



**VERWALTUNGSGERICHT  
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62  
Telefon: (43 01) 4000 DW 38700  
Telefax: (43 01) 4000 99 38700  
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at  
DVR: 4011222

GZ: VGW-021/035/11942/2016-1  
S. B.

Wien, 04.01.2017

**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Mag. Lammer über die Beschwerde des Herrn S. B. gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 16.08.2016, Zahl: MBA ... – S 36439/16, betreffend eine Verwaltungsübertretung nach § 3 iVm § 11 Öffnungszeitengesetz 2003, BGBl. I Nr. 48/2003 idGF, iVm § 368 GewO 1994, zu Recht erkannt:

Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt.

Gemäß § 52 Abs 8 VwGVG wird dem Beschwerdeführer kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG unzulässig.

**Entscheidungsgründe**

Das angefochtene Straferkenntnis enthält folgende Tatanlastung:

„Sie haben als Inhaber des eingetragenen Unternehmens „S. B. e.U.“, berechtigt zur Ausübung des Handelsgewerbes (GISA-ZI: ...) mit Standort der

Gewerbeberechtigung in U., ... zu verantworten, dass Sie als Inhaber der für den Verkauf von gebrauchten KFZ-Reifen bestimmten Betriebseinrichtung in Wien, H.-gasse (Verkaufsplatz am ... Gelände) a, 10.07.2016 um 10:05 Uhr die Verkaufsstelle nicht geschlossen gehalten haben, obwohl dieser Tag ein Sonntag ist und für diese Verkaufstätigkeiten keine bestimmten Offenhaltezeiten durch Verordnung gemäß § 5 Abs 2 bis 4 des Öffnungszeitengesetzes BGBl. I Nr. 48/2003 in der geltenden Fassung festgelegt worden sind.“

Der Beschwerdeführer habe dadurch § 11 des Öffnungszeitengesetzes, BGBl. I Nr. 48/2003 igdF, verletzt, weswegen über ihn gemäß § 368 GewO 1994 eine Geldstrafe in Höhe von 300 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafe von 18 Stunden, verhängt und ihm ein Verfahrenskostenbeitrag von 30 Euro auferlegt wurde.

In der dagegen eingebrachten Beschwerde führte der Beschwerdeführer aus, dass er nie eine Verkaufsstelle im Rahmen seines Gewerbebetriebes in Wien, H.-straße, betrieben habe, daher könne er auch nicht am 10.07.2016, um 10:05 Uhr, an besagtem Ort den § 11 des Öffnungszeitengesetzes verletzt haben. Er sei auf dem Flohmarkt als Privatperson anwesend gewesen und keinesfalls in der Absicht, sein Handelsgewerbe auszuüben. Er habe dort auch nicht Produkte seines Handelssortiments, sondern lediglich Flohmarktware zum Verkauf angeboten.

Dem angefochtenen Straferkenntnis liegt die Anzeige der Magistratsabteilung 59 – Direktion – Gruppe Märkte, Wirtschaft vom 13.07.2016 zugrunde, wonach der Beschwerdeführer am 10.07.2016, 10:05 Uhr, in Wien, H.-gasse, auf einem ihm vom Veranstalter zugewiesenen Verkaufsplatz am Flohmarkt auf dem ... Gelände, ca 36 Stück „14-17 Zoll Reifen“ zu 5 Euro bis 10 Euro das Stück angeboten habe. Im Standort, auf einem umzäunten Fußballplatzgelände (Privatgrund), würde jeden Sonntag vom Verein „Sc.“ als Veranstalter, der auch über die Gewerbeberechtigung „Organisation und Durchführung von Veranstaltungen“ (GISA-Zahl: ...) verfüge, eine flohmarktähnliche Verkaufsveranstaltung abgehalten werden, bei der Interessenten gegen eine Tagesgebühr von 20 Euro ein Verkaufsplatz zugewiesen werde.

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich Folgendes:

Der mit „Geltungsbereich“ überschriebene § 1 Öffnungszeitengesetz 2003 lautet:

„§ 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) 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.“

Gemäß § 2 Z 5 Öffnungszeitengesetz 2003 ist der Marktverkehr von den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes ausgenommen.

Gemäß § 11 Öffnungszeitengesetz 2003 ist derjenige, der 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, nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 zu bestrafen.

Gemäß § 368 GewO 1994 (idF BGBl. I Nr. 42/2008) begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe bis zu 1.090 Euro zu bestrafen ist, wer andere als in den §§ 366, 367 und 367a genannte Gebote und Verbote dieses Bundesgesetzes oder der auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnungen oder der Bescheide, die auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassener Verordnungen ergangen sind, nicht einhält.

Der mit „Märkte“ überschriebene § 286 GewO 1994 (idF BGBl. I Nr. 42/2008) lautet:

„§ 286. (1) Unter einem Markt im Sinne dieses Bundesgesetzes ist eine Veranstaltung zu verstehen, bei der auf einem örtlich bestimmten Gebiet (Marktplatz, Markthalle) zu bestimmten Markttagen und Marktzeiten Waren feilgeboten und verkauft werden. Ein Markt darf nur auf Grund einer Verordnung der Gemeinde, in der der Markt abgehalten werden soll, stattfinden. Jedermann hat das Recht, auf Märkten Waren nach Maßgabe der von der Gemeinde hiefür

durch Verordnung bestimmten Voraussetzungen feilzubieten und zu verkaufen.

(2) Unter einem Gelegenheitsmarkt („Quasimarkt“) ist eine marktähnliche Verkaufsveranstaltung zu verstehen, die nur gelegentlich aus besonderen Anlässen abgehalten wird. Ein Gelegenheitsmarkt darf nur auf Grund einer Bewilligung der Gemeinde, in der die Veranstaltung abgehalten werden soll, stattfinden.

(3) Marktähnliche Verkaufsveranstaltungen, bei denen Land- oder Forstwirte aus ihrer eigenen Produktion Erzeugnisse wie sie von Land- oder Forstwirten im Rahmen der Bestimmungen des § 2 Abs 3 und 4 auf den Markt gebracht werden, feilbieten und verkaufen (Bauernmärkte), sind keine Märkte im Sinne dieses Bundesgesetzes.

(4) Marktähnliche Verkaufsveranstaltungen von kurzer Dauer, die in herkömmlicher Art und Weise zu wohltätigen Zwecken veranstaltet werden, sind keine Märkte im Sinne dieses Bundesgesetzes.

(5) Nicht als Märkte im Sinne dieses Bundesgesetzes sind Messen und messeähnliche Veranstaltungen zu verstehen.

(6) Ein Markt oder Gelegenheitsmarkt liegt auch dann vor, wenn die Veranstaltung als Flohmarkt deklariert wird, sofern die Voraussetzungen der Abs 1 oder 2 gegeben sind und keine Ausnahme nach den Abs 3 bis 5 vorliegt.“

Von den Bestimmungen des Öffnungszeitengesetz 2003 ist gemäß § 2 Z 5 leg cit der Marktverkehr ausgenommen. Da das Öffnungszeitengesetz 2003 keine Legaldefinition des Marktverkehrs enthält, sind die für „Märkte“ anzuwendenden Bestimmungen der GewO 1994 zur Auslegung dieses Ausnahmetatbestandes heranzuziehen.

Märkte im Sinne des § 286 Abs 1 GewO 1994 sind allgemein zugängliche Veranstaltungen, die wirtschaftlichen Zwecken, nämlich dem Feilbieten und dem Verkauf von Waren dienen. Als Gelegenheitsmarkt im Sinne des Abs 2 leg cit ist eine marktähnliche Verkaufsveranstaltung zu verstehen, die nur gelegentlich aus besonderen Anlässen abgehalten wird.

Ein Flohmarkt, der keine karitativen Zwecke verfolgt, gilt ex lege als Markt oder Gelegenheitsmarkt, sofern die Voraussetzungen der Absätze 1 oder 2 des § 286 GewO 1994 vorliegen.

Unter „Flohmarkt“ versteht man nach herkömmlichem Sprachgebrauch einen „Markt, auf dem Trödel und gebrauchte Gegenstände verkauft werden“ (so DUDEN - Das große Wörterbuch der deutschen Sprache<sup>3</sup> [1999], Stichwort „Flohmarkt“). Als „Trödelmarkt“ gilt ein wöchentlicher Flohmarkt. Solche Flohmärkte werden nicht nur zu „wohltätigen Zwecken“, sondern auch insoweit veranstaltet, als damit ein herkömmlicher Gewinn für Privatpersonen erzielt

werden soll. Für diese Fälle ist Abs 6 vorgesehen. Diese Regelung bedeutet bzw hat zur Folge, dass Flohmärkte, soweit sie insbesondere nicht den Kriterien der Ausnahmeregelung des Abs 4 entsprechen, als Gelegenheitsmärkte zu qualifizieren sind und folglich nur mit einer entsprechenden Bewilligung der Gemeinde abgehalten werden dürfen. Liegt eine solche Bewilligung nicht vor, sind die Organisatoren gemäß § 368 GewO 1994 zu bestrafen (Grabler/Stolzlechner/Wendl Kommentar zur GewO, 3. Auflage, § 286 RZ 21).

Unbestritten steht fest, dass der Beschwerdeführer am Sonntag, den 10.07.2016, um 10:05 Uhr, in Wien, H.-gasse, auf einem ihm vom Veranstalter zugewiesenen Verkaufsplatz am Flohmarkt auf dem ... Gelände ca 36 Stück „14-17 Zoll Reifen“ zu 5 Euro bis 10 Euro das Stück zum Verkauf angeboten hat.

Da es sich bei der im Standort auf einem umzäunten Fußballplatzgelände vom Verein „Sc.“ als Veranstalter jeden Sonntag abgehaltenen flohmarktähnlichen Verkaufsveranstaltung, bei der Interessenten gegen eine Tagesgebühr von 20 Euro ein Verkaufsplatz zugewiesen wird, um einen Gelegenheitsmarkt im Sinne des § 286 GewO 1994 handelt, der aufgrund der Ausnahmebestimmung des § 2 Z 5 Öffnungszeitengesetz 2003 vom Geltungsbereich des Öffnungszeitengesetzes 2003 nicht erfasst ist, war spruchgemäß zu entscheiden.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine 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, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. 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.

### Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim

Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw die Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Mag. Lammer