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-701351/7/BP/BD**

Datum: **Linz, 26. November 2021**

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Mag. Dr. Pree über die Beschwerde des D D, vertreten durch HNW Rechtsanwälte OG, L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 21. Juli 2021, GZ: BHFR/921060005890/21, wegen Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 9. November 2021 durch mündliche Verkündung

zu Recht e r k a n n t :

I. Der Beschwerde wird mit der Maßgabe stattgegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 360 Euro, die Ersatzfreiheitsstrafe auf 67 Stunden und der Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde auf 36 Euro herabgesetzt werden.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens 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

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt (in der Folge: belangte Behörde) vom 21. Juli 2021, GZ: BHFR/921060005890/21, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe in Höhe von 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 7 Tage 18 Stunden) gemäß § 8 Abs 4 COVID-19-Maßnahmengesetz verhängt.

Die belangte Behörde führte wie folgt aus:
„1. Datum/Zeit: 14.04.2021, 20:25 Uhr
Ort: F
Sie haben als Inhaber einer Betriebsstätte des Unternehmens Pizzeria R in F, welche eine Betriebsstätte der Betriebsart des Gastgewerbes darstellt, nicht dafür Sorge getragen, dass die Betriebsstätte für die Abholung von Speisen und Getränken nur im Zeitraum zwischen 06:00 Uhr und 19:00 Uhr betreten bzw. befahren wird, obwohl das Betreten und Befahren von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten des Gastgewerbes nur zur Abholung von Speisen und alkoholfreien sowie in handelsüblich verschlossenen Gefäßen abgefüllten alkoholischen Getränken gemäß 8. Novelle zur 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, 8. Novelle zur 4. COVID-19-SchuMaV, BGBl. II Nr. 58/2021, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 162/2021, in der Zeit vom 11.04.2021 bis 25.04.2021, nur unter der Voraussetzung zulässig ist, wenn der Betreiber das Betreten und Befahren der Betriebsstätte durch Kunden nur im Zeitraum zwischen 06.00 und 19.00 Uhr zulässt, sofern diese nicht im Umkreis von 50 Metern um die Betriebsstätte konsumiert werden und gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ein Abstand von mindestens zwei Metern eingehalten sowie Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen wird.
Restriktivere Sperrstunden und Aufsperrstunden aufgrund anderer Rechtsvorschriften bleiben unberührt.
Es wurde festgestellt, dass eine persönliche Bestellung nach 19:00 Uhr entgegen genommen wurde und zur direkten Abholung vorbereitet wurde."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen wie folgt aus:
„Zum Sachverhalt:
Durch die Anzeige der Polizeiinspektion Freistadt vom 15.04.2021 erlangte die erkennende Behörde vom verfahrensgegenständlichen Sachverhalt Kenntnis.
Mit Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 28.04.2021 (Aufforderung zur Rechtfertigung) wurde Ihnen die Möglichkeit eingeräumt, sich zu der Ihnen angelasteten Verwaltungsübertretung zu rechtfertigen. Von diesem Recht machten Sie keinen Gebrauch, weswegen das Verfahren ohne Ihre weitere Anhörung zu finalisieren war.
Gegenständlicher Sachverhalt unterliegt folgender rechtlicher Beurteilung:
Gemäß § 8 Abs. 4 Covid-19-Maßnahmengesetz begeht eine Verwaltungsübertretung,

wer als Inhaber einer Betriebsstätte oder eines Arbeitsortes, als Betreiber eines Verkehrsmittels 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 oder der bestimmte private Ort nicht entgegen den in einer Verordnung gemäß §§ 3 und 4 festgelegten Personenzahlen, Zeiten, Voraussetzungen oder Auflagen betreten oder befahren wird und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 3 600 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu vier Wochen, zu bestrafen.
Gemäß § 7 Abs. 1 4. Covid-19-Schutzmaßnahmenverordnung, BGBl II Nr. 58/2021, zuletzt geändert durch BGBl II Nr. 162/2021, ist das Betreten und das Befahren von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes untersagt.
Gemäß § 7 Abs. 7 ist abweichend von Abs. 1 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 zwei Metern einzuhalten sowie eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard zu tragen.
Als Beweismittel gelten:
- Anzeige der Polizeiinspektion Freistadt vom 15.04.2021
- Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Freistadt - Aufforderung zur Rechtfertigung vom 28.04.2021

Folgender Sachverhalt wird als erwiesen angenommen:
Sie sind Inhaber der Betriebsstätte des Gastgewerbes „R" in F. Am 14.04.2021 haben Sie die persönliche Abholung von Speisen nach 19:00 Uhr ermöglicht. Als Inhaber der Betriebsstätte haben Sie nicht dafür Sorge getragen, dass die Abholung von Speisen und alkoholfreien sowie in handelsüblich verschlossenen Gefäßen abgefüllten alkoholischen Getränken nur im Zeitraum zwischen 06:00 Uhr und 19:00 zulässig ist.
Die Behörde hat darüber Folgendes erwogen:
Aus der Anzeige ist deutlich ersichtlich, dass Sie nach 19:00 Uhr die Abholung von Speisen und Getränken ermöglicht haben. Dies wird von Ihnen auch nicht bestritten, da Sie der Aufforderung zur Rechtfertigung nicht Folge geleistet haben. In der Anzeige gaben Sie an, dass sie „nur zugestellt" haben. Dem entgegenzuhalten sind die Aussagen der drei Berufsschüler, welche sich um ca. 20:25 Uhr noch etwas zu essen holen wollten, da die Tür in Ihrem Lokal noch offen stand. Aufgrund dessen gingen die Berufsschüler zu Ihrer Pizzeria, wo Sie sogleich ihre Bestellungen aufnahmen. Die Schüler warteten draußen auf die georderten Speisen, weshalb im gegenständlichen Fall nicht eine Zustellung, sondern viel mehr eine Abholung vorlag. Gem. §7 Abs. 7 4. Covid-19-Schutzmaßnahmenverordnung ist die Abholung von Speisen und alkoholfreien sowie in handelsüblich verschlossenen Gefäßen abgefüllten alkoholischen Getränken zwischen 06:00 Uhr und 19:00 Uhr zulässig. Aufgrund dieser Tatsache hätten Sie daher um ca. 20:25 Uhr die Abholung nicht mehr ermöglichen dürfen und haben somit eine Verwaltungsübertretung begangen.
Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein

geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die Glaubhaftmachung nicht aus (VwGH 01.10.1997, 96/09/0007). Da Sie jedoch der Aufforderung zur Rechtfertigung von der Bezirkshauptmannschaft Freistadt keine Folge geleistet haben, haben Sie für ihre Entlastung nicht alles dargelegt, was als ausreichend angenommen werden kann.
Allgemein:
Gemäß § 5 Abs. 1 VStG 1991 genügt zur Strafbarkeit grundsätzlich fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefährdung nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.
Zusammengefasst waren Ihre Einwendungen nicht in der Lage, Gründe hervorzubringen, die einer Bestrafung aufgrund der im Spruch geschilderten Verwaltungsübertretung im Wege stünden. Die Behörde musste daher davon ausgehen, dass Ihr Verschulden gegeben ist. Sie haben die gegenständliche Verwaltungsübertretung zumindest in der Schuldform der Fahrlässigkeit begangen, da Sie die gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen und dadurch verkannt haben, dass Sie einen tatbildmäßigen Sachverhalt verwirklichten.
Zur Strafbemessung:
Gemäß § 19 Abs. 1 VStG 1991 in der geltenden Fassung, BGBL. Nr. 33/2013, sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des 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.
Die Tat schädigt im erheblichen Maß das Interesse der öffentlichen Gesundheit und der Verhinderung der weiteren Ausbreitung des SARS Virus. Das Einhalten der normierten Covid-19 Schutzbestimmungen ist unumgänglich, da widrigenfalls die öffentliche Gesundheit gefährdet und das Nichteinhalten die Eindämmung der Covid-19-Pandemie erschwert. Daher wird das strafrechtlich geschützte Rechtsgut - nämlich die Verhinderung und Verbreitung des SARS Virus- und somit die Gesundheit der übrigen Bevölkerung schwerstens beeinträchtigt. In diesem Zusammenhang darf auch nicht unerwähnt bleiben, dass die schweigende Mehrheit der österreichischen Bevölkerung sich an die von den Gesetzgebungsorganen erlassenen Gesetze und Verordnungen halten und diese ein Recht darauf haben, dass von allen Teilen der Bevölkerung diese Gesetze zur Eindämmung der Pandemie eingehalten werden. Zu bedenken ist auch, dass durch die Begünstigung der Weiterverbreitung des SARS-Virus aufgrund der nicht eingehaltenen Schutzmaßnahmen nicht nur die Gesundheit der Bevölkerung gefährdet ist, sondern auch das gesamte Wirtschafts- und Sozialsystem.
Straferschwerende Umstände sind im Verfahren nicht hervorgetreten. Bei der

Strafbemessung wurde ein monatliches Einkommen von ca. 1000 Euro, das Fehlen jeglichen für das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren relevanten Vermögens sowie von einer Sorgepflicht für Ihre neunjährige Tochter ausgegangen.
Die Behörde erlaubt sich in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung eine Geldstrafe auch dann gerechtfertigt ist, wenn der Bestrafte kein Einkommen bezieht und diese auch zu verhängen ist, wenn Ihre Bezahlung auf Grund seiner finanziellen Verhältnisse unwahrscheinlich ist (VwGH 21.3.1975, 770/74; 15.10.2002, 2001/21/0087).
Die Verhängung der im Spruch angeführten Geldstrafe ist notwendig um Sie im Sinne der Spezialprävention von weiteren Verwaltungsübertretungen der gleichen Art abzuhalten. Unter Berücksichtigung des Unrechtsgehaltes der Tat sowie der bereits angeführten objektiven und subjektiven für die Strafbemessung entscheidenden Kriterien, erscheint die nunmehr verhängte Strafe dem Schuld und Unrechtsgehalt der Tat angemessen.
Gemäß § 64 Abs. 1 und Abs. 2 VStG hat der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten. Dieser Beitrag ist mit 10% der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro zu bemessen."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Gegen das oa. Straferkenntnis richtet sich die vorliegende, durch den rechtsfreundlich vertretenen Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde, in der er ua. wie folgt ausführt:
„In umseits bezeichneter Angelegenheit teilt der Beschwerdeführer zunächst mit, dass er der HNW Rechtsanwälte OG, L, Vollmacht erteilt hat.
Die bevollmächtigte Vertreterin beruft sich gern § 10 AVG auf die erteilte Vollmacht und erhebt für den Beschwerdeführer gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt, vom 25.05.2021, GZ: BHFR/921060005890/21, binnen offener Frist, nachstehende
Beschwerde
an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich und stellt die
Anträge,
das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge
1. gemäß § 50 VwGVG den angefochtenen Bescheid aufheben und das Verfahren einstellen;
2. gemäß § 44 Abs 1 VwGVG eine mündliche Verhandlung durchführen;
in eventu
3. den Bescheid an die belangte Behörde zurückweisen;
in eventu
4. den Bescheid dahingehend abändern, dass die verhängte Strafe auf das Mindestmaß herabgesetzt wird.

I. Sachverhalt
Mit Bescheid vom 21.07.2021, GZ: BHFR/921060005890/21, wird dem Beschwerdeführer eine Geldstrafe von € 1.100,00 auferlegt. Dem Beschwerdeführer wird vorgeworfen er habe als Betreiber der Betriebsstätte des Unternehmens „R" in F, nicht dafür Sorge getragen, dass die Betriebsstätte für die Abholung von Speisen und Getränke nur im Zeitraum zwischen 06:00 bis 19:00 betreten bzw befahren wird, obwohl dies nur unter der Voraussetzung zulässig ist, wenn der Betreiber das Betreten und Befahren der

Betriebsstätte durch Kunden nur im Zeitraum zwischen 06:00 und 19:00 zulässt, sofern diese nicht im Umkreis von 50 Metern um die Betriebsstätte konsumiert werden und gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ein Abstand von mindestens zwei Metern eingehalten sowie Atemschutzmaske der schutzklasse FFP2 ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormten Standard getragen wird. Der Beschwerdeführer habe eine persönliche Bestellung nach 19:00 entgegen genommen und zur direkten Abholung vorbereitet.

II. Beschwerdegründe

Mangelhafte Beweiswürdigung

Unrichtig ist die Feststellung der belangten Behörde, wonach der Beschwerdeführer die Abholung von Speisen und Getränke ermöglicht habe, indem er nicht dafür Sorge getragen hat, dass die Abholung nur im Zeitraum zwischen 06:00 und 19:00 zulässig ist.

Entgegen den Feststellungen der belangten Behörde wird die vorgeworfene Abholung von Speisen ausdrücklich vom Beschwerdeführer bestritten, indem er angibt, dass die Speisen nur zugestellt wurden. Im Einklang damit befanden sich die im Straferkenntnis angegebenen Personen nicht in der Betriebsstätte um Speisen oder Getränke entgegenzunehmen. Die belangte Behörde trifft ihre Feststellung lediglich auf ihre eigene unrichtige Auffassung, wonach keine Zustellung und daher zwingend eine Abholung iSd § 7 Abs 7 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung vorliegen würde. Eine schlüssige Begründung dafür, dass die Personen zur Abholung von georderten Speisen die Betriebsstätte betreten haben sollen, liegt nicht vor. Generell fehlt es einer für die Subsumtion unter die Strafbestimmungen der §§ 8 Abs 4, 3 Abs 1 COVID -19-Maßnahmengesetz iVm§ 7 Abs 7 4. COVID -19-Schutzmaßnahmenverordnung tauglichen Feststellung, wonach die Betriebsstätte zur Abholung von Speisen betreten worden sei.

Rechtlich folgert daraus, dass eine Subsumtion unter die von der belangten Behörde angeführten Strafbestimmungen gar nicht möglich ist, zumindest eine Betretung der Betriebsstätte zur Abholung von Speisen nicht vorliegt und daher der gegenständliche Verwaltungsstraftatbestand nicht erfüllt ist.

Beweis: PV.

2. Unrichtige rechtliche Beurteilung

Die Strafe ist mit € 1.000,00 weitaus überhöht und wird dabei besonders auf die schlechte wirtschaftliche Situation des Beschwerdeführers hingewiesen. Überdies wurden strafmildernde Umstände, wie etwa die bisherige Unbescholtenheit, außer Acht gelassen.

Zu berücksichtigen ist, dass der Beschwerdeführer generell ein geringes Einkommen (€ 7.521,34 im Jahr 2019) hat und aufgrund der gesetzlichen Beschränkungen durch die aktuelle Corona-Situation weiters beträchtliche Umsatzeinbußen des Beschwerdeführers zu verzeichnen sind. Zudem fielen die staatlichen Beihilfen für den Beschwerdeführer nur sehr gering aus und vermögen die Verluste bei weitem nicht zu decken. Der Beschwerdeführer erhält als Zahlung aus dem Härtefall-Fonds lediglich einen pauschalen Betrag von € 1.000,00 pro Monat und einen Umsatzersatz nur für die Monate November und Dezember, wobei dabei lediglich ein Ersatz von € 5.035,82 und € 2.300,00 gewährt wurde.

Unter Berücksichtigung des zur Verfügung stehenden Strafrahmens und der bisherigen Unbescholtenheit des Beschwerdeführers - was von der belangten Behörde augenscheinlich nicht strafmildernd berücksichtigt wurde - ist unter Zugrundelegung der geschilderten Einkommensverhältnisse eine Herabsetzung der Strafe jedenfalls vertretbar. In diesem Zusammenhang ist auf die Entscheidung des LVwG (LVwG-700855/2/SB) vom 07.04.2021

hinzuweisen, wonach in einem ähnlichen Falle {Verstoß gegen § 8 Abs 4 C0VID-19-MG durch Betriebsinhaber) zunächst € 500,00 von der belangten Behörde verhängt wurden und diese in weiterer Folge auf € 350,00 herabgesetzt wurden, wodurch gegenständlich ebenfalls eine Strafhöhe von € 350,00 als angemessen gilt. In teilweiser Stattgabe der Beschwerde ist überdies auch vom Auferlegen der Kosten des Beschwerdeverfahrens gemäß § 52 Abs 8 VwGVG abzusehen.
Beweis: Honorarnote 21/2 M Steuerberatungs GmbH (Beilage ./l)
Schulden N (Beilage ./2)
Aufstellung/Miete G GmbH (Beilage ./3);
Kontoauszug O AG (Beilage ./4);
Saldenliste zum 31.12.2020 (Beilage ./5);
Einkommenssteuerbescheid 2019 (Beilage ,/6);
Aufstellung Aktiva Bilanz (Beilage ,/7);
Nachweis Härtefall Fonds Zahlungen (Beilage ,/8)..“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3.1. Mit Schreiben vom 13. Oktober 2021 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.3.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in die Beschwerde und den vorgelegten Verwaltungsakt. Zusätzlich wurde am 9. November 2021 eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durchgeführt.

II.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

Der Bf ist Inhaber einer Betriebsstätte des Unternehmens Pizzeria R in F, welche eine Betriebsstätte der Betriebsart des Gastgewerbes darstellt. Am 14. April 2021 nahm er mutmaßlich um ca. 20.00 Uhr Pizza-Bestellungen von drei Berufsschülern, die vor dem Lokal warteten, entgegen und wurde um 20.25 Uhr bei der Zubereitung der Speisen angetroffen, die von oa. Berufsschülern persönlich abgeholt werden sollten.

Der Bf befindet sich in einer prekären finanziellen Situation.

II.2. Im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung, der der Bf unentschuldigt nicht beiwohnte, wobei er jedoch durch seinen Rechtsvertreter repräsentiert wurde, schilderte der als Zeuge geladene Polizeibeamte den Sachverhalt völlig glaubhaft und nachvollziehbar. Insbesondere galt dies für den

Umstand, dass drei Berufsschüler zur mutmaßlichen Tatzeit vor dem Lokal auf die Abholung der zuvor von ihnen aufgegebenen Pizzabestellung gewartet hatten. Gerade die Tatsache, dass der Zeuge freimütig einräumte, sich - aufgrund des lang zurückliegenden Vorfalls - nicht an alle Details der Situation erinnern zu können, verstärkte den Eindruck seiner Glaubwürdigkeit.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Covid-19-Maßnahmengesetzes, BGBl I 12/2020 in der zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl I 33/2021, lauten wie folgt:

„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 (ASchG) 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.

Betreten und Befahren von bestimmten Orten und öffentlichen Orten in ihrer Gesamtheit

§ 4. (1) Beim Auftreten von COVID-19 kann durch Verordnung das Betreten und das Befahren von
1. bestimmten Orten oder
2. öffentlichen Orten in ihrer Gesamtheit
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 diese Orte betreten und befahren werden dürfen. Weiters kann das Betreten und Befahren bestimmter Orte gemäß Abs. 1 Z 1, nicht aber öffentlicher Orte in ihrer Gesamtheit gemäß Abs. 1 Z 2 untersagt werden, sofern gelindere Maßnahmen nicht ausreichen.

Strafbestimmungen

§ 8. (1) [...]
(4) Wer als Inhaber einer Betriebsstätte oder eines Arbeitsortes, als Betreiber eines Verkehrsmittels 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 oder der bestimmte private Ort nicht entgegen den in einer Verordnung gemäß §§ 3 und 4 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.
[...]"

III.1.2. Die maßgeblichen Bestimmungen der 4. COVID-19-Schutzmaßnahmen-verordnung, BGBl II 58/2021 idF BGBl II 162/2021, lauten wie folgt:

„Gastgewerbe

§ 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.
[...]
(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 zwei Metern einzuhalten sowie eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard zu tragen."

III.2.1. Zunächst steht außer Zweifel, dass der Bf Inhaber der in Rede stehenden Pizzeria war bzw. ist, wobei es sich hiebei um eine Betriebstätte des Gastgewerbes handelt. Weiters bedarf es keiner detaillierten Erörterung, dass zum Tatzeitpunkt die Abholung vorbestellter Speisen gemäß § 7 Abs. 7 der 4. COVID-19-SchuMaV lediglich im Zeitraum zwischen 6.00 Uhr und 19.00 Uhr gestattet war.

Hinsichtlich der objektiven Tatseite ist darauf hinzuweisen, dass, wie der im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung einvernommene Zeuge bestätigte und ausführte, drei Berufsschüler vor dem Lokal warteten. Wäre tatsächlich eine Zustellung beabsichtigt gewesen, hätten sie dies insbesondere angesichts der Ausgangsbeschränkungen wohl nicht getan, sondern wären in die Berufsschule zurückgekehrt. Auch schon aus der Aktenlage ergab sich, dass der Bf bei der Zubereitung von Speisen angetroffen wurde. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass angesichts der Tatzeit jedenfalls eine Bestellung direkt

im Lokal aufgegeben worden war und die Jugendlichen auch vor dem Lokal darauf warteten.

III.2.2. Im Sinne des § 7 Abs 1 und 7 der 4. COVID-19-SchuMaV ist also von der Erfüllung der objektiven Tatseite auszugehen.

III.3.1. Das COVID-19-MaßnahmenG enthält keine eigene Regelung hinsichtlich des Verschuldens, weshalb § 5 Abs 1 VStG zur Anwendung kommt, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (Ungehorsamsdelikt).

III.3.2. Hinsichtlich der subjektiven Tatseite ist darauf zu verweisen, dass im Sinne eines Ungehorsamsdelikts der Bf die notwendige Sorgfalt vermissen ließ. Er hätte wissen müssen, dass er keine Bestellung nach 19.00 Uhr im Lokal hätte entgegennehmen bzw. die Speisen zur Abholung hätte bereithalten dürfen. Es ist sohin von fahrlässigem Verhalten auszugehen.

III.3.3. Im Ergebnis ist daher auch das Vorliegen der subjektiven Tatseite zu bejahen.

III.4.1. Gemäß § 19 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen.

Auch auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen ebenso zu berücksichtigen.

III.4.2. Die belangte Behörde hatte die Geldstrafe mit 1.000 Euro festgesetzt. Hinsichtlich der Strafzumessung ist auszuführen, dass bei relativer Unbescholtenheit des Bf die von der belangten Behörde gewählte Höhe von knapp 30% des zur Verfügung stehenden Strafrahmens als zu hoch bemessen anzusehen ist. Darüber hinaus konnte der Bf seine aktuell schwierige finanzielle Situation darlegen. Ungeachtet der großen Bedeutung des geschützten Rechtsguts kann sohin mit einer Geldstrafe von 360 Euro (10% des Strafrahmens) das Auslangen

gefunden werden. Die Ersatzfreiheitsstrafe sowie der Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens waren angemessen zu reduzieren.

III.4.3. Gemäß § 45 Abs 1 Ziffer 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Das Verschulden ist geringfügig, wenn - unabhängig von der Schuldform (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) - das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl etwa VwGH 12.9.2001, 2001/03/0175). Dies ist jedoch im vorliegenden Fall klar zu verneinen. Ungeachtet dessen ist jedoch auch die Bedeutung des geschützten Rechtsgutes im vorliegenden Fall keineswegs als geringfügig zu qualifizieren. Ein Absehen von der Strafe kam sohin nicht in Betracht.

III.5.1. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG war dem Bf kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich aufzuerlegen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da im vorliegenden Fall die Rechtslage nach den in Betracht kommenden Normen klar und eindeutig ist, sodass eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nicht vorliegt (vgl VwGH 26.04.2017, Ro 2015/10/0052, Rz 11).

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

Dr. Pree