

Sachverhalt:

Die G-GmbH mit Sitz in Zürich betreibt in Tirol und Vorarlberg zwanzig Lebensmittelmärkte mit einer Verkaufsfläche von jeweils bis zu 500 m². Im Herbst 2011 wurde der handelsrechtliche Geschäftsführer der GmbH, Helmut H, vom Rechtsanwalt der Firma auf die aus § 2 Z 2 Öffnungszeitengesetz resultierende Ausnahme vom Verbot der Sonn- und Feiertagsöffnung für den Verkauf bestimmter Waren im Rahmen eines Gastgewerbes und ein dazu ergangenes Erkenntnis des VfGH vom 2.3.2010 aufmerksam gemacht, dem zufolge die Anwendbarkeit des in dieser Bestimmung verwiesenen § 111 Abs 4 Z 4 GewO keinen quantitativen oder qualitativen Überhang der gastgewerblichen Tätigkeiten über den Warenverkauf verlangt. Durch Anmeldung eines Gastgewerbes am Standort der bestehenden Lebensmittelmärkte könne daher – ohne dass es grundlegender Änderungen am Shop-Konzept und damit zusammenhängender Umbaumaßnahmen bedürfte – das Verbot der Sonn- und Feiertagsöffnung zumindest für bestimmte Warengruppen umgangen werden.

Nach einer rund einjährigen Nachdenk- und Planungsphase wurde im Herbst 2012 mit der Adaptierung der ersten Filiale in Feldkirch (Vbg) begonnen. Die Neueröffnung als nunmehr kombinierter Handels- und Gastgewerbebetrieb erfolgte – nach Einholung aller erforderlichen behördlichen Bewilligungen – am 8.4.2013. Ab 21.4.2013 wurde die Filiale auch an Sonn- und Feiertagen (wenn auch mit reduziertem, auf § 111 Abs 4 Z 4 GewO abgestelltem Warenangebot) offen gehalten.

Die Freude über den dabei erzielten Zusatzumsatz währte allerdings nicht lange. Als Reaktion auf noch weiterreichende Schritte der – mittlerweile insolventen – Handelsgruppe dayli beschloss der Nationalrat nämlich am 26.4.2013 eine Novelle zur Gewerbeordnung 1994, durch die § 111 Abs 4 Z 4 GewO um einen neuen letzten Satz ergänzt wurde. Dieser enthält eine sog. „Wahrungsklausel“, der zufolge beim Verkauf von Waren gemäß lit a bis c leg cit der Charakter des Betriebes als Gastgewerbebetrieb gewahrt bleiben muss.

Da bei der gegenständlichen Filiale der G-GmbH sowohl die Fläche der dem Gastgewerbe dienenden Räumlichkeiten als auch der dabei erzielte Umsatz nur einen Bruchteil der Vergleichsgrößen des Gesamtbetriebes ausmachte, war Lyane L, die für die Feldkircher Filiale (nicht zuletzt wegen ihrer österreichischen Staatsangehö-

rigkeit) zur gewerberechtigten Geschäftsführerin bestellt worden war, sofort klar, dass diese Rechtsänderung Probleme bereiten könnte. Dennoch entschloss sie sich, bis zum allfälligen Einlangen einer gegenteiligen Weisung der Schweizer Geschäftsführung vorläufig mit der Sonn- und Feiertagsöffnung fortzufahren.

Es dauerte nicht lange, bis über L – aufgrund mehrerer anonymer Anzeigen – von der BH Feldkirch gemäß § 11 Öffnungszeitengesetz iVm § 368 GewO eine Geldstrafe in Höhe von € 1.000,- verhängt wurde, weil sie es als gewerberechtigliche Geschäftsführerin zu verantworten habe, dass die von ihr geleitete Filiale am 26.5.2013 – entgegen § 3 und § 5 Öffnungszeitengesetz – nicht geschlossen gehalten worden war. Ein im Übrigen gleichlautender Bescheid folgte drei Wochen später wegen desselben Vergehens am 16.6.2013. Der UVS Vorarlberg wies die von L eingebrachten Berufungen gegen diese beiden Bescheide Mitte September 2013 als unbegründet ab.

L möchte sich gegen diese Entscheidungen des UVS beim VfGH mit der Behauptung beschweren, unmittelbar durch die Bescheide sowie durch Anwendung verfassungswidriger Rechtsvorschriften in ihrem Grundrecht auf Eigentum verletzt worden zu sein. Im Einzelnen begründet sie ihre Beschwerden wie folgt:

1. Der UVS hätte ihre Berufung auf Grundlage der alten, vor der Novelle BGBl I 2013/85 geltenden Fassung des § 111 GewO erledigen müssen. Abgesehen vom zeitlichen Bedingungsbereich der Novelle und dem einschlägigen Übergangsrecht wäre der UVS nämlich verpflichtet gewesen, den Verweis in § 2 Z 2 Öffnungszeitengesetz in verfassungskonformer Interpretation als statischen (und nicht als verfassungswidrigen dynamischen) Verweis zu deuten.

2. Sollte der VfGH dieser Ansicht nicht folgen, wäre dem UVS vorzuwerfen, seine Entscheidung auf Grundlage verfassungswidriger Bestimmungen der GewO getroffen zu haben. Zum einen widerspreche § 111 Abs 4 Z 4 GewO idF BGBl I 2013/85 dem Grundrecht auf Erwerbsfreiheit, weil die ihm angefügte Wahrungsklausel eine sachlich nicht zu rechtfertigende Beschränkung des Warenverkaufs durch Gastgewerbebetreibende bewirke. Zum anderen enthalte die Übergangsbestimmung in § 376 Z 14b Abs 2 GewO idF BGBl I 2013/85 eine geradezu willkürliche Privilegierung von Gastgewerbebetreibenden, die in den letzten sechs Monaten vor Inkrafttreten der Novelle ihr Nebenrecht gemäß § 111 Abs 4 Z 4 GewO alte Fassung ausgeübt haben.

3. Selbst wenn der VfGH auch dies nicht akzeptieren sollte, müsste der bekämpfte Bescheid schon deshalb aufgehoben werden, weil sie weder zur Außenvertretung der G-GmbH berufen noch zur verantwortlichen Beauftragung bestellt worden sei und daher nach § 9 VStG für strafbares Verhalten dieser juristischen Person nicht verantwortlich gemacht werden könne. Als (der Behörde angezeigte) gewerberech-

liche Geschäftsführerin hafte sie gemäß § 370 Abs 1 GewO, der wegen der darin verfügbaren Abweichung von § 9 VStG selbst verfassungsrechtlich nicht unproblematisch sei, lediglich für Übertretungen der in diesem Bundesgesetz enthaltenen Straftatbestände.

Prüfungsaufgabe:

Erörtern Sie mit umfassender Begründung das im Sachverhalt dargelegte Beschwerdevorbringen der L!

Auszug aus dem Öffnungszeitengesetz 2003 (BGBl I 2003/48, zuletzt geändert durch BGBl I 2007/62)

Geltungsbereich

- § 1. (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.
- (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.
- (3) [...]

§ 2. Von den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind ausgenommen

1. die Warenabgabe aus Automaten;
2. der Warenverkauf im Rahmen eines Gastgewerbes in dem in § 111 Abs. 4 Z 4 GewO 1994 bezeichneten Umfang [...];
- 3.- 5. [...]

§ 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 6 Uhr sind die Verkaufsstellen, soweit sich nicht nach den folgenden Bestimmungen anderes ergibt, geschlossen zu halten.

Sonderregelung für das Wochenende und für Feiertage

§ 5. (1) An Samstagen nach 18 Uhr, an Sonntagen, an Feiertagen und an Montagen bis 6 Uhr dürfen die Verkaufsstellen nur für Verkaufstätigkeiten offen gehalten werden, für die durch Verordnungen gemäß Abs. 2 bis 4 bestimmte Offenhaltezeiten festgelegt wurden. [...]

Strafbestimmung

§ 11. Wer entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnungen 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. [...]

Auszug aus der Gewerbeordnung 1994 (BGBl 1994/194 [Wv], zuletzt geändert durch BGBl I 2012/85)

Geltungsbereich

- § 111. (1) [...]
- (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. [...]
 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.

§ 368. Eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe bis zu 1 090 Euro zu bestrafen ist, begeht, wer andere als in den §§ 366, 367 und 367a genannte Gebote oder Verbote dieses Bundesgesetzes [...] nicht einhält.

§ 370. (1) Wurde die Bestellung eines Geschäftsführers angezeigt oder genehmigt, so sind Geld- oder Verfallsstrafen gegen den Geschäftsführer zu verhängen. [...]

Auszug aus dem Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG BGBl 1991/52 (Wv) idGF

Besondere Fälle der Verantwortlichkeit

§ 9. (1) Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. [...]

BUNDESGESETZBLATT

FÜR DIE REPUBLIK ÖSTERREICH

Jahrgang 2013

Ausgegeben am 28. Mai 2013

Teil I

85. Bundesgesetz: Änderung der Gewerbeordnung 1994
(NR: GP XXIV RV 2197 AB 2261 S. 200. BR: 8948 AB 8965 S. 820.)

85. Bundesgesetz, mit dem die Gewerbeordnung 1994 geändert wird

Der Nationalrat hat beschlossen:

Die Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994 (WV), BGBl. Nr. 194/1994, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 85/2012, wird wie folgt geändert:

1. [...]

2.-14b. [...]

14c. Dem § 111 Abs. 4 Z 4 wird folgender Satz angefügt:

„Beim Verkauf von Waren gemäß lit. a bis c muss der Charakter des Betriebes als Gastgewerbebetrieb gewahrt bleiben. Liegt auch eine Berechtigung nach § 94 Z 3 oder Z 19 vor, genügt es, dass der Charakter des Betriebes als Bäcker oder Fleischer gewahrt bleibt, hierbei müssen Verabreichungsplätze bereit gestellt werden.“

33a. In § 376 Z 14b erhält der nach dem Ausdruck „(Gastgewerbe:)“ folgende Text die Absatzbezeichnung „(1)“ und folgender Abs. 2 wird angefügt:

„(2) Gastgewerbetreibenden, die in den letzten sechs Monaten vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 85/2013 die Rechte des § 111 Abs. 4 Z 4 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 85/2012 ununterbrochen zulässigerweise an einem bestimmten Standort ausgeübt haben, stehen diese Rechte an diesem Standort weiterhin zu.“

34.-35. [...]

36. Dem § 382 werden folgende Abs. 57 bis 59 angefügt:

„(57) § 2 Abs. 1 Z 13, § 79c, § 79d, § 81 Abs. 2 Z 1, Z 7 und Z 11, § 81 Abs. 3, § 87 Abs. 1 Z 4d, § 92, § 93 Abs. 5, § 111 Abs. 2 Einleitungssatz, § 111 Abs. 4 Z 4, § 117 Abs. 7, § 345 Abs. 6, § 356 Abs. 3 und 4, § 359 Abs. 5, § 360 Abs. 1, § 376 Z 2, § 376 Z 14b, § 376 Z 16a und § 376 Z 54 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 85/2013, treten mit Ablauf des Tages ihrer Kundmachung im Bundesgesetzblatt in Kraft; gleichzeitig treten § 78 Abs. 2 und § 348 Abs. 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 85/2012 außer Kraft.“

(58) § 99 Abs. 7 bis 9, § 99 Abs. 10 hinsichtlich der Wortfolge „Haftpflichtversicherung gemäß Abs. 7“ und § 376 Z 13 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 85/2013 treten mit Ablauf des Tages ihrer Kundmachung im Bundesgesetzblatt, jedoch frühestens mit 1. August 2013, in Kraft.

(59) § 78 Abs. 1, § 88 Abs. 2, § 99 Abs. 10 hinsichtlich des Wortes „Beschwerden“, § 117 Abs. 10, § 125 Abs. 5, § 135 Abs. 6, § 136a Abs. 5 und Abs. 10, § 136b Abs. 3, § 137c Abs. 5, § 335, § 347 Abs. 3, § 348 Abs. 2, § 349 Abs. 4 und 6, § 352 Abs. 3, § 356b Abs. 1, § 359 Abs. 4, § 359c, § 361 Abs. 3, § 363 Abs. 2 und Abs. 3, § 365v Abs. 3 und § 371a in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 85/2013 treten mit 1. Jänner 2014 in Kraft; gleichzeitig tritt § 359a in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 85/2012 außer Kraft.“

Fischer

Faymann