

# TE OGH 2009/4/21 4Ob25/09v

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 21.04.2009

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Kurt M\*\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Odo Schrott, Rechtsanwalt in Innsbruck, gegen die beklagte Partei M\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*\*, vertreten durch die Finanzprokuratur, Wien 1, Singerstraße 17-19, wegen Änderung des Bestellungsvertrags vom 11. Mai 2000 (Streitwert 10.000 EUR), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien als Berufungsgericht vom 4. Juli 2008, GZ 50 R 26/08t-12, mit dem infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirksgerichts für Handelssachen Wien vom 11. Dezember 2007, GZ 11 C 584/07y-8, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 464,16 EUR bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Dem Kläger wurde von der Beklagten mit Bestellungsvertrag vom 11. 5. 2000 gemäß § 23 TabakmonopolgesetzBGBI 1995/830 (TabMG) das Recht eingeräumt, an einem näher bezeichneten Standort eine Tabakverkaufsstelle in Verbindung mit dem Tankstellengewerbe zu betreiben. Mit Antrag vom 11. 6. 2007 suchte der Kläger bei der Beklagten um Bewilligung der Verlegung der Tabakverkaufsstelle an einen neuen Standort an. Diesem Antrag hat die Beklagte nach Konsultation des Landesgremiums der Tabaktrafikanten, das eine ablehnende Stellungnahme abgab, mit Schreiben vom 16. 7. 2007 nicht stattgegeben. Der Kläger hat den Betrieb der Tankstelle am Standort der bewilligten Tabakverkaufsstelle eingestellt und die Ausübung des Tankstellengewerbes aufgegeben. An dem im Verlegungsantrag genannten neuen Standort betreibt der Kläger noch kein Unternehmen. Er beabsichtigt, dort einen Einzelhandelsverkauf von Lebensmitteln zu betreiben, in dessen Rahmen kleine Speisen direkt konsumiert werden können („Bistro“).

Der Kläger begeht das Urteil, die Beklagte sei schuldig, den Bestellungsvertrag vom 11. 5. 2007 [gemeint offenbar: 2000], abgeschlossen zwischen den Streitteilen, betreffend den Betrieb einer Tabakverkaufsstelle in Verbindung mit dem Tankstellengewerbe an einem näher bezeichneten neuen Standort in Innsbruck, zu unterfertigen; hilfsweise, die Beklagte habe der Verlegung der Tabakverkaufsstelle vom näher bezeichneten bisherigen Standort zum näher bezeichneten neuen Standort zuzustimmen. Gemäß § 24 Abs 3 TabMG dürfe eine Tabakverkaufsstelle an einen anderen Standort innerhalb ihres Einzugsgebiets verlegt werden, wenn eine nicht zumutbare Schmälerung des Ertrags benachbarter Trafiken ausgeschlossen erscheine. Der neue Standort liege ca 40 m schräg gegenüber vom derzeitigen

Standort entfernt; die gesetzlichen Voraussetzungen für die Bewilligung einer Standortverlegung seien erfüllt. Der nächste Tankstellenpächter strebe an, die Tankstelle mit der Tabakverkaufsstelle zu übernehmen; der Kläger wolle jedoch die erteilte Berechtigung, Tabakwaren verkaufen zu dürfen, auf den neuen Standort in Verbindung mit einem Einzelhandelsgewerbe übertragen lassen. Der bestehende Bestellungsvertrag sei dahin „anzupassen und zu modifizieren“, wie er bisher gehandhabt worden sei, nämlich als Bewilligung des Verkaufs von Tabakwaren in Verbindung mit dem Handelsgewerbe. Die Bezugnahme im Bestellungsvertrag auf das Tankstellengewerbe sei unwirksam und durch Bezugnahme auf das Handelsgewerbe zu ersetzen, wie dies bei Bestellungsverträgen dann üblich sei, wenn Tabakwaren in Tankstellen verkauft würden.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Das dem Kläger eingeräumte Recht umfasse den Betrieb einer Tabakverkaufsstelle in Verbindung mit dem Tankstellengewerbe. Gemäß § 35 Abs 1 Z 4 TabMG erlösche der Bestellungsvertrag mit dem Erlöschen der Gewerbeberechtigung, in Verbindung mit der eine Tabakverkaufsstelle geführt worden sei. Da der Kläger das Tankstellengewerbe nicht mehr betreibe, sei der Bestellungsvertrag erloschen. Der vom Kläger angestrebte Wechsel des Grundgewerbes unter gleichzeitiger Standortverlegung sei als Neuerrichtung einer Tabaktrafik iSd § 24 TabMG zu beurteilen, auf die kein Rechtsanspruch bestehe. Der Kläger begehere ohne Rechtsgrundlage eine einseitige Vertragsänderung.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren samt Eventualbegehren ab. Der Betrieb einer Tabakverkaufsstelle sei an die Ausübung eines Gewerbes gebunden, das gemäß § 34 Abs 4 Z 7 TabMG im Bestellungsvertrag anzuführen sei. Die Verbindung mit dem dort festgelegten Gewerbe sei konstitutive Voraussetzung eines Bestellungsvertrags. Gemäß § 35 Abs 1 Z 4 TabMG erlösche der Bestellungsvertrag ex lege mit dem Erlöschen der Gewerbeberechtigung, in Verbindung mit der eine Tabakverkaufsstelle geführt werde. Der Kläger übe das Tankstellengewerbe, an welches sein Bestellungsvertrag anknüpfe, nicht mehr aus. Damit sei der Bestellungsvertrag ungeachtet des Umstands erloschen, dass der Kläger eine Gewerbeberechtigung für ein Einzelhandelsunternehmen besitze, weil der Bestellungsvertrag daran nicht anknüpfe. Der Kläger habe keinen Rechtsanspruch auf Neuerrichtung eines Bestellungsvertrags.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 4.000 EUR, nicht aber 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Maßgeblichkeit des im Bestellungsvertrag angegebenen Gewerbes für die Beurteilung einer Verlegung bei Betrieb mehrerer unterschiedlicher Gewerbe am Standort der Tabakverkaufsstelle fehle. Sowohl der Betrieb von Tankstellen (§ 157 GewO) als auch das Handelsgewerbe (§ 154 GewO) seien freie Gewerbe. Gemäß § 32 Abs 1 Z 10 GewO stehe dem Gewerbetreibenden auch das Recht zu, Waren zu verkaufen; damit werde - abgesehen von hier nicht berührten Sonderbestimmungen - ein allgemeines Handelsrecht aller Gewerbetreibenden festgesetzt. Nach geltender Rechtslage ermächtige daher schon die Ausübung des freien Gewerbes des Betriebs einer Tankstelle auch zum Verkauf von Tabakwaren; eine „Umschreibung“ des Bestellungsvertrags („in Verbindung mit dem Handelsgewerbe“) wäre demnach nicht notwendig. Nach der zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bestellungsvertrags des Klägers geltenden Rechtslage (GewO 1994 idF der Gewerberechtsnovelle 1997, im folgenden GewO alt) habe § 5 Abs 3 GewO alt zwischen Handwerken, gebundenen Gewerben und freien Gewerben unterschieden. Der Betrieb von Tankstellen sei als freies Gewerbe eingeordnet gewesen (§ 279 GewO alt), das mangels Anführung in § 279 Abs 2 GewO alt nicht zum Verkauf von Tabakwaren ermächtigt habe. Der Verkauf von Tabakwaren in einem Tankstellengebäude habe daher nach alter Rechtslage regelmäßig zur Ausübung des nicht bewilligungspflichtigen gebundenen Handelsgewerbes nach § 124 Z 10 GewO alt geführt. Darüber hinaus habe § 157 Abs 1 Z 1 GewO alt bestimmt, dass Gewerbetreibende gemäß § 124 Z 10 GewO alt auch zum Betrieb von Tankstellen berechtigt gewesen seien. Der Verkauf von Tabakwaren durch Tankstellenbetreiber habe daher zwingend eine Gewerbeberechtigung nach § 124 Z 10 GewO alt erfordert. Nach § 14 TabMG obliege der Beklagten als Monopolverwaltung die Bestellung einer Zahl von Tabaktrafikanten, die zur Nahversorgung mit Tabakerzeugnissen erforderlich seien. Tabaktrafiken seien entweder Tabakfachgeschäfte oder Tabakverkaufsstellen (§ 23 Abs 4 TabMG). Der Kläger habe eine Tabakverkaufsstelle betrieben. Ein Angebot eines Bewerbers um eine Tabaktrafik sei nicht zu berücksichtigen, wenn der Bewerber um eine Tabakverkaufsstelle keine Berechtigung zur Ausübung eines der GewO 1994 unterliegenden Gewerbes an dem vorgesehenen Standort der Tabaktrafik innehabe (§ 27 Abs 1 Z 9 TabMG). Ein Bewerber, der zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bestellungsvertrags im Jahr 2000 nicht über die Berechtigung zur Ausübung des Handelsgewerbes im Sinne des § 124 Z 10 GewO alt verfügt habe, sei demnach vom Erhalt einer Verkaufsbewilligung für Tabakwaren am Standort der ehemaligen Tankstelle des Klägers ausgeschlossen gewesen. § 30 Abs 4 TabMG bestimme, dass die

Auswahl unter nicht vorzugsberechtigten Bewerbern nach kaufmännischen Grundsätzen zu treffen sei. Dabei sei insbesondere auf die Eignung der Geschäftslokale Bedacht zu nehmen (§ 30 Abs 5 TabMG). Aus diesen Bestimmungen sei abzuleiten, dass das TabMG nicht darauf abstelle, ob das vom Bewerber konkret betriebene Gewerbe gewerberechtlich auch zum Verkauf von Tabakwaren berechtige. Für diese Auslegung spreche auch § 34 Abs 4 Z 7 TabMG, wonach der Bestellungsvertrag festzuhalten habe, in Verbindung mit welchem Gewerbe eine Tabakverkaufsstelle zu führen sei, womit nicht das für den Verkauf von Tabakwaren grundsätzlich erforderliche Handelsgewerbe laut GewO alt zu verstehen sei, sondern jene tatsächliche gewerbliche Tätigkeit, in deren Rahmen die Tabakverkaufsstelle betrieben werden solle. Die Bezugnahme auf ein Gewerbe im Bestellungsvertrag habe daher nichts mit der für den Verkauf von Tabakerzeugnissen geforderten gewerberechtlichen Voraussetzung zu tun.

Das Erlöschen der Gewerbeberechtigung jenes Gewerbes, in Verbindung mit dem eine Tabakverkaufsstelle geführt werde, führe zum Erlöschen des Bestellungsvertrags (§ 35 Abs 1 Z 4 TabMG). Daraus könne aber jedenfalls nach der Gewerberechtsnovelle 2002 nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass damit die nach der GewO alt für den Verkauf von Tabakwaren im Tankstellenbereich erforderliche zusätzliche Gewerbeberechtigung des Handelsgewerbes gemeint sei, zumal eine derartige zusätzliche Gewerbeberechtigung nunmehr nach § 32 Abs 1 Z 10 GewO nicht mehr erforderlich sei. Im Anlassfall sei der Tatbestand des § 35 Abs 1 Z 2 TabMG erfüllt, wonach der Bestellungsvertrag erlösche, wenn der Tabaktrafikant das Verfügungssrecht über das Geschäftslokal verliere. Da nach dem Vorbringen des Klägers der nächste Tankstellennächster anstrebe, die Tankstelle mit der Tabakverkaufsstelle zu übernehmen, sei auf § 25 Abs 7 Z 3 TabMG zu verweisen, wonach eine sonst für die Bestellung eines Tabaktrafikanten vorgesehene Ausschreibung entfallen könne, wenn die Weiterführung einer Tabakverkaufsstelle an einem bestimmten Ort im Interesse der Nahversorgung mit Tabakerzeugnissen für erforderlich erachtet werde und sich ein Geschäftsnachfolger des früheren Tabaktrafikanten um diese Tabakverkaufsstelle bewerbe. Die Verlegung eines nicht mehr betriebenen Tankstellengewerbes sei schon begrifflich ausgeschlossen. Spreche sich - wie hier - das Landesgremium gegen die beantragte Standortverlegung aus, könne die Beklagte auch ein Gutachten des Neuerrichtungsbeirats einholen, wobei vor Abgabe des Gutachtens die Standortverlegung nicht vorgenommen werden dürfe (§ 24 Abs 3 TabMG); mangels Vorliegens eines solchen Gutachtens des Beirats sei der Anspruch des Klägers jedenfalls noch nicht fällig.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, weil das Berufungsgericht den Zusammenhang zwischen Tabakmonopolgesetz und Gewerbeordnung teilweise unrichtig beurteilt hat; das Rechtsmittel ist aber nicht berechtigt. Der Kläger macht geltend, er sei im allein maßgeblichen Zeitpunkt des Verlegungsantrags noch verfügungsberechtigt über jenes Geschäftslokal gewesen, auf das sich seine Verkaufsbewilligung für Tabakwaren bezogen habe und besitze weiterhin eine entsprechende Gewerbeberechtigung; seinem rechtzeitigen Antrag wäre daher mangels Versagungsgrund zu entsprechen gewesen. Die ablehnende Stellungnahme des Landesgremiums gehe nicht auf die Frage der Eignung des Geschäftslokals ein. Dass kein Gutachten des Neuerrichtungsbeirats vorliege, schade nicht, weil ein solches nicht zwingend vorgeschrieben sei, sondern fakultativ eingeholt werden könne. Die Verknüpfung des Bestellungsvertrags mit dem Tankstellengewerbe sei gesetzwidrig, weil der Kläger im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ausschließlich im Rahmen des Einzelhandelsgewerbes zum Verkauf von Tabakwaren berechtigt gewesen sei.

1.1. Tabaktrafiken sind entweder Tabakfachgeschäfte, die ausschließlich oder zumindest in solchem Umfang Tabakerzeugnisse führen, dass der Charakter eines Tabakfachgeschäfts gewahrt bleibt (§ 23 Abs 1 TabMG), oder Tabakverkaufsstellen (§ 23 Abs 4 TabMG).

1.2. Die Bestellung eines Bewerbers zum Tabaktrafikanten erfolgt durch einen zivilrechtlichen Bestellungsvertrag, der mit der Beklagten abzuschließen ist (§ 34 Abs 1 TabMG). Der Bestellungsvertrag hat ua zwingend jenes Gewerbe anzuführen, in Verbindung mit dem eine Tabakverkaufsstelle zu führen ist (§ 34 Abs 4 Z 7 TabMG). Der Bestellungsvertrag erlischt mit dem Erlöschen der Gewerbeberechtigung, in Verbindung mit der eine Tabakverkaufsstelle geführt wurde (§ 35 Abs 1 Z 4 TabMG).

2.1. Die Untergliederung der Tabaktrafiken in Tabakfachgeschäfte und Tabakverkaufsstellen entspricht der Einteilung nach der vor dem TabMG 1996 geltenden Rechtslage im § 15 Abs 2 TabMG 1986 in selbständige und nichtselbständige Tabaktrafiken; maßgebend ist der Bestellungsvertrag (BlgNR 19. GP 390, 6).

2.2. Nichtselbständige Tabaktrafiken im Sinne des § 15 Abs 2 TabMG 1986 wurden in der Regel als Nebengeschäft mit einem Gewerbe oder einer anderen Erwerbstätigkeit geführt. Mit dem Erlöschen der Gewerbeberechtigung oder der

Einstellung der anderen Erwerbstätigkeit, in Verbindung mit der das Tabakverschleißgeschäft geführt wurde, war (nach Art einer auflösenden Bedingung) das Erlöschen des Bestellungsvertrags verbunden (vgl Curda, Das Tabakmonopolgesetz 1968, 58).

3.1. Nach § 2 Abs 1 Z 24 GewO ist das Monopolwesen explizit von der Gewerbeordnung ausgenommen. Unter diese Ausnahme fällt auch der Tabakvertrieb nach dem TabMG; sie bestand schon für den Geltungsbereich der GewO 1859 (Strejcek, Tabakmonopolrecht - Stand und Entwicklung, in Strejcek [Hrsg], Rauchen im Recht, 145 mwN).

3.2. Rechtliche Grundlage des Kleinhandels mit Tabakerzeugnissen sind die Bestimmungen der §§ 23 ff TabMG. Grundlage für den Vertrieb durch Tabaktrafikanten sind danach die gemäß § 34 TabMG mit der Beklagten abzuschließenden Bestellungsverträge. Besondere Vorschriften bestehen für den Tabakvertrieb durch Gastgewerbetreibende und Tankstellen (§ 40 TabMG).

3.3. Unzutreffend ist deshalb die Auffassung des Berufungsgerichts, nach geltender Rechtslage ermächtige schon die Ausübung des freien Gewerbes des Betriebs einer Tankstelle in Verbindung mit dem gewerblichen Nebenrecht gemäß § 32 Abs 1 Z 10 GewO zum Verkauf von Tabakwaren. Tankstellenbetreiber, die über keinen Bestellungsvertrag gemäß § 34 TabMG verfügen, dürfen vielmehr nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 40 Abs 1 und 2 TabMG Tabakerzeugnisse an ihre Gäste verkaufen (Schostal/Strejcek, Ausgewählte Fragen des Tabakmonopolrechts, in Strejcek aaO 248).

4.1. Der Kläger ist unstrittig nicht befugt, ein Tabakfachgeschäft zu führen; der mit ihm abgeschlossene Bestellungsvertrag berechtigt ihn (nur) zum Betrieb einer Tabakverkaufsstelle. Eine solche eingeschränkte Befugnis konnte nach dem TabMG 1986 und kann nach geltender Rechtslage nur als Nebengeschäft in Verbindung mit einem Gewerbe oder einer anderen Erwerbstätigkeit erteilt werden.

4.2. Diesem Erfordernis wurde im Anlassfall durch Verknüpfung der Berechtigung zum Betrieb einer Tabakverkaufsstelle mit dem im Bestellungsvertrag genannten Tankstellengewerbe entsprochen. Ob der Kläger im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch über weitere Gewerbeberechtigungen (etwa jene zur Ausübung des Handelsgewerbes) verfügt hat, und welches rechtliche Schicksal diese weiteren Gewerbeberechtigungen in der Folge genommen haben, ist für die Frage der Wirksamkeit und Fortdauer des Bestellungsvertrags unerheblich, weil im Bestellungsvertrag allein auf das Tankstellengewerbe Bezug genommen wird. Es ist damit auch unerheblich, ob - wie das Berufungsgericht meint - im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses der Verkauf von Tabakwaren durch Tankstellenbetreiber zwingend eine Gewerbeberechtigung nach § 124 Z 10 GewO alt erforderlich war.

4.3. Im Anlassfall wurde die Berechtigung des Klägers zum Betrieb einer Tabakverkaufsstelle im Bestellungsvertrag mit dem Tankstellengewerbe (einem freien Gewerbe gemäß § 157 GewO, zuvor § 279 GewO alt) verknüpft. Dass eine solche Verknüpfung eine gesetzwidrige Umgehung des „§ 29 Abs 4 Z 7 TabMG“ (gemeint offenbar: § 34 Abs 4 Z 7 TabMG) wäre, wie der Kläger meint, ist nicht zu erkennen: Das TabMG enthält keine Einschränkung dahin, dass Tabakverkaufsstellen nur in Verbindung mit bestimmten Gewerben geführt werden dürfen.

4.4. Mit Aufgabe der Ausübung des Tankstellengewerbes durch den Kläger ist sein Bestellungsvertrag mit der Beklagten erloschen. Der Tatbestand des Erlöschens der Gewerbeberechtigung (§ 35 Abs 1 Z 4 TabMG) ist der Einstellung der anderen Erwerbstätigkeit, in Verbindung mit der das Tabakverschleißgeschäft geführt wurde, gleichzuhalten (vgl schon zuvor Punkt 2.2.). Damit hat sich der Kläger aber auch der Möglichkeit begeben, die ihm bewilligte Tabakverkaufsstelle mit Zustimmung der Beklagten - bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 24 Abs 2 TabMG - an einen anderen Standort zu verlegen, weil schon begrifflich die Verlegung einer Tabaktrafik das Recht zum Betrieb einer solchen voraussetzt.

4.5. Dem kann der Rechtsmittelwerber auch nicht entgegenhalten, er habe im Zeitpunkt seines Verlegungsantrags noch über das „entsprechende Geschäftslokal“ (vgl § 35 Abs 1 Z 2 TabMG) und die „entsprechende Gewerbeberechtigung“ (gemeint offenbar: betreffend das im Bestellungsvertrag genannte Gewerbe) verfügt: Ein „Mitnehmen“ der Tabakverkaufsstelle an einen neuen Standort setzt nämlich jedenfalls voraus, dass dort in ununterbrochener Kette dasselbe Gewerbe weiterhin ausgeübt wird, welches als Voraussetzung der Verkaufsbewilligung für Tabakartikel im Bestellungsvertrag genannt ist. Der Kläger hat aber niemals behauptet, gegenüber der Beklagten seine Absicht bekundet zu haben, am neuen Standort weiterhin das Tankstellengewerbe ausüben zu wollen.

5. Dem Begehr des Klägers, die Beklagte habe den Bestellungsvertrag vom 11. 5. 2007 [gemeint offenbar: 2000] betreffend den Betrieb einer Tabakverkaufsstelle in Verbindung mit dem Tankstellengewerbe an einem näher bezeichneten neuen Standort zu unterfertigen; hilfsweise, die Beklagte habe der Verlegung der Tabakverkaufsstelle vom näher bezeichneten bisherigen Standort zum näher bezeichneten neuen Standort zuzustimmen, fehlt damit eine rechtliche Grundlage.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41 Abs 1, 50 Abs 1 ZPO. Der Kläger hat der Beklagten als im Revisionsverfahren vollständig obsiegender Partei gemäß §§ 41 und 50 ZPO iVm § 8 Abs 1 Finanzprokuraturgesetz die Verfahrenskosten zu ersetzen.

#### **Anmerkung**

E906454Ob25.09v

#### **Schlagworte**

Kennung XPUBLDiese Entscheidung wurde veröffentlicht inecolex 2009/302 S 764 - ecolex 2009,764XPUBLEND

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2009:0040OB00025.09V.0421.000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

27.01.2010

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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