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-701495/6/KPe

Datum:
Linz, 12. Mai 2022

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Pernsteiner über die Beschwerde des D K, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. H H, Mag. W B, L Straße X, X M, X L, vom 16.11.2021 gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 18.10.2021, GZ: BHLL/921100039470/21, wegen Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes iVm der 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird teilweise Folge gegeben und die mit dem angefochtenen Straferkenntnis verhängte Geldstrafe auf 600 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 2 Tage 19 Stunden) herabgesetzt. Die Strafsanktionsnorm lautet: § 8 Abs. 4 COVID-19-Maßnahmengesetz (BGBl. I Nr. 12/2020 in der Fassung BGBl. I Nr. 104/2020)

Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die als erwiesen angenommene Tat und die verletzte Verwaltungsvorschrift des Spruchs zu lauten haben:
„Datum/Zeit: 19.04.2021, 17:00 Uhr
Ort: X A, H X
Sie haben als Inhaber der Betriebsstätte „X“ in X A, H X, nicht dafür Sorge getragen, dass der Kundenbereich ihrer Betriebsstätte nicht entgegen den in der 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung festgelegten Voraussetzungen und Auflagen betreten wird, indem der Kunde F A bei einem dort befindlichen Sportwetten-Terminal spielte und dabei keine FFP2-Maske (oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormten Standard) trug.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

§ 8 Abs. 4 COVID-19-Maßnahmengesetz (BGBl. I Nr. 12/2020 in der Fassung BGBl. I Nr. 104/2020) iVm § 3 Abs. 1 Z 1 COVID-19-Maßnahmengesetz (BGBl. I Nr. 12/2020 in der Fassung BGBl. I Nr. 104/2020) iVm § 5 Abs. 1 Z 2 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung (BGBl. II Nr. 58/2021 in der Fassung BGBl. II Nr. 76/2021)“

II. Die behördlichen Verfahrenskosten reduzieren sich auf 60 Euro.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision zulässig.

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 Linz-Land (im Folgenden: bB [belangte Behörde]) vom 18.10.2021, GZ: BHLL/9201100039470/21, wurde über D K (im Folgenden: Bf [Beschwerdeführer]) wegen Übertretung der §§ 8 Abs 3, 3 Abs 1 COVID-19-Maßnahmengesetz iVm § 7 Abs 7 und Abs 1 9. Novelle zur 4. COVID-19-SchuMaV, BGBl II Nr. 58/2021, zuletzt geändert durch BGBl. II NBr. 171/2021, eine Geldstrafe in der Höhe von 2.000 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen und 19 Stunden, verhängt.

Konkret wurde dem Bf vorgeworfen:
„Sie haben als Inhaber einer Betriebsstätte des Unternehmens X in X H, H X, welche eine Betriebsstätte der Betriebsart des Gastgewerbes darstellt, nicht dafür Sorge getragen, dass die Betriebsstätte zum Zweck des Erwerbs von Waren oder Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes nicht betreten bzw. befahren wird und auch keine Abholung von Speisen und Getränken zwischen 06:00 und 19:00 Uhr durchgeführt bzw. ermöglicht wurde, obwohl das Betreten und Befahren von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten des Gastgewerbes zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes gemäß 9. Novelle zur 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, 9. Novelle zur 4. COVID-19-SchuMaV, BGBl II Nr. 58/2021, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 171/2021, in der Zeit vom 19.04.2021 bis 02.05.2021 untersagt war.

Die angeführte Betriebsstätte ist auch nicht unter die in § 7 Abs. 2 bis Abs. 4 dieser VO aufgezählten Ausnahmen gefallen. Gemäß § 7 Abs. 7 3. COVID-19-SchuMaV ist lediglich die Abholung von Speisen und alkoholfreien sowie in handelsüblich verschlossenen Gefäßen abgefüllten alkoholischen Getränken zwischen 06.00 und 19.00 Uhr zulässig, sofern diese nicht vor Ort konsumiert werden und gegenüber Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben ein Abstand von mindestens zwei Metern eingehalten sowie eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard getragen wird.

Es wurde festgestellt, dass F A geb. X an einem Spielautomaten gespielt hat und dabei keine Maske getragen hat.“

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf durch seinen ausgewiesenen Rechtsvertreter mit Schriftsatz vom 16.11.2021 fristgerecht Beschwerde. Begründend führte er im Wesentlichen aus, das Straferkenntnis sei rechtswidrig, weil die angewendeten Rechtsvorschriften zum Zeitpunkt der Tat nicht in Geltung waren. Weiters sehe die Strafbestimmung nur ein Verbot für das Betreten zum Zwecke des Erwerbs von Waren oder Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes vor. Dies sei überhaupt nicht möglich gewesen, weil die

Betriebsstätte zu diesem Zeitpunkt geschlossen gewesen sei. Typische Leistungen eines Gastgewerbebetriebs seien im konkreten Fall nicht erbracht worden. Ebenso sei das Strafausmaß zu hoch. Beantragt wurde die Aufhebung des Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens in eventu die Herabsetzung der Strafhöhe.

I.3. Die bB hat die Beschwerde (ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen) mittels Schreiben vom 28.12.2021 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich unter Anschluss des Behördenakts zur Entscheidung vorgelegt (Art 130 Abs 1 Z 1 iVm Art 131 Abs 1 B-VG iVm § 3 VwGVG). Gemäß Art 135 Abs 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter.

I.4. Vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich wurde am 26.04.2022 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsicht in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt, in die Beschwerde, in das Gewerbeinformationssystem (GISA), die Website des Bf sowie durch Abhaltung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 26.04.2022.

II.2. Es steht folgender entscheidungsrelevanter S a c h v e r h a l t fest:

II.2.1. Der Bf ist Betreiber und Inhaber des Lokals „X“, H X, X H, welches als Gastgewerbe in der Betriebsart Restaurant betrieben wird. Das Lokal verfügt über einen Kundenbereich, in welchem auch acht Sitzplätze eingerichtet sind. Im Kundenbereich befindet sich neben dem Eingang ein Sportwetten-Terminal, welches aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung des Bf mit der Firma „b“ von letzterer aufgestellt und betrieben wird. Der Bf ist am Ertrag des Sportwetten-Terminals beteiligt.

II.2.2. Am 19.04.2021 um 17:00 Uhr war das genannte Lokals „X“ geöffnet und hat F A dort im Kundenbereich am Sportwetten-Terminal gespielt („getippt“) ohne dabei eine FFP2-Maske (oder eine Maske mit gleichwertigem Schutzstandard) zu tragen. F A hat im genannten Lokal weder Waren erworben noch Dienstleistungen des Gastgewerbes in Anspruch genommen.

II.3. Zur Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig und widerspruchsfrei aus dem Akteninhalt. Zur Feststellung, dass der Bf Inhaber und Betreiber des verfahrensgegenständlichen Lokals ist, wird darauf verweisen, dass der Bf dies in der Beschwerde selbst zugestanden hat und sich zudem auch aus dem Gewerberegister und der Homepage (Impressum) des Bf ergibt. Die Feststellungen zum Sportwetten-Terminal sowie zum Umstand, dass F A lediglich das Sportwetten-Terminal bedient, aber etwa nichts konsumiert hat, ergeben sich aus den nachvollziehbaren und glaubwürdigen Aussagen des Bf, welche nicht im Widerspruch zu den polizeilichen Wahrnehmung in der Anzeige stehen.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Zur Rechtslage:

III.1.1. § 3 Abs 1 des Bundesgesetzes betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz – COVID-19-MG), BGBl. I Nr. 12/2020, in der Fassung 33/2021, lautet 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.“*

III.1.2. § 8 Abs 3 COVID-19-MG, BGBl. I Nr. 12/2020, in der Fassung 104/2020, lautet wie folgt:

> *„Strafbestimmungen*
>
> *§ 8.*
> *[...]*
> *(3) Wer als Inhaber einer Betriebsstätte oder eines Arbeitsortes, als Betreiber eines Verkehrsmittels oder als gemäß § 4 hinsichtlich bestimmter privater Orte, nicht von Abs. 1 erfasster Verpflichteter nicht dafür Sorge trägt, dass die Betriebsstätte, der Arbeitsort, das Verkehrsmittel oder der bestimmte private Ort, deren/dessen*

Betreten oder Befahren gemäß §§ 3 und 4 untersagt ist, nicht betreten oder befahren wird, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von bis zu 30 000 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu sechs Wochen, zu bestrafen.

(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.1.3. § 5 Abs 1 Z 2 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der besondere Schutzmaßnahmen gegen die Verbreitung von COVID-19 getroffen werden (4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung – 4. COVID-19-SchuMaV), BGBl. II Nr. 58/2021, in der Fassung BGBl II Nr. 76/2021, lautet wie folgt:

„Kundenbereiche

§ 5. (1) Das Betreten und Befahren des Kundenbereichs von Betriebsstätten ist unter folgenden Voraussetzungen zulässig:
[...]
2. Kunden haben eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard zu tragen. Dies gilt nicht, sofern sich der Kundenbereich der Betriebsstätte im Freien befindet und ein physischer Kontakt zu Personen, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, ausgeschlossen ist.
[...]“

III.1.4. § 7 der 4. COVID-19-SchuMaV, BGBl. II Nr. 58/2021, lautet 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. zum objektiven Tatbestand:

III.2.1. Betretungsverbot für Gastgewerbebetriebe:

§ 7 Abs 1 der 4. COVID-19-SchuMaV sieht ein Betretungsverbot für Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe vor. Wie sich dem Verordnungstext entnehmen lässt, ist dieses Betretungsverbot allerdings kein absolutes, weil es nur auf Betretungen beschränkt ist, die „*zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes*“ erfolgen. Das Betretungsverbot des § 7 Abs 1 leg.cit. ist daher nicht für Fälle anwendbar, in denen die Betriebsstätte zwar betreten wird, aber dies zu anderen Zwecken als zum Erwerb oder zur Inanspruchnahme gastronomischer Dienstleistungen erfolgt (vgl. dazu auch die Materialien zu § 1 COVID-19-MG, AB 102 BlgNR 27.GP 5, wonach das Betretungsverbot nur „zum Zweck des Erwerbs von Waren- und Dienstleistungen“ bestehe).

Für die Verwirklichung des Tatbilds des § 7 Abs 1 der 4. COVID-19-SchuMaV ist es daher insbesondere erforderlich, dass das Betreten des Gastlokals „*zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes“ erfolgte.* Der Verordnungsgeber hat demnach das Betretungsverbot von Gastgewerbebetrieben auf jene Fälle beschränkt, in denen die Betriebsstätte zum Zweck (des Erwerbs von Waren oder) der Inanspruchnahme von Dienstleistungen „des Gastgewerbes“ erfolgt.

Nach den – im Übrigen unstrittigen – Feststellungen hat sich zum genannten Tatzeitpunkt F A ohne FFP2-Maske (oder eine sonstige Maske) in den Räumlichkeiten des Gastgewerbebetriebs „X“ aufgehalten, um am dort aufgestellten Sportwetten-Terminal zu spielen („tippen“). Eine darüber hinausgehende Absicht zum Erwerb von Waren oder die Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes lag nach den Feststellungen nicht vor.

Entscheidungswesentlich in diesem Fall ist daher, ob das Tippen an einem Sportwetten-Terminal als Inanspruchnahme einer „Dienstleistung des Gastgewerbes“ zu werten ist. Aufgrund der klaren Wortwahl des Verordnungsgebers ist davon auszugehen, dass der Terminus „Gastgewerbe“ im Sinne des ebenso benannten reglementierten Gewerbes des § 94 Z 26 GewO 1994 zu verstehen ist. Gemäß § 111 Abs 4 Z 2 GewO 1994 steht den Gastgewerbetreibenden als gewerbliches Nebenrecht auch „das Halten von Spielen“ zu. Dieses Nebenrecht erlaubt es den Gastgewerbetreibenden, im Rahmen ihres Gewerbebetriebs ohne gesonderte, zusätzliche Gewerbeberechtigung Spiele anzubieten, bei denen der Spielerfolg ausschließlich oder überwiegend nicht vom Zufall abhängt (dh. Kartenspiele, Brettspiele, Billard, Tischtennis, Kegeln, usw). Ausgenommen sind aber einerseits Spiele, die dem Glücksspielgesetz und

andererseits auch Spiele, die den landesrechtlichen Bestimmungen unterliegen. (vgl. *Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher* in *Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher* (Hrsg), GewO[4] (2020) zu § 111 GewO 1994).

Der (bloße) Betrieb von Wett-Terminals für Sportwetten ist nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung (vgl. VfGH vom 02.10.2013, B1316/2012) als Vermittlungstätigkeit für den Abschluss von Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen zu qualifizieren und daher gleich wie die Tätigkeit der „Buchmacher und Totalisateure“ gemäß § 2 Abs 1 Z 22 GewO 1994 vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen. Dies entspricht auch der verfassungsrechtlich festgelegten Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern: während die Regelungskompetenz für Gewerbeangelegenheiten gemäß Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG in die Kompetenz des Bundesgesetzgebers fällt, liegt die Kompetenz zur Regelung des „Wettwesens“ gem. Art 15 Abs 3 B-VG („öffentliche Belustigungen und Schaustellungen aller Art“) im Kompetenzbereich der Landesgesetzgeber (vgl. VwGH vom 11.07.2008, Zl Ra 2018/17/0048 mit Verweis auf VfSlg. 1477/1932). Dementsprechend ist für die Aufstellung von Sportwetten-Terminals das Landesgesetz über den Abschluss von Wetten und das Vermitteln von Wetten und Wettkunden (Oö. Wettgesetz) maßgeblich.

Aufgrund der oben dargestellten Rechtslage steht damit fest, dass das Aufstellen und der Betrieb von Sportwetten-Terminals nicht in den Anwendungsbereich der Gewerbeordnung 1994 fällt und demnach auch kein freies Gewerbe oder auch ein Nebenrecht zu einer Gewerbebewilligung sein kann. Das Aufstellen und der Betrieb von Sportwetten-Terminals kann – unter Zugrundelegung des Begriffsverständnisses der Gewerbeordnung 1994 – daher auch keine „Dienstleistung des Gastgewerbes“ sein.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass das bloße Tippen an einem Sportwetten-Terminal keine Inanspruchnahme einer Dienstleistung des Gastgewerbes ist. Dementsprechend ist auch das Betretungsverbot des § 7 Abs 1 der 4. COVID-19-SchuMaV, welches ausdrücklich auf den Erwerb von Waren und Inanspruchnahme einer „Dienstleistung des Gastgewerbes“ beschränkt ist, nicht anwendbar. In diesem Sinn kann auch dem Bf nicht der Vorwurf gemacht werden, dass er als Betriebsinhaber entgegen des § 8 Abs 3 COVID-19-MG nicht für die Einhaltung des Betretungsverbots nach § 7 Abs 1 der 4. COVID-19-SchuMaV Sorge getragen hätte.

III.2.2. Betretungsbeschränkungen bei Kundenbereichen:

Wie oben dargestellt, ist das Betreten von Gastgewerbebetrieben gemäß § 7 Abs 1 der 4. COVID-19-SchuMaV zum Zweck des Erwerb von Waren und Inanspruchnahme einer Dienstleistung des Gastgewerbes verboten, das Betreten zu anderen Zwecken hingegen nicht untersagt.

Nachdem im gegenständlichen Fall F A den Kundenbereich des Gastgewerbebetriebs betrat, sind für die rechtliche Beurteilung des festgestellten Sachverhalts die Betretungsbeschränkungen für Kundenbereiche im Sinne des § 5 Abs 1 der 4. COVID-19-SchuMaV maßgeblich. Nach dieser Rechtsvorschrift sind Kunden verpflichtet, eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP2 oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard beim Betreten des Kundenbereichs bzw. beim Verweilen im Kundenbereich (§ 16 der 4. COVID-19-SchuMaV) zu tragen. Nachdem der Genannte im Kundenbereich des Gastlokals eine solche Maske jedoch nicht getragen hat, steht rechtlich fest, dass der Bf als Inhaber des Kundenbereichs der Gaststätte „X“ gem. § 8 Abs 4 COVID-19-MG nicht ausreichend dafür Sorge getragen hat, dass die dementsprechende Auflage des § 5 Abs 1 der 4. COVID-19-SchuMaV eingehalten wird.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Bf zwar nicht den Tatbestand des § 8 Abs 3 COVID-19-MG iVm § 7 Abs 1 4. COVID-19-SchuMaV (siehe Punkt III.2.1.), jedoch den Tatbestand des § 8 Abs 4 COVID-19-MG iVm § 5 Abs 1 4. COVID-19-SchuMaV erfüllt hat.

III.2.3. Änderung der rechtlichen Beurteilung:

Das Landesverwaltungsgericht ist auch im Verfahren nach dem VStG berechtigt und verpflichtet ist, die rechtliche Qualifikation der verfolgten Tat gegebenenfalls richtig zu stellen (vgl die Hinweise auf die Rechtsprechung zu § 51 VStG bei *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze II^2, § 51 VStG, insbesondere E 160 bis 162, oder Köhler in: *Raschauer/Wessely* (Hrsg), VStG, Vorbemerkungen zu §§ 51 ff VStG, Rz 7). Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ist demnach eine Präzisierung der rechtlichen Grundlage der Bestrafung (Angabe der verletzten Verwaltungsbestimmung und angewendeten Strafnorm) zulässig, wenn es nicht zu einem "Austausch der Tat" durch Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zu Grunde gelegten Sachverhalts kommt. Der Tatvorwurf muss dabei so unverwechselbar konkretisiert sein, damit Beschuldigte in der Lage sind, auf den Vorwurf entsprechend zu reagieren (vgl VwGH vom 19.04.2012, Zl. 2010/01/0010).

Wenn innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist rechtzeitig eine alle der Bestrafung zu Grunde liegenden Sachverhaltselemente enthaltende Verfolgungshandlung durch die Behörde gesetzt wurde, ist auch nach Eintritt der Verfolgungsverjährungsfrist die Richtigstellung des Spruchs des Straferkenntnisses geboten (vgl VwGH vom vom 27.01.2011, Zl 2010/09/0194, sowie zur Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit VwGH vom 20.05.2015, Zl. Ra 2014/09/0033).

Eine solche zulässige Änderung der Spruchs, welche nicht einem Austausch der Tat gleichkommt, liegt hier vor, weil dem Bf alle für die Bestrafung erforderlichen Sachverhaltselemente, nämlich dass F A ohne Maske im Lokal des Bf am dort befindlichen Spielapparat tippte, bereits im gesamten Verfahren vor der bB und damit auch im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfen wurden (vgl. auch *Fister* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG[2], Rdz 1 zu § 44a). Aufgrund der oben dargestellten rechtlichen Erwägungen ist der vorgeworfene Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht anders zu beurteilen.

Aus den oben dargestellten Gründen geht das erkennende Gericht von einer Übertretung des § 8 Abs 4 COVID-19-MG aus und war daher der Spruch dementsprechend zu korrigieren.

III.3. Zur subjektiven Tatseite:

Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht 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 Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

§ 5 Abs 1 S 2 VStG ordnet der Sache nach an, dass bei fahrlässigen Ungehorsamsdelikten der Verstoß gegen den entsprechenden verwaltungsstrafrechtlichen Rechtsbefehl grundsätzlich Fahrlässigkeit indiziert; der Täter muss diesfalls glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift „kein Verschulden trifft“ (*Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 5 Rz 5).

Zur Entkräftung der gesetzlichen Vermutung seines fahrlässigen Handelns hätte der Bf im Sinne der stRsp des Verwaltungsgerichtshofes initiativ alles darzulegen gehabt, was für seine Entlastung spricht.

Wenn sich der Bf vor dem Landesverwaltungsgericht damit rechtfertigte, dass F A und auch andere „tippende“ Personen immer wieder die Aufforderung seiner Mitarbeiter, Maske zu tragen, ignorierten, so zeigt der Bf damit kein mangelndes Verschulden auf, wäre es doch gerade im Hinblick auf die behauptete wiederholte Missachtung ihm zugekommen, wirksamere Maßnahmen dagegen zu setzen, etwa durch die Verhängung eines Lokalverbots oder die Verständigung der Polizei.

Der Bf hat die Übertretung die Tat auch subjektiv zu verantworten.

III.4. Zur Strafbemessung:

III.4.1. Gemäß § 38 VwGVG iVm § 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 sind 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. Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung der Entscheidung so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

III.4.2. Unter Berücksichtigung des zur Verfügung stehenden Strafrahmens (3.600 Euro) war die verhängte Strafe auf ein tat- und schuldangemessenes Ausmaß in Höhe von 600 Euro herabzusetzen. Die vom Bf verletzte Rechtsvorschrift verfolgt das öffentliche Interesse, die Bevölkerung vor einer weiteren Ausbreitung des COVID-19-Virus zu schützen. Diesem öffentlichen Interesse kommt erhebliche Bedeutung zu. Insbesondere im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut der körperlichen Integrität erscheint diese Strafe aus spezialpräventiven Gründen notwendig, um den Bf von weiteren gleichgelagerten Delikten abzuhalten. Auch ist die Strafe aus generalpräventiven Gründen erforderlich. Die vorgesehenen Beschränkungen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie sind einzuhalten. Bei der Strafbemessung wurde ebenso berücksichtigt, dass kein Milderungsgrund, aber auch kein Erschwerungsgrund vorliegt. Weiters wurden der Strafbemessung die vom Bf angegebenen Einkommensverhältnisse (monatliches Nettoeinkommen von 3.000 Euro, Mieteinnahmen von monatlich netto 8.300, Kreditrückzahlungen von rd. 2.800 Euro und monatliche Rückzahlungsverpflichtungen für mehrere Autokredite in nicht genannter Höhe) sowie seine Sorgepflichten (zwei Kinder) zugrunde gelegt.

IV. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, da die Lösung der Rechtsfrage, ob Dienstleistungen wie das Anbieten der Vermittlung von Sportwetten, die nicht im Rahmen der Gastgewerbeberechtigung (als Nebenrecht) ausgeübt werden, jedoch im Gastgewerbebetrieb de facto angeboten werden, vom Betretungsverbot für Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe im Sinne des § 7 Abs 1 der 4. COVID-19-SchuMaV (BGBl. II Nr. 58/2021) erfasst wurden, über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt. Eine höchstgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Rechtsfrage liegt – soweit ersichtlich – noch nicht 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 ordentlichen 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 für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof 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.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Verfahrenshilfe für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof 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.
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; 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.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Dr. Pernsteiner