

# TE UVS Wien 2013/04/03 04/G/36/16360/2012

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.04.2013

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Mag. Fritz über die Berufungen des (1976 geborenen) Herrn Mag. Moriz F. in Wien, O.-Gasse, gegen die Straferkenntnisse des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den

19. Bezirk, jeweils vom 07.11.2012, ad 1) Zl. MBA 19 - S 36796/12 und ad 2) Zl. MBA

19 - S 36799/12, jeweils betreffend Übertretung der Gewerbeordnung 1994, nach am

11.02.2013 durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung entschieden:

Gemäß § 66 Abs. 4 AVG wird den Berufungen Folge gegeben, die angefochtenen Straferkenntnisse werden behoben und die Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z. 2 VStG eingestellt.

Gemäß § 65 VStG werden dem Berufungswerber keine Beiträge zu den Kosten des Berufungsverfahrens auferlegt.

## Text

Mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 19. Bezirk, vom 07.11.2012, Zl. MBA 19 - S 36796/12, wurde der Berufungswerber (Bw) schuldig erkannt, er habe als unbeschränkt haftender Gesellschafter und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der E. OG (in der Folge kurz: OG) mit Sitz in Wien, H.-Lände, zu verantworten, dass diese Gesellschaft mit der Absicht einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, am 17.08.2012 um 09:55 Uhr in Wien, S.-gasse durch Verkauf von unter anderem: Espresso zu 1,90 €/0,1 l, Cappuccino zu 2,50 €/0,25 l, Melange zu 2,40 €/0,25 l und Gugelhupf zu 1,90 €/Stück mittels E. das freie Gastgewerbe ausgeübt habe, ohne die hierfür erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben. Der Bw habe dadurch § 366 Abs. 1 Z. 1 der Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194/1994 idgF (GewO 1994) verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über ihn gemäß § 366 Abs. 1 GewO 1994 eine Geldstrafe von 130,- Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 21 Stunden) verhängt. Gleichzeitig wurden die vom Bw zu ersetzenden Verfahrenskosten mit 13,- Euro bestimmt. Ferner wurde ausgesprochen, dass die OG für die mit diesem Bescheid über den Bw verhängte Geldstrafe von 130,- Euro und die Verfahrenskosten in der Höhe von 13,- Euro sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand hafte.

Mit (weiterem) Straferkenntnis der Erstbehörde vom 07.11.2012, Zl. MBA 19 ? S 36799/12, wurde der Bw schuldig erkannt, er habe als unbeschränkt haftender Gesellschafter und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der E. OG (in der Folge kurz: OG) mit Sitz in Wien, H.-Lände, zu verantworten, dass diese Gesellschaft mit der Absicht einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, am 16.08.2012 um 10:45 Uhr in Wien, Si.-Park durch Verkauf von unter anderem: Espresso zu 1,90 €/0,1 l, Cappuccino zu 2,50 €/0,25 l, Melange zu 2,40 €/0,25 l und Gugelhupf zu 1,90 €/Stück mittels E. das freie Gastgewerbe ausgeübt habe, ohne die hierfür

erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben. Der Bw habe dadurch § 366 Abs. 1 Z. 1 der Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194/1994 idgF (GewO 1994) verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über ihn gemäß § 366 Abs. 1 GewO 1994 eine Geldstrafe von 130,-- Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 21 Stunden) verhängt. Gleichzeitig wurden die vom Bw zu ersetzenden Verfahrenskosten mit 13,-- Euro bestimmt. Ferner wurde ausgesprochen, dass die OG für die mit diesem Bescheid über den Bw verhängte Geldstrafe von 130,-- Euro und die Verfahrenskosten in der Höhe von 13,- Euro sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand hafte. Zur Begründung ihrer beiden Straferkenntnisse führte die Erstbehörde jeweils aus, die im Spruch angeführte Verwaltungsübertretung sei der Behörde durch eine Anzeige der Magistratsabteilung 59 zur Kenntnis gelangt. Der Bw habe in seiner Rechtfertigung angegeben, er sei der Ansicht gewesen, dass das von der OG angemeldete Handelsgewerbe für die von der Gesellschaft ausgeübte Tätigkeit ausreichend wäre. Die Erstbehörde ging jeweils davon aus, dass der Bw die ihm angelastete Tat nicht bestritten habe. Seine Verantwortung stelle auch keinen Schuldausschließungsgrund dar. Die Übertretung sei durch die Anzeige der Magistratsabteilung 59 als erwiesen anzusehen. Im Übrigen legte die Erstbehörde ihre Strafzumessungsgründe im Einzelnen dar. In seinem gegen diese Straferkenntnisse erhobenen Berufungsschriftsatz brachte der Bw vor, vor Aufnahme der Geschäftstätigkeit sei nach Rücksprache mit der Wirtschaftskammer das Gewerbe Handel angemeldet worden, da sie den Kaffeeausschank selbst als Nebentätigkeit sehen und der Handel mit abgepacktem Wasser, Gugelhupf, Cookies, abgepacktem Kaffee und die Vermietung des Fahrzeuges als Haupttätigkeit gesehen würde. Das Gewerbe Gastronomie sei jetzt jedoch nach nochmaliger Beratung mit der Behörde von ihnen angemeldet worden, um weitere Angriffspunkte zu vermeiden. Aufgrund der bis dato unklaren Rechtslage ihrer neuen Geschäftsform und ihrem stetigen Bemühen ersuche er, die Geldstrafe zu erlassen. Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien richtete daraufhin in dieser Angelegenheit das folgende Schreiben vom 10.12.2012 an die Erstbehörde:

??

?

In der dem gegenständlichen Verfahren zugrundeliegenden Anzeige heißt es, bei der zur Tatzeit durchgeführten Überprüfung habe festgestellt werden können, dass am angezeigten Standort Espresso, Cappuccino, Melange und Gugelhupf zu angeführten Preisen verkauft wurden. Die OG besitze die Gewerbeberechtigung ?Handelsgewerbe?. Jedoch falle die Tätigkeit des Verkaufs von Espresso, Cappuccino, Gugelhupf etc. unter das Gewerbe ?freies Gastgewerbe?. Deshalb erfolge die Anzeige. Dem gegenständlichen Anzeigeinhalt kann nun nur entnommen werden, dass die OG die Gewerbeberechtigung ?Handelsgewerbe? besessen hat und vom E. Kaffee?s und Gugelhupf verkauft wurden (offenbar in Bechern zum Trinken vor Ort). Über die sonst verkauften Produkte durch das E. finden sich in der Anzeige keine Hinweise. Der Berufungswerber hat in seiner Rechtfertigung angegeben, er sei davon ausgegangen, dass mit der Gewerbeberechtigung ?Handelsgewerbe? die von der E. OG ausgeübte Tätigkeit abgedeckt sei. Sie würden vorwiegend verpackte Waren und auch Kaffee verkaufen. Er habe den Verkauf des ?Automatenkaffee? als Nebenrecht des Handelsgewerbes angesehen.

Es wird um Mitteilung (binnen drei Wochen) ersucht, von welcher sachverhaltsmäßigen Grundlage die Erstbehörde (der Meldungsleger) ausgegangen ist, die dazu geführt hat, dass die Auffassung vertreten wurde, für die OG komme nicht die Bestimmung des § 154 Abs. 1 GewO 1994 zum Tragen. Dort heißt es, dass Gewerbetreibende, die den Kleinhandel mit Lebensmitteln ausüben, das Recht zusteht, Speisen in einfacher Art zu verabreichen und nichtalkoholische Getränke (wie z.B. hier Kaffee) auszuschenken. Hinweise darauf, dass mehr als acht Verabreichungsplätze (bzw. überhaupt irgendwelche Verabreichungsplätze) vorhanden gewesen wären, gibt es nicht. Mittlerweile hat der Berufungswerber ? wie er in der Berufung angibt: nach nochmaliger Beratung mit der Behörde ? das Gastgewerbe in der Betriebsart Imbissstand angemeldet.

Es wird daher um Mitteilung ersucht, welche Gründe (basierend auf dem dort festgestellten Sachverhalt) gegen die Annahme gesprochen haben, die E. OG sei gemäß § 154 Abs. 1 GewO 1994 (bei dem angemeldeten Handelsgewerbe) auch berechtigt, Kaffee auszuschenken und Kuchen (zum Verzehr) zu verabreichen.?

In Beantwortung dieser Anfrage teilte das Magistratische Bezirksamt für den 19.

Bezirk mit Schreiben vom 03.01.2013 Folgendes mit:

Die im § 154 Abs. 1 GewO 1994 geregelte Möglichkeit zusätzlich zum freien Handelsgewerbe - als Nebenrecht - u.a. nichtalkoholische Getränke auszuschenken, bedingt, dass der Charakter eines Handelsgewerbes

(Lebensmitteleinzelhandelsbetriebes) gewahrt bleibt. Es ist - insbesondere aufgrund der persönlichen Vorsprache des Herrn Mag. F. im Bezirksamt und der allgemeinen Recherche im Rahmen der Gewerbeanmeldung (siehe auch <http://www.E.at/>) - amtsbekannt, dass der Schwerpunkt der gewerblichen Tätigkeit der E. OG (sic!) zweifelsohne darin besteht, Kaffee aus einem Kaffeeautomaten auszuschenken. Dieser Kaffeeautomat ist in einem sogenannten "E.", einem Vespaähnlichen Fahrzeug, integriert. In diversen Printmedien (Kurier, Heute, die ganze Woche, BZ, Wien.at, Woman, Wienerin etc.) wurde einerseits über das E. berichtet, andererseits wurden Werbeanzeigen inseriert. Ebenso gab es diverse Berichte im Fernsehen, im Radio und in Onlinemedien. All diese Berichte und Werbeschaltungen haben eines gemeinsam: Es wird (fast) ausschließlich über Kaffee berichtet.

Verpackte Waren (Guglhupf), werden nur nebenbei zu den offenen neun Getränkevariationen (sechs Sorten Kaffee, Tee, Heiße Schokolade, Quellwasser- Limo) verkauft. Der Ausschank und Verkauf des Kaffees ist also keinesfalls als Nebenrecht anzusehen. Somit erübrigt sich auch die Auseinandersetzung hinsichtlich der Anzeige nach der Anzahl der vorhandenen Verabreichungsplätze. Die gegenständliche gewerbliche Tätigkeit ist durch die Berechtigung zur Ausübung des Handelsgewerbes nicht gedeckt. Die Anmeldung des (reglementierten) Gastgewerbes wurde notwendig, da der Betreiber den Wunsch äußerte, in der kalten Jahreszeit, insbesondere in der Vorweihnachtszeit, offene alkoholische Heißgetränke (Punsch bzw. Kaffee mit Alkohol) auszuschenken. Herr Mag. F. wurde von der Behörde aufgeklärt, dass in diesem Fall eine Anmeldung des (reglementieren) Gastgewerbes notwendig ist, da die GewO 1994 den offenen Ausschank von alkoholischen Getränken im Rahmen des freien Gastgewerbes nicht vorsieht. Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien führte am 11.02.2013 eine öffentliche mündliche Verhandlung (zusammen mit den Verfahren zu den Zlen. UVS-04/G/36/16363/2012 und UVS- 04/G/36/16364/2012 ? Beschuldigter Peter L.) durch, an der der Bw und Herr Peter L. teilnahmen. Herr L. gab an, er habe vor dem Start mit der OG einen anderen Betrieb gehabt, die Firma Fr.. Es seien Flaschen angeliefert und gewartet worden. Im Rahmen dieses Betriebes habe er dann mit einem Fahrzeug begonnen und habe er das ausprobieren wollen, wo die Entwicklung hingehe. Der Hauptstandort dieser Firma sei in einem Büro in der H.-Lände. Dann sei es weiter gegangen und hätten sie zusätzliche Fahrzeuge anfertigen lassen. Der Hauptzweig sei eigentlich die Vermietung dieser Fahrzeuge zu diversen Veranstaltungen als Dienstleister, das Personal werde dabei auch von ihnen zur Verfügung gestellt. Wenn es das Wetter zulasse, dann stünden die Fahrzeuge an genehmigten Stellen in Wien.

Der Bw wies darauf hin, dass das Ganze mit einem Bericht in der Kronenzeitung begonnen habe (wonach der Gastro-Chef die Betreiber angezeigt habe). Sie seien immer in Kontakt mit dem Bezirksamt gewesen. Sie hätten alles richtig machen wollen, nur habe ihnen dies keiner gesagt. Der Hauptteil bei den Verkäufen mit dem Wagen bei den Standorten sei der Getränkeverkauf. Sie hätten keine Sitzplätze, es sei alles nur "Coffe to go". Die Heißgetränke würden in Pappbechern, die verschlossen seien, ausgegeben. Es gebe dann noch Wasser in Flaschen, verpackten Gugelhupf, verpackten Kaffee (1/4 kg und 1 kg) und eingepackte Cookies. Vom Umsatz her könne es schon sein, dass wenn z.B. 5 kg Kaffee verkauft würden und mehrere Gugelhupfs, der Umsatz dieser Produkte höher gewesen sei als der vom zubereiteten Kaffee. Im August 2012 hätten sie drei Fahrzeuge in Wien im Einsatz gehabt.

Herr L. wies darauf hin, ihnen sei gesagt worden, dass das Gastgewerbe an der Firmenadresse nicht angemeldet werden könne, da dort kein Gastgewerbebetrieb sei, sondern nur das Büro. Dies sei im Gespräch mit Bediensteten des MBA 19 gewesen. Man habe ihnen gesagt, für ihr Firmenkonzept passe am ehestens das Handelsgewerbe. Bei der Neugründung der OG hätten sie dann das Handelsgewerbe angemeldet. Es sei dies auch in Ordnung gewesen, bis sie Herr T. angezeigt habe. Im Herbst 2012 (nach vielen Gesprächen mit Beamten des Bezirksamtes, des Marktamtes und der Wirtschaftskammer) sei dann das Gastgewerbe auf die H. Lande angemeldet worden. Das Büro sei auf und im Hof sei der Wagen, wenn er nicht im Einsatz sei, abgestellt; dies sei jetzt die Hauptgewerbeberechtigung.

Die anwesenden Parteien verzichteten auf die mündliche Verkündung des Berufungsbescheides.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Die einschlägigen Bestimmungen der GewO 1994 (in der hier maßgeblichen Fassung gemäß BGBl. I Nr. 50/2012) lauten (auszugsweise):

?Sonstige Rechte von Gewerbetreibenden

§ 32 (1) Gewerbetreibenden stehen auch folgende Rechte zu:

?

(2) Bei der Ausübung der Rechte gemäß Abs. 1 müssen der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben. Soweit dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist, haben sich die Gewerbetreibenden entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen.

?

Gastgewerbe

§ 111 (1) Einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 94 Z 26) bedarf es für

1.

die Beherbergung von Gästen;

2.

die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Ausschank von Getränken.

(2) Keiner Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe bedarf es für

1. den Ausschank und den Verkauf von in handelsüblich verschlossenen Gefäßen abgefüllten Getränken durch zur Ausübung des mit Omnibussen betriebenen Mietwagen-Gewerbes berechnigte Gewerbetreibende an ihre Fahrgäste;

2. die Beherbergung von Gästen, die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Verkauf von warmen und angerichteten kalten Speisen, den Ausschank von Getränken und den Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen im Rahmen eines einfach ausgestatteten Betriebes, der in einer für den öffentlichen Verkehr nicht oder nur schlecht erschlossenen Gegend gelegen und auf die Bedürfnisse der Bergsteiger und Bergwanderer abgestellt ist (Schutzhütte);

3. die Verabreichung von Speisen in einfacher Art und den Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen, wenn hiebei nicht mehr als acht Verabreichungsplätze (zum Genuss von Speisen und Getränken bestimmte Plätze) bereitgestellt werden;

4. die Beherbergung von Gästen, wenn nicht mehr als zehn Fremdenbetten bereitgestellt werden, und die Verabreichung des Frühstücks und von kleinen Imbissen und der Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen sowie von gebrannten geistigen Getränken als Beigabe zu diesen Getränken an die Gäste;

5. die Verabreichung von Speisen und den Ausschank von Getränken nach Maßgabe des § 143 Z 7 der Gewerbeordnung 1994 in der Fassung vor dem In-Kraft-Treten der Novelle BGBl. I Nr. 111/2002, wenn die Verabreichung von Speisen und der Ausschank von Getränken im Zusammenhang mit der Ausübung des Buschenschankes (§ 2 Abs. 9) nach Maßgabe landesgesetzlicher Vorschriften erfolgt;

6. den Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und den Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen, wenn der Ausschank oder der Verkauf durch Automaten erfolgt.

(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:

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.

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.

(5) Bei der Gewerbeanmeldung (§ 339) ist die Betriebsart zu bezeichnen, in der das Gastgewerbe ausgeübt werden soll. Änderungen der Betriebsart sind der Behörde anzuzeigen.

?

Rechte einzelner reglementierter Gewerbe

§ 150 (1) Bäcker (§ 94 Z 3) sind auch berechtigt, Konditorbackwaren sowie Mehlspeisen (zB Torten) herzustellen. Sie sind weiters berechtigt, in den dem Verkauf gewidmeten Räumen ihre Erzeugnisse - auch garniert als Imbisse - einschließlich der im ersten Satz genannten Produkte zu verabreichen und nichtalkoholische Getränke und Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen auszuschänken. Bei Ausübung der Verabreichungs- und Ausschankrechte muss der Charakter des Betriebes als Erzeugungsbetrieb gewahrt bleiben.

...

(4) Den Fleischern (§ 94 Z 19) stehen auch folgende Rechte zu:

1. das Zubereiten von Fleisch, Fleischwaren und Geflügel in einfacher Art, von Brotaufstrichen, belegten Brötchen und von Salaten,

2. die Verabreichung der in Z 1 genannten Speisen mit den üblichen kalten Beigaben in einfacher Art in den dem Verkauf gewidmeten Räumen,

3. der Verkauf von warmen oder angerichteten kalten Speisen im Umfang der Z 1 und 2,

4. der Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen in den dem Verkauf gewidmeten Räumen.

...

Freie Gewerbe

?

Handelsgewerbe und Handelsagentengewerbe

§ 154 (1) Den Gewerbetreibenden, die den Kleinhandel mit Lebensmitteln ausüben, steht das Recht zu, Speisen in einfacher Art zu verabreichen und nichtalkoholische Getränke und Bier auszuschänken, wenn hiebei nicht mehr als acht Verabreichungsplätze (zum Genuss von Speisen und Getränken bestimmte Plätze) bereitgestellt werden. Weiters sind sie berechtigt, vorparierte Stücke Frischfleisch von nicht mehr als zehn Kilogramm zu zerteilen und zu verkaufen.

??

In den vorliegenden Fällen ist unstrittig, dass die OG über die erforderliche Berechtigung für das Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe, zu welchen insbesondere der Handel mit Medizinprodukten, Waffen und pyrotechnischen Artikeln zählen verfügte. Ebenso unstrittig ist, dass weitere Betriebsstätten in Wien, S.-gasse und Wien, Si.-Park bei der Behörde angezeigt waren. In den den gegenständlichen Verfahren zugrunde liegenden Anzeigen vom 30.08.2012 heißt es, dass an den näher angeführten Standorten (wie erwähnt, handelt es sich dabei um weitere Betriebsstätten der OG) das E. der OG aufgestellt gewesen sei. Es seien Espresso, Cappuccino, Melange und Gugelhupf (zu näher angeführten Preisen) verkauft worden. Es wurde die fehlende Gewerbeberechtigung des freien Gastgewerbes angezeigt.

Schon im erstinstanzlichen Verfahren (siehe seine niederschriftliche Einvernahme am 15.10.2012) hatte der Bw

vorgebracht, er sei davon ausgegangen, dass mit ihrer Gewerbeberechtigung ?Handelsgewerbe? die von der OG ausgeübte Tätigkeit abgedeckt sei. Sie würden vorwiegend verpackte Waren und auch Kaffee verkaufen. Sie hätten den Verkauf des ?Automatenkaffees? als Nebenrecht des Handelsgewerbes angesehen. In der Begründung der Straferkenntnisse wird nur darauf hingewiesen, dass die Tat nicht bestritten werde; die Verantwortung des Bw stelle auch keinen Schuldausschließungsgrund dar. Mit der hier relevanten Rechtsfrage befasste sich die Erstbehörde mit keinem Wort.

Die Erstbehörde wurde mit h.a. Schreiben vom 10.12.2012 (siehe oben den Inhalt dieses Schreibens) um Mitteilung ersucht, welche Gründe gegen die Annahme gesprochen hätten, die OG sei gemäß § 154 Abs. 1 GewO 1994 (bei dem angemeldeten Handelsgewerbe) auch berechtigt, Kaffee auszuschenken und Kuchen zu verabreichen. Die Erstbehörde führte in ihrem Schreiben vom 03.01.2013 aus, es sei amtsbekannt, dass der Schwerpunkt der gewerblichen Tätigkeit der OG zweifelsohne darin bestehe, Kaffee aus einem Kaffeeautomaten auszuschenken. Verpackte Waren (Gugelhupf) würden nur nebenbei zu den offenen neun Getränkevariationen verkauft. Der Ausschank und Verkauf des Kaffees sei also keinesfalls als Nebenrecht anzusehen. Die gegenständliche gewerbliche Tätigkeit sei durch die Berechtigung zur Ausübung des Handelsgewerbes nicht gedeckt.

Die Erstbehörde hat das Straferkenntnis somit nicht auf die Sachverhaltsannahme gestützt, dass die OG das Handelsgewerbe zur fraglichen Zeit überhaupt nicht ausgeübt hätte. Die Auffassung der Erstbehörde geht erkennbar dahin, dass in Fällen, in denen der Anteil der Verkaufstätigkeit im Rahmen des Handelsgewerbes an der Gesamttätigkeit des Gewerbetreibenden äußerst gering ist (in der Äußerung vom 03.01.2013 heißt es, der ?Schwerpunkt? der gewerblichen Tätigkeit der OG bestehe darin, Kaffee auszuschenken), in denen also der Ausschank von Kaffee (Tee und Wasser) im Vordergrund steht, von der Ausübung eines Nebenrechtes, wie es § 154 Abs. 1 erster Satz GewO 1994 einräumt, bei der Ausübung eines Handelsgewerbes nicht gesprochen werden könne.

Diese Auffassung erscheint auf den ersten Blick insofern nicht unvertretbar, weil die GewO 1994 vor der Novelle BGBl. I Nr. 111/2002 in einzelnen Bestimmungen bei der Umschreibung von Nebenrechten bestimmter Gewerbe ausdrücklich normierte, dass bei der Ausübung dieser Rechte der Charakter des Betriebes gewahrt bleiben müsse. So sah etwa § 117 Abs. 2 GewO 1994 vor, dass Bäcker auch berechtigt wären, in den dem Verkauf gewidmeten Räumen ihre Erzeugnisse - auch garniert als Imbisse - zu verabreichen und nichtalkoholische Getränke und Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen auszuschenken, dass aber bei Ausübung dieser Rechte "der Charakter des Betriebes als Erzeugungsbetrieb gewahrt bleiben" müsste (eine ähnliche Regelung enthielt § 118 Abs. 2 GewO 1994 für Konditoren). Gemäß § 119 Abs. 1 GewO 1994 standen den Fleischern näher umschriebene Rechte zu, darunter diejenigen zur Verabreichung bestimmter Speisen in den dem Verkauf gewidmeten Räumen (Z. 2), zum Verkauf näher bezeichneter Speisen (Z. 3) sowie zum Ausschank bestimmter Getränke in den dem Verkauf gewidmeten Räumen (Z. 4). Allerdings musste gemäß Abs. 2 bei Ausübung dieser Rechte "der Charakter des Betriebes als Erzeugungsbetrieb gewahrt bleiben".

Nicht zuletzt sah § 144 Abs. 1 GewO 1994 vor, dass Gastgewerbetreibende, die Gäste beherbergten oder Speisen verabreichten und warme und angerichtete kalte Speisen verkauften, berechtigt waren, Waren des üblichen Reisebedarfes, wie Treib- und Schmierstoffe, Toiletteartikel, Badeartikel, Fotoverbrauchsmaterial, Ansichtskarten, übliche Reiseandenken, Geschenkartikel und die in § 158 Z. 3 und 4 bezeichneten Druckwerke zu verkaufen. Gemäß § 144 Abs. 2 waren Gastgewerbetreibende, die Speisen verabreichten und warme und kalte angerichtete Speisen verkauften, auch zum Verkauf von nicht angerichteten kalten Speisen, von halbfertigen Speisen, von Lebensmitteln, die in ihrem Gastgewerbebetrieb verwendet wurden, und von Reiseproviant berechtigt. Bei der Ausübung der Rechte gemäß Abs. 1 und Abs. 2 musste freilich gemäß § 144 Abs. 3 GewO 1994 "der Charakter des Betriebes als Gastgewerbebetrieb gewahrt bleiben" und es durften keine zusätzlichen Hilfskräfte und keine zusätzlichen Räumlichkeiten verwendet werden. Gemäß § 144 Abs. 4 waren Gastgewerbetreibende auch zum Halten von Spielen berechtigt, "wenn der Charakter des Betriebes als Gastgewerbebetrieb gewahrt" blieb.

Gemäß § 159 Abs. 1 GewO 1994 standen den Gewerbetreibenden, die den Kleinhandel mit Lebensmittel ausübten, näher umschriebene Rechte zu, darunter diejenigen zum Ausschank von Milch, Milchmischgetränken, nicht alkoholischen Getränken und Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen in den dem Verkauf gewidmeten Räumen. Allerdings musste gemäß Abs. 2 bei Ausübung dieser Rechte "der Charakter des Betriebes als Lebensmittelhandelsbetrieb gewahrt bleiben". Die soeben dargestellten Wahrungsklauseln gehen bereits auf die Stammfassung der GewO 1973 zurück. In der RV (395 Blg NR 13. GP, 177) wird zu den Nebenrechten für Fleischer,

Bäcker und Zuckerbäcker ausgeführt, die Vorlage vermeide die Ausdrücke "in untergeordnetem" oder "in nebensächlichem Umfang", die zu Auslegungsschwierigkeiten führen könnten. Um zum Ausdruck zu bringen, dass die Nebenrechte nicht die Haupttätigkeit des Fleischers bilden dürfen, werde auf den Charakter des Betriebes als Erzeugungsbetrieb abgestellt. Zu den Verkaufsrechten der Gastgewerbetreibenden wird (aaO, 215) ausgeführt, diese dürften nur unter Wahrung des Betriebscharakters ausgeübt werden.

Seit der Novelle zur GewO 1994 BGBl. I Nr. 111/2002, mit der die Bestimmungen u.a. über das Gastgewerbe neu gefasst wurden (nunmehr §§ 111ff), fehlt allerdings eine dem früheren Abs. 2 des § 159 vergleichbare Bestimmung, wonach die Zubereitungs-, Verkaufs- und Ausschankrechte nur unter Wahrung des Betriebscharakters als Lebensmittelhandelsbetrieb ausgeübt werden dürfen. Der Entfall derartiger Bestimmungen ist deswegen bedeutsam, weil gemäß § 150 Abs. 1 idF der Novelle BGBl. I Nr. 111/2002 beim Bäckereigewerbe nach wie vor gefordert ist, dass bei Ausübung der Verabreichungs- und Ausschankrechte der Charakter des Betriebes als Erzeugungsbetrieb gewahrt bleiben muss. Eine derartige Regelung ist nunmehr hingegen auch bei den Fleischern (§ 150 Abs. 4) nicht mehr enthalten.

Der Wegfall derartiger Wahrungsklauseln kann auch nicht durch extensive Auslegung des § 32 Abs. 2 GewO 1994 idF der Novelle BGBl. I Nr. 111/2002 kompensiert werden. Diese Bestimmung sieht nunmehr vor, dass bei der Ausübung der in § 32 Abs. 1 allen Gewerbetreibenden zustehenden Nebenrechte der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben muss (die Materialien sind unergiebig). Wenn § 111 Abs. 4 Z. 4 GewO 1994 davon spricht, dass die Verkaufsrechte "Unbeschadet der den Gastgewerbetreibenden gemäß § 32 zustehenden Rechte" zustehen, so kann § 32 Abs. 2 leg.cit. nicht als Einschränkung dieser speziell für Gastgewerbetreibende vorgesehenen Verkaufsrechte herangezogen werden (in diesem Sinne zum Verhältnis von

§ 32 Abs. 2 und den in § 150 angeführten Rechten auch Kinscher/Pallege-Barfuß, aaO

§ 32 Anm 4; vgl. auch das Erkenntnis des VwGH vom 10.12.2009, Zl. 2009/04/0250).

Im Lichte dieser Darlegungen ist daher davon auszugehen, dass die in § 154 Abs. 1 GewO 1994 umschriebenen Verabreichungs- und Ausschankbefugnisse schon dann zustehen, wenn das Handelsgewerbe tatsächlich betrieben wird (vgl. in diesem Sinne insbesondere das Erkenntnis des VwGH vom 02.03.2010, Zl. 2008/11/0126). Eine Beschränkung in dem der Erstbehörde vorschwebenden Ausmaß kann § 154 Abs. 1 erster Satz GewO 1994 vor dem Hintergrund des Wegfalls des früheren § 159 Abs. 2 nicht entnommen werden. Im vorliegenden Fall ist aufgrund der ? insoweit glaubwürdigen ? Angaben der beiden Beschuldigten (siehe etwa auch <http://www.E..at/>) davon auszugehen, dass zu den fraglichen Zeiten nicht nur Kaffee (Tee, Wasser) in verschlossenen Bechern ausgeschenkt wurde, sondern dass auch abgepackter Kaffee, Gugelhupf und eingepackte Cookies verkauft worden sind. Auf der Basis dieser Sachverhaltsannahmen erweist sich die rechtliche Beurteilung der Erstbehörde, der Ausschank von Kaffee und der Verkauf von Gugelhupfstücken am 16.08.2012 und am 17.08.2012 an den näher angeführten Standorten des E. sei von den in § 154 Abs. 1 erster Satz GewO 1994 den Lebensmittelkleinhändlern eingeräumten gastgewerblichen Befugnisse nicht erfasst, als unzutreffend.

Aufgrund der obigen Erwägungen war daher den Berufungen Folge zu geben, die angefochtenen Straferkenntnisse waren zu beheben und die Verwaltungsstrafverfahren spruchgemäß einzustellen.

Die Kostenentscheidungen gründen sich auf den § 65 VStG.

**Zuletzt aktualisiert am**

14.05.2013

**Quelle:** Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2025 JUSLINE

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

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