-19-Präventionskonzepts sowie der örtlichen Gegebenheiten und der organisatorischen Abläufe. Der COVID-19-Beauftragte ist

Ansprechperson für die Behörden und hat die Umsetzung des COVID-19-Präventionskonzepts zu überwachen.“

„§5. (1)-(1a) [...]
(2) Der Betreiber hat einen COVID-19-Beauftragten zu bestellen und ein COVID-19-Präventionskonzept
auszuarbeiten und umzusetzen.
(3)-(4) [...]“

Die einschlägigen Bestimmungen der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung des COVID-19-Maßnahmengesetz, BGBl. I Nr. 12/2020 i.d.F BGBl. I Nr. 100/2021 lauteten:

„§1. (1) Dieses Bundesgesetz ermächtigt zur Regelung des Betretens und des Befahrens von Betriebsstätten, Arbeitsorten, Alten- und Pflegeheimen sowie stationären Wohneinrichtungen der Behindertenhilfe, bestimmten Orten und öffentlichen Orten in ihrer Gesamtheit, zur Regelung des Benutzens von Verkehrsmitteln, zur Regelung von Zusammenkünften sowie zu Ausgangsregelungen als gesundheitspolizeiliche Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19.
(2) Als Betreten im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt auch das Verweilen.
(3) - (4) [...]
(5) Als Auflagen nach diesem Bundesgesetz kommen insbesondere in Betracht: 1.-2. [...]
3. sonstige Schutzmaßnahmen wie organisatorische oder räumliche Maßnahmen,
4. Präventionskonzepte, das sind programmhafte Darstellungen von - dem jeweiligen Angebot angepassten - Regelungen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19,
5.-6. [...]
(5a) - (8)
[...]"

Die einschlägigen Bestimmungen der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung des C0V1D-19-Maßnahmengesetz, BGBl. I Nr. 12/2020 i.d.F BGBl. I Nr. 90/2021 lauteten:

„§ 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.-3. [...]
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. (1)-(3) [...]
(4) Wer als Inhaber einer Betriebsstätte oder eines Arbeitsortes, als Betreiber eines Verkehrsmittels, als Betreiber eines Alten- und Pflegeheimes oder einer stationären Wohneinrichtung der Behindertenhilfe oder als gemäß § 4 hinsichtlich bestimmter privater Orte, nicht von Abs. 2 erfasster Verpflichteter nicht dafür Sorge trägt, dass die Betriebsstätte, der Arbeitsort, das Verkehrsmittel, das Alten- und Pflegeheim oder die stationäre Wohneinrichtung der Behindertenhilfe oder der bestimmte private Ort 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.
(5)-(6) [...]“

Sie wären demnach verpflichtet gewesen, als Betreiber des gegenständlichen Gasthauses einen COVID-19-Beauftragten zu bestellen und ein COVID-19-Präventionskonzept auszuarbeiten und umzusetzen. Da Sie im Zuge der Kontrolle kein entsprechendes Präventionskonzept vorlegen konnten, lag auch keine den Bestimmungen getreue Bestellung eines COVID-19-Beauftragtren vor, da laut § 1 Abs. 6 der 2. COVID-19-Öffnungsverordnung nur geeignete Personen als COVID-19-Beauftragte bestellt werden dürfen. Voraussetzung für eine solche Eignung ist laut dieser Bestimmung unter anderem zumindest die Kenntnis des COVID-19-Präventionskonzepts. Mangels Vorliegen eines COV1D-19-Präventionskonzepts kann somit auch keine geeignete Person als COVID-19-Beauftragter bestellt worden sein.

Zu Spruchpunkt 2) des angefochtenen Straferkenntnisses:

Die einschlägigen Bestimmungen der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung der 2. COVID-19-Öffnungsverordnung, BGBl. II Nr. 278/2021 i.d.F BGBl. II Nr. 321/2021 lauteten:

„§ 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.
(1a)-(3) [...]
(4) Die Pflicht zum Vorweisen eines Nachweises gemäß Abs. 1 gilt nicht für:
1. die Abholung von Speisen und Getränken. Kunden haben in geschlossenen Räumen eine Maske zu tragen;
2. Imbiss- und Gastronomiestände. Kunden haben in geschlossenen Räumen eine Maske zu tragen;
3. Betriebsarten der Gastgewerbe, die innerhalb folgender Einrichtungen betrieben werden:

a) Krankenanstalten und Kuranstalten für Patienten;
b) Alten- und Pflegeheime sowie stationäre Wohneinrichtungen der Behindertenhilfe für Bewohner;

c) Einrichtungen zur Betreuung und Unterbringung von Kindern und Jugendlichen einschließlich Schulen und elementaren Bildungseinrichtungen;
d) Betrieben, wenn diese ausschließlich durch Betriebsangehörige oder dort beruflich tätige Personen genützt werden dürfen;
e) Massenbeförderungsmittel."

„§ 1-(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 vorder 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.
Kann ein Nachweis nicht vorgelegt werden, ist ausnahmsweise ein SARS-CoV-2-Antigentest zur Eigenanwendung unter Aufsicht des Betreibers einer Betriebsstätte gemäß den §§ 4 bis 6, einer nicht öffentlichen Sportstätte gemäß § 7, einer Freizeiteinrichtung gemäß § 8, eines Alten- und Pflegeheims oder einer stationären Wohneinrichtung der Behindertenhilfe (§ 10), einer Krankenanstalt, Kuranstalt oder eines sonstigen Ortes, an dem eine Gesundheitsdienstleistung erbracht wird (§11) oder des für eine Zusammenkunft Verantwortlichen (§§ 12 bis 16) durchzuführen. Das negative Testergebnis ist für die Dauer des Aufenthalts bereitzuhalten.
(3)-(6) [...]"

Die einschlägigen Bestimmungen der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung des COVID-19-Maßnahmengesetz, BGBl. I Nr. 12/2020 i.d.F BGBl. I Nr. 100/2021 lauteten:

„§1. (1) Dieses Bundesgesetz ermächtigt zur Regelung des Betretens und des Befahrens von Betriebsstätten, Arbeitsorten, Alten- und Pflegeheimen sowie stationären Wohneinrichtungen der Behindertenhilfe, bestimmten Orten und öffentlichen Orten in ihrer Gesamtheit, zur Regelung des Benutzens von Verkehrsmitteln, zur Regelung von Zusammenkünften sowie zu Ausgangsregelungen als gesundheitspolizeiliche Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19.
(2) Als Betreten im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt auch das Verweilen.
(3)-(4) [...]
(5) Als Auflagen nach diesem Bundesgesetz kommen insbesondere
in Betracht: 1.-4. [...]
5. im Zusammenhang mit dem Betreten und Befahren von Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen (§ 3 Abs. 1 Z 1), dem Benutzen von Verkehrsmitteln (§ 3 Abs. 1 Z 3) und dem Betreten und Befahren von bestimmten Orten (§ 4 Abs. 1 Z 1), mit Ausnahme von Betriebsstätten, Verkehrsmitteln oder bestimmten Orten, die zur Deckung notwendiger
Grundbedürfnisse des täglichen Lebens betreten und befahren bzw. benutzt werden, im Zusammenhang mit dem Betreten von Alten- und Pflegeheimen und stationären Wohneinrichtungen der Behindertenhilfe (§ 4a Abs. 1) sowie im Zusammenhang mit der Teilnahme an Zusammenkünften (§ 5): die Durchführung eines Tests auf eine Infektion mit SARS-CoV-2 mit negativem Testergebnis und das Mitführen eines entsprechenden Nachweises, und 6. [...]
(5a)-(5b) [...]
(5c) Personen, für die aufgrund
1.einer Schutzimpfung gegen COVID-19 oder
2.einer überstandenen Infektion mit SARS-CoV-2,
anzunehmen ist, dass von ihnen keine unverhältnismäßig größere epidemiologische Gefahr ausgeht als von Personen, die mit negativem Testergebnis auf eine Infektion mit SARS-CoV-2 getestet wurden, sind Personen, die einer auf Grundlage von § 1 Abs. 5 Z 5 oder 6 vorgeschriebenen Auflage entsprechend getestet wurden, grundsätzlich gleichgestellt. Ausnahmen von dieser grundsätzlichen Gleichstellung sind nur insoweit zulässig, als dies aus epidemiologischen Gründen unbedingt erforderlich ist. Diesbezügliche Anordnungen sind in der Verordnung zu treffen, in der die Auflage gemäß Abs. 5 Z 5 oder 6 vorgeschrieben ist.
(5d)-(8) [...]"

Die einschlägigen Bestimmungen der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung des COVID-19-Maßnahmengesetz, BGBl. I Nr. 12/2020 i.d.F BGBl. I Nr. 90/2021 lauteten:

„§ 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. -3. [...]

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. (1)-(3) [...]
(4)Wer als Inhaber einer Betriebsstätte oder eines Arbeitsortes, als Betreiber eines Verkehrsmittels, als Betreibereines Alten- und Pflegeheimes oder einer stationären Wohneinrichtung der Behindertenhilfe oder als gemäß § 4 hinsichtlich bestimmter privater Orte, nicht von Abs. 2 erfasster Verpflichteter nicht dafür Sorge trägt, dass die Betriebsstätte, der Arbeitsort, das Verkehrsmittel, das Alten- und Pflegeheim oder die stationäre Wohneinrichtung der Behindertenhilfe oder der bestimmte private Ort 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.
(5)-(6) [...]"

Zu Spruchpunkt 3) des angefochtenen Straferkenntnisses:

Die einschlägigen Bestimmungen der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung der 2. COVID-IG-Öffnungsverordnung, BGBl. II Nr. 278/2021 i.d.F BGBl. II Nr. 321/2021 lauteten:

„§ 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.
(3)-(7) [...]
(8) Abs. 1 gilt nicht für
1.Betriebsstätten und bestimmte Orte, an denen es zu einem Aufenthalt überwiegend im Freien kommt mit Ausnahme von Betriebsstätten gemäß § 5 und von Zusammenkünften gemäß § 12 Abs. 1 und 2;
2.Zusammenkünfte gemäß § 12 Abs. 5 Z 3 und Z 5;
3.Zusammenkünfte im privaten Wohnbereich;

4.Gelegenheitsmärkte, an denen lediglich Waren, Speisen oder Getränke zum Verkauf angeboten werden."

Die einschlägigen Bestimmungen der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung des Epidemiegesetzes 1950 - EpiG, BGBl. Nr. 186/1950 i.d.F BGBl. I Nr. 105/2021 lauteten:

„§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,
2.-8. [...]
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.
(2) [...]
(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.

(4) [...]"

Die einschlägigen Bestimmungen der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung des Epidemiegesetzes 1950 - EpiG, BGBl. Nr. 186/1950 i.d.F BGBl. I Nr. 136/2021 lauteten:

„§ 40. (1) Wer durch Handlungen oder
Unterlassungen a)-b) [...]
c) den Geboten oder Verboten, die in den auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnungen enthalten sind, zuwiderhandelt oder
d) [.,.]
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.
(2) [...]“

2. Rechtliche Beurteilung:

2.1. Zum Vorbringen, dass im vorliegenden Fall das Günstigkeitsprinzip anzuwenden sei, da die 2. COVID-19-Öffnungsverordnung mit 4. März 2022 außer Kraft getreten sei, ist vorweg darauf hinzuweisen, dass keine der anzuwendenden Bestimmungen vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben wurden, sondern dass

das Außerkrafttreten der genannten Verordnung darin selbst normiert war. Das Inkraft- bzw. Außerkrafttreten von Rechtsvorschriften, welche seit Beginn der Corona-Pandemie im Hinblick auf notwendige Vorkehrungen erlassen wurden, folgt generell aus der Änderung der der Erlassung der betreffenden Norm zugrunde liegenden Sachlage, was vor allem durch die Dynamik des epidemiolgischen Geschehens, u.a. aber auch durch neue wissenschaftliche Erkenntnisse bedingt ist. Dies gilt auch für das vorliegende Außerkrafttreten der präjudiziellen Bestimmungen der verfahrensgegenständlichen Verordnung, welche nicht auf einem geänderten Unwerturteil beruht, sondern eine Anpassung der geltenden Rechtsvorschriften auf die geänderte Sachlage darstellt, weshalb eine Anwendung des Günstigkeitsprinzips im vorliegenden Fall ausgeschlossen ist. Darüber hinaus ist der Vollständigkeit halber betreffend die Verpflichtung zur Bestellung eines COVID-19-Beauftragten bzw. zur Ausarbeitung eines COVID-19-Präventionskonzepts festzuhalten, dass sich diesbezüglich nach wie vor detaillierte Vorschriften im Rechtsbestand befinden.

2.2. Zu der in der Beschwerde vorgebrachten Gesetzes- und Verfassungswidrigkeit der angewendeten Verordnung ist festzuhalten, dass das Verwaltungsgericht die diesbezüglichen Bedenken des Bf nicht teilt. Es kann auch keine Verletzung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte, insbesondere des Rechts auf ein faires Verfahren des Bf erblickt werden.

2.3. Zum objektiven und subjektiven Tatbestand gemäß Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses:
Beim Gasthaus D handelt es sich um eine Betriebsstätte des Gastgewerbes iSd § 5 2. COVID-19-Öffnungsverordnung. Der Bf hat als Betreiber des Gasthauses D bei der Kontrolle am 13. August 2021 kein COVID-19-Präventionskonzept vorgewiesen, da ein solches nicht ausgearbeitet bzw. in der Folge umgesetzt wurde. Weiters war für das Gasthaus D kein COVID-19-Beauftragter bestellt. Somit waren die objektiven Tatbestände der dem Bf in Spruchpunkt 1. vorgeworfenen Verwaltungsstraftat erfüllt.

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 Tatsachen-vorbringen 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, weshalb hinsichtlich der subjektiven Tatseite zumindest von Fahrlässigkeit auszugehen ist.

2.4. Zum objektiven und subjektiven Tatbestand gemäß Spruchpunkt 2. des angefochtenen Straferkenntnisses:
Der Bf hat selbst angegeben, dass er 3G-Nachweise der Gäste im Gasthaus D nicht überprüft. Somit ist von einem Verstoß in objektiver sowie subjektiver Hinsicht gegen die in Spruchpunkt 2 des angefochtenen Straferkenntnisses genannten Bestimmungen auszugehen.

Zum Argument, dass der Bf die 3G-Nachweise nicht kontrolliert, da er seine Gäste ohnedies kennt, ist der Vollständigkeit halber anzumerken, dass einerseits auch Gäste das Gasthaus besuchen, die der Bf nicht persönlich kennt und ihm andererseits auch für den Fall, dass er seine Gäste kennt, deren 3G-Status nicht bekannt sein wird.

2.5. Zum objektiven und subjektiven Tatbestand gemäß Spruchpunkt 3. des angefochtenen Straferkenntnisses:
Betreffend die in § 17 2. COVID-19-Öffnungsverordnung vorgeschriebene Gästeregistrierung zum Zweck der Kontaktpersonennachverfolgung hat der Bf bei der Kontrolle zuerst selbst angegeben, dass er diese nicht durchführt. In der Folge legte der Bf dem Kontrollorgan das Reservierungsbuch, in welches Tischreservierungen eingetragen waren, vor und benannte dieses als Registrierungsbuch. Darin waren Namen und Uhrzeiten, jedoch keine Telefonnummern oder E-Mail-Adressen eingetragen. Somit wurde der dem Bf in Spruchpunkt 3. des angefochtenen Straferkenntnisses vorgeworfene Tatbestand ebenso in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt.
Zur Begründung des Bf, dass er keine Registrierung zwecks Kontaktpersonennachverfolgung durchführt, da er seine Gäste kennt, ist der Vollständigkeit wiederum auszuführen, dass auch Gäste das Lokal besuchen, die der Bf nicht kennt.

2.6. Zur Strafbemessung:
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 von einem monatlichen Nettoeinkommen des Bf in Höhe von 1.998 Euro aus.

Im Beschwerdeverfahren sind keine Milderungs- oder Erschwerungsgründe hervorgekommen.

Die belangte Behörde hielt in der Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses fest, dass die Unbescholtenheit des Bf mildernd sowie das nicht geringfügige Ausmaß des Verschuldens erschwerend gewertet wurde. Dazu ist auszuführen, dass die gegenständlich verhängten Verwaltungsstrafen für den Fall, dass die Unbescholtenheit des Bf mildernd gewertet wurde, als zu hoch bemessen anzusehen sind, weshalb die beiden mit jeweils 540 Euro festgesetzten Verwaltungsstrafen auf jeweils 400 Euro (Ersatzfreiheitstrafe: je 74 Stunden) und die mit 218 Euro bemessene Verwaltungsstrafe auf 150 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 70 Stunden) herabgesetzt werden.

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