



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730
Telefax: (43 01) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-101/069/9801/2017-10
G. S.

Wien, 16. Jänner 2018

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien erkennt durch seine Richterin Mag.^a Hillisch über den Vorlageantrag des Herrn G. S., vertreten durch Herrn Mag. M. L., betreffend Beschwerde vorentscheidung des Magistrates der Stadt Wien vom 15.03.2017, MA 46/P82/633050/2015/FAL/, mit welcher die Beschwerde gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien vom 3.1.2017, MA 46/P82/633050/2015/FAL/BOH, abgewiesen wurde, mit dem der Antrag des Beschwerdeführers auf Benützung der Straße gemäß § 82 Straßenverkehrsordnung (StVO) sowie auf Gebrauchserlaubnis für öffentlichen Grund gemäß § 2 Gebrauchsabgabegesetz (GAG), abgewiesen wurde, nach durchgeführter Verhandlung zu Recht:

- I. Der angefochtene Bescheid wird insoweit aufgehoben, als damit der Antrag des Beschwerdeführers auf Benützung der Straße zu anderen Zwecken als solchen des Straßenverkehrs nach § 82 StVO abgewiesen wurde.

Dem Beschwerdeführer wird gemäß § 82 Abs. 1 StVO die Bewilligung erteilt, den Gehsteig mit zwei an der Fassade des Gebäudes S.-gasse, Wien, rechts und links der Nebeneingangstüre angebrachten Zigarettenautomaten mit den Maßen von jeweils 1,03 m (Höhe) x 0,9 m (Breite) x 0,43 m (Tiefe) plus Unterlaufschutz, Oberkante 1,79 m über dem Gehsteig, zu benützen.

- II. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang, angefochtener Bescheid und Beschwerde

1. Mit dem angefochtenen Bescheid vom 3. Jänner 2017 wurde der Antrag des Beschwerdeführers vom 29. Juli 2016 und vom 31. Juli 2015 auf Benützung der Straße zu anderen Zwecken als solchen des Straßenverkehrs nach § 82 StVO bzw. auf Gebrauchserlaubnis für öffentlichen Grund nach § 1 GAG durch Anbringung zweier Zigarettenautomaten in Wien, S.-gasse je rechts und links des Hausnebeneinganges gemäß § 58 AVG iVm § 83 Abs. 1 StVO abgewiesen und die beantragte Gebrauchserlaubnis gemäß § 2 GAG versagt.

Die belangte Behörde begründete dies im Wesentlichen wie folgt: Dem Vorhaben stünden öffentliche Rücksichten, wie die erhebliche und wesentliche Beeinträchtigung des Stadt- und Ortsbilds, die fehlende Gewährleistung des Blindenschutzes und das Verbot der Tabakwerbung entgegen. Den Interessen des Gemeingebrauchs gebühre der Vorrang, weil im Bezirk bereits ausreichend Standorte von Tabaktrafiken mit Zigarettenautomaten gegeben seien und die Versorgung mit Zigarettenautomaten und Parkscheinen sichergestellt sei. Dem Interesse des Antragstellers an der Sondernutzung sei bereits insofern entsprochen, als er bereits drei Automaten auf der Tabaktrafik in einer Distanz von 180 m vom beantragten Standort montiert habe. Weiters sei ein dislozierter Standort am beantragten Standort nicht nach dem Tabakmonopolgesetz bewilligt. Der Hinweis, eine Tabakwerbung sei an den zum Verkauf von Tabak befugten Stellen gemäß § 11 Abs. 4 Z 3 Nichtrauchererschutzgesetz zulässig, gehe damit ins Leere. Weiters sei bei der Interessenabwägung zu relevieren, dass die Möglichkeit einer Montage eines Zigarettenautomaten auch im Gebäude des Hotels bestehe und dass der Antragsteller zwei Automaten an der Tabaktrafik offenbar seit Jahren ohne entsprechende Bewilligung betreibe. Schließlich lasse der Hinweis des Antragstellers, dass wegen des Blindenschutzes die Behörde Kontakt mit der Automatenfirma aufnehmen solle, erkennen, dass keine Bereitschaft zur Gewährleistung des Blindenschutzes bestehe. Den

nachvollziehbaren und begründeten Ausführungen des Amtssachverständigen sei nicht auf gleicher sachlicher Ebene entgegengetreten worden. Da das Vorhaben § 2 GAG widerspreche und die Beeinträchtigung des Gemeingebrauches möglichst gering zu halten sei, sei die Gebrauchserlaubnis zu versagen gewesen.

Da eine Bewilligung nach § 82 StVO ohne Gebrauchserlaubnis gemäß § 1 GAG nicht ausgeübt werden könne, sei ein Grund für die Erteilung einer Bewilligung gemäß § 82 StVO nicht gegeben und auch der Antrag gemäß § 82 StVO abzuweisen gewesen.

2. Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 30. Jänner 2017 eine als „Einspruch“ bezeichnete Beschwerde, in der er ausführte, dass die Beeinträchtigung des Ortsbildes nicht gegeben sei, die Automaten mit dem erforderlichen Unterlaufschutz ausgestattet werden würden und die Tabakwarenautomaten und ihre Außenflächen gemäß den gesetzlichen Vorgaben des Tabakgesetzes gestaltet werden würden.

Mit E-Mails vom 10. Februar 2017 übermittelte der Beschwerdeführer der Behörde Fotos zum Nachweis dafür, dass er zum Blindenschutz die Automaten mit dem erforderlichen Unterlaufschutz ausgestattet habe.

3. Mit Beschwerdevorentscheidung vom 15. März 2017 wies die belangte Behörde die Beschwerde des Beschwerdeführers ab; dies begründete sie im Wesentlichen mit näheren Ausführungen zu der erheblichen Beeinträchtigung des Stadtbildes, den öffentlichen Rücksichten des Gesundheitsschutzes, der Unzulässigkeit der Aufstellung nach dem Tabakmonopolgesetz und dem Vorrang des Gemeingebrauchs; die Bedenken wegen der Sicherheit des Fußgängerverkehrs bzw. der barrierefreien Gestaltung seien aufgrund des Unterlaufschutzes ausgeräumt.

4. Aufgrund des am 4. April 2017 bei der Behörde eingelangten Vorlageantrages legte die belangte Behörde mit Schreiben vom 10. Juli 2017 die Beschwerde dem Verwaltungsgericht Wien unter Anschluss des verwaltungsbehördlichen Akts vor.

5. Das Verwaltungsgericht Wien beauftragte den Amtssachverständigen mit der Erstattung eines Ergänzenden Gutachtens, welches das Verwaltungsgericht mit Schreiben vom 13. November 2017 dem Beschwerdeführer übermittelte.

6. Am 1. Dezember 2017 fand am Verwaltungsgericht Wien eine mündliche Beschwerdeverhandlung statt, im Zuge derer der Beschwerdeführer einvernommen und unter Mitwirkung des Amtssachverständigen dessen Gutachten erörtert wurde.

II. Feststellungen

1. Der Beschwerdeführer betreibt ein Tabakfachgeschäft in Wien, R.-gasse (ident ...), wo er auch Zigarettensautomaten betreibt. Im Jahr 2014 montierte der Beschwerdeführer zudem in Wien, S.-gasse, (Eckhaus Kreuzung S.-gasse/Z.-gasse) an der Hausfassade rechts und links der Nebeneingangstüre eines dort befindlichen Hotels zwei Zigarettensautomaten, bei denen auch Parkscheine erworben werden können. Die Automaten wurden mit einer Unterkante von 76cm über dem Gehsteig montiert und befinden sich auf öffentlichem Grund. Die Breite der Automaten beträgt jeweils 90 cm, die Tiefe 43 cm. Bei einer Höhe der Automaten von 103 cm befindet sich deren Oberkante 179 cm über dem Gehsteig. Die Gehsteigbreite von der Mauer (ohne Automaten) bis zur Gehsteigkante beträgt 220 cm.

2. Im Zuge des Beschwerdeverfahrens errichtete der Beschwerdeführer unter den Zigarettensautomaten Sockel als Unterlaufschutz. Jedenfalls seit der Errichtung dieses Unterlaufschutzes ist die Sicherheit von sich im Fußgängerverkehr bewegendem Blinden im Hinblick auf die gegenständlichen Automaten gewährleistet.

Auch sonst beeinträchtigen die gegenständlichen Zigarettensautomaten die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs nicht. Auch eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende Lärmentwicklung ist nicht zu erwarten.

3. Zur Frage der Beeinträchtigung des Stadtbildes durch die gegenständlichen Automaten ist Folgendes festzustellen:

3.1. Das gegebene Stadtbild im Beurteilungsgebiet wird durch spätbiedermeierliche (S.-gasse von 1848) und gründerzeitliche Bauwerke (Z.-gasse ... von 1872; S.-gasse ... von 1899) geprägt. Die Fassaden sind, je nach Baualter, einfach gegliedert bis herkömmlich ornamentiert. Die Straßen spiegeln, trotz einiger gründerzeitlicher Begradigungen, noch ihren historischen Verlauf wieder.

Das Gebäude, an dem die Automaten angebracht wurden, ist ein um 1865 errichtetes Hochgründerzeithaus. Seine dekorierte Fassade wurde vereinfacht, wenngleich flache Gesimse und Faschen in den Obergeschossen auch heute noch vorhanden sind.

Die gegebene Straßenmöblierung (Straßenlaternen, Verkehrsschilder teilweise mit Mistkübeln bestückt, eine Bushaltestelle mit Unterstand und Schild, ein Schanigarten am ...-Platz, Poller, Fahrradbügel und Bäume) nimmt keinen Einfluss auf die Gestaltung, aber auch auf die Gestaltwahrnehmung der Sockelzonen der Gebäude.

Die Wirkung von Automaten im Bereich von lebendig gestalteten Portalen ist eine andere als die von punktuell angebrachten Automaten. Während Portale als flächige Bereiche von Fassaden, d. h., als Fassadenteil selbst erlebt werden, sind punktuell angebrachte Kästen nicht Teil einer Fassade, sondern markant vorspringende Applikationen.

Im Beurteilungsgebiet befinden sich fast ausschließlich ruhige, zurückhaltende Erdgeschosszonen. Es handelt sich um befensterte Fassaden vor Wohnungen oder Büros oder einfach gestaltete Lokale. Auch der Bereich unmittelbar um die Automaten ist schlicht und flach gestaltet.

In den Erdgeschosszonen sind vereinzelt kleinere Werbeelemente vorhanden. Diese weisen jedoch bei weitem nicht das Maß oder die Dichte wie in einer Geschäftsstraße (z.B. der P.-straße) auf.

3.2. Im Vergleich mit anderen vergleichbaren Elementen im Beurteilungsgebiet ist festzustellen, dass an den Wänden im Betrachtungsbereich keinerlei vergleichbar große Kubaturen montiert wurden. Die größten Kubaturen an Hauswänden im beschriebenen Bereich (also bis zur Höhe von ca. 2,50m) sind gerade einmal halb so groß. Lediglich manche am Gehsteig stehende Schaltschränke weisen eine ähnliche Kubatur auf. Nur einer dieser Kabelböcke ist größer als einer der beiden Zigarettenautomaten (Z.-gasse). Die Frontfläche dieses Kabelbocks ist nahezu gleich groß und nur rund 2-5 cm tiefer; er steht jedoch unmittelbar am Gehsteig und ist leicht zu überblicken.

Hierzu ist zu bemerken, dass keine zwei in unmittelbarer Nähe zueinander angebrachten, vergleichbar großen Schaltschränke vorzufinden sind, die

Oberkante aller Schaltschränke tiefer liegt als bei den gegenständlichen Zigarettenautomaten (Oberkante 179 cm über dem Gehsteig), sodass die Schaltschränke auch von kleinen Personen überblickt werden können, und die Schaltschränke sind in grauer einfarbiger Farbgebung ohne Werbung und Auswahlssymbole gehalten, um möglichst wenig aufzufallen. Lediglich der Kabelbock in der Z.-gasse wurde (illegal) beklebt.

Die beiden Automaten wirken auch durch den Gebäudesockel nicht weniger wuchtig, da dieser durch den Eingang zwischen den Automaten unterbrochen ist.

3.3. Eine harmonische Beziehung zwischen den einzelnen Teilen des Stadtbildes, Gassen- oder Platzbildes entsteht erst durch Zuordenbarkeit und ortsübliche Gestaltung. Die gegenständlichen Automaten widersprechen diesem einheitlichen Prinzip, wirken hierdurch bezuglos und stören somit diesbezüglich diese harmonische Beziehung und die Einheitlichkeit des Stadtbildes.

3.4. Zusammengefasst ist festzustellen, dass die gegenständlichen Zigarettenautomaten aus folgenden Gründen das Stadtbild wesentlich und erheblich stören:

- Schlichte Erdgeschosszonen: Der Bereich der Umgebung der Automaten ist in den Erdgeschossen in der Regel schlicht gestaltet und lässt die Automaten auffällig zur Geltung kommen. Die Hauswand, auf denen die Automaten montiert sind, ist ebenfalls schlicht. Im Gegensatz zu flachen, kleinen oder in Nischen bzw. vor lebendigen Portalen montierten Automaten treten die gegenständlichen vor die glatte Fassade ragenden großen Automaten besonders dominant in Erscheinung. Eine charakteristische Zuordnung zu einem Lokal ist nicht zu erkennen.

- Ortsunübliche Dimension: Die beiden Automaten verfügen über eine voluminöse und wuchtige Kubatur, die zusammen alle anderen vergleichbaren - im Sockelbereich der Gebäude angebrachten - Kubaturen im Beurteilungsgebiet deutlich übersteigt. Es wird bereits durch einen der beiden Automaten das vorher dargelegte ortsübliche Ausmaß gesprengt. Durch beiden Automaten zusammen entsteht ein völlig neuer, inadäquater Maßstab, welcher augenscheinlich mit der Einheitlichkeit des vorhandenen örtlichen Stadtbildes nicht konform geht.

- Keine Überblickbarkeit: Alle anderen über 25 cm tiefen Elemente stehen direkt am Boden und können leicht überblickt werden. Durch die optische Einengung des erlebbaren stadtbildwirksamen Gehbereiches, ohne die Möglichkeit die 43 cm tiefen Automaten mit einer Oberkante 179 cm über dem Gehsteig (selbst als mittelgroße Person) überblicken zu können, entsteht somit ein weitreichender unangenehmer Effekt. Hierbei ist der unterbrochene, vorspringende Sockel aus vorher genannten Gründen optisch irrelevant.

Sowohl aufgrund der ortsunüblichen Dimension als auf aufgrund der fehlenden Überblickbarkeit läge bereits für sich genommen eine Störung des örtlichen Stadtbildes vor.

III. Beweiswürdigung

1. Die Feststellungen zu den montierten Zigarettenautomaten ergeben sich aus den Angaben des Beschwerdeführers; die (unstrittigen) Maße ergeben sich aus dem Gutachten des Amtssachverständigen vom 28. April 2016. Die Benützung des öffentlichen Grundes ergibt sich aus dem vom Verwaltungsgericht abgefragten Grundbuchauszug.

2. Die Feststellung, dass die gegenständlichen Zigarettenautomaten die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs nicht beeinträchtigen und auch eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende Lärmentwicklung nicht zu erwarten ist, ergibt sich aus dem übereinstimmenden Parteivorbringen.

Aus der im Verwaltungsakt erliegenden (jedoch einen anderen Zigarettenautomaten betreffenden) Stellungnahme der MA 46, Gruppe Verkehrssicherheit, vom 29. August 2016 ergibt sich auch, dass gemäß der ÖNORM B 1600, Pkt. 3.2.1, die nutzbare Breite (Durchgangslichte) des Gehsteiges auf eine Länge von maximal 100 cm, bedingt durch vorspringende Vitrinen, Automaten, Bauteile und dergleichen bis auf 120 cm verringert werden dürfen. Darüber hinaus müsse gemäß der ÖNORM V 2102-1, Pkt. 5.6, der projizierte Umriss des Zigarettenautomaten max. 30 cm über dem Boden mit dem Blindenstock tastbar sein, wobei von einer Umrandung mit taktilen Bodeninformationen abzusehen sei. Aus Sicht der Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Fußgängerverkehrs könne einer Genehmigung des (hier nicht gegenständlichen) Automaten nur dann zugestimmt werden, wenn der

Zigarettenautomat gegen das Unterlaufen abgesichert sei. Da im vorliegenden Fall im Bereich der Automaten eine nutzbare Gehsteigbreite von 177 cm verbleibt und ein Unterlaufschutz angebracht wurde, ist auch vor dem Hintergrund dieser Stellungnahme keine Beeinträchtigung der Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Fußgängerverkehrs zu befürchten.

Darüber hinaus gab in der mündlichen Beschwerdeverhandlung die anwesende Behördenvertreterin an, dass im Hinblick auf die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs nunmehr (nach Errichtung des Unterlaufschutzes) keine Bedenken mehr bestünden. Es bestehen für das Verwaltungsgericht daher keine Anhaltspunkte für eine derartige Beeinträchtigung.

3. Die Feststellungen zur Beeinträchtigung des Stadtbildes durch die gegenständlichen Automaten beruhen auf dem schlüssigen und nachvollziehbaren Sachverständigengutachten vom 28. April 2016 und dem Ergänzenden Gutachten vom 4. September 2017. Aus letzterem ergibt sich insbesondere, dass sich der Beurteilungsbereich seit der Befundnahme am 21. April 2016 für das im verwaltungsbehördlichen Verfahren erstattete Gutachten nicht wesentlich verändert hat.

Die detaillierte Beschreibung der örtlichen Situation in den Gutachten ist jeweils durch zahlreiche Fotos untermauert, aus denen das charakteristische Gepräge des Beurteilungsgebiets (ruhige, zurückhaltende Erdgeschosszonen, befensterte Fassaden vor Wohnungen oder Büros oder einfach gestaltete Lokale) nachvollziehbar ersichtlich ist. Weiters gehen aus der detaillierten Bestandaufnahme im Gutachten vom 28. April 2016 sämtliche vergleichbaren Elemente im Beurteilungsgebiet samt Maßen und Fotos hervor. Der Amtssachverständige kommt vor diesem Hintergrund zu dem schlüssigen Ergebnis, dass die ortsunüblich großen und unüberblickbaren, im Bereich von schlichten Erdgeschosszonen besonders dominanten Automaten das Stadtbild wesentlich und erheblich beeinträchtigen.

Zu den Vorbringen in der mündlichen Beschwerdeverhandlung, mit denen die Schlüssigkeit der Sachverständigengutachten in Frage gestellt wurde, ist Folgendes auszuführen:

3.1. Zunächst führte der Beschwerdeführer sinngemäß aus, dass das Beurteilungsgebiet durch den Amtssachverständigen nicht schlüssig gewählt worden sei. Anders als die anderen beiden auf die gegenständliche Kreuzung zuführenden Straßen sei bei der Z.-gasse lediglich ein Bereich bis zur nächsten Kreuzung, das seien nur 40 m, einbezogen worden; dadurch falle das in der Z.-gasse befindliche moderne Hochhaus aus dem Beurteilungsgebiet heraus. Dagegen könne der „obere“ Abschnitt der Z.-gasse (Richtung R.-gasse) nicht in das Beurteilungsgebiet einbezogen werden, weil von dort aus die gegenständlichen Automaten nicht zu sehen seien.

Zu diesem Vorbringen führte der Amtssachverständige in der mündlichen Verhandlung im Wesentlichen aus, dass zum Beurteilungsbild jene Bauteile nicht mehr zählen würden, von denen aus der beurteilende Gegenstand nicht oder nicht mehr ausreichend sichtbar sei. Von der Kreuzung Z.-gasse/Sc.-gasse seien die gegenständlichen Automaten gerade noch erkennbar. Vor diesem Hintergrund seien bei den anderen beiden Straßen das Beurteilungsgebiet eigentlich zu groß gewählt worden. Hintergrund dafür sei, dass der Amtssachverständige das Beurteilungsgebiet nicht „willkürlich“ in der Mitte der Straße enden lassen habe wollen. Lege man einen anderen Ansatz zur Festlegung des Beurteilungsgebiets zugrunde, nämlich jenem der Beurteilung nach einem einheitlichen Strukturgebiet bzw. nach einem einheitlichen strukturellen Gefüge, könne das genannte Hochhaus ebenfalls nicht einbezogen werden, weil sich der Bereich des genannten Hochhauses – beispielsweise auf Grund des auskragenden Obergeschosses – in dieser Hinsicht anders darstelle als die zur Beurteilung herangezogenen Straßenzüge.

Das vom Amtssachverständigen gewählte Beurteilungsgebiet ist nicht als un schlüssig zu erkennen. Der Amtssachverständige legte unter Hinweis auf ein vom Standpunkt der Automaten aus erstelltes Foto vom gegenständlichen Hochhaus nachvollziehbar dar, dass von der Kreuzung Z.-gasse/Sc.-gasse, hinter der sich (aus Perspektive der Automaten) das erwähnte Hochhaus befindet, die Automaten gerade noch erkennbar seien (vgl. zur Maßgeblichkeit der Wahrnehmbarkeit für das Beurteilungsgebiet VwGH 13.10.1992, 92/05/0169). Umgekehrt wären auch im Bereich des Hochhauses befindliche bauliche Anlagen von den gegenständlichen Automaten aus kaum sichtbar, sollten solche überhaupt vorhanden sein. Selbst eine gedachte Verkleinerung des

Beurteilungsgebiets auf eine der Distanz zum genannten Hochhaus entsprechende Entfernung in alle Richtungen bzw. der Entfall der Einbeziehung des Abschnitts der Z.-gasse von der Kreuzung S.-gasse bis zur Kreuzung R.-gasse würde nicht zu einem anderen Ergebnis führen, zumal sich gerade im letztgenannten Abschnitt die meisten mit den gegenständlichen Automaten noch am ehesten (hinsichtlich der Kubatur) vergleichbaren baulichen Anlagen (insb. Kabelböcke) befinden.

Soweit das Vorbringen des Beschwerdeführers so zu verstehen ist, dass das Hochhaus an der Kreuzung Z.-gasse/Sc.-gasse eine andere Charakteristik aufweisen soll als die in den Gutachten behandelten Gebäude und das Gutachten daher von einer insgesamt anderen Charakteristik auszugehen hätte und zu einer anderen Beurteilung kommen müsste, was nicht näher dargelegt wurde, ist darauf hinzuweisen, dass dann, wenn voneinander abgrenzbare, je eine verschiedene Charakteristik aufweisende Ortsteilbilder festgestellt werden können, das Bauvorhaben an dem jeweiligen Ortsteilbild gemessen werden muss, dem es zuzuordnen ist (vgl. etwa VwGH 24.10.2017, Ra 2016/06/0012). Vor diesem Hintergrund ist es nicht als unschlüssig zu erachten, wenn der Amtssachverständige davon ausgeht, dass die als Beurteilungsgebiet herangezogenen Straßenzüge deshalb heranzuziehen sind, weil sie – aufgrund zahlreicher Fotos und ausführlicher Beschreibung nachvollziehbar – eine gemeinsame Charakteristik aufweisen, nämlich (zusammengefasst) ruhige, zurückhaltende Erdgeschosszonen mit befensterten, einfach gegliederten und herkömmlich ornamentierten Fassaden vor Wohnungen oder Büros oder einfach gestalteten Lokalen im Bereich eines durch spätbiedermeierliche und gründerzeitliche Bauwerke geprägten Stadtbildes. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass ein schützenswertes Ortsbild liegt nicht nur dann vorliegt, wenn eine völlige Einheitlichkeit des vorhandenen Bestandes gegeben ist, sondern schon dann, wenn ein Mindestmaß gemeinsamer Charakteristik gegeben ist (VwGH 23.07.2013, 2010/05/0119).

3.2. Weiters wies der Beschwerdeführer darauf hin, dass nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes Verkaufsstände nicht alleine schon dadurch, dass sie optisch wahrnehmbar sind, das Stadtbild störten. Auch Anlagen, die keinen sichtbaren Bezug zur Umgebung haben, würden nicht per se das Stadtbild stören.

Dieses Vorbringen war schon deshalb nicht geeignet, die Unschlüssigkeit der Gutachten des Amtssachverständigen aufzuzeigen, weil sich die darin gezogenen Schlüsse nicht auf die bloße optische Wahrnehmbarkeit oder einen fehlenden Bezug zur Umgebung der Automaten stützen.

IV. Rechtsgrundlagen

1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Gebrauchsabgabegesetzes 1966 (GAG), LGBl. 20/1966, idF LGBl. 61/2016, lauten:

„§ 1

Gebrauchserlaubnis

(1) Für den Gebrauch von öffentlichem Grund in der Gemeinde, der als Verkehrsfläche dem öffentlichen Verkehr dient, samt den dazugehörigen Anlagen und Grünstreifen einschließlich seines Untergrundes und des darüber befindlichen Luftraumes ist vorher eine Gebrauchserlaubnis zu erwirken, wenn die Art des Gebrauches im angeschlossenen Tarif (Sondernutzung) angegeben ist. Auf die Erteilung einer Gebrauchserlaubnis besteht kein Rechtsanspruch.

Dies gilt nicht, soweit es sich um Bundesstraßengrund handelt.

(2) Jeder in der Sondernutzung (Abs. 1) bzw. in Abs. 3 (Anlage I) nicht angegebene Gebrauch, der über die bestimmungsgemäße Benützung der Verkehrsfläche nach den straßenpolizeilichen und kraftfahrrechtlichen Bestimmungen hinausgeht, bedarf der privatrechtlichen Zustimmung der Stadt Wien als Grundeigentümerin.

(3) Für eine in Anlage I und in Tarifpost D 2 Z 2 lit. c bezüglich Stehtische in der Zeit vom 1. Dezember bis Ende Feber des Folgejahres umschriebene Nutzung öffentlichen Grundes im Sinne des Abs. 1 ist deren Beginn, Art, Umfang und Dauer der Behörde vor Beginn der Nutzung anzuzeigen. Die Gebrauchserlaubnis gilt bei Vorliegen der gesetzlichen Erfordernisse nach Ablauf von 4 Wochen – im Falle einer Nutzung nach Anlage I Z 9 nach Ablauf von 8 Wochen – nach vollständiger Anzeige als erteilt. Die beabsichtigte Gebrauchsnahme bzw. die Gebrauchserlaubnis kann – unbeschadet der §§ 6 und 16 – durch die Behörde bei Vorliegen eines seit Vorlage der Anzeige bestehenden bzw. nachträglich entstandenen Versagungsgrundes und bei Nichtvorliegen der sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen untersagt bzw. widerrufen werden. Für Gebrauchserlaubnisse nach diesem Absatz gilt dieses Gesetz sinngemäß.

§ 1 a

Nutzung des öffentlichen Grundes

Der öffentliche Grund in der Gemeinde gemäß § 1 dient dem bestimmungsgemäßen Gebrauch aller in Wien wohnenden und sich aufhaltenden Personen. Dabei wird berücksichtigt, dass der Gemeingebrauch als vorrangige Zweckbestimmung für diese Personen gewährleistet ist und ihnen auch genügend Möglichkeiten zur Nutzung für Zwecke der Erholung, der Bewegung, des Verweilens und der Begegnung bleiben sowie der öffentliche Grund barrierefrei zugänglich ist. Mit dieser Bestimmung werden weder Rechte noch Verpflichtungen begründet.

§ 1 b

Nutzungskonzepte und Zonierungspläne

[...]

§ 2

Erteilung der Gebrauchserlaubnis

(1) Die Erteilung einer Gebrauchserlaubnis ist nur auf Antrag zulässig. Wenn für die Durchführung eines Vorhabens eine Gebrauchserlaubnis erforderlich ist, gilt als Antrag auf Erteilung der Gebrauchserlaubnis

1. das Ansuchen um Erteilung der baupolizeilichen oder straßenpolizeilichen Bewilligung,
2. die Einreichung nach § 70a der Bauordnung für Wien.

Ein Antrag auf Erteilung einer Gebrauchserlaubnis nach Tarif A Post 11 ist mindestens 4 Wochen, ein Antrag auf Erteilung einer Gebrauchserlaubnis nach Tarif D Post 1 und D Post 4 mindestens 8 Wochen, vor der beabsichtigten Gebrauchnahme einzubringen. Die Erteilung einer Gebrauchserlaubnis nach Tarif D Post 2 oder einer sonstigen Regelung, aus der sich das Recht zu einem im Tarif D Post 2 umschriebenen Gebrauch ergibt, ist jeweils für die Zeit vom 1. März bis Ende Februar des Folgejahres für denselben Bewilligungswerber in Bezug auf denselben Standort oder von Teilflächen desselben nur einmal zulässig; insbesondere ist die zeitliche Verlängerung oder örtliche Erweiterung nicht zulässig.

(2) Die Gebrauchserlaubnis ist zu versagen, wenn dem Gebrauch gegenwärtige bzw. zu erwartende öffentliche Rücksichten, beispielsweise Umstände sanitärer oder hygienischer Art, Gründe der Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs, des Winterdienstes (Säuberung von Schnee, Bestreuung bei Schnee und Glatteis u. dgl.), des Platzbedarfes für Lade- und Liefertätigkeit, der Aufenthaltsqualität für Personen (insbesondere Gewährleistung von Aufenthalts- und Kommunikationsbereichen), städtebauliche Interessen, Gesichtspunkte des Stadt- und Grünlandbildes, Nutzungskonzepte und Zonierungspläne (§ 1b), Schutzzonen nach § 7 der Bauordnung für Wien, LGBl. für Wien Nr. 11/1930, in der jeweils geltenden Fassung, oder Umstände des Natur-, Denkmal- oder Bodenschutzes, entgegenstehen. Bei Erteilung der Gebrauchserlaubnis sind Bedingungen, Befristungen oder Auflagen vorzuschreiben, soweit dies zur Wahrung dieser Rücksichten erforderlich ist. Eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauches ist möglichst gering zu halten.

(2a) Die Gebrauchserlaubnis kann insbesondere versagt werden, wenn den Interessen des Gemeingebrauches oder dem Schutz des öffentlichen Grundes in der Gemeinde gemäß § 1 der Vorrang gegenüber der Sondernutzung gebührt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn

1. der mit der Sondernutzung verfolgte Zweck ebenso durch die Inanspruchnahme von privatem Grund erreicht werden kann;
2. die Sondernutzung an anderer Stelle bei geringerer Beeinträchtigung des Gemeingebrauches erfolgen kann;
3. der öffentliche Grund in der Gemeinde gemäß § 1, beispielsweise Belag oder Ausstattung, durch die Art der Sondernutzung beschädigt werden kann und der Antragsteller nicht ausreichend Gewähr dafür leistet, dass die Beschädigung auf seine Kosten unverzüglich wieder behoben wird;
4. durch eine Häufung von Sondernutzungen der Gemeingebrauch besonders beeinträchtigt wird, sowie

5. saisonalen temporären Nutzungen, beispielsweise für Punsch- und Maronistände, Weihnachtsmärkte, Christbaummärkte, Silvesterpfade, Gelegenheitsmärkte u. dgl., nach erfolgter Interessensabwägung der Vorrang gebührt, oder der Gemeingebrauch durch die Sondernutzung wesentlich eingeschränkt würde und dieser daher der Sondernutzung vorgeht.

Abs. 2 vorletzter und letzter Satz gelten sinngemäß.

(3) Die Gebrauchserlaubnis kann einer physischen Person, einer juristischen Person, einer Mehrheit solcher Personen, einer Erwerbsgesellschaft des bürgerlichen Rechts oder einer Personengesellschaft nach Unternehmensrecht erteilt werden. In den Fällen des § 3 Abs. 1 darf die Gebrauchserlaubnis nur dem Eigentümer der Baulichkeit erteilt werden.

(4) Bescheide über die Erteilung einer Gebrauchserlaubnis, bei deren Erlassung ein Versagungsgrund nach Abs. 2 gegeben war, leiden an einem mit Nichtigkeit bedrohten Fehler.

(5) Parteistellung haben im Verfahren zur Erteilung der Gebrauchserlaubnis neben dem Antragsteller nur der Eigentümer der Liegenschaft, bei Bauwerken auf fremden Grund und Boden überdies der Eigentümer der Baulichkeit, von der aus der Gebrauch erfolgt oder erfolgen soll und jener Eigentümer, der durch den Gebrauch in seinem Frontrecht berührt sein kann, sofern sie spätestens bei der mündlichen Verhandlung Einwendungen wegen einer Beeinträchtigung der Ausübung der in § 5 Abs. 6 lit. a, b und d der Bauordnung für Wien, LGBl. für Wien Nr. 11/1930, in der jeweils geltenden Fassung, angeführten Rechte vorbringen. Dem Eigentümer kommt keine Parteistellung zu, sofern die Liegenschaft oder die Baulichkeit in einer Entfernung von mehr als 20 m von der den Gegenstand der Gebrauchserlaubnis betreffenden Fläche liegt oder wenn innerhalb des letzten vor der Einbringung des Antrages auf Erteilung der Gebrauchserlaubnis liegenden Jahres für die den Gegenstand der Gebrauchserlaubnis betreffende Fläche bereits eine gleichartige Gebrauchserlaubnis erteilt war. Bei Wohnungseigentum sind die einzelnen Wohnungseigentümer im Sinne des Wohnungseigentumsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 70, in der Fassung BGBl. I Nr. 30/2012, nur durch Anschlag an allgemein zugänglicher Stelle des Hauses (jeder Stiege) zu laden. Dieser Anschlag ist von der Behörde spätestens zwei Wochen vor dem Verhandlungstermin anzubringen. Mit der Anbringung des Anschlages ist die Ladung vollzogen. Die Wohnungseigentümer haben die Anbringung des Anschlages zu dulden und dürfen ihn nicht entfernen. Eine etwaige Entfernung vor dem Verhandlungstermin bewirkt nicht die Ungültigkeit der Ladung. Die Behörde kann bei Wohnungseigentümern auch dem Verwalter (§§ 19 ff WEG 2002) die Ladung nachweislich schriftlich mit dem Auftrag zur Kenntnis bringen, diese unverzüglich den Wohnungseigentümern durch Anschlag im Hause bekannt zu geben. Ein Anschlag durch die Behörde ist sodann nicht erforderlich.

(6) Dem Antrag auf Erteilung der Gebrauchserlaubnis und der Anzeige nach § 1 Abs. 3 sind alle für die Beurteilung des Vorhabens und die zur Wahrung der Parteistellung notwendigen Unterlagen (zB Pläne, Namen und Anschrift der Liegenschaftseigentümer) beizuschließen und ist die Art des Gebrauches anzugeben.

(7) Die Erteilung einer Gebrauchserlaubnis nach Tarif D Post 2 und jeder damit zusammenhängende in der angeschlossenen Anlage I und im angeschlossenen Tarif angegebener Gebrauch (zB Sonnenschutzvorrichtungen, Leitungen) ist auf maximal 7 Jahre, bei erstmaliger Bewilligung jedoch nur auf maximal ein Jahr, jene nach Tarif D Post 1 und D Post 4 auf maximal 12 Monate befristet zulässig. Bei Erteilung einer Gebrauchserlaubnis nach Tarif A Post 1 bis A Post 4, B Post 1 bis B Post 8, B Post 20, B Post 22, B Post 24, B Post 25, B Post 28, C Post 1, C Post 1a sowie Anlage I Ziffer 13 kann die Gebrauchserlaubnis unbefristet erteilt werden. Die Erteilung aller sonstigen Gebrauchserlaubnisse ist nur befristet auf maximal 10 Jahre zulässig.“

2. Die maßgeblichen Bestimmungen der Straßenverkehrsordnung 1960 (StVO 1960), BGBl. 159/1960, idF BGBl. 518/1994, lauten:

„X. ABSCHNITT.

Benützung von Straßen zu verkehrsfremden Zwecken.

§ 82. Bewilligungspflicht.

(1) Für die Benützung von Straßen einschließlich des darüber befindlichen, für die Sicherheit des Straßenverkehrs in Betracht kommenden Luftraumes zu anderen Zwecken als zu solchen des Straßenverkehrs, z. B. zu gewerblichen Tätigkeiten und zur Werbung, ist unbeschadet sonstiger Rechtsvorschriften eine Bewilligung nach diesem Bundesgesetz erforderlich. Das gleiche gilt für Tätigkeiten, die geeignet sind, Menschenansammlungen auf der Straße herbeizuführen oder die Aufmerksamkeit der Lenker von Fahrzeugen zu beeinträchtigen.

(2) Eine Bewilligung nach Abs. 1 ist auch für das Aufstellen von Kraftfahrzeugen oder Anhängern ohne Kennzeichentafeln erforderlich.

(3) Eine Bewilligung nach Abs. 1 ist nicht erforderlich

a) für gewerbliche Tätigkeiten auf Gehsteigen oder Gehwegen ohne feste Standplätze,

b) für das Wegschaffen eines betriebsunfähig gewordenen Fahrzeuges oder für dessen Instandsetzung, sofern dies einfacher als das Wegschaffen ist und der fließende Verkehr dadurch nicht behindert wird,

c) für eine gewerbliche Tätigkeit, die ihrem Wesen nach auf der Straße ausgeübt wird und deren Betriebsanlage genehmigt ist,

d) für das Aufstellen oder die Lagerung von Sachen, die für Bau, Erhaltung, Pflege und Reinigung der Straße erforderlich sind,

e) für das Musizieren bei Umzügen und dergleichen (§ 86),

f) für die Nutzung der Rückseite von Verkehrszeichen oder anderen Einrichtungen zur Verhinderung von Falschfahrten im Zuge von Autobahnabfahrten zu Werbezwecken, wenn diese Nutzung nicht der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs entgegensteht und die Behörde, die diese Verkehrszeichen oder diese Einrichtungen verfügt hat, zustimmt und die Gesamtkosten der Anbringung und Erhaltung vom Unternehmer getragen werden.

(4) Eine Bewilligung nach Abs. 1 ist ferner nicht erforderlich für geringfügige Instandsetzungs- oder Instandhaltungsarbeiten an Fahrzeugen, z. B. Vergaserreinigung, Reifenwechsel, Arbeiten an der elektrischen Anlage oder dergleichen, vor der Betriebsstätte eines hiezu befugten Gewerbetreibenden, wenn dort das Halten und Parken nicht verboten ist (§§ 23 und 24).

(5) Die Bewilligung nach Abs. 1 ist zu erteilen, wenn durch diese Straßenbenützung die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs nicht wesentlich beeinträchtigt wird oder eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende Lärmentwicklung nicht zu erwarten ist. Wenn es die Sicherheit, Leichtigkeit oder Flüssigkeit des Verkehrs erfordert, ist die Bewilligung bedingt, befristet oder mit Auflagen zu erteilen; die Bewilligung ist zu widerrufen, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung weggefallen sind.

(6) Die Organe der Straßenaufsicht sind befugt, verkehrsfremde Tätigkeiten auf und an der Straße, auch wenn für sie eine Bewilligung nach Abs. 1 vorliegt, vorübergehend zu untersagen, wenn es die Verkehrssicherheit erfordert.

(7) Das Aufstellen von Kisten, Brettern, Tafeln u. dgl. auf Parkflächen ist unbeschadet der Bestimmungen des Abs. 1 bis 6 verboten.

§ 83. Prüfung des Vorhabens.

(1) Vor Erteilung einer Bewilligung nach § 82 ist das Vorhaben unter Bedachtnahme auf die gegenwärtigen und zu erwartenden Verkehrsverhältnisse zu prüfen. Eine wesentliche, die Erteilung der Bewilligung ausschließende Beeinträchtigung der Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs (§ 82 Abs. 5) liegt insbesondere vor, wenn

a) die Straße beschädigt wird,

b) die Straßenbeleuchtung und die Straßen- oder Hausbezeichnungstafeln verdeckt werden,

c) sich die Gegenstände im Luftraum oberhalb der Straße nicht mindestens 2.20 m über dem Gehsteig und 4.50 m über der Fahrbahn befinden,

d) die Gegenstände seitlich der Fahrbahn den Fußgängerverkehr auf Gehsteigen oder Straßenbanketten behindern und nicht mindestens 60 cm von der Fahrbahn entfernt sind.

[...]"

V. Rechtliche Beurteilung

1. Beantragte Bewilligung zur Straßenbenützung gemäß § 82 Abs. 1 StVO

1.1. Eine Bewilligung für die Benützung von Straßen einschließlich des darüber befindlichen, für die Sicherheit des Straßenverkehrs in Betracht kommenden Luftraumes zu anderen Zwecken als zu solchen des Straßenverkehrs gemäß § 82 Abs. 1 StVO ist zu erteilen, wenn durch diese Straßenbenützung die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs nicht wesentlich beeinträchtigt wird oder eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende Lärmentwicklung nicht zu erwarten ist.

Da der Gehsteig im maßgeblichen Bereich 220 cm breit ist und die Automaten eine Tiefe von 43 cm aufweisen, liegt keine Beeinträchtigung im Sinne des § 83 Abs. 1 lit. d StVO vor. Auch sonst wird durch die gegenständlichen Automaten die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs nicht wesentlich beeinträchtigt. Ebenso wenig ist eine besondere Lärmentwicklung zu erwarten.

1.2. Das Vorliegen von Bewilligungen nach anderen Rechtsvorschriften ist keine Voraussetzung für die Erteilung der Bewilligung für die Benützung der Straße

gemäß § 82 Abs. 1 StVO. Auch wenn (kumulativ) mehrere Bewilligungen für die Rechtmäßigkeit der Aufstellung der gegenständlichen Automaten erforderlich sind, ist das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen jeweils gesondert zu prüfen. Da im vorliegenden Fall die Voraussetzungen des § 82 Abs. 5 StVO erfüllt sind, ist die beantragte Bewilligung gemäß § 82 Abs. 1 StVO zu erteilen.

1.3. Sollten die Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung gemäß § 82 Abs. 1 StVO wegfallen, ist die Bewilligung gemäß § 82 Abs. 5 StVO letzter Satz zu widerrufen.

2. Beantragte Erteilung der Gebrauchserlaubnis gemäß § 2 Abs. 1 GAG

2.1. Die gegenständlichen Zigarettenautomaten sind auf öffentlichem, als Verkehrsfläche dienendem Grund der Gemeinde montiert. Dabei handelt es sich um eine Form der Sondernutzung gemäß Tarif B Post 25 des Gebrauchsabgabegesetzes 1966. Für diesen Gebrauch ist gemäß § 1 Abs. 1 GAG eine Gebrauchserlaubnis zu erwirken, die unter den Voraussetzungen des § 2 GAG erteilt werden kann; darauf besteht gemäß § 1 Abs. 1 letzter Satz GAG jedoch kein Rechtsanspruch.

2.2. Die Gebrauchserlaubnis ist gemäß § 2 Abs. 1 GAG zu versagen, wenn dem Gebrauch gegenwärtige bzw. zu erwartende öffentliche Rücksichten entgegenstehen, beispielsweise Gesichtspunkte des Stadtbildes. Ob Gesichtspunkte des Stadtbildes der Erteilung einer Gebrauchserlaubnis entgegenstehen, ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes mit Hilfe eines Sachverständigen festzustellen; dem Sachverständigen obliegt es hierbei auf Grund seines Fachwissens ein Gutachten abzugeben, wobei er in seiner Beurteilung jenes Gebiet einzubeziehen hat, das für das maßgebliche Erscheinungsbild des Ortes bzw. Ortsteiles von Bedeutung ist (vgl. VwGH 29.4.2008, 2007/05/0059).

2.3. Wie oben ausgeführt, war aufgrund des schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachtens des Amtssachverständigen festzustellen, dass die beantragten (und bereits seit dem Jahr 2014 ohne Bewilligung aufgestellten) ortsunüblich voluminösen und nicht überblickbaren Zigarettenautomaten im Bereich der schlichten Erdgeschosszonen das Stadtbild wesentlich und erheblich stören. Dem Gebrauch des öffentlichen Grundes durch die Aufstellung der gegenständlichen

Zigarettenautomaten stehen somit wesentliche Gesichtspunkte des Stadtbildes entgegen.

2.4. Die belangte Behörde hat dem Beschwerdeführer die Gebrauchserlaubnis daher gemäß § 2 Abs. 1 GAG zu Recht versagt. Die Beschwerde ist daher insoweit abzuweisen.

3. Revisionszulässigkeit

3.1. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Das Verwaltungsgericht Wien ist bei seiner Entscheidung von der zitierten, nicht als uneinheitlich zu beurteilenden Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht abgewichen. Im Übrigen waren lediglich Fragen der Beweiswürdigung zu beurteilen, denen jedoch als regelmäßig nicht über den Einzelfall hinausreichend keine grundsätzliche Bedeutung im Sinn von Art. 133 Abs. 4 B-VG zukommt (vgl. etwa VwGH 18.8.2017, Ra 2017/11/0218).

B e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung 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 der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter

oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Mag.^a Hillisch