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-701496/6/JS

Datum:
Linz, 6. 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. Steinschnack über die Beschwerde des D K, vertreten durch x, x, x, vom 16.11.2021 gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 18.10.2021, GZ: BHLL/921100039467/21, wegen Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes iVm der 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

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: 26.04.2021, 17:40 Uhr
Ort: x, xplatz x
Sie haben als Inhaber der Betriebsstätte „x" in x, xplatz 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 D M 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-Schutzmaßnahmen-verordnung (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

1. Wesentlicher Verfahrensgang:

1.1. Die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) warf dem Beschwerdeführer mit dem angefochtenen Straferkenntnis folgende Übertretung des COVID-19-Maßnahmengesetzes (COVID-19-MG) in Verbindung mit der 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung (4. COVID-19-SchuMaV) vor:

„[...]

1.	Datum/Zeit:	26.04.2021, 17:40 Uhr
	Ort:	[redacted], [redacted]platz[redacted]

Sie haben als Inhaber einer Betriebsstätte des Unternehmens [redacted] in [redacted], [redacted]platz[redacted], welche eine Betriebsstätte der Betriebsart des Gastgewerbes darstellt, nicht dafür Sorge getragen, dass die Betriebsstätte zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der 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 10. Novelle zur 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, 10. Novelle zur 4. COVID-19-SchuMaV, BGBl. II Nr. 58/2021, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 181/2021, in der Zeit vom 26.04.2021 bis 05.05.2021 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 D[redacted] M[redacted] geb. 26.02.1983 bei einem Spielautomaten gespielt hat und dabei keine Maske getragen hat.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1.	§§ 8 Abs. 3, 3 Abs. 1 COVID-19-MG i.V.m. § 7 Abs. 7 und Abs. 1 10. Novelle zur 4. COVID-19-SchuMaV, BGBl. II Nr. 58/2021, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 181/2021

[...]“

Über den Beschwerdeführer wurde gemäß § 8 Abs. 3 COVID-19-MG eine Geldstrafe in Höhe von 2.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 2 Tage 19 Stunden) verhängt. Darüber hinaus trug die belangte Behörde darin dem Beschwerdeführer die Zahlung eines Beitrages zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von 200 Euro auf.

1.2. In der dagegen erhobenen verfahrensgegenständlichen Beschwerde vom 16.11.2021 (sowie im verwaltungsgerichtlichen Verfahren) führte der Beschwerdeführer 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 der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes vor. Die Betriebsstätte sei jedoch geschlossen gewesen.

Typische Leistungen eines Gastgewerbebetriebs seien im konkreten Fall nicht erbracht worden. Taxifahrer, die unweit des Gaststättenbetriebs des Beschwerdeführers ihr Taxi abgestellt hätten, hätten am Sportwettautomaten gespielt („getippt"). Die Taxilenker hätten sich schon öfters nicht an den Hinweis seiner Mitarbeiterin, das Lokal nicht ohne Maske zu betreten, gehalten.

2. Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens stellt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich folgenden entscheidungswesentlichen Sachverhalt fest:

2.1. Der Beschwerdeführer betreibt als Inhaber die Gastgewerbebetriebsstätte „x" mit dem Standort in x, xplatz x. 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 Beschwerdeführers mit der Firma „b Sportwetten" von Letzterer aufgestellt und betrieben wird. Der Beschwerdeführer ist am Ertrag des Sportwetten-Terminals beteiligt.

2.2. Am 26.4.2021 um 17:40 Uhr war das Lokal geöffnet und spielte („tippte") D M im dortigen Kundenbereich am Sportwetten-Terminal, ohne dabei eine FFP2-Maske (oder eine sonstige Maske) zu tragen. Er erwarb jedoch weder Waren noch nahm er eine Dienstleistung des Gastgewerbes in Anspruch.

2.3. Der Beschwerdeführer bezieht ein monatliches Nettoeinkommen von rund 3.000 Euro und monatliche Mieteinnahmen von monatlich 8.300 Euro. An Kreditrückzahlungen im Zusammenhang mit den Mietobjekten hat er monatlich rund 2.800 Euro zu leisten. Er hat Sorgepflichten (zwei Kinder). Seit dem Jahr 2020 weist er 21 rechtskräftige verwaltungsstrafrechtliche Vormerkungen wegen Übertretung der Straßenverkehrsordnung 1960, des Kraftfahrgesetzes 1967, des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes, des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes und des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes auf.

3. Beweiswürdigung:

3.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsicht in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt und Beischaffung eines Auszuges aus dem Gewerbeinformationssystem Austria (GISA) und der Website des Beschwerdeführers. Es wurde eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, in welcher diese unbedenklichen Urkunden mit den Parteien sachlich und rechtlich erörtert wurden.

3.2. Zu den Feststellungen im Einzelnen:

3.2.1. Die Feststellungen zur Gastgewerbebetriebsstätte des Beschwerdeführers (Punkt 2.1.) gründen auf den beigeschafften Auszügen und den unbedenklichen Angaben des Beschwerdeführers im Rahmen der öffentlichen mündlichen

Verhandlung, denen auch kein widersprechendes Parteienvorbringen entgegenstand.

3.2.2. Die Feststellungen zum Tathergang (Punkt 2.2.) basieren auf den schlüssigen polizeilichen Wahrnehmungen in der Anzeige im Verwaltungsstrafakt, die vom Beschwerdeführer auch nicht in Abrede gestellt wurden.

3.2.3. Die Feststellungen zu den Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen (Punkt 2.3.) basieren ebenso auf den unbedenklichen Angaben des Beschwerdeführers.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beurteilt den festgestellten Sachverhalt rechtlich wie folgt:

4.1. Gemäß § 50 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) in der Sache selbst zu entscheiden. Gemäß Art. 130 Abs. 3 B-VG liegt - außer in Verwaltungsstrafsachen und in den zur Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Bundes für Finanzen gehörenden Rechtssachen - Rechtswidrigkeit nicht vor, soweit das Gesetz der Verwaltungsbehörde Ermessen einräumt und sie dieses im Sinne des Gesetzes geübt hat. Die danach bestehenden Einschränkungen für die verwaltungsgerichtliche Überprüfung behördlicher Ermessensentscheidungen gelten demnach nicht in Verwaltungsstrafsachen. Vielmehr ist das Verwaltungsgericht nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hier nicht bei der Ermessenskontrolle beschränkt, sondern hat - in Verwaltungsstrafsachen - auch das im Gesetz vorgesehene Ermessen zu üben (vgl. VwGH 6.3.2020, Ro 2019/02/0007).

4.2. Die maßgeblichen Bestimmungen lauteten im Tatzeitpunkt auszugsweise:

4.2.1. 4. COVID-19-SchuMaV (BGBl. II Nr. 58/2021; § 5: in der Fassung BGBl. II Nr. 76/2021):

„Präambel/Promulgationsklausel

Auf Grund der §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 und 5 Abs. 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes, BGBl. I Nr. 12/2020, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 23/2021, sowie des § 15 des Epidemiegesetzes 1950, BGBl. Nr. 186/1950, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 23/2021, wird im Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrats verordnet:

[...]

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.

[...]

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.
[...]
Betreten
§ 16. Als Betreten im Sinne dieser Verordnung gilt auch das Verweilen (§ 1 Abs. 2 des COVID-19-Maßnahmengesetzes [COVID-19-MG], BGBl. I Nr. 12/2020).
[...]"

4.2.2. COVID-19-MG (BGBl. I Nr. 12/2020 in der Fassung BGBl. I Nr. 104/2020):

„Anwendungsbereich und allgemeine Bestimmungen
§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz ermächtigt zur Regelung des Betretens und des Befahrens von Betriebsstätten, Arbeitsorten, bestimmten Orten und öffentlichen Orten in ihrer Gesamtheit, zur Regelung des Benutzens von Verkehrsmitteln sowie zu Ausgangsregelungen als gesundheitspolizeiliche Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19.
(2) Als Betreten im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt auch das Verweilen.
[...]
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,
[...]
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.
[...]
Strafbestimmungen
§ 8
[...]
(3) Wer als Inhaber einer Betriebsstätte [...] nicht dafür Sorge trägt, dass die Betriebsstätte [...], 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 [...] nicht dafür Sorge trägt, dass die Betriebsstätte [...] 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.
[...]"

4.3. Zum objektiven Tatbestand:

4.3.1. Betretungsverbot für Gastgewerbebetriebe:

4.3.1.1. Die Bestimmung des § 7 Abs. 1 4. COVID-19-SchuMaV sah im Tatzeitpunkt u. a. 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).

4.3.1.2. Für die Verwirklichung des Tatbilds des § 7 Abs. 1 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.

4.3.1.3. Nach den – im Übrigen unstrittigen – Feststellungen hat sich zum genannten Tatzeitpunkt D M ohne FFP2-Maske (oder eine sonstige Maske) im Kundenbereich des Gastgewerbebetriebs „x" des Beschwerdeführers aufgehalten, um am dort aufgestellten Sportwetten-Terminal zu spielen („tippen"), weshalb er als Kunde dieses Gastgewerbebetriebs anzusehen ist. Eine darüber hinausgehende Absicht zum Erwerb von Waren oder die Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes lag nach den Feststellungen nicht vor.

4.3.1.4. 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 Gewerbeordnung 1994 (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 (etwa Kartenspiele, Brettspiele, Billard, Tischtennis, Kegeln). 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 2.10.2013, B 1316/2012) 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 GewO 1994 ausgenommen. Dies entspricht auch der verfassungsrechtlich festgelegten Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern: Während die Regelungskompetenz für Gewerbeangelegenheiten gemäß Artikel 10 Abs. 1 Z 8 B-VG in die Kompetenz des Bundesgesetzgebers fällt, liegt die Kompetenz zur Regelung des „Wettwesens" gem. Artikel 15 Abs. 3 B-VG („öffentliche Belustigungen und Schaustellungen aller Art") im Kompetenzbereich der Landesgesetzgeber (vgl. VwGH 11.7.2018, Ra 2018/17/0048 mit Verweis auf VfSlg. 1477/1932). Dementsprechend ist für die Aufstellung von Sportwetten-Terminals in Oberösterreich das Landesgesetz über den Abschluss von Wetten und das Vermitteln von Wetten und Wettkunden (Oö. Wettgesetz) maßgeblich.

4.3.1.5. Aufgrund der oben dargestellten Rechtslage steht damit fest, dass das Aufstellen und der Betrieb von Sportwetten-Terminals nicht in den Anwendungsbereich der GewO 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 GewO 1994 – daher auch keine „Dienstleistung des Gastgewerbes" im Sinne des § 7 Abs. 1 4. COVID-19-SchuMaV sein.

4.3.1.6. 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 4. COVID-19-SchuMaV, welches ausdrücklich auf den Erwerb von Waren und Inanspruchnahme von „Dienstleistungen des Gastgewerbes" beschränkt ist, nicht anwendbar. In diesem Sinn kann auch dem Beschwerdeführer nicht der Vorwurf gemacht werden, dass er als Inhaber seines Gastgewerbebetriebs entgegen der Bestimmung des § 8 Abs. 3 COVID-19-MG nicht für die Einhaltung des Betretungsverbots nach § 7 Abs. 1 4. COVID-19-SchuMaV Sorge getragen hätte.

4.3.2. Betretungsbeschränkungen bei Kundenbereichen:

Wie oben dargestellt, ist das Betreten von Gastgewerbebetrieben gemäß § 7 Abs. 1 4. COVID-19-SchuMaV zum Zweck „des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes" verboten, das Betreten zu anderen Zwecken hingegen nicht untersagt.

Da im gegenständlichen Fall D M den Kundenbereich des Gastgewerbebetriebs zu anderen Zwecken, nämlich um am Sportwetten-Terminal zu tippen, betrat, sind für die rechtliche Beurteilung des festgestellten Sachverhalts die Betretungsbeschränkungen für Kundenbereiche im Sinne des § 5 Abs. 1 4. COVID-19-SchuMaV maßgeblich:

Nach dieser Rechtsvorschrift waren Kunden im Tatzeitpunkt verpflichtet, eine FFP2-Maske (oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard) u. a. beim Betreten des Kundenbereichs bzw. beim Verweilen im Kundenbereich

(§ 16 leg. cit.) zu tragen. Nachdem der Genannte beim Tippen im Kundenbereich des Gastlokals eine solche Maske jedoch nicht trug, steht rechtlich fest, dass der Beschwerdeführer als Inhaber des Gastgewerbebetriebs „x" gemäß § 8 Abs. 4 COVID-19-MG nicht ausreichend dafür Sorge trug, dass die dementsprechende Voraussetzung bzw. Auflage des § 5 Abs. 1 4. COVID-19-SchuMaV eingehalten wird.

4.3.3. Änderung der rechtlichen Beurteilung:

4.3.3.1. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Beschwerdeführer zwar nicht den Tatbestand des § 8 Abs. 3 COVID-19-MG iVm § 7 Abs. 1 4. COVID-19-SchuMaV, jedoch den Tatbestand des § 8 Abs. 4 COVID-19-MG iVm § 5 Abs. 1 Z 2 4. COVID-19-SchuMaV erfüllt hat.

4.3.3.2. Das Landesverwaltungsgericht ist auch im Verfahren nach dem Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) berechtigt und verpflichtet, die rechtliche Qualifikation der verfolgten Tat gegebenenfalls richtigzustellen (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 19.4.2012, 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 27.1.2011, 2010/09/0194, sowie zur Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit VwGH 20.5.2015, Ra 2014/09/0033).

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

4.3.3.4. Aus den oben dargestellten Gründen geht das erkennende Gericht von einer Übertretung des § 8 Abs. 4 COVID-19-MG iVm § 5 Abs. 1 Z 2 4. COVID-19-SchuMaV aus und war daher der Spruch dementsprechend zu korrigieren.

4.4. Zur subjektiven Tatseite ist darauf hinzuweisen, dass gemäß § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist dabei 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. In concreto enthielten weder die 4. COVID-19-SchuMaV noch das COVID-19-MG im Tatzeitpunkt eine Bestimmung über das Verschulden und gehörte zum gegenständlichen Tatbestand auch weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr; es handelt sich somit um ein so genanntes Ungehorsamsdelikt. Eine Fahrlässigkeit des Beschwerdeführers wäre somit (nur) dann nicht anzunehmen, wenn er dem Landesverwaltungsgericht glaubhaft gemacht hätte, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.
Umstände, weshalb dem Beschwerdeführer die Übertretung des Tatbildes nicht auch subjektiv vorgeworfen werden kann, wurde aber weder vom Beschwerdeführer dargetan noch sind solche für das Landesverwaltungsgericht ersichtlich. So sind etwa auch keine Indizien ersichtlich, weshalb es gerade dem Beschwerdeführer nicht möglich und zumutbar gewesen sein sollte, dafür Sorge zu tragen, dass der Kundenbereich seines Gastgewerbebetriebs (entgegen den Voraussetzungen und Auflagen der 4. COVID-19-SchuMaV) nicht ohne Maske betreten wird. Wenn sich der Beschwerdeführer vor dem Landesverwaltungsgericht damit rechtfertigte, dass tippende Personen immer wieder die Aufforderung seiner Mitarbeiter, Maske zu tragen, ignorierten, so zeigt der Beschwerdeführer 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.
4.5. Zur Höhe der verhängten Strafe:
4.5.1. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den vom Gesetzgeber in der Bestimmung des § 19 VStG festgelegten Kriterien vorzunehmen ist (vgl. VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013). 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. Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren 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. Inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen

hat, ist hingegen seit der VStG-Novelle BGBl. I Nr. 33/2013 kein Strafbemessungskriterium mehr (*Weilguni* in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG[2] § 19 Rz 5 [Stand 1.5.2017, rdb.at]).

4.5.2. Der Einhaltung der Verpflichtung dafür Sorge zu tragen, dass Kunden den Kundenbereich einer Betriebsstätte nur mit einer FFP2-Maske (oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard) betreten, kam eine wichtige Bedeutung zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 in der epidemiologischen Situation und damit zum Schutz der Gesundheit der Menschen sowie der Gesundheitsinfrastruktur zu (vgl. dazu etwa VfGH 3.12.2021, V 617/2020 u. a.). Dieses bedeutende Rechtsgut wurde vom Beschwerdeführer durch sein inkriminiertes Verhalten nicht unwesentlich beeinträchtigt. Es liegt ein zumindest fahrlässiges Verhalten des Beschwerdeführers vor.

Von der belangten Behörde wurde zu Recht kein Milderungs- oder Erschwerungsgrund in die Strafbemessung miteinbezogen. Weiters ist von einem überdurchschnittlich hohen Einkommen und zwei Sorgepflichten des Beschwerdeführers auszugehen.

4.5.3. Wer – wie der Beschwerdeführer – nicht ausreichend dafür Sorge trägt, dass Kunden - entgegen den in § 5 Abs. 1 Z 2 4. COVID-SchuMaV iVm § 3 Abs. 1 Z 1 COVID-19-MG festgelegten Voraussetzungen bzw. an ihn gerichteten Auflagen – den Kundenbereich seiner Betriebsstätte nicht ohne eine FFP2-Maske (oder eine Maske mit mindestens gleichwertig genormtem Standard) betreten, ist gemäß § 8 Abs. 4 COVID-19-MG mit einer Geldstrafe von bis zu 3.600 Euro, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe von bis zu vier Wochen, zu bestrafen. Insgesamt erscheint dem Landesverwaltungsgericht in Abwägung der oben im Einzelnen angeführten Kriterien der Strafzumessung eine Geldstrafe in der Höhe von 600 Euro als tat- und schuldangemessen. Insbesondere im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut der körperlichen Integrität erscheint diese Strafe aus spezialpräventiven Gründen notwendig, um den Beschwerdeführer von weiteren gleich gelagerten Delikten abzuhalten. Auch generalpräventive Gründe sprechen in Anbetracht der vorherrschenden Pandemie für eine Verhängung der Strafe in dieser Höhe.

4.5.4. Die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe, der ein Strafrahmen gemäß § 8 Abs. 3 COVID-19-MG von bis zu 30.000 Euro zugrunde lag, war daher mit dem gegenständlichen Erkenntnis herabzusetzen. Hingegen war die von der belangten Behörde festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe (2 Tage 19 Stunden) zu bestätigen, da gemäß § 42 VwGVG aufgrund einer vom Beschuldigten erhobenen Beschwerde in einem Erkenntnis keine höhere Strafe verhängt werden darf als im angefochtenen Bescheid (vgl. VwGH 5.9.2018, Ra 2018/11/0144).

Zu Punkt II.:

5.1. Gemäß § 64 Abs. 1 und 2 VStG hat der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde zu leisten, der

mit 10 % der jeweils verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro zu bemessen ist. Durch die Herabsetzung der mit dem angefochtenen Straferkenntnis verhängten Strafe auf 60 Euro vermindert sich der vom Beschwerdeführer zu tragende Beitrag für die vor der belangten Behörde aufgelaufenen Verfahrenskosten von 200 Euro auf 60 Euro (10 % von 600 Euro).

Zu Punkt II.:

6. Die ordentliche Revision ist zulässig, da der Lösung der Rechtsfrage, ob Dienstleistungen wie das Betreiben eines Wettterminals, die nicht im Rahmen der Gastgewerbeberechtigung (etwa als Nebenrecht im Sinne des § 111 Abs. 4 Z 2 GewO 1994) ausgeübt werden, jedoch im Gastgewerbebetrieb de facto angeboten werden, im Tatzeitpunkt vom Verbot des Betretens und Befahrens von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe im Sinne des § 7 Abs. 1 4. COVID-19-SchuMaV (BGBl. II Nr. 58/2021) erfasst wurden, eine 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. Steinschnack