BayObLG, Beschluss v. 09.08.2022 – 201 ObOWi 903/22

Titel:

Zu den Voraussetzungen der Außengastronomie nach § 27 12. BayIfSMV

Normenketten:

IfSG § 73 Abs. 1a Nr. 24, § 73 Abs. 2
12. BayIfSMV § 27
StGB § 16
OWiG § 11, § 17, § 79

Leitsätze:

1. Die Bewirtung von Gästen in einem vollständig überdachten und nach allen Seiten von Wänden oder Fenstern eingegrenzten Raum erfüllt auch dann nicht den Begriff der Außengastronomie i.S.v. § 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 der 12. BayIfSMV, wenn infolge geöffneter Türen und Fenster und eines nicht vollständig aufliegenden Daches Zugluft entstehen kann. (Rn. 5)
2. Bei einem Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale muss sich der Vorsatz auf die maßgeblichen tatsächlichen Umstände beziehen, die der vorzunehmenden Wertung zugrunde liegen und von denen das Vorliegen eines wertausfüllungsbedürftigen Merkmals abhängt. Darüber hinaus muss der Täter aber auch die unter das normative Tatbestandsmerkmal zu subsumierenden Sachverhaltselemente in ihrem für die Unrechtsbegründung wesentlichen Bedeutungsgehalt erfasst haben (Anschl. an BGH, Urt. v. 09.11.2016 - 5 StR 313/15 = BGHSt 61, 305 = wistra 2017, 153 = BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 55 = NZM 2017, 780 = BeckRS 2016, 20308). (Rn. 10)

Schlagworte:

Urteil, Rechtsbeschwerde, Sachrüge, Schuldspruch, Rechtsfolgenausspruch, Bußgeld, Bußgeldbemessung, Bußgeldrahmen, Gastronomie, Gastronomiebetrieb, Außengastronomie, Außenbereich, Innenbereich, Innenraum, Freifläche, Außenfläche, Zugluft, Irrtum, Tatbestandsirrtum, Verbotsirrtum, Tatbestandsmerkmal, normativ, Bedeutungsgehalt, Sinngehalt, Bedeutungskenntnis, Schuldform, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Pflichtwidrigkeit, Erkundigungspflicht, Rechtsrat, Subsumtion, Subsumtionsirrtum, Parallelwertung, Laiensphäre, Freibereich, Gaststätte, Terrasse, Überdachung, Geldbuße

Fundstellen:

GewA 2022, 517
LSK 2022, 22942

Tenor

I. Die Rechtsbeschwerde des Betroffenen gegen das Urteil des Amtsgerichts vom 07.04.2022 wird mit der Maßgabe als unbegründet verworfen, dass der Betroffene schuldig ist, fahrlässig entgegen § 13 der 12. BayIfSMV einen Gastronomiebetrieb geöffnet und betrieben zu haben, und deswegen zu einer Geldbuße von 2.000 Euro verurteilt wird.

II. Der Betroffene hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen. Die Gebühr für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird jedoch um 1/5 ermäßigt. Die dem Betroffenen im Rechtsbeschwerdeverfahren erwachsenen notwendigen Auslagen werden in Höhe eines Fünftels der Staatskasse auferlegt. Im Übrigen hat der Betroffene seine Auslagen selbst zu tragen.

Gründe

I.

1
Das Amtsgericht hat den Betroffenen mit Urteil vom 07.04.2022 schuldig gesprochen, vorsätzlich entgegen § 13 der 12. BayIfSMV einen Gastronomiebetrieb geöffnet und betrieben zu haben, und hat deshalb eine Geldbuße in Höhe von 2.500 Euro gegen ihn verhängt. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Betroffenen, mit welcher dieser die Verletzung materiellen Rechts rügt. Die Generalstaatsanwaltschaft hat in

ihrer Stellungnahme vom 30.06.2022 beantragt, die Rechtsbeschwerde des Betroffenen gegen das Urteil des Amtsgerichts vom 07.04.2022 als unbegründet zu verwerfen. Hierzu hat sich die Verteidigung mit Schriftsatz vom 02.08.2022 geäußert.

II.

2
Die Nachprüfung des Urteils aufgrund der nach § 79 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 OWiG statthaften und auch sonst zulässigen Rechtsbeschwerde hat mit Ausnahme der Schuldform und der Höhe der festgesetzten Geldbuße keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Betroffenen ergeben (§ 349 Abs. 2 StPO i.V.m. § 79 Abs. 3 Satz 1 OWiG).

3
1. Das Urteil hat - soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren relevant - im Wesentlichen folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

4
Der Betroffene ist Geschäftsführer eines Gastronomiebetriebs. Am 22.05.2021 im Zeitraum zwischen 13:00 und 15:30 Uhr öffnete der Betroffene einen Bereich des Lokals für die Bewirtung von Gästen auf der baurechtlich als „Freischankfläche Terrasse“ zugelassenen Fläche, welche jedoch an einer Seite von einer Mauer und an drei Seiten durch fest mit dem Boden verbundene Metallprofile, die mit Glasscheiben ausgefüllt sind, umgrenzt wird, wobei ein Zeltdach, welches teilweise auf den Metallprofilen der Seitenwände aufliegt, die gesamte Fläche von rund 100 m² überspannte. Eine der drei Glasfronten war vollständig geschlossen, bei zwei der Glasfronten waren die fünf Meter breiten Durchgänge vollständig geöffnet, sodass der umgrenzte Raum durch Dach und Seitenwände nicht vollständig gegen Regen und Zugluft geschützt war. Der Betroffene, der den äußeren Sachverhalt weitgehend eingeräumt hat, hat sich dahingehend eingelassen, dass er den Bereich für Außengastronomie gehalten habe und sich deshalb zur Öffnung berechtigt gesehen habe. Außengastronomie war nach Mitteilung des zuständigen Landratsamts zum Tatzeitpunkt zugelassen. Der Betroffene habe vorsätzlich gehandelt, da er sämtliche Tatbestandsmerkmale gekannt habe und hinsichtlich des Vorliegens von Außengastronomie lediglich einem Subsumtionsirrtum unterlegen sei.

5
2. Die rechtliche Einordnung des Tatrichters, dass der von dem Betroffenen unterhaltene Gastronomiebetrieb nicht der Außengastronomie zuzurechnen ist, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Hierzu hat die Generalstaatsanwaltschaft München in ihrer Stellungnahme Folgendes ausgeführt:

„Entgegen der Rechtsauffassung des Beschwerdeführers liegt keine Bewirtung im Außenbereich des Ausnahmetatbestands des § 27 Abs. 1 bzw. Abs. 2 der 12. BayIfSMV vor.

Zwar definiert die 12. BayIfSMV nicht den in § 27 verwendeten Begriff der ‚Außengastronomie‘, die insoweit zutreffende Beurteilung des Gerichts lässt sich jedoch aus der Rechtsprechung und den Gesetzesmaterialien zum Rauchverbot nach dem Bay. Gesundheitsschutzgesetz ableiten, zumal es sich um eine gleich gelagerte Gesundheitsgefährdung Dritter durch Aerosole und Partikel in der Luft handelt.

In seiner Entscheidung vom 12.08.2009 - 2 Ss OWi 795/09 formuliert das OLG Bamberg (Anm. d. Senats: vgl. OLG Bamberg, Beschluss vom 12.08.2009 - 2 Ss OWi 795/09 bei juris = OLGSt OWiG § 3 Nr 2 = BeckRS 2009, 26732) zum Begriff ‚Innenraum‘ i.S.d. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BayGSG: ‚Von einem Innenraum kann nach dem allgemeinen sprachlichen Verständnis sowie auch nach dem Willen des Gesetzgebers nur bei einem geschlossenen Raum ausgegangen werden, der nach allen Seiten von Wänden oder Fenstern eingegrenzt wird, ohne dass es aber auf das Material oder die Beschaffenheit der den Raum umgrenzenden Wände, Türen und Fenster ankommt. Der Innenbereich ist damit abzugrenzen vom Außen- und Freibereich. Dem Freibereich sollen danach nicht (vollständig) überdachte Innenhöfe, überdachte aber nicht geschlossene Sportstadien und insbesondere Frei- und Außenbereiche der Gastronomie, zum Beispiel in Wirts- und Biergärten, zugerechnet werden.‘ Auch der Bay. Verwaltungsgerichtshof geht in seiner Entscheidung vom 18.11.2011 (Anm. d. Senats: vgl. BayVGH, Beschluss vom 18.11.2011 - 22 CS 11.2007 bei juris = BeckRS 2011, 34392), von dieser Entscheidung aus und stützt sich dabei auf die Begründung im Gesetzgebungsverfahren. Unter der Rn. 13 führt der Senat in den Gründen aus: ‚Die Einzelbegründung zu Art. 3 Abs. 1 GSG a.F. [LT-Drs. 15/8603, S 9 f.] definiert Innenräume als geschlossene Räume, ‚die nach

allen Seiten von Wänden oder Fenstern eingegrenzt werden. Abgegrenzt wird der Begriff des Innenraums von dem des Außen- oder Freibereichs […] in den Freibereichen wie nicht (vollständig) überdachten Innenhöfen […] und insbesondere im Frei- und Außenbereich der Gastronomie, z.B. in Wirts- und Biergärten, ist das Rauchen weiterhin erlaubt […]. In der Außenluft können sich die Schadstoffe des Tabakrauchs besser verteilen, sodass die Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen erheblich vermindert sind.‘ Die Einzelbegründung zu Art. 6 Abs. 4 GSG a.F. (vgl. LT-Drs. 15/8603, S. 11) spricht insofern vom Rauchen unter freiem Himmel, bei welchem der Nichtraucher nicht zwangsläufig den Risiken des Passivrauchens ausgesetzt ist, da er sich dem Qualm leicht durch Weggehen entziehen kann. Die Gesetzesmaterialien unterscheiden erkennbar nur zwei Bereiche: Räume und Flächen in allseits umschlossenen und vollständig überdachten Gebäuden als Innenbereich einerseits sowie Frei- und Außenflächen im Außengelände andererseits. Einen dritten Bereich gibt es nach den den Gesetzesmaterialien zu Grunde liegenden Vorstellungen […] nicht.‘

Ausgehend von diesen Definitionen des Innenbereichs von Gaststätten und des Außenbereichs ist die vom Gericht getroffene Beurteilung des Betriebs einer Gaststätte im gegebenen Fall nicht zu beanstanden.[..]. Es handelt sich insoweit nicht um Außengastronomie, bei der begrifflich die Gäste ‚unter freiem Himmel‘ sitzen müssen.“

6
Der Senat schließt sich diesen zutreffenden Ausführungen nach eigener Überprüfung an. Der Betroffene hat damit entgegen § 13 Abs. 1 der 12. BayIfSMV einen Gastronomiebetrieb geöffnet und betrieben.

7
3. Der Schuldspruch erweist sich hingegen als rechtsfehlerhaft, soweit der Tatrichter von vorsätzlicher Tatbegehung ausgeht. Vielmehr befand sich der Betroffene ausweislich der Urteilsfeststellungen in einem Tatbestandsirrtum (§ 11 Abs. 1 Satz 1 OWiG), der die Ahndung wegen vorsätzlicher Tatbegehung ausschließt.

8
a) Zum Tatzeitpunkt waren aufgrund der Regelung in § 13 Abs. 1 der 12. BayIfSMV Gastronomiebetriebe vorbehaltlich der Ausnahmeregelungen in Abs. 2 und Abs. 3 untersagt. Nach § 27 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 der 12. BayIfSMV durfte die Kreisverwaltungsbehörde im Einvernehmen mit dem Staatsministerium für Gesundheit und Pflege die Außengastronomie unter den dort genannten Voraussetzungen zulassen, was hier für den gesamten Landkreis erfolgt war. Der Betroffene ging aufgrund der Feststellungen nicht widerlegbar davon aus, es habe sich bei dem zur Bewirtung genutzten Bereich um Außengastronomie gehandelt. Er irrte damit über den Begriff der Außengastronomie.

9
aa) Ob der Betroffene insoweit einem Tatbestands- oder Verbotsirrtum unterlag, hängt davon ab, worauf sich der Irrtum bezog. Insoweit ist die Rechtslage hinsichtlich der Trennung zwischen Innen- und Außengastronomie vergleichbar mit der baurechtlichen Abgrenzung von Innen- und Außenbereich. Hat der Betroffene den wesentlichen Bedeutungsgehalt des Tatbestandsmerkmals „Außenbereich“ nicht erkannt, kommt ein Tatbestandsirrtum in Betracht (vgl. BayObLG, Beschluss vom 29.06.1994 - 3 ObOWi 56/94 = BayVBl 1994, 760 = NuR 1995, 581 = BeckRS 1994, 31048816; Göhler/Seitz/Bauer OWiG 18. Aufl. § 11 Rn. 6-8; KK/Rengier OWiG 5. Aufl. § 11 Rn. 15-16). Entsprach seine Vorstellung nach der Parallelwertung in der Laiensphäre dem wesentlichen Sinngehalt der gegensätzlichen Rechtsbegriffe Innen- und Außenbereich, grenzte er diese jedoch lediglich unzutreffend ab, lag ein bloßer Subsumtionsirrtum vor (vgl. KK/Rengier a.a.O. § 11 Rn. 15). Erkannte der Betroffene, dass er im Außenbereich baute, hielt er das Vorhaben aber nicht für genehmigungspflichtig, kommt ein Verbotsirrtum in Betracht (vgl. BayObLG, Beschluss vom 26.02.1992 - 3 ObOWi 2/92 = BayObLGSt 1992, 11 = BayVBl 1992, 540 = NuR 1992, 393 = DÖV 1993, 78 = AgrarR 1993, 59 = ZfW 1993, 119).

10
Bei einem Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale - also solchen, die eine gewisse rechtliche Bewertung erfordern (vgl. KK-OWiG/Rengier a.a.O. § 11 Rn. 15; LK/Vogel/Bülte StGB 13. Aufl. 2020 § 16 Rn. 25, 26) - genügt es demnach nicht, zwischen Fehlvorstellungen über Tatsachen einerseits und über rechtliche Einordnungen andererseits zu differenzieren, sondern es ist zwischen Tatumstands- und Verbotsirrtum zu unterscheiden. Folglich muss sich auch bei normativen Tatbestandsmerkmalen der Vorsatz zunächst auf die maßgeblichen tatsächlichen Umstände beziehen, die der vorzunehmenden

Wertung zugrunde liegen und von denen das Vorliegen eines wertausfüllungsbedürftigen Merkmals abhängt (BeckOK OWiG/Valerius [35. Ed.- Stand: 01.07.2022] § 11 Rn. 18; KK-OWiG/Rengier a.a.O. § 11 Rn. 13). Darüber hinaus genügt die Kenntnis der die objektive Pflichtwidrigkeit des Handelns begründenden Umstände für die Begründung des Vorsatzes nicht. Der Täter muss zusätzlich die unter das normative Tatbestandsmerkmal zu subsumierenden Sachverhaltselemente in ihrem für die Unrechtsbegründung wesentlichen Bedeutungsgehalt erfasst haben (vgl. BGH, Urt. v. 09.11.2016 - 5 StR 313/15 = BGHSt 61, 305 = wistra 2017, 153 = BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 55 = NZM 2017, 780), also die für die Tatbestandsmerkmale maßgeblichen Tatumstände auch „geistig verstehen“ und „Bedeutungskenntnis“ haben (LK/Vogel/Bülte a.a.O. § 16 Rn. 26).

11
bb) Gemessen an diesen Maßstäben irrte der Betroffene über den wesentlichen Sinngehalt der gegensätzlichen Rechtsbegriffe Innen- und Außengastronomie. Er berief sich darauf, dass der bewirtete Bereich baurechtlich als „Freischankfläche Terrasse“ ausgewiesen sei, dass drei Glasfronten geöffnet gewesen seien und er deshalb den Bereich für Außengastronomie gehalten habe. Er hat damit den Begriff der Außengastronomie in seinem wesentlichen Bedeutungsgehalt nicht zutreffend erfasst, da er davon ausging, dass auch in einem vollständig umbauten Raum „Außengastronomie“ möglich ist, wenn dieser ausreichend belüftet ist. Dies begründet einen Tatbestandsirrtum.

12
b) Der Betroffene handelte jedoch fahrlässig, da er es versäumt hat, sich den erforderlichen Rechtsrat einzuholen. Die Ahndung wegen fahrlässiger Tatbegehung lässt der Tatbestandsirrtum unberührt, § 11 Abs. 1 Satz 2 OWiG. Den Urteilsfeststellungen zufolge hat der Betroffene darauf vertraut, dass der von ihm zur Bewirtung der Gäste genutzte umschlossene Raum der Außengastronomie unterfällt. Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er nach den Umständen und seinen persönlichen Kenntnissen verpflichtet und imstande ist (KK/Rengier a.a.O. § 10 Rn. 15). Wer im Rahmen seiner Tätigkeit Rechtsvorschriften zu beachten hat und die erforderliche Erkundigung unterlässt, handelt fahrlässig, wenn er bei entsprechender rechtlicher Beratung richtig aufgeklärt worden wäre (vgl. BGH NJW 1990, 3026, 3029 m.w.N.; KK/Rengier a.a.O. § 10 Rn. 42). Hätte sich der Betroffene beim zuständigen Landratsamt über die Rechtslage erkundigt, so hätte er unschwer in Erfahrung gebracht, dass es sich bei der umbauten Terrasse um Innengastronomie handelt.

III.

13
Der Senat kann in der Sache - wie aus Ziffer 1. des Beschlusstenors ersichtlich - selbst entscheiden, sodass es einer Zurückverweisung an das Amtsgericht nicht bedarf, § 79 Abs. 6 OWiG.

14
1. Im Hinblick auf den Schuldspruch ist nicht erkennbar, dass weitere relevante Feststellungen zur subjektiven Tatseite getroffen werden können, welche die Annahme einer vorsätzlichen Begehungsweise und nicht lediglich die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt rechtfertigen könnten.

15
2. Der Senat kann jedoch auch hinsichtlich der Rechtsfolgen gemäß § 79 Abs. 6 OWiG eine Sachentscheidung treffen, da der Tatrichter ausreichende Feststellungen getroffen hat, auf denen die Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts aufbauen kann (vgl. BeckOK OWiG/Bär [35. Ed. - Stand: 01.07.2022] § 79 Rn. 133 m.w.N.; KK/Hadamitzky a.a.O. § 79 Rn. 153, 159).

16
Der vorsätzliche Verstoß gegen bußgeldbewehrte Bestimmungen der 12. BayIfSMV ist mit Geldbuße bis zu 25.000 Euro bedroht, § 73 Abs. 1a Nr. 24, Abs. 2 IfSG. Für fahrlässige Verstöße beträgt der Bußgeldrahmen dementsprechend 12.500 Euro, § 17 Abs. 2 OWiG.

17
Gemäß § 17 Abs. 3 Satz 1 OWiG sind Grundlage für die Zumessung der Geldbuße in erster Linie die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit und der Vorwurf, der den Täter trifft. Die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit hängt vom sachlichen Gehalt und Umfang der Handlung ab. Der Bußgeldrahmen gibt dabei einen wesentlichen Anhaltspunkt dafür, welche Geldbuße in den einzelnen Fällen angemessen ist (vgl. Göhler/Seitz/Bauer a.a.O. 18. Aufl. § 17 Rn. 16).

18
Innerhalb dieser Kriterien berücksichtigt der Senat zugunsten des Betroffenen, dass er den Sachverhalt eingeräumt hat, bisher nicht einschlägig aufgefallen ist und die Ansteckungsgefahr für Gäste und Mitarbeiter im Hinblick auf die herrschende Zugluft weniger gravierend war als in vollständig geschlossenen Innenräumen. Andererseits aber drängte es sich für den Betroffenen auf, sich im Hinblick auf den vorliegenden Grenzfall - der Raum der Bewirtung war zwar nicht vollständig von Mauern, aber von einem Dach, einer Mauer und drei Glasfronten umgeben - rechtlich beraten zu lassen.

19
Im Hinblick darauf erachtet der Senat eine Geldbuße in Höhe von 2.000 Euro für erforderlich, zugleich aber auch als ausreichend.

IV.

20
Die Kosten- und Auslagenentscheidung beruht auf § 473 Abs. 1 und 4 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG.