

TE Lvwg Erkenntnis 2014/12/30 VGW-021/006/29328/2014/E

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.12.2014

Entscheidungsdatum

30.12.2014

Index

50/02 Sonstiges Gewerbeerecht

50/01 Gewerbeordnung

40/01 Verwaltungsverfahren

Norm

ÖffnungszeitenG §1

ÖffnungszeitenG §2 Z2

GewO §11

GewO §111 Abs4 Z4

VwGVG §50

VwGVG §52 Abs8

VStG §45 Abs1 Z2

1. VwGVG § 50 heute
 2. VwGVG § 50 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
 3. VwGVG § 50 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
 4. VwGVG § 50 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016
-
1. VwGVG § 52 heute
 2. VwGVG § 52 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
 3. VwGVG § 52 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2018
-
1. VStG § 45 heute
 2. VStG § 45 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 3. VStG § 45 gültig von 01.07.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 4. VStG § 45 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.2013

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Prasch über die Berufung des Herrn A., vertreten durch Rechtsanwälte, Zahl MBA 13- S 17642/13 betreffend Öffnungszeitengesetz

zu Recht e r k a n n t:

Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben und das Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Zi 2 VStG eingestellt. Gemäß Paragraph 50, VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben und das Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Zi 2 VStG eingestellt.

Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG keinen Beitrag zu den Kosten der Beschwerde zu leisten. Der Beschwerdeführer hat gemäß Paragraph 52, Absatz 8, VwGVG keinen Beitrag zu den Kosten der Beschwerde zu leisten.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Abs. 1 VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Mit Straferkenntnis vom 03.07.2013 wurde dem nunmehrigen Berufungswerber zur Last gelegt, er habe als gewerberechtlicher Geschäftsführer (§§ 39 und 370 Abs. 1 GewO 1994) der I. mit Sitz in Wien, H.-straße, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Inhaberin der für den Kleinverkauf von Waren bestimmten Betriebseinrichtung in Wien, O.-gasse am (Sonntag) 24.02.2013 die Verkaufsstelle nicht geschlossen gehalten und somit die gesetzliche Öffnungszeit nicht eingehalten habe. Wegen Verletzung des § 11 iVm § 368 GewO wurde über den Berufungswerber eine Geldstrafe in der Höhe von 175 Euro, im Nichteinbringungsfall eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag 5 Stunden, verhängt sowie gemäß § 64 VStG ein erstinstanzlicher Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 17,50 Euro, das sind 10 % der Strafe, vorgeschrieben. Mit Straferkenntnis vom 03.07.2013 wurde dem nunmehrigen Berufungswerber zur Last gelegt, er habe als gewerberechtlicher Geschäftsführer (Paragraphen 39 und 370 Absatz eins, GewO 1994) der römisch eins. mit Sitz in Wien, H.-straße, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Inhaberin der für den Kleinverkauf von Waren bestimmten Betriebseinrichtung in Wien, O.-gasse am (Sonntag) 24.02.2013 die Verkaufsstelle nicht geschlossen gehalten und somit die gesetzliche Öffnungszeit nicht eingehalten habe. Wegen Verletzung des Paragraph 11, in Verbindung mit Paragraph 368, GewO wurde über den Berufungswerber eine Geldstrafe in der Höhe von 175 Euro, im Nichteinbringungsfall eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag 5 Stunden, verhängt sowie gemäß Paragraph 64, VStG ein erstinstanzlicher Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 17,50 Euro, das sind 10 % der Strafe, vorgeschrieben.

In seiner frist- und formgerecht eingebrachten Berufung (welche mittlerweile als Beschwerde zu behandeln ist) wird ausgeführt:

„Der zur Gänze angefochtene Bescheid ist inhaltlich rechtswidrig und rechtswidrig in Folge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Mit dem angefochtenen Bescheid wird über den Berufungswerber eine Geldstrafe in Höhe von 175 Euro verhängt. Zuzüglich dazu wird ihm als Beitrag zu den Kosten des Verfahrens der Betrag von 17,50 Euro auferlegt.

Begründet wird dies damit, dass der Berufungswerber als gewerberechtlicher Geschäftsführer der I. mit Sitz in Wien, H.-straße, zu verantworten habe, dass die Gesellschaft als Inhaberin der für den Kleinverkauf von Waren bestimmten Betriebseinrichtung in Wien, O.-gasse, am 24.02.2013 die Verkaufsstelle nicht geschlossen gehalten habe. Begründet wird dies damit, dass der Berufungswerber als gewerberechtlicher Geschäftsführer der römisch eins. mit Sitz in Wien, H.-straße, zu verantworten habe, dass die Gesellschaft als Inhaberin der für den Kleinverkauf von Waren bestimmten Betriebseinrichtung in Wien, O.-gasse, am 24.02.2013 die Verkaufsstelle nicht geschlossen gehalten habe.

Dagegen richtet sich die eingebrachte Berufung.

1. Der Berufungswerber bestreitet nicht, offen gehalten zu haben, er war jedoch zum Aufhalten seines Betriebs berechtigt.

Der Berufungswerber verfügt über eine Speise- und Getränkekarte, auf der die im Geschäftslokal verabreichten Speisen und Getränke aufgelistet sind. Der Berufungswerber übt das Gastgewerbe tatsächlich aus, zumal zahlreiche Speisen und Getränke zum sofortigen Verzehr angeboten werden. Entscheidend ist dafür nicht, ob bei einer fünf- bis zehninütigen Kontrolle tatsächlich Speisen und Getränke im Lokal verzehrt worden sind oder nicht.

Wie aus der Anzeige hervorgeht, wurde ein Teil der Vitrinen durch Planen versperrt. Damit wurden jene Lebensmittel

und Getränke, die nicht gem. § 111 Abs 4 Z 4 Gewerbeordnung verkauft werden dürfen, abgedeckt. Daraus ist ersichtlich, dass der Berufungswerber bemüht ist, die Bestimmungen des Öffnungszeitengesetzes einzuhalten. Wie aus der Anzeige hervorgeht, wurde ein Teil der Vitrinen durch Planen versperrt. Damit wurden jene Lebensmittel und Getränke, die nicht gem. Paragraph 111, Absatz 4, Ziffer 4, Gewerbeordnung verkauft werden dürfen, abgedeckt. Daraus ist ersichtlich, dass der Berufungswerber bemüht ist, die Bestimmungen des Öffnungszeitengesetzes einzuhalten.

Geräte zur Speisenerzeugung sind im Lokal des Berufungswerbers sehr wohl vorhanden. Er verfügt über einen Mikrowellenherd sowie über einen Gasherd und bereitet die Speisen frisch im Lokal zu. Darüber hinaus werden auch kalte Speisen im Lokal des Berufungswerbers angeboten.

Da der Verkauf sämtlicher aufgelisteter Waren gemäß § 111 Abs. 4 Z 4 Gewerbeordnung zulässig war, hat der Berufungswerber die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen. Da der Verkauf sämtlicher aufgelisteter Waren gemäß Paragraph 111, Absatz 4, Ziffer 4, Gewerbeordnung zulässig war, hat der Berufungswerber die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen.

Dies hat die Erstbehörde verkannt.

Der Bescheid ist aus diesem Grund inhaltlich rechtswidrig und rechtswidrig in Folge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

2. Die Kunden können die Speisen und Getränke an den Verabreichungsplätzen im Lokal zu sich nehmen. Die im bekämpften Bescheid angeführte Wurst- und Käsewarenkühlvitrine besteht nur zu einem geringen Anteil aus Wurst- und Käsewaren, der größte Anteil in dieser Vitrine besteht aus Getränken. Der Berufungswerber ist berechtigt, die Wurst und Käsewaren zu verkaufen, das Wurst und Käse auch bei jenen Speisen, die im Betrieb verzehrt werden können, verwendet werden. Auch das vom Berufungswerber verkaufte Brot wird bei jenen Speisen, die im Lokal verabreicht werden, verwendet.

Als dies hat die Erstbehörde verkannt.

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte die Erstbehörde zum Ergebnis kommen müssen, dass der Berufungswerber nur jene Produkte verkauft hat, zu deren Verkauf er gemäß § 111 Abs 4 Z 4 Gewerbeordnung berechtigt ist. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte die Erstbehörde zum Ergebnis kommen müssen, dass der Berufungswerber nur jene Produkte verkauft hat, zu deren Verkauf er gemäß Paragraph 111, Absatz 4, Ziffer 4, Gewerbeordnung berechtigt ist.

Es liegt sohin keine Übertretung des Öffnungszeitengesetzes vor.

Der Bescheid ist aus diesem inhaltlich rechtswidrig und rechtswidrig in Folge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

3. Darüber hinaus ist die verhängte Geldstrafe überhöht.“

Das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren gründet sich auf die Anzeige der Magistratsabteilung 59, Marktamtsabteilung für den ... Bezirk, vom 26.02.2013 mit folgendem Sachverhalt:

„Die Firma I. – Phantasiebezeichnung „B.“ - ist im Standort -Wien, O.-gasse, zu den Gewerben, „Die Firma römisch eins. – Phantasiebezeichnung „B.“ - ist im Standort -Wien, O.-gasse, zu den Gewerben

1) „Gastgewerbe in der Betriebsart einer Imbissstube“, Reg.Zl.: ... (weitere Betriebsstätte zu -Wien, H.-straße) und

2) Bäcker gem. § 94 Z. 1 GewO 1973, Reg.Zl.: ... (weitere Betriebsstätte zu Wien, H.-straße), berechtigt und betreibt diese Gewerbe auch nach wie vor. 2) Bäcker gem. Paragraph 94, Ziffer eins, GewO 1973, Reg.Zl.: ... (weitere Betriebsstätte zu Wien, H.-straße), berechtigt und betreibt diese Gewerbe auch nach wie vor.

Beim gegenständlichen Betrieb handelt es sich dem äußeren Erscheinungsbild nach um ein Lebensmittelkleinhandelsgeschäft, also nicht um einen von den Bestimmungen des § 2 des Öffnungszeitengesetzes 2003, BGBl. Nr. 48/2003 idgF., ausgenommen Betrieb. Das Lebensmittelgeschäft hatte am Sonntag, 24.2.2013 für den KundInnenverkehr geöffnet, ohne hiezu berechtigt zu sein. Ein reiner „Bäckerei“ – Betrieb oder „reglementierter Gastgewerbebetrieb“ war nicht feststellbar. Das Erscheinungsbild des Betriebes entspricht augenscheinlich dem eines Lebensmitteleinzelhandelsgeschäfts. Beim gegenständlichen Betrieb handelt es sich dem äußeren Erscheinungsbild

nach um ein Lebensmittelkleinhandelsgeschäft, also nicht um einen von den Bestimmungen des Paragraph 2, des Öffnungszeitengesetzes 2003, Bundesgesetzblatt Nr. 48 aus 2003, idgF., ausgenommen Betrieb. Das Lebensmittelgeschäft hatte am Sonntag, 24.2.2013 für den KundInnenverkehr geöffnet, ohne hiezu berechtigt zu sein. Ein reiner „Bäckerei“ – Betrieb oder „reglementierter Gastgewerbebetrieb“ war nicht feststellbar. Das Erscheinungsbild des Betriebes entspricht augenscheinlich dem eines Lebensmitteleinzelhandelsgeschäfts.

Gemäß § 2 Z 2 Öffnungszeitengesetz ist der Warenverkauf im Rahmen eines Gastgewerbes in dem im § 111 Abs. 4 Z 4 GewO 1994 bezeichneten Umfang und eines Konditorgewerbes in dem im § 150 Abs. 11 GewO bezeichneten Umfang von den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes ausgenommen. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 2, Öffnungszeitengesetz ist der Warenverkauf im Rahmen eines Gastgewerbes in dem im Paragraph 111, Absatz 4, Ziffer 4, GewO 1994 bezeichneten Umfang und eines Konditorgewerbes in dem im Paragraph 150, Absatz 11, GewO bezeichneten Umfang von den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes ausgenommen.

Gemäß § 3 Öffnungszeitengesetz 2003 idgF sind Verkaufsstellen, soweit sich nicht nach folgenden Bestimmungen anderes ergibt, an Samstagen nach 18 Uhr, an Sonntagen, an Feiertagen (§ 7 Abs. 2 des Arbeitsruhegesetzes) und an Montagen bis 6 Uhr geschlossen zu halten. Gemäß Paragraph 3, Öffnungszeitengesetz 2003 idgF sind Verkaufsstellen, soweit sich nicht nach folgenden Bestimmungen anderes ergibt, an Samstagen nach 18 Uhr, an Sonntagen, an Feiertagen (Paragraph 7, Absatz 2, des Arbeitsruhegesetzes) und an Montagen bis 6 Uhr geschlossen zu halten.

Gemäß § 4 (1) leg. cit. dürfen die Verkaufsstellen (§ 1), soweit sich nicht nach den folgenden Bestimmungen anderes ergibt, an Montagen bis Freitagen von 6 Uhr bis 21 Uhr, an Samstagen von 6 Uhr bis 18 Uhr offen gehalten werden. Gemäß Paragraph 4, (1) leg. cit. dürfen die Verkaufsstellen (Paragraph eins.), soweit sich nicht nach den folgenden Bestimmungen anderes ergibt, an Montagen bis Freitagen von 6 Uhr bis 21 Uhr, an Samstagen von 6 Uhr bis 18 Uhr offen gehalten werden.

Da die I. im Standort neben dem Bäckereigewerbe, lediglich zur Ausübung des reglementierten Gastgewerbes gemäß § 94 Z. 26 GewO 1994 idgF. berechtigt ist, verfügt sie über keine Gewerbeberechtigung, welche sie zu Warenverkäufen an Sonn- und Feiertagen berechtigt. Da die I. den Betrieb an einem Sonntag – nämlich am Sonntag, 24.2.2013 – für den Verkauf von Lebensmitteln an Kunden geöffnet gehalten hat, erfolgt die Anzeige. Da die römisch eins. im Standort neben dem Bäckereigewerbe, lediglich zur Ausübung des reglementierten Gastgewerbes gemäß Paragraph 94, Ziffer 26, GewO 1994 idgF. berechtigt ist, verfügt sie über keine Gewerbeberechtigung, welche sie zu Warenverkäufen an Sonn- und Feiertagen berechtigt. Da die römisch eins. den Betrieb an einem Sonntag – nämlich am Sonntag, 24.2.2013 – für den Verkauf von Lebensmitteln an Kunden geöffnet gehalten hat, erfolgt die Anzeige.

Des Weiteren ist die I. im Standort zur Ausübung des reglementierten Gastgewerbes gem. § 111 (1) Z.2 in der Betriebsart einer Imbissstube berechtigt. Einerseits konnte eine tatsächliche Ausübung des Gastgewerbes zum Revisionszeitpunkt nicht festgestellt werden und andererseits wurden zahlreiche Produkte in Form eines Lebensmittelkleinhandels feilgehalten, deren Verkauf über die Nebenrechte der vorhandenen Gastgewerbeberechtigung hinausgeht. Des Weiteren ist die römisch eins. im Standort zur Ausübung des reglementierten Gastgewerbes gem. Paragraph 111, (1) Ziffer 2, in der Betriebsart einer Imbissstube berechtigt. Einerseits konnte eine tatsächliche Ausübung des Gastgewerbes zum Revisionszeitpunkt nicht festgestellt werden und andererseits wurden zahlreiche Produkte in Form eines Lebensmittelkleinhandels feilgehalten, deren Verkauf über die Nebenrechte der vorhandenen Gastgewerbeberechtigung hinausgeht.

Das Geschäft ist über einem Eingang von der O.-gasse zugänglich. An dem Lebensmittelverkaufs- und Gastro-Bereich ist auf der rechten Seite hinter dem Verkaufsthekenbereich ein Backbereich angeschlossen. Während der Revision wurden im Backbereich Backwaren hergestellt, die in weiterer Folge auch verkauft wurden.

Die Räumlichkeiten der Bäckerei – Erzeugungs- und Vorbereitungsbereich – einerseits sowie des LM-Geschäftes – der Verkaufsbereich samt Verkaufstheke, Kühlvitrine und Regale – samt Gastro-Bereich andererseits sind baulich getrennt. Der sogenannte Gastro-Bereich innerhalb des Lebensmittelgeschäftes befindet sich links und rechts vom Eingangsbereich, der eigentliche Lebensmittelbereich ist hinter dem Gastrobereich direkt anschließend an diesen. Zwischen diesen zwei zitierten Bereichen gibt es keine räumliche Trennung.

Links neben dem Eingangsbereich ist ein Kaffeeautomat aufgestellt. Überdies wird in diesem keine Milch, sondern Milchpulver verwendet. Vor der Kaffeemaschine befindet sich eine Theke mit zwei Sitzgelegenheiten. Rechts neben dem Eingangsbereich befinden sich ebenfalls zwei Sitzgelegenheiten samt Theke.

Vom Gastro-Bereich aus gelangt man direkt – also ohne Trennung – in den Lebensmittelverkaufsbereich. Das Bäckereigewerbe wird in einem ausschließlich vom Verkaufsthekenbereich nur für die Angestellten zugänglichen Erzeugungsbereich ausgeübt.

Anlässlich einer am Sonntag, 24.2.2013, durchgeführten Kontrolle hinsichtlich der Einhaltung der Bestimmungen des Öffnungszeitengesetzes wurde festgestellt, dass zum Revisionszeitpunkt das Lebensmittelgeschäft geöffnet und für jedermann frei zugänglich war. Es waren Kunden im Verkaufsraum anwesend, welche Lebensmittel (u.a. Fladenbrot, Backwaren – diese nicht als „Speise“ titulierte) kauften und an der Kassa bei der Vitrine auf der rechten Seite des Geschäftes bezahlten. Der hintere Teil des Lebensmittelgeschäftes war teilweise durch eine Plane versperrt. Die Wurst- und Käsewarenkühlvitrine war jedoch nicht versperrt. KundenInnen konnten ungehindert Waren aus dieser entnehmen und einkaufen. Ein Lebensmittelverkauf in Bedienung fand während der Kontrolle somit statt. Die Preise der feilgebotenen Lebensmittel waren angeschrieben und für jedermann klar und deutlich lesbar.

Die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit im Rahmen der vorhandenen Gastgewerbebefugnis konnte zum Erhebungszeitpunkt nicht festgestellt werden. Während der Revision wurde eine Speisenerzeugung nicht festgestellt, etwaige Geräte zur Speisenerzeugung wie ein Kebabgriller, E-Herd oder Mikrowellenherd waren im Geschäft nicht vorhanden, somit waren keine Geräte zur Speisenerzeugung vorhanden.

Im Geschäft war ein Preisanschlag mit einigen kleinen Imbissen ersichtlich, in denen Produkte des genehmigten Gastgewerbes angeboten werden. Jedoch wurde während der Revision keine der angegebenen Speisen erzeugt bzw. verkauft geschweige denn bestellt. Wie aus den beigegeführten Fotos und des geschilderten Sachverhaltes ersichtlich, wurden zahlreiche Produkte – zum Beispiel verpackter Kaffee, diverse Fleisch – und Wurstwaren sowie Brot (nicht als Speise!) – angeboten, die über die Nebenrechte der vorhandenen Gastgewerbeberechtigungen hinausgehen. Überdies stehen für die Ausübung des reglementierten Gastgewerbes lediglich links und rechts vom Eingang je zwei Theken mit je zwei Sitzgelegenheiten zur Verfügung. Kein einziger Kunde nahm während der Dauer der Revision Leistungen in Anspruch, die dem Gastgewerbe zuzuordnen sind (z.B. Konsumation eines Kaffees, Konsumation eines Imbisses oder einer anderen Speise). Es fand nebst der Erzeugung von Backwaren ein „Gassenverkauf“ statt.

Aufgrund der beschriebenen Feststellungen, kann nicht von einer Ausübung der Nebenrechte des reglementierten Gastgewerbes gesprochen werden.“

Vor dem erkennenden Senat wurde am 23.09.2013 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu welcher der Berufungswerber und sein rechtsfreundlicher Vertreter erschienen.

Der Berufungswerber gibt über Befragen des Verhandlungsleiters an:

„Die Mikrowelle befindet sich auf dem Foto von Seite 8 der Anzeige unsichtbar hinter dem dort abgebildeten Verkäufer. Der Gasherd befindet sich in der Produktionsstätte. Auf Seite 14 der Anzeige ist dieser nicht ersichtlich, man muss noch einen Raum weiter nach hinten gehen. Mit Hilfe des Gasherd wird die Füllung des Börek-Sortiments hergestellt, es wird auch Lahmacun hergestellt, dieses Angebot ist auf dem Foto von Seite 7 ersichtlich. Bei der Vitrine von Seite 7 handelt es sich nicht um eine Kühlvitrine. Lahmacun wird jede Stunde frisch hergestellt, wenn der Kunde dieses Produkt warm haben möchte, kann man dies in der Mikrowelle aufwärmen.

Gefragt ob es Waren gibt die aus der Kühlvitrine entnommen werden und für die Herstellung von eigenen Produkten wie Börek oder Lahmacun verwendet werden: Es gibt in dem Raum in dem der Gasherd steht ein Vorbereitungsraum mit Kühlschränken. Es sind dies Milch, Eier, Weichkäsedosen im untersten Regal, die Getränke werden nicht benötigt. Oben im Regal sind klein verpackte Molkereiwaren, Jogurt, Sauerrahm, Speisetopfen, Wurstwaren (Knoblauchkranzwurst). Im mittleren Fach benötige ich Käse (Frischkäse, Streichkäse), Wiener Wurst (100g), Teebutter (in drei verschiedenen Größen), Margarine, Milchrahm. In den zwei darüber liegenden Regalen befinden sich nur Getränke, auf der Kühlvitrine befinden sich Packungen Kaffee und Tee, Kaffee und Tee werden auch ausgeschenkt. Sämtliche in der Vitrine auf Seite 12 der Anzeige ersichtlichen Produkte werden auch verkauft. Im letzten Fach befindet sich Schokolade (100g).

Gefragt ob es Speise- und Getränkelisten gibt die nicht abgebildet sind auf den Fotos: Es gibt keine anderen Speisen als auf der auf Seite 6 ersichtlich sind. Wäre eine Speise in der Vitrine nicht vorhanden, obwohl diese auf der Speiselite aufgelistet ist, so wird diese zubereitet. Diese Speise kann bereits vorbereitet sein und steht auf einem Wagen

Richtung Produktionsraum. Waren werden dem Verkäufer durch Arbeiter aus dem Produktionsraum herausgegeben. Bei den Speisen Börek und Baklava handelt es sich um Überbegriffe, es werden wesentlich mehr verschiedene Speisen angeboten als auf der Speisliste ersichtlich sind, da man einzelne Namen auf Deutsch schwer übersetzen kann.“

Der Berufungswerber gibt über Befragen des BWV an:

„Obwohl nur drei verschiedene Baklava angeführt sind, sind über das Jahr verteilt zwischen neun bis zwölf verschiedene Baklava in Angebot. Das Spezialbörek besteht aus Knoblauchwurst, Weichkäse, aber auch Kartoffeln, kann sowohl mit weichem als auch mit hartem Käse gemacht werden, je nachdem wie es verlangt wird. Einen normalen Börek gibt es auch mit Frankfurter. Das Frühstück mit Ei beinhaltet einen Portion Butter, eine Portion Marmelade, ein Ei, nach Wunsch Käse oder Wurstwaren und Gebäck oder eine Scheibe Brot, je nachdem wie es der Kunde wünscht. Zusammengestellt wird der Frühstücksteller von den Arbeitern. Die Waren auf Seite 8 und Seite 12 der Anzeige werden an Sonn- und Feiertagen mittels Plane versteckt.“

Der am 20.12.2013 erlassene (Ersatz-)Berufungsbescheid wurde vom VwGH am 30.4.2014 wieder aufgehoben.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Öffnungszeitengesetz 2003

Geltungsbereich

§ 1. (1) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gelten, sofern sich nicht nach Paragraph eins, (1) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gelten, sofern sich nicht nach

§ 2 anderes ergibt, für alle ständigen und nichtständigen für den Kleinverkauf von Waren bestimmten Betriebseinrichtungen (Läden und sonstige Verkaufsstellen) von Unternehmungen, die der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) unterliegen. Paragraph 2, anderes ergibt, für alle ständigen und nichtständigen für den Kleinverkauf von Waren bestimmten Betriebseinrichtungen (Läden und sonstige Verkaufsstellen) von Unternehmungen, die der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) unterliegen.

(2) Als Betriebseinrichtung im Sinne des Abs. 1 gelten auch alle Einrichtungen und Veranstaltungen der im Abs. 1 genannten Unternehmungen, bei denen Warenbestellungen im Kleinverkauf entgegengenommen werden. (2) Als Betriebseinrichtung im Sinne des Absatz eins, gelten auch alle Einrichtungen und Veranstaltungen der im Absatz eins, genannten Unternehmungen, bei denen Warenbestellungen im Kleinverkauf entgegengenommen werden.

(3) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gelten auch für die Kleinverkaufsstellen der land- und forstwirtschaftlichen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, deren Tätigkeit lediglich gemäß § 2 Abs. 1 Z 4 GewO 1994 von deren Bestimmungen ausgenommen ist. (3) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gelten auch für die Kleinverkaufsstellen der land- und forstwirtschaftlichen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, deren Tätigkeit lediglich gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 4, GewO 1994 von deren Bestimmungen ausgenommen ist.

§ 2. Von den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind ausgenommen Paragraph 2, Von den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind ausgenommen

1. die Warenabgabe aus Automaten;
2. der Warenverkauf im Rahmen eines Gastgewerbes in dem im § 111 Abs. 4 Z 4 GewO 1994 bezeichneten Umfang; 2. der Warenverkauf im Rahmen eines Gastgewerbes in dem im Paragraph 111, Absatz 4, Ziffer 4, GewO 1994 bezeichneten Umfang;
3. Tankstellen für den Verkauf von Betriebsstoffen für Kraftfahrzeuge sowie für den Kleinverkauf von im § 157 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 angeführten Waren; 3. Tankstellen für den Verkauf von Betriebsstoffen für Kraftfahrzeuge sowie für den Kleinverkauf von im Paragraph 157, Absatz eins, Ziffer 2, GewO 1994 angeführten Waren;
4. Verkaufsstellen im Kasernenbereich, die Waren nur an Angehörige des Bundesheeres oder der Bundespolizei und an die in der Kaserne tätigen Bediensteten abgeben („Marketendereien“), und
5. der Marktverkehr.

§ 3. Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes regeln das Offenhalten der Verkaufsstellen (§ 1). An Samstagen nach 18 Uhr, an Sonntagen, an Feiertagen (§ 7 Abs. 2 des Arbeitsruhegesetzes) und an Montagen bis 5 Uhr sind die Verkaufsstellen, soweit sich nicht nach den folgenden Bestimmungen anderes ergibt, geschlossen zu halten. Paragraph

3, Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes regeln das Offenhalten der Verkaufsstellen (Paragraph eins,). An Samstagen nach 18 Uhr, an Sonntagen, an Feiertagen (Paragraph 7, Absatz 2, des Arbeitsruhegesetzes) und an Montagen bis 5 Uhr sind die Verkaufsstellen, soweit sich nicht nach den folgenden Bestimmungen anderes ergibt, geschlossen zu halten.

Strafbestimmung

§ 11 (GewO) lautet: Wer entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes seine Verkaufsstelle nicht geschlossen hält, Waren verkauft, Bestellungen entgegennimmt oder die für seine Verkaufsstelle geltenden Ladenöffnungszeiten nicht kundmacht, ist nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 zu bestrafen. Übertretungen von Verordnungen nach § 5 Abs. 3 sind nach den Bestimmungen des § 27 des Arbeitsruhegesetzes zu bestrafen. Paragraph 11, (GewO) lautet: Wer entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes seine Verkaufsstelle nicht geschlossen hält, Waren verkauft, Bestellungen entgegennimmt oder die für seine Verkaufsstelle geltenden Ladenöffnungszeiten nicht kundmacht, ist nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 zu bestrafen. Übertretungen von Verordnungen nach Paragraph 5, Absatz 3, sind nach den Bestimmungen des Paragraph 27, des Arbeitsruhegesetzes zu bestrafen.

Gastgewerbe

§ 111. (1) Einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 94 Z 26) bedarf es für Paragraph 111, (1) Einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (Paragraph 94, Ziffer 26,) bedarf es für

1. die Beherbergung von Gästen;
2. die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Ausschank von Getränken.

(3) Unter Verabreichung und unter Ausschank ist jede Vorkehrung oder Tätigkeit zu verstehen, die darauf abgestellt ist, dass die Speisen oder Getränke an Ort und Stelle genossen werden.

(4) Unbeschadet der den Gastgewerbetreibenden gemäß § 32 zustehenden Rechte stehen ihnen noch folgende Rechte zu:(4) Unbeschadet der den Gastgewerbetreibenden gemäß Paragraph 32, zustehenden Rechte stehen ihnen noch folgende Rechte zu:

1. das Einstellen von Fahrzeugen ihrer Gäste,
2. das Halten von Spielen,
3. soweit Gäste beherbergt werden, die Veranstaltung von Ausflugsfahrten für ihre Gäste, sofern es sich dabei nicht um Pauschalreisen im Sinne des § 2 Abs. 1 der Reisebürosicherungsverordnung, BGBl. II Nr. 316/1999, handelt.3. soweit Gäste beherbergt werden, die Veranstaltung von Ausflugsfahrten für ihre Gäste, sofern es sich dabei nicht um Pauschalreisen im Sinne des Paragraph 2, Absatz eins, der Reisebürosicherungsverordnung, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 316 aus 1999,, handelt.
4. während der Betriebszeiten des Gastgewerbebetriebes der Verkauf folgender Waren:
 - a) die von ihnen verabreichten Speisen und ausgeschenkten Getränke, halbfertige Speisen, die von ihnen verwendeten Lebensmittel sowie Reiseproviant;
 - b) Waren des üblichen Reisebedarfes (zB Treib- und Schmierstoffe, Toiletteartikel, Badeartikel, Fotoverbrauchsmaterial, Ansichtskarten, Lektüre, übliche Reiseandenken);
 - c) Geschenkartikel.

Der Beschwerdeführer war gewerberechtlicher Geschäftsführer der I. Für die gegenständliche Tat ist der gewerberechtliche Geschäftsführer im Sinne der zitierten Norm zur Verantwortung zu ziehen. Der Beschwerdeführer war gewerberechtlicher Geschäftsführer der römisch eins. Für die gegenständliche Tat ist der gewerberechtliche Geschäftsführer im Sinne der zitierten Norm zur Verantwortung zu ziehen.

Die vom Beschwerdeführer vertretene Gesellschaft verfügt über die Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Imbissstube.

Entscheidend ist, ob der Warenverkauf im Rahmen des Gastgewerbes in dem im § 111 Abs. 4 Z 4 GewO 1994 bezeichneten Umfang erfolgte, weil ein solcher Warenverkauf gemäß § 2 Z 2 Öffnungszeitengesetz 2003 von den

Bestimmungen dieses Gesetzes ausgenommen ist. Entscheidendswesentlich ist, ob der Warenverkauf im Rahmen des Gastgewerbes in dem im Paragraph 111, Absatz 4, Ziffer 4, GewO 1994 bezeichneten Umfang erfolgte, weil ein solcher Warenverkauf gemäß Paragraph 2, Ziffer 2, Öffnungszeitengesetz 2003 von den Bestimmungen dieses Gesetzes ausgenommen ist.

Wie der VwGH in seinem Erkenntnis Ro 2014/11/0039 vom 30.4.2014 in dem, in sachverhaltsmäßiger Hinsicht gleichen, Verwaltungsstrafverfahren festgehalten hat, ist es unstrittig, dass die vom Beschwerdeführer verkauften Waren (Lebensmittel)- ihrer Art nach- solche sind, die von Gastgewerbetreibenden „verabreicht“, „ausgeschenkt“ oder für die Herstellung von verabreichten Speisen „verwendet“ werden.

Festgehalten wird dort auch, dass dem Wortlaut des § 111 Abs. 4 Z.4 GewO 1994 nicht entnommen werden kann, die Gastwirte seien zum Verkauf der von ihnen verabreichten Speisen, ausgeschenkten Getränke und verwendeten Lebensmittel nur in jener Menge berechtigt, die sofort verzehrt bzw. sofort im Lokal verbraucht werden können. Festgehalten wird dort auch, dass dem Wortlaut des Paragraph 111, Absatz 4, Ziffer 4, GewO 1994 nicht entnommen werden kann, die Gastwirte seien zum Verkauf der von ihnen verabreichten Speisen, ausgeschenkten Getränke und verwendeten Lebensmittel nur in jener Menge berechtigt, die sofort verzehrt bzw. sofort im Lokal verbraucht werden können.

Sämtliche im Straferkenntnis genannten Lebensmittel fallen deshalb unter die Ausnahmebestimmung des § 111 Abs. 4 Z 4 lit. a GewO und dürfen somit an Sonn- und Feiertagen verkauft werden. Sämtliche im Straferkenntnis genannten Lebensmittel fallen deshalb unter die Ausnahmebestimmung des Paragraph 111, Absatz 4, Ziffer 4, Litera a, GewO und dürfen somit an Sonn- und Feiertagen verkauft werden.

Da der Beschwerdeführer die Verwaltungsübertretung nicht begangen hat war spruchgemäß zu entscheiden.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine neue Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab sondern folgt dieser, es fehlt auch nicht an einer Rechtsprechung dazu. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine neue Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab sondern folgt dieser, es fehlt auch nicht an einer Rechtsprechung dazu. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Warenverkauf im Rahmen des Gastgewerbebetriebes; Ausnahme vom Öffnungszeitengesetz

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWI:2014:VGW.021.006.29328.2014.E

Zuletzt aktualisiert am

02.03.2015

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at