

### Öffnungszeiten für Containershops:

Aufgrund der ungebrochen hohen Neugründeranfragen in Bezug auf Containershops und deren Öffnungszeiten, haben wir, das Bundesgremium des Lebensmittelhandels, am 11. April 2022 diesbezüglich eine offizielle Anfrage an das zuständige Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort gestellt und untenstehende Antwort erhalten.

#### Anfrage des Bundesgremium des Lebensmittelhandels vom 11.4.2022:

Wir wenden uns mit einer Bitte um Klarstellung zur aktuellen Rechtslage im Zusammenhang mit Selbstbedienungsläden (Containershops) an Sie. Die Betreiber derartiger Einrichtungen argumentieren vielfach, dass das Öffnungszeitengesetz nicht für Sie anwendbar sei und haben rund um die Uhr das ganze Jahr über geöffnet. Unsere Auskunftspraxis ist aber die, dass - sofern es sich bei den Containershops/Selbstbedienungsläden um gewerblich betriebene Verkaufsstellen handelt, auch wenn kein Personal vor Ort ist - das geltende Öffnungszeitengesetz einzuhalten ist. Wir sehen die Gründe dafür in §1 und §2 des Öffnungszeitengesetzes.

Generell in Frage kämen zwei Ausnahmebestimmungen, namentlich die für Automaten (§2 Z.1) und jene für Tankstellen (§2 Z3).

Ad Automaten: Dass Container, die Personen betreten, Waren entnehmen und anschließend bezahlen, rechtlich keinen Automaten darstellen, ergibt sich unter anderem aus dem Gewerberechts-Kommentar („Kommentar Gewerbeordnung“, Grabler, Stolzlechner, Wendl, 2. Auflage). In RZ3 zu § 52 wird festgehalten: „Unter einem Automaten wird ein Apparat verstanden, der nach Münzeinwurf selbsttätig Waren abgibt oder Dienst- und Bearbeitungsdienstleistungen erbringt.“ Unserer Meinung nach kann lediglich aus dem Fehlen von Verkaufspersonal nicht abgeleitet werden kann, dass ein Automat vorliegt.

Ad Tankstellen: Vielfach kommt es inzwischen dazu, dass sich Betreiber von Containershops in unmittelbarer Nähe zu Tankstellen ansiedeln oder aber einige wenige Lademöglichkeit für Strom anbieten, um auf diese Art die Tankstellenausnahme in Anspruch zu nehmen. Unserer Meinung nach ist diese Ausnahme zwar generell möglich, aber in einem sehr engen Rahmen auszulegen - die Gründe dafür finden sich in den § 157 Abs. 1 Z 2 GewO und § 157 Abs. 2, auf die im §2 Z.3 ÖZG explizit verwiesen wird:

#### **157.**

(1) Gewerbetreibende, die Betriebsstoffe an Kraftfahrer im Betrieb von Zapfstellen abgeben, sind unbeschadet des § 32 zu folgenden Tätigkeiten berechtigt:

1. Verrichtung der beim Betrieb von Zapfstellen üblichen Tätigkeiten für Kraftfahrer (zB Abschmieren, Ölwechsel, Batteriepflege, Nachfüllen von Luft, Waschen des Kraftfahrzeuges),
2. den Verkauf folgender Waren während der Betriebszeiten der Tankstelle:
  - a) Heizöl, Grillkohle, Grillkohlenanzünder,
  - b) Kraftfahrzeuersatzteile und Kraftfahrzeugzubehör, soweit diese Ersatzteile und dieses Zubehör für die Erhaltung oder Wiederherstellung der Betriebsfähigkeit des Kraftfahrzeuges oder für die Verkehrssicherheit notwendig sind, Kraftfahrzeugpflegemittel, Verbandzeug in Behältern im Sinne des § 102 Abs. 10 des Kraftfahrgesetzes 1967, BGBl. Nr. 267 in der Fassung des Bundesgesetzes [BGBl. Nr. 615/1977](#),
  - c) Waren des üblichen Reisebedarfes (zB Straßenkarten, Fotoverbrauchsmaterial, Toiletteartikel, Ansichtskarten, Reiseandenken),
  - d) vorverpackt gelieferte Lebensmittel (§ 2 LMG) sowie Futtermittel für Heimtiere, löslicher Kaffee, alkoholfreie Getränke und Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen. Soweit es sich um Getränke handelt, dürfen diese nur in Kleinmengen abgegeben werden.

(2) Bei Ausübung der Rechte gemäß Abs. 1 muss der Charakter des Betriebes als Tankstelle gewahrt bleiben und es dürfen, soweit es sich nicht um die Ausübung des Kleinhandels mit Heizöl handelt, keine Räumlichkeiten verwendet werden, welche ausschließlich dem Kleinverkauf von Waren gemäß Abs. 1 Z 2 dienen. Die dem Verkauf von Waren gemäß Abs. 1 Z 2 gewidmete Fläche darf 80 Quadratmeter nicht übersteigen. Die Aufnahme von zusätzlichen Arbeitnehmern für den Warenverkauf kann durch Kollektivvertrag zugelassen werden.

Unserer Meinung nach ist für die Inanspruchnahme dieser Ausnahme daher notwendig, dass ...

1. der Betreiber der Tankstelle dasselbe Unternehmen ist, das den Warenverkauf durchführt.
2. Keine zusätzlichen Räumlichkeiten ausschließlich zum Warenverkauf verwendet werden.
3. Ausschließlich das eingeschränkte Warensortiment nach §157 verkauft wird.
4. Die Fläche für den Warenverkauf maximal 80m<sup>2</sup> umfasst.
5. Der Charakter des Betriebes als Tankstelle gewahrt bleibt, diese also nicht nur betrieben wird um Lebensmittel rund um die Uhr verkaufen zu können.

Erwähnenswert ist auch die Entscheidung des OGH 4 Ob 53/17y vom 27.7.2017 - Ware für den Privatgebrauch, wo der OGH für Ladenschlussvorschriften eine vertretbare Rechtsansicht ausgeschlossen hat. Daraus der folgende Rechtssatz: „Ladenschlussvorschriften sind keine wertneutralen Ordnungsvorschriften, sondern dienen auch einer unmittelbaren Beschränkung des Wettbewerbs im Bereich des Handels“ (RS0066041).

Wir bitten um Bestätigung unserer Rechtsmeinung bzw. um Klarstellung, falls sie nicht die Ihrige widerspiegelt.

**Antwort des BMDW vom 19.4.2022:**

Gemäß § 2 Z 1 Öffnungszeitengesetz 2003 ist die Warenabgabe aus Automaten von den Bestimmungen des Öffnungszeitengesetzes ausgenommen; diese Ausnahme kommt nur dann zur Anwendung, wenn es sich tatsächlich um Automaten handelt. Unter einem Automaten ist ein Apparat zu verstehen, der nach Einwurf einer Münze oder Einstecken eines Geldscheins, einer Karte oder dergleichen selbsttätig eine Ware abgibt oder eine Dienst- oder Bearbeitungsleistung erbringt. Wenn beispielsweise die Handelswaren auf Regale geschichtet sind und von den Kunden frei entnommen und anschließend bei einem Kassenterminal bezahlt werden, wobei kein Personal anwesend ist, handelt es sich nicht um die Warenabgabe aus Automaten.

Ausgenommen vom Anwendungsbereich des Öffnungszeitengesetzes sind nach dessen § 2 Z 3 auch Tankstellen für den Verkauf von Betriebsstoffen für Kraftfahrzeuge sowie für den Kleinverkauf von im § 157 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 angeführten Waren nach Maßgabe des § 157 Abs. 2 GewO 1994. Bereits aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die - in Ihrer eMail genannten - Rahmenbedingungen des § 157 Abs. 2 GewO 1994 eingehalten werden müssen, damit die Ausnahmebestimmung des § 2 Z 3 ÖZG zur Anwendung kommt. Aus § 157 GewO 1994 ergibt sich auch, dass die Berechtigung zum Warenverkauf dem Gewerbetreibenden zukommt, der Betriebsstoffe an Kraftfahrer im Betrieb von Zapfstellen abgibt, also die Tankstelle betreibt.