

# TE Vfgh Erkenntnis 1980/3/14 B503/77

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 14.03.1980

## Index

50 Gewerberecht

50/01 Gewerbeordnung

## Norm

B-VG Art7 Abs1 / Verwaltungsakt

B-VG Art144 Abs1 / Prüfungsmaßstab

StGG Art6 Abs1 / Erwerbsausübung

GewO 1973 §190 Z4, §190 Z5

GewO 1973 §340 Abs7

StVO 1960 §1 Abs1

StVO 1960 §2 Abs1 Z1

VfGG §87 Abs1

## Leitsatz

GewO 1973; keine Bedenken gegen §190 Z4 und 5 und §340 Abs7; keine denkunmögliche und keine willkürliche Anwendung

## Spruch

Die Beschwerde wird abgewiesen.

## Begründung

Entscheidungsgründe:

I.1. Der Beschwerdeführer hat am 18. Juli 1977 bei der Bezirkshauptmannschaft Dornbirn das "konzessionsfreie Gastgewerbe" mit dem beabsichtigten Standort in Dornbirn, M-strasse, angemeldet.

Die Bezirkshauptmannschaft Dornbirn hat mit Bescheid vom 8. September 1977 diese Gewerbeanmeldung nicht zur Kenntnis genommen und die weitere Ausübung des Gewerbes an diesem Standort untersagt.

Der Landeshauptmann von Vbg. hat mit Bescheid vom 18. Oktober 1977 der dagegen vom Beschwerdeführer erhobenen Berufung keine Folge gegeben und den erstinstanzlichen Bescheid mit der Maßgabe bestätigt, daß der Spruch wie folgt zu lauten hat:

"Gemäß §340 Abs7 GewO 1973 wird festgestellt, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des von W. K. angemeldeten Gewerbes gemäß §190 Z4 und 5 GewO 1973 mit dem Standort Dornbirn, M-strasse, nicht vorliegen. Die weitere Ausübung des Gewerbes wird somit untersagt."

Der angefochtene Bescheid wird im wesentlichen damit begründet, daß die Speisen nicht "auf der Straße" verabreicht werden sollen.

2. Gegen diesen Berufungsbescheid wendet sich die vorliegende, auf Art144 B-VG gestützte Beschwerde, in der die Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz behauptet und die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Bescheides, allenfalls die Abtretung der Beschwerde an den VwGH beantragt wird.

II. Der VfGH hat erwogen:

1. a) Der angefochtene Bescheid greift in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung (Art6 Abs1 StGG) ein; der VfGH hat deshalb, obwohl das vom Beschwerdeführer nicht geltend gemacht wird, auch zu untersuchen, ob dieses Recht verletzt worden ist. Das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf freie Erwerbsbetätigung wird nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH (zB VfSlg. 8303/1978) durch einen solchen Bescheid nur verletzt, wenn der Bescheid entweder ohne jede gesetzliche Grundlage erlassen wurde, wenn er sich auf ein verfassungswidriges Gesetz stützt oder wenn bei Erlassung des Bescheides eine gesetzliche Bestimmung in denkunmöglicher Weise angewendet wurde.

b) Der Beschwerdeführer behauptet, im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz verletzt worden zu sein.

Mit diesem Vorwurf könnte er nach der ständigen Judikatur des VfGH (zB VfSlg.8238/1978) nur dann im Recht sein, wenn der bekämpfte Bescheid auf einer dem Gleichheitsgebot widersprechenden Rechtsgrundlage beruhte, wenn die Behörde der angewendeten Rechtsvorschrift fälschlich einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt oder wenn sie Willkür geübt hätte. Ein willkürliches Verhalten kann der Behörde ua. dann vorgeworfen werden, wenn sie den Beschwerdeführer aus unsachlichen Gründen benachteiligt hat oder aber, wenn der angefochtene Bescheid wegen gehäuften Verkennens der Rechtslage in einem besonderen Maße mit den Rechtsvorschriften in Widerspruch stünden, nicht aber, wenn die Behörde - ungeachtet des Erfolges ihrer Bestrebungen - bemüht war, das Gesetz richtig anzuwenden (vgl. zB VfSlg. 7527/1975).

2. a) Nach §189 Abs1 Z2 bis 4 der Gewerbeordnung 1973,BGBI. 50/1974 (GewO 1973), unterliegen der Konzessionspflicht als Gastgewerbe die Verabreichung von Speisen jeder Art und der Verkauf von warmen und angerichteten kalten Speisen sowie der Ausschank von Getränken und der Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen.

Dem §190 Z4 GewO 1973 zufolge sind von dieser Konzessionspflicht ausgenommen die Verabreichung von Fleisch, Fleischwaren, Brot, Gebäck und anderen im Gesetz genannten Speisen "auf der Straße oder bei Veranstaltungen im Freien, wenn vom Gewerbetreibenden keine Tische oder Sitzgelegenheiten bereitgehalten werden, und der Verkauf von warmen oder angerichteten kalten Speisen in diesem Umfang". Gem. §190 Z5 dieses Gesetzes unterliegen der Konzessionspflicht weiters nicht "der Ausschank von Milchmischgetränken, anderen nichtalkoholischen kalten Getränken und Flaschenbier auf der Straße oder bei Veranstaltungen im Freien, wenn vom Gewerbetreibenden keine Tische oder Sitzgelegenheiten bereitgehalten werden".

Die unter die zuletzt genannten Bestimmungen fallenden Gewerbe sind Anmeldungsgewerbe iS des§5 GewO 1973. Nach §340 Abs1 hat die Bezirksverwaltungsbehörde aufgrund der Anmeldung eines solchen Gewerbes zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes durch den Anmelder in dem betreffenden Standort vorliegen. Ist dies nicht der Fall, so hat gem. §340 Abs7 die Bezirksverwaltungsbehörde dies mit Bescheid festzustellen und die Ausübung des Gewerbes zu untersagen.

b) Der angefochtene Bescheid wird auf §340 Abs7 iVm §190 Z4 und 5 GewO 1973 gestützt. Er ist nicht gesetzlos ergangen.

Der Beschwerdeführer bringt keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Rechtsvorschriften vor. Auch beim VfGH sind derartige Bedenken nicht entstanden.

c) aa) Der angefochtene Bescheid wird im wesentlichen wie folgt begründet:

"... Es ist nun unbestreitbar, daß im vorliegenden Falle von einer Gewerbeausübung im Rahmen einer Veranstaltung im Freien nicht gesprochen werden kann. Eine Prüfung in dieser Hinsicht war daher entbehrlich. Zu prüfen war hingegen aber die Frage, ob die Gewerbeausübung auf der Straße erfolgt.

Dem in der Gewerbeordnung verwendeten Begriff der Straße ist nach Auffassung der Berufungsbehörde aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung jener Inhalt beizumessen, wie er sich aus der Straßenverkehrsordnung ergibt. Demnach handelt es sich bei einer Straße um eine für den öffentlichen Verkehr bestimmte Verkehrsfläche. Nach den straßenpolizeilichen Vorschriften liegt das Kriterium des öffentlichen Verkehrs dann vor, wenn die Straße von jedermann unter den gleichen Bedingungen benutzt werden kann.

Zwecks Feststellung des Sachverhaltes fand unter diesem Gesichtspunkt am 12. Oktober 1977 ein Augenschein an Ort und Stelle statt. In diesem Rahmen wurde erhoben, daß der in Rede stehende Verkaufsstand ca. sieben Meter von der äußeren Gehsteigkante entfernt im südseitigen Hof des Hauses Dornbirn, M-straße, steht. Bei diesem Hof handelt es sich um einen Parkplatz für die Kunden der Metzgerei des Berufswerbers, auf den die obgenannten Merkmale einer Straße mit öffentlichem Verkehr keineswegs zutreffen, da sie nach der Widmung des Eigentümers nur einer bestimmten Personengruppe zur Benutzung freisteht.

Somit fehlt jedenfalls das im §190 Z4 und 5 der GewO 1973 geforderte Merkmal der Gewerbeausübung "auf der Straße", sodaß allein schon deshalb die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Gewerbeanmeldung nicht vorliegen und daher der Berufung ein Erfolg zu versagen war."

bb) In der Beschwerde wird der Sachverhalt wie folgt geschildert:

"Der Beschwerdeführer hat auf einem asphaltierten Hofraum an der Südseite des Hauses Dornbirn, M-straße anstoßend an die Hauswand und in einer Entfernung von ca. 7 m zur äußeren Gehsteigkante der Bundesstraße einen fahrbaren Verkaufskiosk aufgestellt. Dieser Hofraum wird südseitig durch eine Privatstraße begrenzt.

Aufgrund der Ersitzung verläuft über diese Privatstraße ein öffentliches Geh- und Fahrrecht für zumindest einspurige Fahrzeuge.

Ostseitig grenzt an diesen Hofraum der im Eigentum des Beschwerdeführers stehende Autoabstellstreifen und Gehsteig der Bundesstraße. Der Hofraum ist nicht eingefriedet. Er wird seit jeher als Parkplatz und Abstellplatz für Fahrräder und dergleichen, insbesondere für Kunden der Metzgerei benutzt. Fußgänger, die von Norden aus der Bundesstraße 190 in die Privatstraße einbiegen, überqueren den Hofraum zur Abkürzung ihres Weges."

Der Beschwerdeführer meint, die GewO 1973 enthalte keine Definition des Begriffes "Straße"; die im §2 Abs1 Z1 StVO 1960 enthaltene Begriffsumschreibung gelte nur für den Bereich der Straßenpolizei. Das Vbg. Straßengesetz, LGBI. 8/1969, definiere den Begriff der Straße als bauliche Anlagen, die mit einem Grundstück in fester Verbindung stehen und dem Verkehr von Fußgängern, Tieren und Fahrzeugen dienen, ohne Rücksicht darauf, ob sie jeder Art oder nur bestimmten Arten dieses Verkehrs dienen. Werde für die GewO 1973 gerade im Anwendungsbereich des Bundeslandes Vbg. dieser weite Straßenbegriff herangezogen, erfolge der Verkauf durch den Beschwerdeführer im vorliegenden Fall "auf der Straße" auch dann, wenn die Verkaufsstelle auf einem Parkplatz ca. 7 m von der äußeren Gehsteigkante entfernt ist.

Außerdem sei die belangte Behörde zu Unrecht davon ausgegangen, daß der Verkaufsstand derzeit 7 m von der äußeren Gehsteigkante entfernt stehe. Sie habe nicht berücksichtigt, daß der Beschwerdeführer als beabsichtigten Standort "Dornbirn, M-straße" angegeben habe, ohne zu präzisieren, ob die gewerbliche Tätigkeit auf dem Gehsteig, auf dem Hofraum oder in einer mehr oder weniger großen Entfernung von der äußeren Gehsteigkante ausgeübt werden soll. Die Behörde hätte daher - wie der Beschwerdeführer meint - selbst bei Anwendung ihrer eigenen Gesetzesauslegung dazu Stellung nehmen müssen, in welchen Bereichen des Grundstückes des Beschwerdeführers sie die Voraussetzung des Verkaufes "auf der Straße" noch als erfüllt erachtet.

cc) Die belangte Behörde hat weder denkunmöglich noch willkürlich gehandelt, wenn sie davon ausgegangen ist, der Standort des angemeldeten Gewerbes sei der, den sie bei dem am 12. Oktober 1977 vorgenommenen Lokalaugenschein tatsächlich festgestellt hat; der Verkaufsstand (ein Verkaufswagen) befand sich damals - vom Beschwerdeführer im übrigen zugestanden - 7 m von der äußeren Gehsteigkante der Bundesstraße 190 entfernt im Hof des Hauses Dornbirn, M-straße. Auch die Annahme, daß dieser Hof ein Parkplatz für Kunden des Beschwerdeführers (der im erwähnten Haus eine Metzgerei betreibt) sei, ist nicht denkunmöglich und nicht willkürlich.

Das Ergebnis, zu dem die belangte Behörde bei der rechtlichen Würdigung dieses Sachverhaltes gelangt, ist immerhin vertretbar: Die GewO 1973 enthält keine Definition des im §190 Z4 und 5 verwendeten Begriffes "Straße". Dieses Gesetz verwendet an einigen Stellen den Ausdruck "Straße" (zB in den §§58, 59, 105, 128 und auch in den hier maßgeblichen Bestimmungen des §190 Z4 und 5), an anderer Stelle aber den Ausdruck "Straßen mit öffentlichem Verkehr" (§74 Abs2 Z4). Daraus kann jedoch noch nicht mit Sicherheit abgeleitet werden, daß nicht auch in den erstgenannten Gesetzesstellen die Straße im öffentlichen Verkehr gemeint ist; vielmehr ist es immerhin möglich, daß sich der Gesetzgeber dort nur einer verkürzten Ausdrucksweise bedient hat.

Es ist sohin nicht ausgeschlossen, zur Bestimmung des Inhaltes des im §190 Z4 und 5 GewO 1973 verwendeten Ausdruckes "Straße" auf die Umschreibung des Begriffes "Straßen mit öffentlichem Verkehr" im §1 Abs1 StVO 1960 zurückzugreifen, zumal die StVO 1960 ebenso wie die GewO 1973 vom selben Gesetzgeber erlassen worden sind. Straßen mit öffentlichem Verkehr sind danach alle für den Fußgänger- oder Fahrzeugverkehr bestimmten Landflächen samt den in ihrem Zuge befindlichen und diesem Verkehr dienenden baulichen Anlagen (§2 Abs1 Z1 StVO 1960), die von jedermann unter gleichen Bedingungen benutzt werden können; die Besitz- oder Eigentumsverhältnisse sind für diese Qualifikation bedeutungslos (vgl. VfSlg. 8057/1977).

Auch die Erläuterungen zu §186 Z4 und 5 der die GewO 1973 betreffenden Regierungsvorlage (395 BlgNR, XIII. GP) - diese Bestimmungen entsprechen dem §190 Z4 und 5 des vom Nationalrat beschlossenen Gesetzes - sprechen nicht gegen die Denkmöglichkeit der von der belangten Behörde gefundenen Auslegung.

Es ist nicht völlig ausgeschlossen, unter den gegebenen Umständen anzunehmen, daß sich der Verkaufsstand nicht "auf der Straße" im dargestellten Sinn befunden hat, sondern auf einem nicht dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Kundenparkplatz; dies ungeachtet dessen, daß diese Fläche von einer Straße mit öffentlichem Verkehr ohne weiteres für jeden Verkehrsteilnehmer unmittelbar erreichbar ist, da ein solcher Parkplatz eben nur zum Abstellen von Fahrzeugen von Kunden des Gewerbetreibenden bestimmt ist.

d) aa) Der Beschwerdeführer bringt zur Begründung seiner Behauptung, im Gleichheitsrecht verletzt worden zu sein, weiters vor, daß sich im Wirkungsbereich der belangten Behörde etwa 30 bis 40 Verkaufsstände befänden, in denen das konzessionsfreie Gastgewerbe ausgeübt werde; von diesen Verkaufsständen seien höchstens zwei bis drei "auf der Straße" iS der von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid ausgeführten Rechtsansicht; in allen anderen Fällen stünden die Verkaufsstände ebenfalls auf Hofräumen, Hausvorplätzen oder sonstigen privaten Grundstücken, wobei die Verkaufsstände mehrere Meter vom Fahrbahnrand und von den Gehsteigen entfernt seien. Derartige Gewerbeanmeldungen für konzessionsfreie Gastgewerbe gem. §190 Z4 und 5 GewO 1973 seien bisher in Vbg. unbeanstandet zur Kenntnis genommen worden.

bb) Die belangte Behörde führt zu diesem Vorwurf in der Gegenschrift aus, daß sie in dem in Beschwerde gezogenen Bescheid erstmals im Instanzenzug über eine Gewerbeanmeldung nach §190 Z4 und 5 GewO 1973 zu entscheiden gehabt hätte, bei welcher der Frage der Auslegung des Begriffes "Straße" entscheidungswesentliche Bedeutung zukommt.

cc) Der VfGH hat die Akten über die vom Beschwerdeführer angeführten, mit seiner Gewerbeanmeldung angeblich vergleichbaren Vorgänge angefordert und eingesehen. Auch aus der Beurteilung dieser Akten hat sich kein Indiz für ein willkürliches Vorgehen der belangten Behörde bei Erlassung des angefochtenen Bescheides ergeben.

Der Umstand, daß die Vbg. Gewerbebehörden den Begriff "auf der Straße" zu verschiedenen Zeiten verschieden beurteilt haben, weist noch nicht nach, daß die belangte Behörde bei Erlassung des angefochtenen Bescheides willkürlich vorgegangen ist. Vielmehr ergibt sich aus dem Verwaltungsgeschehen, daß sie um eine richtige Anwendung des Gesetzes bemüht war. Sie hat sich mit der ihr aufgegebenen Rechtsfrage eingehend auseinandergesetzt und ist jedenfalls nicht leichtfertig von der bisherigen Praxis ihrer Unterbehörden abgewichen.

e) Der VfGH betont, daß er unter dem Gesichtspunkt der von ihm hier wahrzunehmenden Rechtsverletzungen nicht zu prüfen hatte, ob die belangte Behörde das Gesetz auch richtig angewendet hat.

f) Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Bescheid sohin weder im Recht auf Erwerbsausübungsfreiheit noch im Gleichheitsrecht verletzt worden.

3. Das Verfahren hat auch nicht ergeben, daß der Beschwerdeführer in einem anderen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in seinen Rechten verletzt worden ist.

Die Beschwerde war daher abzuweisen.

**Schlagworte**

Gewerberecht, Gastgewerbe, Auslegung, Straßenpolizei, VfGH / Prüfungsmaßstab

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VFGH:1980:B503.1977

**Dokumentnummer**

JFT\_10199686\_77B00503\_00

**Quelle:** Verfassungsgerichtshof VfGH, <http://www.vfgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)