Fächerübergreifende Modulprüfung III am 3.3.2016

(Fallersteller Univ.-Prof. Dr. Franz Merli)

Lösungsskizze

1) Welche Berechtigungen, Genehmigungen oder Bewilligungen braucht *Marcella*, um ihren Kaffeeladen an diesem „idealen Plätzchen" betreiben zu dürfen? An wen muss sie sich wenden und besteht Aussicht auf Erteilung?

a) Gewerbeberechtigung

M betreibt ihren mobilen Kaffeeladen gewerbsmäßig iSd § 1 Abs 2 GewO: Sie übt die Tätigkeit selbstständig aus (sie betreibt ihren Einfraubetrieb auf eigene Rechnung und Gefahr), regelmäßig („unter der Woche") und mit Ertragsabsicht (sie freut sich über ein gut gehendes Geschäft). Es handelt sich auch um eine erlaubte Tätigkeit, die nicht unter eine Ausnahmebestimmung fällt, sondern der GewO unterliegt (Gastgewerbe gemäß §§ 94 Z 26 und 111 Abs 1 Z 2 GewO). Für die Ausübung ihres Gewerbes braucht sie also eine Gewerbeberechtigung.

<u>Zuständige Behörde und Verfahren:</u>

Um diese zu erlangen, muss sie eine Anmeldung für das Gastgewerbe gemäß § 5 Abs 1 iVm 339 GewO bei der BVB des Standortes einbringen. Da M ihren Betrieb in der Wiener Innenstadt eröffnen will, ist dies der Magistrat Wien (Art 109 B-VG).

<u>Erfolgsaussichten:</u>

Die allgemeinen Voraussetzungen für die Ausübung eines Gewerbes (und somit für die Erlangung der Gewerbeberechtigung) sind folgende: Eigenberechtigung (§ 8 GewO), Fehlen von Ausschlussgründen (§ 13 GewO), Staatsbürgerschaft / Aufenthaltsberechtigung (§ 14 GewO), Zulässigkeit des Gewerbes (§ 15 GewO), ***(****Wohnsitz im EWR – § 39 GewO)****)****.*

Laut Sachverhalt ist M 30 Jahre alt, die Eigenberechtigung (über 18 Jahre) liegt also vor. Auch Hinweise auf Straffälligkeiten oder schwere Insolvenz iSd § 13 GewO sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Als italienische Staatsbürgerin (Unionsbürgerin) erfüllt M die Voraussetzung des § 14 GewO, denn als Staatsvertrag im Sinne dieser Bestimmung garantiert ihr der AEUV die Gewerbeausübung wie einer österreichischen Staatsbürgerin. Auch ist das Gewerbe, das M ausüben will, nicht unzulässig iSd § 15 GewO (vgl §§ 94 Z 26 und 111 Abs 1 Z 2 GewO). ***(****M zieht laut Sachverhalt nach Wien, hat also einen Wohnsitz in Österreich und ist demnach nicht nach § 39 GewO verpflichtet, einen gewerberechtlichen Geschäftsführer zu bestellen.****)***

Das Gastgewerbe zählt zwar zu den reglementierten Gewerben (§ 94 Z 26 GewO), für die gem § 5 iVm § 16 ff GewO ein Befähigungsnachweis zu erbringen ist. Doch ist im Fall des Betriebes von M die Ausnahme des § 111 Abs 2 Z 3 GewO einschlägig, denn sie will nur Kaffee (also ein nichtalkoholisches Getränk) ausschenken und keine Verabreichungsplätze zur Verfügung stellen. Daher braucht sie keinen Befähigungsnachweis.

(Dass sich der Ausdruck „in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen“ in § 111 Abs 2 Z 3 GewO nur auf Bier und nicht auch auf nichtalkoholische Getränke bezieht, ergibt sich aus den Materialien, ist aber nach dem Wortlaut nicht eindeutig. Daher wird auch die gegenteilige Auslegung als richtig gewertet, nach der M einen Befähigungsnachweis braucht. Wenn sie keine Zeugnisse iSd § 18 Abs 2 GewO hat, kann sie andere Beweismittel für einen individuellen Befähigungsnachweis iSd § 19 GewO vorlegen oder gem § 373c GewO in einem gesonderten Verfahren – vgl § 340 Abs 1 GewO – beim Landeshauptmann, in Wien gem Art 109 B-VG beim Bürgermeister, eine Anerkennung ihrer bisherigen Tätigkeit und Ausbildung als Befähigungsnachweis erwirken. Da sie laut Sachverhalt eine einschlägige Ausbildung absolviert und schon seit vielen Jahren selbständig gearbeitet hat, dürften die Voraussetzungen dafür vorliegen.)

Ergebnis:

Mit Einbringung aller erforderlichen Unterlagen (§ 339 Abs 3 GewO) beim Magistrat Wien erlangt Marcella die Gewerbeberechtigung (§ 340 Abs 1 GewO).

b) Gewerberechtliche Betriebsanlagengenehmigung

Qualifikation als Betriebsanlage (§ 74 Abs 1 GewO):

Marcellas Gefährt ist eine Einrichtung, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig zu dienen bestimmt und trotz seiner Mobilität örtlich gebunden ist, weil es immer am selben Standort verwendet werden soll.

Genehmigungspflicht (§ 74 Abs 2 GewO):

Eine Beeinträchtigung des Lebens oder der Gesundheit von M selbst, ihren Kunden oder Nachbarn durch Ms Kaffeemobil erscheint ausgeschlossen. Sie arbeitet weder mit gefährlichen Stoffen, noch verursacht sie gesundheitsschädlichen Lärm. Auch dingliche Rechte der Nachbarn können von Ms Betrieb nicht beeinträchtigt werden. Nach dem Sachverhalt kommen auch Beeinträchtigungen von Einrichtungen von öffentlichem Interesse und Gewässern nicht in Frage.

Dass Nachbarn belästigt werden können, hängt vor allem von der Entfernung ihrer Aufenthaltsräume zum Abstellungsplatz des Kaffeemobils ab und dürfte nicht von vornherein ausgeschlossen sein. Jedenfalls kann der Betrieb des Kaffeemobils die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs auf einer Straße mit öffentlichem Verkehr beeinträchtigen, denn die Fußgängerzone ist eine solche Straße (§ 1 Abs 1 und § 2 Abs 1 Z 1 StVO), und das Kaffeemobil soll in der Mitte der Ströme von Touristen und eilig vorbeilaufenden Büromenschen stehen. Eine Schlange von Kunden kann daher die vorbeiströmenden Fußgänger aufhalten oder zu Umwegen zwingen.

Eine Genehmigungspflicht besteht also allenfalls aufgrund von § 74 Abs 2 Z 2 GewO und jedenfalls aufgrund von § 74 Abs 2 Z 4 GewO.

Zuständige Behörde und Verfahren:

Zuständige Behörde ist nach § 333 GewO die BVB, also der Magistrat Wien (§ 3 Z 2 AVG; Art 109 B-VG). Hier ist das Ansuchen um Genehmigung einer Betriebsanlage schriftlich mit den erforderlichen Unterlagen (§ 353 GewO) einzubringen.

Das Betriebsanlagenbewilligungsverfahren ist als vereinfachtes Verfahren gem. § 359b GewO durchzuführen. Erfüllt sind nämlich beide alternativen Tatbestände des § 359b Abs 1 GewO. M verwendet lediglich Maschinen und Geräte (sie verwendet nur eine Espressomaschine), die jedenfalls auch dazu bestimmt sind, in Privathaushalten verwendet zu werden (§ 359b Abs 1 Z 1 GewO). Außerdem nimmt ihr Espressomobil keinesfalls mehr als 800m^2 in Anspruch, die elektrische Anschlussleistung ihrer Espressomaschine wird nicht 300kW übersteigen und die Schutzinteressen des § 74 Abs 2 GewO sind hinreichend gewahrt (§ 359b Abs 1 Z 2 GewO).

Genehmigungsfähigkeit:

Zu genehmigen ist die Betriebsanlage nach § 77 Abs 1 GewO, wenn die Beeinträchtigungen der Schutzgüter der Z 2 und Z 4 des § 74 Abs 2 GewO zumutbar sind oder durch Auflagen auf ein zumutbares Maß beschränkt werden können.

Eine allfällige Belästigung der Nachbarn wäre zumutbar: Die Nachbarn werden die Geräusche von Marcellas Betrieb wenn überhaupt, dann kaum bemerken können, denn der Betrieb liegt in der Mitte eines Platzes, also fern von den Nachbarn, und in einer belebten Fußgängerzone, in der zu den Betriebszeiten zwischen 8 und 16 Uhr ohnehin ein erhöhter Geräuschpegel herrscht.

Die Beeinträchtigung des Fußgängerverkehrs könnte zu Spitzenzeiten bei florierendem Geschäft durchaus erheblich sein, lässt sich aber durch Auflagen auf ein zumutbares Maß beschränken. Marcella könnte zB vorgeschrieben werden, ihren Wagen am Rande der Fußgängerströme (aber in ausreichender Entfernung zu den Nachbarn [§ 74 Abs 2 Z 2 GewO]) aufzustellen und/oder ihn so auszurichten, dass das Verkaufsende weg vom Verkehr weist.

(Zusatzpunkte erhält, wer die ordnungsgemäße Entsorgung von anfallenden Abfällen [§ 77 Abs 4 GewO] thematisiert. M könnte z.B. Abfallkörbe in der Nähe ihres Espressomobils für die Entsorgung der Kaffeebecher aufstellen, oder sich in der Nähe von öffentlichen Mistkübeln platzieren.)

Ergebnis:

Es bestehen gute Aussichten auf Erteilung der Betriebsanlagengenehmigung.

c) Bewilligung nach der Wr BauO

Bewilligungspflicht:

Eine Bewilligungspflicht nach der Wr BauO entfällt nach § 60 iVm § 62a Abs 1 Z 7 Wr BauO: Es handelt sich bei Ms Espressomobil nämlich um einen Würstelständen und Maronibratern vergleichbaren Verkaufsstand auf einer öffentlichen Verkehrsfläche auf Gemeindegrund. Marcellas Gefährt hat eine Grundfläche von weniger als 12 m^2, eine Höhe von weniger

als 2,80 m und liegt, da in der Mitte eines Platzes, von den Hauptfenstern mindestens 2,50 m entfernt.

2) Kann Marcella etwas gegen die Registrierkassenpflicht unternehmen? Wie sind ihre Erfolgsaussichten?

In Frage kommt ein Individualantrag gem Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG auf Aufhebung des § 131b Abs 1 BAO oder ein Individualantrag gem Art 139 Abs 1 B-VG auf Aufhebung von Teilen der BarUV**.** *(Marcella könnten sicherheitshalber auch beide Wege beschreiten, auch wenn sie miteinander unvereinbar sind. Punkte gibt es für eine, Zusatzpunkte für die andere Lösung.)*

a) Antrag auf Aufhebung des § 131b Abs 1 BAO

<u>Zulässigkeit</u>

Marcella kann behaupten, das Gesetz verletze sie in ihren Rechten, zB der Erwerbsfreiheit gem Art 6 StGG oder dem Gleichheitsrecht gem Art 7 B-VG, die zwar Staatsbürgerrechte sind, ihr als Italienerin aber wegen des Vorrangs der EU-rechtlichen Gleichbehandlungsansprüche auch vor österreichischem Verfassungsrecht ebenfalls zustehen. Eine solche Verletzung ist nicht von vornherein ausgeschlossen.

(Zusatzpunkte erhält, wer erkennt, dass der Sachverhalt wegen Marcellas Inanspuchnahme der Niederlassungsfreiheit in den Anwendungsbereich der EU-Verträge fällt, und sich Gedanken zur Anwendbarkeit von Art 15, 16, 20 GRC, zur Möglichkeit, sich auf diese Rechte vor dem VfGH zu berufen und zu und ihrem Verhältnis zu den österreichischen Grundrechten macht.)

Von § 131b Abs 1 BAO ist Marcella als Normadressatin durch die Auferlegung einer nach Art und Ausmaß bestimmten Pflicht zur Anschaffung und Verwendung einer Registrierkasse nachteilig betroffen. Sie ist unmittelbar betroffen, weil diese Pflicht für sie gilt, ohne dass ein weiterer Rechtsakt erlassen werden müsste. Insbesondere ist diese Pflicht nicht von der Erlassung der in § 131 Abs 4 BAO vorgesehenen Verordnung abhängig, weil Marcella wegen ihres 30.000,- Euro übersteigenden Jahresumsatzes gar nicht Adressatin dieser Verordnung sein darf und auch tatsächlich nicht ist und deshalb diese Verordnung auch nicht mittels Individualantrag anfechten könnte *(aA unten)*.

Ob der Eingriff schon aktuell ist, lässt sich vertretbar bejahen oder auch verneinen: Noch ist es Dezember 2015, § 131b Abs 1 BAO ist erst ab 1.1.2016 in Kraft. Grundsätzlich wäre Marcella damit erst ab 1.1.2016 aktuell betroffen. Allerdings bejaht der VfGH die aktuelle Betroffenheit auch dann, wenn bereits vor Inkrafttreten einer Norm Vorkehrungen mit ins Gewicht fallenden Aufwendungen zu treffen sind, um strafrechtliche Sanktionen zu vermeiden. Marcella müsste bei einer ab 1.1.2016 geltenden Registrierkassenpflicht schon jetzt die erforderlichen Aufwendungen tätigen, nämlich eine Registrierkasse anschaffen. Nach dieser Rspr könnte Marcella also schon im Dezember 2015 von einer ab Jänner 2016 geltenden Registrierkassenpflicht aktuell betroffen sein.

Die Weisung des Finanzministers, Verstöße gegen die Registrierkassenpflicht bis 31.3.2016 nicht zu ahnden, ändert daran nichts: Selbst wenn Marcella erst ab 1.4.2016 eine Strafe drohen sollte, gilt die Registrierkassenpflicht schon ab 1.1.2016. *(Die Behörde könnte außerdem*

trotz dieser Weisung des Finanzministers eine Strafe wegen eines Verstoßes gegen die Registrierkassenpflicht verhängen. Das wäre zwar ein Verstoß gegen Art 20 Abs 1 B-VG, doch eine Beschwerde gegen diese Strafe wäre zum Scheitern verurteilt, weil die Weisung des Finanzministers von den Verwaltungsgerichten nicht zu beachten wäre: entweder weil sie als verwaltungsinterner Akt Gerichte nicht binden kann oder weil sie zwar nach ihrem Inhalt Außenwirkung hätte, dann aber als nicht ordentlich kundgemachte Verordnung von Verwaltungsgerichten gem Art 135 Abs 4 und 89 Abs 1 B-VG nicht anzuwenden wäre.)

Marcella steht auch kein zumutbarer Rechtsweg offen, um die behauptete Rechtswidrigkeit an den VfGH heranzutragen. Die einzige andere Möglichkeit wäre, die Registrierkassenpflicht nicht zu erfüllen, einen Strafbescheid zu provozieren und gegen diesen in weiterer Folge mittels Bescheidbeschwerde und Erkenntnisbeschwerde vorzugehen. Dieser „Umweg" ist nach ständiger Rspr unzumutbar.

Marcella ist daher antragslegitimiert.

Die Formerfordernisse richten sich nach §§ 15, 17 und 62 VfGG: Der Antrag muss schriftlich, unter Bezugnahme auf Art 140 B-VG und durch einen Rechtsanwalt abgefasst und eingebracht werden. Marcella muss einen Antrag auf Aufhebung der für sie einschlägigen Bestimmung, nämlich § 131b Abs 1 BAO, stellen und ihre verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen darlegen. Außerdem hat sie auszuführen, inwieweit sie durch diese Verfassungswidrigkeit unmittelbar betroffen ist und wieso ihr kein anderer zumutbarer Rechtsweg eröffnet ist.

Marcellas Individualantrag gegen § 131b Abs 1 BAO ist vermutlich schon im Dezember 2015 zulässig. Jedenfalls zulässig ist er ab 1.1.2016.

<u>Begründetheit</u>

Der Individualantrag ist begründet, wenn das Gesetz verfassungswidrig ist.

(Die Zuständigkeit des Bundes zur Erlassung des § 131b Abs 1 BAO ergibt sich aus Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG und § 7 Abs 6 F-VG; die Vorschrift ist also kompetenzkonform. Im SV finden sich keine Hinweise auf Probleme beim verfassungsmäßigen Zustandekommen des Gesetzes oder hinsichtlich der Kundmachung.)

Inhaltlich geht es vor allem um die Vereinbarkeit mit den Grundrechten. Relevant ist nicht nur die Verletzung von Marcellas Grundrechten, sondern die Grundrechtskonformität des Gesetzes schlechthin.

Erwerbsfreiheit Art 6 StGG

Der sachliche Schutzbereich umfasst jede Tätigkeit, die auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtet ist, also jede Art, Vermögen zu erwerben. Geschützt ist sowohl der Antritt als auch die Ausübung der Tätigkeit. Auch der Betrieb von Marcellas Kaffeeladen ist damit umfasst.

Die Registrierkassenpflicht gem § 131b Abs 1 BAO beschränkt die Erwerbsausübungsfreiheit, weil Betriebe wie zB Marcellas Kaffeeladen gezwungen werden, bei ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit eine Registrierkasse zu verwenden.

Der Eingriff ist in der BAO geregelt, also, wie von Art 6 StGG verlangt, gesetzlich vorgesehen. Darüber hinaus muss er auch verhältnismäßig sein.

Der Eingriff dient einem legitimen öffentlichen Interesse, nämlich der Bekämpfung von Umsatzverkürzungen, Schwarzgeschäften und insbesondere der in Zusammenhang mit betrieblichen Bareinnahmen vermutlich weit verbreiteten Steuerhinterziehung.

Die Einführung der Registrierkassenpflicht und die Sanktionierung ihrer Nichteinhaltung sind geeignet, diese Interessen zu fördern. Da Bargeschäfte anders kaum effektiv kontrolliert werden können, ist der Eingriff auch erforderlich. *Ob es erforderlich ist, Bankomat- und Kreditkartenzahlungen in § 131b Abs 1 Z 3 BAO als Barumsätze zu qualifizieren und sie damit der Registrierkassenpflicht zu unterwerfen, kann bejaht oder verneint werden.*

Ebenso ist die Verhältnismäßigkeit ieS zu bejahen. Zunächst handelt es sich bei der Registrierkassenpflicht bloß um eine Ausübungsschranke und damit um keinen ganz schwerwiegenden Eingriff in die Erwerbsfreiheit. Die Verwendung einer Registrierkasse verursacht zwar einen gewissen Aufwand, und auch die Anschaffungskosten von bis zu € 1000,- sind nicht unerheblich. Auch mag es sein, dass vor allem kleine Betriebe kaum Platz oder Zeit für die Verwendung einer Registrierkasse haben. Dennoch werden diese Belastungen im Regelfall erträglich sein: Platz kann man sich schaffen (zB durch einen Beistelltisch) und Zeit muss man sich eben nehmen. Außerdem werden die Belastungen durch die Registrierkassenpflicht durch verschiedene Begleitmaßnahmen gelindert: Gem § 124b Z 296 EStG können die Anschaffungskosten der Registrierkasse sofort in voller Höhe als Betriebsausgaben abgesetzt werden, zudem ist die Anschaffung durch eine Prämie iHv € 200,- gefördert. Außerdem wurden mit § 131b Abs 1 Z 2 BAO, § 131 Abs 4 BAO und der BarUV Ausnahmen für jene Fälle geschaffen, in denen die Pflicht eine Registrierkasse zu verwenden, tatsächlich unverhältnismäßig sein mag. Die neue Pflicht kommt auch nicht zu plötzlich: Das Gesetz wurde am 14.8.2015 kundgemacht, damit wurde den Adressaten genügend Zeit eingeräumt, den rechtskonformen Zustand bis zum 1.1.2016 herzustellen.

Das öffentliche Interesse an effektiver Bekämpfung weit verbreiteter Steuerhinterziehung wiegt damit schwerer als der relativ geringfügige Eingriff in die Erwerbsfreiheit, den die Registrierkassenpflicht bedeutet. Art 6 StGG ist also nicht verletzt. *(AA bei entsprechender Begründung, etwa zur konkreten Grenze von € 30.000,-, möglich)*

Gleichheitssatz Art 7 B-VG

Der Gleichheitssatz verbietet der Gesetzgebung unsachliche Differenzierungen und verlangt ua Vertrauensschutz.

Die Ungleichbehandlung von Betrieben, die der Registrierkassenpflicht unterworfen werden (§ 131b Abs 1 Z 1 BAO), und solchen, die davon ausgenommen werden (§ 131b Abs 1 Z 2 bzw § 131 Abs 4 und die BarUV), beruht auf relevanten Unterschieden im Tatsächlichen: Die Belastung durch die Registrierkassenpflicht ist für Betriebe im Freien ohne fest umschlossene Räumlichkeiten stärker als bei anderen Betrieben, weil sie weniger Platz haben und Wind und Wetter ausgesetzt sind. Auch Betriebe mit wenig Umsatz werden durch die Aufwendungen

für ein Registrierkassensystem stärker belastet als große Betriebe; außerdem ist bei ihnen die mögliche Steuerhinterziehung geringer als bei größeren Betrieben. Die Ungleichbehandlung ist daher sachlich gerechtfertigt. § 131b Abs 1 BAO verletzt den Gleichheitssatz nicht. *(AA bei entsprechender Begründung, etwa zur konkreten Grenze von € 30.000,-, möglich. Darüber hinaus könnte eine differenzierende Regelung zwischen Barzahlungen auf der einen Seite und Bankomat- und Kreditkartenzahlungen auf der anderen geboten sein.)*

(Vertrauensschutz ist hier nicht einschlägig, denn Marcella und andere Betroffene müssen zwar umdisponieren, ein Vertrauen auf Fortbestand der bestehenden Rechtslage genießt aber grundsätzlich keinen Schutz.)

Gesamtergebnis zum Individualantrag gegen § 131b Abs 1 BAO

§ 131b Abs 1 BAO ist nicht verfassungswidrig, und Marcella wird mit ihrem Individualantrag nicht erfolgreich sein. *(aA bei entsprechender Begründung möglich)*

b) Antrag auf Aufhebung der BarUV

Zulässigkeit

Marcella könnte aber auch vertretbar behaupten, sie sei sehr wohl Adressatin der BarUV, weil diese sie nämlich durch die Umsatzgrenze von € 30.000,- e contrario von der Befreiung von der Registrierkassenpflicht ausschließe. (Zusatzpunkte erhält, wer auch prüft, ob nicht Marcellas Gefährt eine „fest umschlossene Räumlichkeit“ ist.) Folgt man dieser Deutung, kann zwar Marcella § 131b Abs 1 BAO nicht anfechten, weil diese Bestimmung nicht unmittelbar, sondern erst iVm der Verordnung wirkt, wohl aber die Verordnung selbst.

Konkret anfechten müsste Marcella in § 2 BarUV die Wortfolge „bei Nichtüberschreiten der Umsatzgrenze gemäß § 131 Abs 4 BAO von 30 000 Euro Jahresumsatz“. Für die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Antrags gilt dann auf der Grundlage von Art 139 Abs 1 B-VG und §§ 15, 17 und 57 VfGG sinngemäß dasselbe wie für die Gesetzesanfechtung.

Begründetheit

Der Finanzminister ist nach Art 18 Abs 2 B-VG und § 131 Abs 4 BAO zur Erlassung der Verordnung zuständig. Verfahrens- oder Kundmachungsprobleme sind nicht erkennbar.

Inhaltlich könnte die BarUV rechtswidrig sein, wenn sie keine gesetzliche Grundlage hat oder dem Gesetz widerspricht. Eine gesetzliche Grundlage besteht aber in Form von § 131 Abs 4 BAO, und die Verordnung entspricht dieser Bestimmung.

Möglich ist, dass die Ermächtigungsgrundlage verfassungswidrig ist. Die darin vorgesehene Umsatzgrenze beruht grundsätzlich auf einem relevanten tatsächlichen Unterschied und ist deshalb nicht gleichheitswidrig (s oben; *auch zu möglicher aA*).

Da weder die Verordnung noch ihre gesetzliche Grundlage rechtswidrig sind, wird der Antrag erfolglos bleiben.

(AA: § 131 Abs 4 BAO erlaubt eine Freistellung von der Registrierkassenpflicht jedoch nur, wenn „die ordnungsgemäße Ermittlung der Grundlagen der Abgabenerhebung dadurch nicht gefährdet wird". Wenn diese Bedingung aber zutrifft, gibt es keinen Grund mehr, die Befreiung auf Betriebe mit kleinen Umsätzen zu beschränken. Die Umsatzgrenze wäre dann eine unverhältnismäßige, weil nicht erforderliche Beschränkung der Erwerbsfreiheit und als Differenzierung ohne sachlichen Grund eine Verletzung des Gleichheitssatzes.

Wenn der VfGH diese Ansicht teilte, würde er das Verordnungsprüfungsverfahren unterbrechen, in § 131 Abs 4 Z 1 BAO die Wortfolge „bis zu einem Jahresumsatz von 30 000 Euro je Betrieb oder wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb" von Amts wegen prüfen und als verfassungswidrig aufheben und dann die genannte Wortfolge in der Verordnung mangels gesetzlicher Grundlage aufheben.)

3) Was kann *Marcella* gegen das Vorgehen der Polizistinnen unternehmen und wie sind die Erfolgsaussichten?

a) In Frage kommt eine Maßnahmenbeschwerde gemäß Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG.

Zulässigkeit:

Fraglich ist, ob die Polizistinnen als Privatpersonen oder aber in Ausübung ihrer Organfunktion handeln; nur im zweiten Fall wäre ihre Tätigkeit dem Staat zurechenbar und könnte eine verwaltungsbehördliche Maßnahme sein. Da sie in Uniform erscheinen und sich explizit auf Befugnisse im Rahmen der gewerbepolizeilichen Kontrolle berufen (§§ 338 und 360 GewO), ist im Zweifel von einem Handeln für die Gewerbebehörde auszugehen.

Die Anordnung, Kaffee herzugeben, ist ein unmittelbarer, individueller und außenwirksamer Befehl, für dessen Nichtbefolgung Zwangsmaßnahmen angedroht werden, und daher ein AuvBZ.

Beim Wegschicken der Kunden ist das nicht so sicher, weil damit keine Zwangsdrohung verbunden ist; vor allem aber ist M nicht Adressatin des Befehls. Sie kann ihn daher nicht selbstständig anfechten, sondern nur als Begleiterscheinung der „Probenentnahme".

Marcella kann behaupten, durch den Befehl zum Kaffeehergeben in ihren subjektiven Rechten, zB Eigentums- oder Erwerbsfreiheit, verletzt worden zu sein. Da eine Verletzung jedenfalls möglich ist, ist Marcella beschwerdelegitimiert.

Die Beschwerde hat die von § 9 Abs 1 VwGVG geforderten Angaben zu enthalten. Gem § 9 Abs 4 VwGVG ist Agathe Bauer als Organ zu bezeichnen, das die Maßnahme gesetzt hat.

Die Maßnahmenbeschwerde ist gemäß § 20 iVm § 3 Abs 2 Z 2 VwGVG schriftlich beim VwG einzubringen, hier gemäß Art 131 Abs 1 B-VG beim Landesverwaltungsgericht, weil das Gewerberecht in mittelbarer Bundesverwaltung vollzogen wird, und zwar nach § 3 Abs 2 Z 2 VwGVG beim Landesverwaltungsgericht Wien, weil die Maßnahme in Wien gesetzt wurde.

Die Frist dafür beträgt gemäß § 7 Abs 4 VwGVG sechs Wochen ab Kenntnis von der Maßnahme.

Begründetheit:

Polizistinnen sind Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 5 Abs 2 SPG) und haben gem § 336 GewO bei der Bekämpfung ua der Ausübung von Gewerben ohne Berechtigung mitzuwirken. Die Kontrolle nach § 338 GewO konnte diesem Zweck dienen. Sie waren also für die „Probenentnahme" zuständig.[1]

[1] Die Formulierung in § 338 Abs 1 Satz 1 und Abs 3 GewO („Organe der zur Vollziehung dieser Vorschriften zuständigen Behörden") ist unklar: Sie könnte nur Behördenbefugnisse oder auch Exekutivorganbefugnisse begründen. Deshalb lässt sich auch vertreten, dass § 338 Abs 3 GewO nur die Organe der Gewerbebehörden und ihre Sachverständigen, nicht aber die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ermächtigt, Proben zu entnehmen.

Eine Probenentnahme ist nach § 338 Abs 3 GewO zulässig, wenn sie zur Vollziehung der gewerberechtlichen Vorschriften erforderlich ist. Im konkreten Fall ist aber nicht ersichtlich, warum dies der Fall sein sollte. Selbst wenn Agathe von mit Alkohol gestrecktem Kaffee ausgehen sollte, würde eine Probe von einem neu zubereiteten Kaffee darüber keinen Aufschluss geben. Außerdem wurde Marcella die von § 338 Abs 3 GewO geforderte schriftliche Bestätigung der Probenentnahme nicht ausgefolgt.

§ 338 Abs 4 GewO verpflichtet die Organe darüber hinaus dazu, nicht notwendige Störungen und Behinderungen des Betriebs zu vermeiden. Diese Pflicht gilt nach ihrem Wortlaut nur für Amtshandlungen gem § 338 Abs 1 und 2 GewO. Sie ist jedoch nur eine Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Gebots, Eingriffe in die Erwerbsfreiheit auf ein verhältnismäßiges Maß zu beschränken. Dieses verfassungsrechtliche Gebot gilt auch für Maßnahmen nach § 338 Abs 3 GewO. Agathe hat dagegen verstoßen, indem sie alle Gäste weggeschickt hat, statt sie nur um etwas Geduld zu bitten.

Auch die Androhung der Betriebsschließung war rechtswidrig, weil eine Schließung gemäß § 360 Abs 3 GewO nur unter besonderen Voraussetzungen und jedenfalls nicht als bloße Sanktion für einen Verstoß gegen § 338 GewO verfügt werden darf.

Ergebnis:

Die Beschwerde wäre erfolgreich. Das LVwG Wien würde die Amtshandlung gemäß § 28 Abs 6 VwGVG für rechtswidrig erklären.

(Das Handyvideo des Stammkunden kann zur Klärung des Sachverhalts dienlich sein. Als Beweismittel kommt gemäß § 17 VwGVG iVm § 46 AVG alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes geeignet und nach Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist.)

b) *(Marcella könnte Amtshaftungsansprüche gemäß § 1 Abs 1 AHG und Art 23 B-VG geltend machen.*

Der entgangene Gewinn durch die weggeschickten Kunden ist für Marcella ein Schaden an ihrem Vermögen iSd § 1 Abs 1 AHG. Auch der Verlust von zwei Kaffees für die Polizistinnen ist ein Schaden, der wegen Geringfügigkeit auch nicht unter die Entschädigungsregelung in § 338 Abs 3 GewO fällt.

Das Verhalten Agathes ist in Vollziehung der Gesetze (hoheitlich), kausal für den Eintritt des Schadens, rechtswidrig, da weder die Probenentnahme noch das Wegschicken der Kundschaft gesetzlich gedeckt ist, ein Verstoß gegen eine drittschützende Vorschrift weil das Schonungsgebot die Kontrollierten schützen soll, und schuldhaft, weil zumindest grob fahrlässig.

Der Anspruch ist also begründet. Er richtet sich gegen den Bund, weil Agathe als Hilfsorgan der Gewerbebehörde im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung agiert.)

4) Was wird *Astrid* unternehmen? Formulieren Sie den entsprechenden Schriftsatz!

Astrid wird eine Bescheidbeschwerde gem Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG erheben. Das Gewerberecht wird gem Art 10 Abs 1 Z 8 iVm Art 102 Abs 1 B-VG im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung vollzogen. Für Bescheidbeschwerden in diesem Bereich sind nach Art 131 Abs 1 B-VG die LVwG zuständig. Örtlich zuständig ist gem § 3 Abs 2 Z 1 VwGVG iVm § 3 Z 2 AVG das LVwG Wien. Folglich wird Astrid die Beschwerde an das LVwG Wien richten.

Gem § 12 VwGVG sind Schriftsätze bei der belangten Behörde einzubringen. Gewerbebehörde ist gem § 361 Abs 1 GewO die Bezirksverwaltungsbehörde. In Wien ist dies gem Art 109 B-VG der Magistrat. M sollte daher ihre schriftliche Beschwerde (§ 13 Abs 1 2. Satz AVG) unter Einhaltung der in § 9 Abs 1 Z 1 bis 5 VwGVG genannten Anforderungen beim Magistrat Wien einbringen.

Die Frist dafür beträgt gem § 7 Abs 4 VwGVG vier Wochen ab Zustellung und läuft daher gem § 11 VwGVG iVm § 32 Abs 2 AVG am Freitag, dem 29.4., ab. Astrid muss die Beschwerde also spätestens an diesem Tag zur Post geben.

Schriftsatz

An den
Magistrat Wien
[Adresse]

Wien, [bis 29.4.2016]

Beschwerdeführerin: Marcella Marzocco, Adresse

Vertreten durch: Mag.a Astrid Wolf, Rechtsanwältin, Adresse

Astrid Wolf

Vollmacht erteilt

Belangte Behörde: Magistrat der Stadt Wien

Bescheidbeschwerde
gem Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG

Gegen den Bescheid des Magistrats Wien vom 30.03.2016, Geschäftszahl MA-036716, zugestellt am 01.04.2016, betreffend der Entziehung meiner Gewerbeberechtigung zum Betrieb eines mobilen Kaffeeladens, erhebe ich wegen Verletzung in meinen Rechten in offener Frist Beschwerde und stelle durch meine bevollmächtigte Vertreterin den

Antrag,

das Verwaltungsgericht des Landes Wien möge den Bescheid ersatzlos beheben, in eventu zeitlich befristen *[und gem § 24 VwGVG eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen]*.

Begründung

[Sachverhaltsdarstellung siehe Angabe]

Der angefochtene Bescheid wurde mir am 01.04.2016 zugestellt. Die heute, am [bis 29.04.2016], zur Post gegebene Beschwerde ist daher rechtzeitig (§ 7 Abs 4 VwGVG) und auch sonst zulässig, weil ich als Bescheidadressatin beschwerdelegitimiert bin und nicht auf mein Beschwerderecht verzichtet habe (§ 7 Abs 2 VwGVG). Der Bescheid verletzt mein subjektiv-öffentliches Recht auf Erwerbstätigkeit unter den gesetzlichen Bedingungen, welches auch verfassungsrechtlich durch Art 6 StGG geschützt ist *(und mir als Italienerin durch Art 18 und 49 [Niederlassungsfreiheit] AEUV vermittelt wird, siehe oben)*.

Die Beschwerde ist begründet, da der Bescheid in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig erging:

Die Behörde hat wesentliche Verfahrensvorschriften verletzt, da mir keine Gelegenheit gegeben wurde, im Verfahren Stellung zu nehmen (§ 45 Abs 3 AVG) und die Behörde ihrer Pflicht, die Wirtschaftskammer zu hören nicht nachgekommen ist (§ 361 Abs 2 GewO).

Auch hinsichtlich der inhaltlichen Beurteilung ist der Bescheid rechtswidrig. Mir wurde angelastet, den Umfang meiner Gewerbeberechtigung gem § 29 GewO überschritten und mich damit der Verwaltungsübertretung der unbefugten Gewerbeausübung gem § 366 Abs 1 Z 1 GewO schuldig gemacht zu haben. Dazu gibt es aber keine rechtskräftige Entscheidung und nicht einmal ein anhängiges Strafverfahren.

Auch wenn diese Vorwürfe richtig wären, kann dies bei richtiger rechtlicher Beurteilung keinen hinreichenden Grund darstellen, mir die Gewerbeberechtigung für den Kaffeeladen dauerhaft zu entziehen.

Zunächst würde es sich nur um einen einmaligen Verstoß gegen die zu beachtenden Rechtsvorschriften handeln; § 87 Abs 1 Z 3 GewO verlangt aber „Verstöße“, also mindestens zwei. Wenn man hingegen der Rechtsansicht folgen möchte, dass schon ein einmaliger Verstoß ausreiche, so rechtfertigt dies ebenfalls keinen Entzug der Gewerbeberechtigung, denn mein Verhalten wäre, wenn es überhaupt ein Verstoß wäre, keinesfalls als schwerwiegend genug zu werten. Dies ergibt sich insbesondere aus einem Vergleich mit den am Ende von § 87 Abs 1 GewO normierten Entziehungsgründen. Meine Zuverlässigkeit zur Ausübung des Gastgewerbes ist daher nicht anzuzweifeln und der Tatbestand des § 87 Abs 1 Z 3 GewO wurde nicht erfüllt.

Nur der Vollständigkeit halber weise ich darauf hin, dass im gegenteiligen Fall die Behörde davon ausgehen hätte müssen, dass angesichts eines einmaligen und geringfügigen Verstoßes eine zeitlich beschränkte Entziehung der Gewerbeberechtigung gem § 87 Abs 3 GewO ausgereicht hätte, um mein späteres einwandfreies Verhalten zu sichern. Die ausgesprochene unbefristete Entziehung wäre daher unverhältnismäßig und würde mich also auch dann in meinen Rechten verletzen.

Marcella Marzocco