



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38710
Telefax: (+43 1) 4000 99 38710
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-121/085/10583/2022
A. GmbH

Wien, 28.11.2022

Geschäftsabteilung: VGW-N

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin MMag. Dr. Salamun über die Beschwerde der Firma A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwalts GmbH, Wien, B.-straße, gegen Spruchpunkt I des Bescheides des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den Bezirk, vom 21.07.2022, Zl. ..., betreffend eine Angelegenheit nach dem Gebrauchsabgabegesetz (GAG),

zu Recht erkannt:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird die Beschwerde gegen den in Spruchpunkt I des angefochtenen Bescheides verfügten Widerruf der Gebrauchserlaubnis als unbegründet abgewiesen und der Bescheid mit der Maßgabe bestätigt, dass in diesem Spruchpunkt die Rechtsgrundlage mit § 4 Abs. 1a Z 3 GAG anstatt mit § 4 Abs. 2 GAG angeführt wird.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

1. Die belangte Behörde richtete an die nunmehrige Beschwerdeführerin einen Bescheid mit nachfolgendem Spruch:

„I. Die, der A. GmbH mit Bescheid vom 08.04.2022, GZ: ..., unter Spruchpunkt II. erteilte Bewilligung gemäß § 1 des Gebrauchsabgabegesetzes 1966 (GAG), LGBl für Wien Nr. 20/1966 i.d.g.F., den öffentlichen Grund vor dem Haus Wien, C.-gasse (Zone 3) in der Parkspur im Ausmaß von 12,00 m Länge und 1,90 m Breite, Gesamt: 22,80 m² zur Aufstellung von Tischen und Stühlen in der Zeit von 01.05. bis 30.09. für die Jahre 2022 bis 2026 benützen zu dürfen, wird gemäß § 4 Abs. 2 GAG, durch das Magistratische Bezirksamt für den ... Bezirk für den Zeitraum ab Zustellung dieses Bescheides bis 31.05.2023 widerrufen.

II. Die aufschiebende Wirkung wird gemäß § 13 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) ausgeschlossen.“

Begründend wurde zu Punkt I im Wesentlichen der Verfahrensgang unter wörtlicher Anführung der Stellungnahmen der Beschwerdeführerin und der Magistratsabteilung 46 wiedergegeben. Mit Bezug auf die Stellungnahme der Magistratsabteilung 46 vom 15.7.2022 wurde u.a. ausgeführt, die Vorschreibung von Bedingungen, Befristungen oder Auflagen, ohne dass es zu Einschränkungen der bewilligten Bauführung komme, sei nicht möglich, da an der Front C.-gasse eine Gehsteigsperrung wegen der eingeplankten Baustelleneinrichtung und eine Fahrbahnsperre ausgenommen Anrainerverkehr und Einsatzfahrzeuge erforderlich sei, sodass ein Raum für einen Schanigarten nicht mehr gegeben sei. Die Baustelleneinrichtungsfläche könne auch nicht verlegt werden, da bereits sämtliche Flächen rund um das D. und darüber hinaus für die erforderlichen Baustelleneinrichtung bzw. Verkehrsmaßnahmen belegt seien. Die Baustelleneinrichtung sei in der Parkspur bewilligt und sei sohin die komplette Schanigartenfläche erfasst. Da der Aufforderung gemäß § 14 GAG nicht nachgekommen worden sei, sei die Gebrauchserlaubnis betreffend Schanigarten (Parkspur C.-gasse) gemäß § 4 Abs. 1a Z 3 GAG zu widerrufen, zumal eine baurechtlich zulässige Baumaßnahme vorliege und nach der Stellungnahme der Magistratsabteilung 46 vom 15.7.2022 kein gelinderes Mittel möglich sei, da für das mit Bescheid zur GZ: ... bewilligte Bauvorhaben betreffend die Sanierung des D., die bis zum bescheidmäßig festgelegten Datum (31.05.2023) andauere, die

gesamte von der Gebrauchserlaubnis betroffene Fläche in der C.-gasse für die Durchführung der Baumaßnahme benötigt werde.

2. In der dagegen eingebrachten Beschwerde an das Verwaltungsgericht hält die Beschwerdeführerin zur Frage des unter Spruchpunkt I des Bescheides ausgesprochenen Widerrufs der Gebrauchserlaubnis im Wesentlichen zusammengefasst fest, sie sei Bestandnehmerin des E. bestehend aus einem Betriebslokal, Keller und Küche im Ausmaß von ca. 300 m. Mit Schreiben vom 20.6.2022 sei die Beschwerdeführerin durch die Rechtsvertretung der F. in Kenntnis gesetzt worden, dass der Schanigarten bis 30.6.2022 zu räumen sei, da ein Bescheid der Magistratsabteilung 46 vom 12.5.2022 zur Durchführung der Bauarbeiten an der Liegenschaft eine Freihaltung und Sperre des Gehsteigs vorsehe, und habe am 24.6.2022 beantragt, dem Verfahren beigezogen zu werden und Akteneinsicht zu erhalten, in eventu, dass über die Zuerkennung der Parteistellung bescheidmäßig abgesprachen werde. Am 29.6.2022 sei von der Behörde eine Entfernungsaufforderung mit einer lediglich dreitägigen Frist übermittelt worden, und am 04.07.2022 sowie ein weiteres Mal am 18.07.2022 eine Verständigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme, ohne dass gegenständlich eine neuerliche Beweisaufnahme stattgefunden hätte.

Rechtswidrigkeit des Inhalts:

A) Die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1a Z 3 GAG würden nicht vorliegen, die Beschwerdeführerin sei dem Verfahren vor der Magistratsabteilung 46 nicht beigezogen worden und seien auch keinerlei notwendige Sachverhaltserhebungen durchgeführt wie auch unrechtmäßigerweise die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ausgeschlossen worden. Es sei nicht geprüft worden, ob für die Durchführung baurechtlich zulässiger Baumaßnahmen nicht andere Möglichkeiten wie die Vorschreibung von Bedingungen, Befristungen oder Auflagen als der Widerruf bestehen. In der Aufforderung vom 30.06.2022 sei lediglich festgehalten worden, dass eine Baustelle genehmigt wurde und der Schanigarten sofort und unentgeltlich zu entfernen sei. Insbesondere habe kein Lokalausweis und keine Begutachtung der aktuellen Situation durch einen Amtssachverständigen stattgefunden. Da die Behörde dies gar nicht erst geprüft habe, habe sie sich auch nicht auf § 14 GAG stützen können.

Die Beschwerdeführerin sei zunächst im Verfahren auf Entfernung des Schanigartens überhaupt nicht beigezogen worden, ob dies vorsätzlich oder fahrlässig geschah, entziehe sich der Kenntnis der Beschwerdeführerin, das Haus stehe jedoch im Eigentum der Stadt Wien und sei die G. GmbH eine 100-prozentige Tochter der Wien Holding GmbH, die wiederum zur Gänze im Eigentum der Stadt Wien stehe. Weiters hätten die Aufforderungen zur Rechtfertigung äußerst kurze Fristen von maximal drei Tagen zur Stellungnahme beinhaltet und sei dann einen Tag nach der letzten Stellungnahme der Bescheid erlassen worden, was bei einem privaten Liegenschaftseigentümer wohl nicht der Fall gewesen wäre.

Verletzung von Verfahrensschriften, nämlich Unvollständigkeit der Sachverhaltsermittlung sowie Außerachtlassung von Verfahrensvorschriften, bei deren Einhaltung die belangte Behörde zu einem anderen Bescheid hätte kommen können:

Darüber hinaus habe es die Behörde unterlassen, die erforderlichen Ermittlungsschritte zu setzen, um von der Tatsache ausgehen zu können, dass die Vorschreibung von Bedingungen, Befristungen oder Auflagen tatsächlich nicht ausreichte, um die Baumaßnahmen durchzuführen. Die Magistratsabteilung 46 habe am 12.05.2022 zur Zahl ... einen Bescheid erlassen, durch welchen die Bauarbeiten bewilligt und die Beschwerdeführerin damit zur Räumung des Schanigartens gezwungen wurde, wobei sie diesem Verfahren nicht beigezogen und ihr keine Parteistellung eingeräumt worden sei, obwohl der Bescheid massiv in ihre Rechte eingreife, die im Bescheid vom 08.04.2022 der Beschwerdeführerin gewährte Gebrauchserlaubnis für die Jahre 2022-2026 zu Nichte mache und massiv in das verfassungsrechtlich eingeräumte Recht auf Eigentum eingreife. Die Beschwerdeführerin erleide durch die Räumung des Schanigartens nicht nur einen finanziellen Nachteil, sondern drohe ihr auch die Insolvenz. Die Behörde habe sich nicht damit auseinandergesetzt, ob die Vorschreibung von Bedingungen, Befristungen oder Auflagen möglich wäre, welche eine Voraussetzung wären, um eine Duldungspflicht nach § 14 GAG auszulösen. Es sei kein Lokalaugenschein unter Beiziehung eines Amtssachverständigen durchgeführt worden und habe sich die Behörde nicht mit der aktuellen Situation vor Ort auseinandergesetzt. Hätte sie das getan, wäre sie womöglich zu einem für die Beschwerdeführerin deutlich besseren Ergebnis gelangt.

3. Mit Vorlageschreiben vom 24.8.2022 wurde die Beschwerde unter Anschluss des bezughabenden Aktes dem Verwaltungsgericht Wien zur Entscheidung vorgelegt und von der Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung Abstand genommen.

4. Mit Beschluss vom 6.9.2022, GZ: VGW-121/V/085/10979/2022, des Verwaltungsgerichts Wien wurde die Beschwerde gegen den unter Spruchpunkt II des Bescheides verfügten Ausschluss der aufschiebenden Wirkung als unzulässig zurückgewiesen.

5. Am 24.11.2022 fand eine öffentliche mündliche Lokalaugenscheinsverhandlung in der C.-gasse statt, an welcher die belangte Behörde und der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin teilnahmen und der Amtssachverständige der Magistratsabteilung 46 befragt wurde.

Der Vertreter der Beschwerdeführerin verwies auf das bisherige Vorbringen.

Die Vertreterin der Behörde gab zu Protokoll: „Es besteht bereits aufgrund des GAG eine Wegräumepflicht bei Baustellen. Nach mehreren Aufforderungsschreiben als gelindestes Mittel wurde auf Antrag des Vertreters der Beschwerdeführerin der vorliegende Bescheid erlassen. Der Ortsaugenschein hat meines Erachtens ergeben, dass die Fläche unbedingt für die Baustelle benötigt wird.“

Der Amtssachverständige führte aus: „Es besteht ein aufrechter Bescheid der Magistratsabteilung 46 bis nächstes Jahr/Ende Mai 2023. Es ist mit einem Ansuchen um Verlängerung bis Sommer 2024, dies zum jetzigen Zeitpunkt, zu rechnen. Sodann wird eine weitere mündliche Verhandlung durch die Magistratsabteilung 46 durchgeführt werden, bei welcher eine neue Überprüfung der Flächen durch die Behörde erfolgt.“

Auf die Frage, warum genau die gegenständliche Fläche benötigt wird: Aufgrund des Bereiches des Turmdrehkrans ist die C.-gasse die einzige Fläche, wo die Mulden beladen werden können bzw. die Baustellenabwicklung möglich ist.

Auf Vorhalt, dass sich auch in der H. Gasse Mulden befinden: Es handelt sich um eine umfangreiche Baustelle, wobei das I. entkernt wird, und auch an dieser Stelle Bautätigkeit durchgeführt wird. Aufgrund der bei der Totalentkernung des Theaters anfallenden massiven Schuttmassen müssen diese entfernt werden. die Gehsteigsperrung ist nachvollziehbar, da der Fußgängerverkehr geschützt werden muss und der Schwenkbereich des Turmdrehkrans gerade auch den Gehsteig in der C.-gasse betrifft.

Auf die Frage, wie lange die Fläche für die Baustelle benötigt wird: Das kann man nicht genau sagen, die Magistratsabteilung 46 kann maximal für ein Jahr einen Bescheid ausstellen. Die Baustelle wird mithilfe des Turmdrehkrans beschickt. Der Turmdrehkran hat nur einen gewissen Schwenkbereich. Das bedeutet, er hebt zum Beispiel Stahlträger in der C.-gasse von einem LKW und legt sie dann im

Baustellenbereich ab. Es ist keine Zukunftsprognose möglich, ob der betreffende Bereich bei der nächsten Einreichung noch für die Baustelle benötigt wird oder nicht.

Es gibt derzeit noch keinen neuen Baustelleneinrichtungsplan. Es liegt noch kein Verlängerungsansuchen bei der MA46 auf. Grundsätzlich ist eine Frist von 8 Wochen vor Bescheidablauf einzuhalten.“

...

In den Schlusssausführungen verwies die Behördenvertreterin auf den Bescheidinhalt und der Vertreter der Beschwerdeführerin auf das bisherige Vorbringen.

Die Parteien verzichteten auf die Verhandlung zur Verkündung der Entscheidung und erklärten sich mit einer schriftlichen Erledigung einverstanden.

II. Sachverhalt und Beweiswürdigung:

Aufgrund der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung, des Vorbringens der Beschwerdeführerin, des Aktes des gegenständlichen behördlichen Verfahrens und des Aktes des Verwaltungsgerichtes Wien sowie der Ausführungen des Amtssachverständigen in der öffentlichen mündlichen Lokalaugenscheinsverhandlung wird folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Die Beschwerdeführerin ist Bestandnehmerin des E. bestehend aus einem Betriebslokal, Keller und Küche im Ausmaß von ca. 300 m. Das Café befindet sich in Wien, J./ C.-gasse. Sie betreibt einen Schanigarten sowohl auf dem Gehsteig links und rechts vom Lokaleingang J. als auch auf der Parkspur vor dem Haus C.-gasse.

Mit Bescheid vom 08.04.2022, Zl. ..., wurde der Beschwerdeführerin zuletzt eine Gebrauchserlaubnis für den Schanigarten erteilt. Der Spruch des Bescheides lautet (auszugsweise):

„BESCHEID

Für den Standort: Wien, J.

I. Genehmigte Elemente nach StVO und GAG

Der A. GmbH wird die Erlaubnis erteilt, den öffentlichen Grund und den darüber befindlichen Luftraum zu gebrauchen, um dort folgende Elemente aufzustellen:

a) Schanigarten Gehsteig

Ort: vor dem Haus Wien, J. am Gehsteig, links vom Lokaleingang von 5 m Länge und 2,1 m Breite, das ist eine Gesamtfläche von 10,5 m².

Dieser Schanigarten befindet sich in Zone 2.

b) Schanigarten Gehsteig

Ort: vor dem Haus Wien, J. am Gehsteig, rechts vom Lokaleingang von 3 m Länge und 2,1 m Breite, das ist eine Gesamtfläche von 6,3 m².

Dieser Schanigarten befindet sich in Zone 2.

...

II. Genehmigte Elemente nach StVO und GAG

Der A. GmbH wird die Erlaubnis erteilt, den öffentlichen Grund und den darüber befindlichen Luftraum zu gebrauchen, um dort folgende Elemente aufzustellen:

c) Schanigarten Parkspur

Ort: vor dem Haus in Wien, C.-gasse in der Parkspur im Ausmaß von 12 m Länge und 1,9 m Breite, das ist eine Gesamtfläche von 22,8 m².

Dieser Schanigarten befindet sich in Zone 3.

Diese Erlaubnis gilt

von 01.05.2022 bis 30.09.2022
 von 01.05.2023 bis 30.09.2023
 von 01.05.2024 bis 30.09.2024
 von 01.05.2025 bis 30.09.2025
 von 01.05.2026 bis 30.09.2026"

...

Sie müssen den Schanigarten genauso gestalten, wie er mit Bescheid vom 24.12.2019 sowie vom 20.7.2021 mit der GZ ... sowie ... genehmigt wurde.

..."

Im Zusammenhang mit der bevorstehenden der Generalsanierung des D. wurde der F. GmbH mit Bescheid vom 12.05.2022 und 10.06.2022, jeweils zur Zl. ..., eine Gebrauchserlaubnis nach dem Gebrauchsabgabegesetz erteilt, die öffentlichen Verkehrsflächen und den öffentlichen Grund für Baustelleneinrichtung im Zeitraum vom 1.6.2022 bis 31.5.2023 für die Baustellenorte zu A.) J., zu B.) C.-gasse komplette Front D., zu C.) H. Gasse 5, und zu D.) H. Gasse 2-4 siehe Baustelleneinrichtungsplan EW ..., unter näher angeführten Bedingungen und Auflagen zu benützen. Betreffend Punkt B.) wurden folgende Bedingungen und Auflagen vorgeschrieben:

„1. Die Baustelleneinrichtungsfläche ist im Ausmaß von maximal 529 m², siehe Baustelleneinrichtungsplan EW ... einzurichten.

...

4. Sämtliches Schuttmaterial ist in Containern (Mulden) zu lagern. ...

5. Sperre des Gehsteiges im Baustellenbereich und sinngemäßer, sowie ausreichender Einweisung der Fußgänger in den gegenüberliegenden freien Gehsteig.

6. Der Fließverkehr ist nicht zu behindern.

...

9. Es ist eine mindestens 3,5 m breite Restfahrbahn freizuhalten.

10. Der Bereich C.-gasse von J. bis H. Gasse ist für den Fahrzeugverkehr zu sperren.

11. Die Zufahrt ist für Anrainerverkehr und Einsatzfahrzeuge zu gestatten.“

Weiters wurde in der C.-gasse die Aufstellung einer Reihe von Verkehrszeichen verfügt, darunter ein Halte- und Parkverbot von 0-24h zum Erhalt der erforderlichen Restfahrbahn von 3,5 m für den LKW Schwerlastverkehr. In der Begründung des Bescheids wird u.a. auf den bevorstehenden Umbau des Theaters hingewiesen.

Mit Bescheid vom 5.7.2022 zur Zahl ... wurde der F. GmbH von der Magistratsabteilung 37 die Baubewilligung für bauliche Änderungen und Zubau nach Maßgabe der mit dem amtlichen Sichtvermerk versehenen Pläne, die einen wesentlichen Bestandteil dieses Bescheides bilden, gemäß § 70 der Bauordnung Wien in Verbindung mit der Abweichung von gesetzlichen Bestimmungen § 68 Abs. 1 Bauordnung Wien und § 2 der Wiener Bautechnikverordnung zur Durchführung der nachstehend beschriebenen Bauführung erteilt:

„Das Eingangsfoyer wird unter Einbeziehung des Untergeschosses wie des 1.Obergeschosses adaptiert und neu gestaltet. Im Foyerbereich wird eine Stiege hinzugefügt um einen größeren Eingangsbereich und Wartebereich zu erreichen. Diese Stiege erschließt einen großzügigen 2-geschossigen Foyerbereich. Die Vergrößerung des Eingangsbereiches wird durch die eingeschossige Überbauung des bestehenden Foyers im Innenhof erzielt. Das neue eingebaute Treppenhaus erschließt auch einen neuen großzügigen Sanitärbereich im Untergeschoss. Im Zuschauerhaus wird im Foyerbereich ein Aufzug neu errichtet, der das Untergeschoss und die Zuschauerbereiche von Erdgeschoss und den Rängen 1-4 verbinden. Die Rauchabzugseinrichtungen der Stiegen werden im Zuge der Sanierung erneuert sowie entsprechende Brandabschnitte geschaffen. Im Bühnenhaus hinter der Bühne wird das 4. und 5. Obergeschoss durch einen geringfügigen Zubau umstrukturiert und neu erschlossen. Sämtliche Treppenhäuser werden ertüchtigt und zu gesicherten Fluchtbereichen. Für das Publikum werden die Garderoben, Pausenflächen und WC-Anlagen erneuert und adaptiert teilweise neu angeordnet. Die haus- und elektrotechnischen Einrichtungen (inklusive der sicherheitstechnischen Einrichtungen) sowie die [...] werden modernisiert und erneuert. Auch der Orchestergraben wird durch

Vergrößerung und Vertiefung modernisiert. Im 1.Rang werden im Trakt entlang der [...] die Büros und Portiersräume aufgelöst und stattdessen ein erweiterter Foyerbereich mit Bar/Buffet, sowie eines abtrennbaren Multifunktionsraumes für Vorträge/Präsentationen hergestellt. Eine Stellplatzverpflichtung wird durch die Erweiterung des Foyers, den geringfügigen Zubau im 04. bzw. 05. Obergeschoss und der Reorganisation bzw. Neuordnung der Räumlichkeiten nicht ausgelöst.“

Mit Stellungnahme vom 15.7.2022 teilte die Magistratsabteilung 46 mit, das D. befinde sich an den Fronten J. ident C.-gasse ident H. Gasse. Am Eck befinde sich das Café der Beschwerdeführerin samt Schanigarten. Die J. sei eine zweispurige Hauptstraße B gemäß der „Verordnung des Gemeinderats betreffend Feststellung der Hauptstraßen und Nebenstraßen“ und somit Teil des höherrangigen Straßennetzes, die u.a. den Durchzugsverkehr zur Westautobahn leite. Die Sperre eines Fahrstreifens über einen längeren Zeitraum sei aus Leistungsfähigkeitsgründen und zwecks Aufrechterhaltung der Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs nicht möglich. Neben der Fahrbahn verlaufe ein in zwei Richtungen führender Hauptradweg, der im Radverkehrsnetz zu den übergeordneten Verbindungen durch die Stadt zähle. Die einspurige 4 m breite Einbahn C.-gasse und die 6 m breite Einbahn H. Gasse seien Nebengassen. Vor der Front an der J. sei ein Gehsteig von 6 m Breite und 32 m Länge und davor noch ein Radweg von ca. 70 m², das seien ca. 260 m². In der C.-gasse sei der Gehsteig 2 m breit und ca. 70 m lang, das seien ca. 140 m², daneben sei eine ebenso lange Parkspur für Längsparken von 2 m Breite situiert. In der H. Gasse habe die Gehsteigfront ein Ausmaß von ca. 130 m².

Für die Sanierung des D., die, wie den Medien zu entnehmen sei, mit einer Schließung und Wiedereröffnung 2024 einhergehe, sei am 18. Jänner 2022 um eine Bewilligung von Arbeiten auf und neben der Straße von April 2022 bis April 2023 für Abbrucharbeiten, die Baustelleneinrichtung, Fassaden-, Hebe-, Kabelarbeiten und diverses wie Rohbau-Ausbauarbeiten, einschließlich Flächen für Baumaterial und Werkzeugcontainer (3 × 14,4 m²), für die Gerüstaufstellung (125 m²) und Mannschaftscontainer (9 × 14,4 m²) Mobil WCs (14,4 m²), einen Turmdrehkran (38 m²) und Sonstiges (650 m²) als Entladeflächen für Baufahrzeuge und Flächen für die Be- und Entladung und zum Halten von Baufahrzeugen und Silostandorten für Estrich, Verputz, Terazzoarbeiten und Manipulations- und Lagerflächen, angesucht worden.

Mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien vom 12.05.2022, ergänzt um die Baufirma im Bescheid vom 10.06.2022, jeweils zur Zl. ..., seien vom 1. Juni 2022

bis 31. Mai 2023 mit der Aussicht auf Verlängerung gemäß § 90 StVO in Verbindung mit § 1 iVm D1 und 4 GAG bewilligt worden: unter anderem Baustelleneinrichtungsflächen in Wien, in Punkt A) an der J. am Gehsteig, am Radweg und im Parkstreifen, in Punkt B) C.-gasse komplette Front D., am Gehsteig und im Parkstreifen, in Punkt C) H. Gasse 5 am Gehsteig und im Parkstreifen, in Punkt D) H. Gasse 2-4 am Gehsteig, im Parkstreifen und auf der Fahrbahn.

Baustelleneinrichtungen sollten möglichst nahe am umzubauenden Gebäude eingerichtet werden, da die Manipulation rund um die Baustelle andernfalls besondere Gefahren für die Straßenbenutzerinnen eröffne. An der Front C.-gasse sei eine Gehsteigsperrung wegen der eingeparkten Baustelleneinrichtung und eine Fahrbahnsperre ausgenommen Anrainerverkehr und Einsatzfahrzeuge erforderlich und sei ein Raum für einen Schanigarten nicht mehr gegeben. Die Baustelleneinrichtungsfläche könne auch nicht verlegt werden, da bereits sämtliche Flächen rund um das D. und darüber hinaus für die erforderlichen Baustelleneinrichtung bzw. Verkehrsmaßnahmen belegt seien. Die Baustelleneinrichtung sei in der Parkspur bewilligt und sohin sei die komplette Schanigartenfläche erfasst.

Die C.-gasse ist eine Einbahnstraße. Der Lokalausweis fand am 23.11.2022 zu einem Zeitpunkt statt, als – mangels Vorliegens einer Bewilligung für einen Winterschanigarten – kein Schanigarten aufgestellt war. Der (Sommer-)schanigarten befand sich auf einer durch quadratische Pflastersteine von der Fahrbahn abgegrenzten Parkspur entlang des D. C.-gasse. Auf der anderen Straßenseite liegt das Haus C.-gasse. Vor diesem Haus besteht keine Parkspur. Während der Baumaßnahmen hat laut Bescheid zur Zl. ... eine 3,5 m breite Restfahrbahnfläche für den Anrainerverkehr und Einsatzfahrzeuge freizubleiben.

--Grafik nicht anonymisierbar--

Unter <https://www.wien.gv.at/flaechenwidmung/public/>

Diese Feststellungen beruhen auf folgenden Erwägungen:

Die Feststellungen gründen zum einen auf den unbedenklichen Akteninhalt, die im behördlichen Verfahren eingeholten Beweismittel, insbesondere dem Baustelleneinrichtungsplan ... samt dem darauf beruhenden rechtskräftigen

Bescheid zur GZ: ... betreffend Gebrauchserlaubnis für die Baustelleneinrichtung sowie der gutachtlichen Stellungnahme der Magistratsabteilung 46 vom 15.7.2022, in Verbindung mit dem Vorbringen in der Beschwerde selbst. Zum anderen gründen sie sich auf die Ausführungen des Amtssachverständigen der Magistratsabteilung 46 in der Lokalaugenscheinsverhandlung am 24.11.2022.

Die Feststellungen zum bisherigen Bewilligungsstatus sowie der genehmigten Ausgestaltung des verfahrensgegenständlichen Schanigartens gründen auf dem beigeschafften Behördenakt und wurden von der Beschwerdeführerin nicht bestritten.

Die örtliche Situierung des verfahrensgegenständlichen Schanigartens ergibt sich aus dem im Akt einliegenden Lichtbild aus Google Maps Street View und dem mit den Einreichunterlagen eingereichten Plan bzw. Skizze (Ansicht C.-gasse).

Die Feststellungen zu den von den bewilligten Baumaßnahmen betroffenen Flächen für die Baustelleneinrichtung gründen auf der gutachtlichen Stellungnahme der Magistratsabteilung 46 vom 15.7.2022, dem Bescheid zur GZ: ... samt dem diesem zugrundeliegenden Baustelleneinrichtungsplan ..., den Ausführungen des Amtssachverständigen in der Lokalaugenscheinsverhandlung und der bei der Begehung anlässlich dieser Verhandlung erlangten Wahrnehmungen.

Einem, von einem tauglichen Sachverständigen erstellten, mit den Erfahrungen des Lebens und den Denkgesetzen nicht in Widerspruch stehenden Gutachten kann nur durch ein gleichwertiges Gutachten begegnet werden. Einem schlüssigen Sachverständigengutachten kann mit bloßen Behauptungen, ohne Argumentation auf gleicher Ebene, in tauglicher Art und Weise nicht entgegengetreten werden (vgl. etwa VwGH 13.11.1999, 87/07/0126). Ein Gutachten hat zuerst einen Befund zu enthalten, in dem die örtlichen Gegebenheiten dargestellt werden. Erst auf Grund dieses Befundes hat der Gutachter auf Grund seines Fachwissens ein Urteil abzugeben, inwieweit das beantragte Vorhaben (etwa) eine Wirkung auf das Stadtbild entfaltet (vgl. etwa VwGH 23.2.2010, 2009/05/0169).

Gegenständlich wurde im behördlichen Verfahren kein Gutachten, sondern eine gutachtliche Stellungnahme von der Magistratsabteilung 46 erstellt. Diese weist

zwar keine Gliederung in „Befund“ und „Urteil“ auf, sie beinhaltet jedoch eine Gliederung in „Gesetzliche Grundlagen“, „Sachverhalt“ sowie in die Beantwortung der beiden von der belangten Behörde gestellten Fragen, wobei die im „Sachverhalt“ und in der Beantwortung der Fragen wiedergegebenen Inhalte mit jenen in „Befund“ und „Urteil“ vergleichbar sind. Vorliegend war aus sachverständiger Sicht die Situierung und das Ausmaß der mit den Baumaßnahmen zur Sanierung des D. vorgesehenen Baustelleneinrichtung im Hinblick auf die Verkehrssicherheit bei der Frage, ob eine Beibehaltung des Schanigartens möglich ist, zu beurteilen. Dabei erscheint v.a. wesentlich, dass die Baustelleneinrichtung sowohl auf der J. den Gehsteig, Radweg und Parkstreifen und in der C.-gasse den Gehsteig und den Parkstreifen einnimmt sowie an der Front C.-gasse wegen der eingepлankten Baustelleneinrichtung eine Gehsteigssperre und eine Fahrbahnsperre ausgenommen Anrainerverkehr und Einsatzfahrzeuge erforderlich ist, sodass ein Raum für die Aufstellung des Schanigartens nicht mehr gegeben ist. Aus der gutachtlichen Stellungnahme der Magistratsabteilung 46 geht zudem hervor, dass auch der Gehsteig und Parkstreifen in der H. Gasse 5 sowie der Gehsteig, Parkstreifen und die Fahrbahn in der H. Gasse 2-4 mit Baustelleneinrichtung belegt sind, sodass damit alle drei straßenseitigen Fronten entlang des D. (und über diese Fronten hinausgehend die H. Gasse 2-4) besetzt sind und eine Verlegung der Einrichtung nicht möglich ist, zumal Baustelleneinrichtungen möglichst nahe am umzubauenden Gebäude eingerichtet werden sollten, da die Manipulation rund um die Baustelle andernfalls besondere Gefahren für die Straßenbenutzerinnen eröffnet, und die Sperre eines Fahrstreifens der J. über einen längeren Zeitraum aus Leistungsfähigkeitsgründen und zwecks Aufrechterhaltung der Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs nicht möglich ist.

Es ist aus der vorliegenden gutachtlichen Stellungnahme der Magistratsabteilung 46 die fachliche Beurteilung aus ihrem Wirkungsbereich erkennbar. Diese ist auch plausibel und vollständig. Sie ist zudem inhaltlich richtig und stimmt mit dem Inhalt des rechtskräftigen Bescheides zur GZ: ... überein. Darüber hinaus hat der Amtssachverständige der Magistratsabteilung 46 hinsichtlich der Schanigartenfläche in der Lokalausweisungsverhandlung nachvollziehbar erläutert, dass der Schwenkbereich des Turmdrehkrans den Gehsteig in der C.-gasse betrifft und aus diesem Grund die Gehsteigssperre in der

C.-gasse zum Schutz des Fußgängerverkehrs erfolgte.

Der vorliegend von der Magistratsabteilung 46 ins Treffen geführten Notwendigkeit der Entfernung des verfahrensgegenständlichen Schanigartens für die Verkehrssicherheit der Umbaumaßnahmen und der fehlenden Möglichkeit der Verlegung an einen anderen Ort aufgrund der bereits bestehenden vollen Belegung der umliegenden Flächen auf öffentlichem Grund war daher nicht entgegenzutreten.

Die Beschwerdeführerin ist dieser gutachtlichen Stellungnahme vom 15.7.2022 nicht auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten und hat auch kein substantiiertes Beweisvorbringen dafür erstattet, dass die Ausführungen darin fachlich ungeeignet wären, sondern bringt in der Beschwerde im Wesentlichen vor, die Vorschreibung von Nebenbestimmungen wie Bedingungen, Befristungen oder Auflagen sei überhaupt nicht überprüft worden. Dies ist jedoch nicht der Fall, da mit der Einholung der gutachtlichen Stellungnahme der Magistratsabteilung 46 vom 15.7.2022 eine solche Überprüfung aus sachverständiger Sicht vorgenommen wurde.

III. Rechtliche Beurteilung:

1. Rechtsgrundlagen:

Die maßgeblichen Rechtsvorschriften des Gesetzes über die Erteilung von Erlaubnissen zum Gebrauch von öffentlichem Gemeindegrund und die Einhebung einer Abgabe hiefür (Gebrauchsabgabengesetz 1966 - GAG), LGBl. Nr. 20/1966 idF LGBl. Nr. 67/2021 (LGBl. Nr. 47/2022 ist hinsichtlich § 2 noch nicht in Kraft getreten), 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.

[...]

§ 1a

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.

[...]

§ 2

Erteilung der Gebrauchserlaubnis

(1) Die Erteilung einer Gebrauchserlaubnis ist nur auf Antrag 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 zu nicht kommerziellen Zwecken (insbesondere Gewährleistung von Aufenthalts- und Kommunikationsbereichen), städtebauliche Interessen und Vorhaben, Gesichtspunkte des Stadt- und Grünlandbildes sowie des Klimaschutzes, 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.

[...]

§ 4

Erlöschen der Wirksamkeit der Gebrauchserlaubnis

(1) Der Magistrat hat die Gebrauchserlaubnis zu widerrufen, wenn ein nachträglich entstandener Versagungsgrund nach § 2 Abs. 2 und Abs. 2b bekannt wird, sofern nicht die Vorschreibung von Bedingungen, Befristungen oder Auflagen für die Ausübung des bewilligten Gebrauches ausreicht. Weiters kann der Magistrat die Gebrauchserlaubnis widerrufen, wenn ein nachträglich entstandener Versagungsgrund nach § 2 Abs. 2a und Abs. 2c bekannt wird, sofern nicht die Vorschreibung von Bedingungen, Befristungen oder Auflagen für die Ausübung des bewilligten Gebrauches ausreicht. Durch den Widerruf erlischt die Gebrauchserlaubnis. Diese Bestimmung gilt sinngemäß, wenn ein Versagungsgrund nach § 2 Abs. 2 bis Abs. 2c nachträglich bekannt wird.

(1a) Der Magistrat kann eine Gebrauchserlaubnis nach der Tarifpost C 5 oder D 2 oder einer sonstigen Regelung, aus der sich das Recht zu einem im Tarif D Post 2 umschriebenen Gebrauch ergibt, widerrufen, wenn

1. straßenpolizeilich zulässige Arbeiten einschließlich Sicherheits- und Begleitmaßnahmen,

2. Arbeiten zur Behebungen von Gebrechen an Schienenbahnen, ober- oder unterirdische Draht-, Kabel- oder sonstige Leitungen und Einbauten, beispielsweise Fernluftheizungen, Frischluft- und Abluftkanäle, Rohr- oder Kanalleitungen, notwendige Hilfseinrichtungen u. dgl., sowie

3. baurechtlich zulässige Baumaßnahmen

durchgeführt werden und eine gänzliche oder teilweise Inanspruchnahme einer von einer Gebrauchserlaubnis betroffenen Fläche erforderlich ist, sofern die Vorschreibung von Bedingungen, Befristungen oder Auflagen für die Ausübung des bewilligten Gebrauches nicht ausreicht. Durch den Widerruf erlischt die Gebrauchserlaubnis.

[...]

§ 5

Verpflichtungen nach dem Erlöschen der Gebrauchserlaubnis

(1) Wird die Gebrauchserlaubnis widerrufen, so ist im Bescheid eine angemessene Frist festzusetzen, innerhalb welcher der ehemalige Erlaubnisträger die Einrichtungen, durch die öffentlicher Grund in der Gemeinde in Anspruch genommen wurde, zu beseitigen hat.

[...]

(4) Die nach Abs. 1 bis 3 verpflichteten Personen haben die Fläche, auf deren Gebrauch sich die Gebrauchserlaubnis bezogen hat, und die durch die Beseitigung der Einrichtungen betroffenen Flächen auf ihre Kosten in jenen Zustand zu versetzen, der dem Zustand des unmittelbar angrenzenden öffentlichen Grundes in der Gemeinde entspricht. Falls dieser Herstellungspflicht nicht nachgekommen wird, ist diese vom Magistrat mit Bescheid auszusprechen.

[...]

§ 14

Duldungspflichten

Die Träger einer Gebrauchserlaubnis sind verpflichtet, die Durchführung von Arbeiten im Sinne des § 4 Abs. 1a Z 1 bis 3 zu gestatten, nicht zu behindern, stören oder gefährden sowie bei Bedarf den Standort der Gebrauchserlaubnis oder Teilflächen desselben im erforderlichen Ausmaß für die erforderliche Dauer der Arbeiten sofort und unentgeltlich zu räumen.“

2. In der Sache:

Einleitend ist festzuhalten, dass im Allgemeinen ein Bescheid, dem eine offenbar auf einem Versehen beruhende Unrichtigkeit anhaftet, die einer Berichtigung nach § 62 Abs. 4 AVG zugänglich wäre, auch dann in der „richtigen“, d.h. von der Unrichtigkeit bereinigten Fassung zu lesen ist, wenn seine Berichtigung durch Bescheid unterblieben ist (Hengstschläger/Leeb, AVG § 62 (Stand 1.7.2005, rdb.at), 75; unter Hinweis auf z.B. VwGH 21.06.1990, 89/06/0104, VwSlg. 13.233 A/1990). Im Bescheid der belangten Behörde vom 08.04.2022, Zl. ..., betreffend Erteilung der Gebrauchserlaubnis ist daher „C.-gasse in der Parkspur“ als „C.-gasse in der Parkspur“ zu lesen, zumal offensichtlich ist, dass sich vor dem Haus C.-gasse keine Parkspur befindet. Weiters ist im Bescheid der Magistratsabteilung

46 vom 12.05.2022 und 10.06.2022, jeweils zur Zl. ..., „Baustelleneinrichtungsplan EW ...“ als „Baustelleneinrichtungsplan ...“ zu lesen, welcher laut telefonischer Auskunft der Magistratsabteilung 46 der in dem betreffenden Verfahren durchgeführten mündlichen Verhandlung und somit dem Bescheid zugrunde gelegt wurde.

2.1.

In der Beschwerde wird zunächst vorgebracht, es sei nicht geprüft worden, ob für die Durchführung baurechtlich zulässiger Baumaßnahmen nicht andere Möglichkeiten, wie die Vorschreibung von Bedingungen, Befristungen oder Auflagen, als der Widerruf bestehen. In der Aufforderung vom 30.06.2022 sei lediglich festgehalten worden, dass eine Baustelle genehmigt wurde und der Schanigarten sofort und unentgeltlich zu entfernen sei. Insbesondere habe kein Lokalausweis und keine Begutachtung der aktuellen Situation durch einen Amtssachverständigen stattgefunden. Da die Behörde dies gar nicht erst geprüft habe, habe sie sich auch nicht auf § 14 GAG stützen können.

Gemäß § 14 GAG sind die Träger einer Gebrauchserlaubnis verpflichtet, die Durchführung von Arbeiten im Sinne des § 4 Abs. 1a Z 1 bis 3 GAG zu gestatten, nicht zu behindern, stören oder gefährden sowie bei Bedarf den Standort der Gebrauchserlaubnis oder Teilflächen desselben im erforderlichen Ausmaß für die erforderliche Dauer der Arbeiten sofort und unentgeltlich zu räumen.

Die Erläuterungen betreffend § 4 Abs. 1a GAG zu LGBl. Nr. 61/2016 führen aus, dass § 14 GAG Fälle betrifft, in denen Maßnahmen eher von kürzerer Dauer sind, die keinen Widerruf erfordern, zum Beispiel kurzfristige Baumaßnahmen am Haus (Montage einer Hausnummerntafel, Beleuchtungskörper usw.), während § 4 Abs. 1a GAG längerdauernde Maßnahmen vor Augen hat, die einen Widerruf erfordern. Die Erläuterungen zu § 14 GAG geben weiter an, dass eine gesetzliche Duldungsverpflichtung eingeführt werden soll und damit Verfahren etwa im Baubereich beschleunigt werden und Rechtssicherheit besteht.

Vorliegend steht laut Bescheid zur GZ: ... für die Baustelleneinrichtung ein Zeitraum von einem Jahr (1.6.2022 bis 31.5.2023) fest, was keineswegs als kurzfristige Maßnahme angesehen werden kann, sodass § 14 GAG nicht zur

Anwendung kam. § 14 GAG wurde im angefochtenen Bescheid von der belangten Behörde zu Recht nicht als Rechtsgrundlage herangezogen.

Im angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde jedoch als Rechtsgrundlage für den Widerruf – den vorliegend nicht einschlägigen – § 4 Abs. 2 GAG herangezogen, der einen Widerruf wegen Nichtnutzung der Gebrauchserlaubnis für einen bestimmten Zeitraum vorsieht. In der Bescheidbegründung ist hingegen ausschließlich § 4. 1a Z 3 GAG angeführt und wird unmissverständlich dargelegt, dass die Gebrauchserlaubnis aufgrund der baurechtlich zulässigen Baumaßnahmen zu widerrufen war. Die Rechtsgrundlage war demnach spruchgemäß als § 4 Abs. 1a Z 3 GAG anzuführen.

Da im Zeitpunkt der Entscheidung durch das Verwaltungsgericht der Schanigarten nicht mehr aufgestellt war, hatte die Festsetzung einer angemessenen Frist zur Beseitigung gemäß § 5 Abs. 1 GAG unterbleiben. Von einer Aufstellung des Schanigartens in dem noch verbleibenden Zeitraum der Gebrauchserlaubnis vom 01.05.2023 bis 31.05.2023, der vom vorliegenden Widerruf erfasst ist, ist jedoch Abstand zu nehmen.

2.2.

Gemäß § 4 Abs. 1a Z 3 GAG kann der Magistrat eine Gebrauchserlaubnis nach der Tarifpost C 5 oder D 2 oder einer sonstigen Regelung, aus der sich das Recht zu einem im Tarif D Post 2 umschriebenen Gebrauch ergibt, widerrufen, wenn baurechtlich zulässige Baumaßnahmen durchgeführt werden und eine gänzliche oder teilweise Inanspruchnahme einer von einer Gebrauchserlaubnis betroffenen Fläche erforderlich ist, sofern die Vorschreibung von Bedingungen, Befristungen oder Auflagen für die Ausübung des bewilligten Gebrauches nicht ausreicht. Durch den Widerruf erlischt die Gebrauchserlaubnis.

Aus den Erläuterungen zu LGBl. Nr. 61/2016, geht betreffend § 4 Abs. 1a GAG hervor, dass bezüglich der Tarifposten C5 (Verkaufsstände) und D2 (Vorgärten) eine explizite Widerrufsmöglichkeit geschaffen wird, die dann zur Anwendung kommt, wenn zum Beispiel Straßenbauvorhaben eine Änderung oder gänzliche Beseitigung der Sondernutzung notwendig machen. Diese Fälle wurden bisher mit Bescheidauflagen in der Gebrauchserlaubnis geregelt. Die Bestimmung umfasst

auch Gebrauchserlaubnisse, die von Straßenumleitungsmaßnahmen (zum Beispiel den öffentlichen Verkehr oder den motorisierten Individualverkehr) infolge der Arbeiten betroffen sind. Ein Widerruf ist nur im unbedingt notwendigen Ausmaß für die gesetzlich angeführten Maßnahmen zulässig. Dieser Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist von der Vollzugsbehörde zu beachten. Ein Widerruf hat daher sowohl zeitlich als auch örtlich nur im erforderlichen Ausmaß zu erfolgen.

Gegenständlich gründet sich das zeitliche und das örtliche Ausmaß des Widerrufs der Gebrauchserlaubnis auf die im rechtskräftigen Bescheid zur GZ: ... erteilte Gebrauchserlaubnis für die Baustelleneinrichtung in der C.-gasse. Da der Widerruf nicht über das in diesem Bescheid vorgesehene Ausmaß hinausgeht, ist er als verhältnismäßig anzusehen.

Im Hinblick auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Behörde habe sich nicht damit auseinandergesetzt, ob die Vorschreibung von Bedingungen, Befristungen oder Auflagen möglich wäre, ist festzuhalten, dass in den Erläuterungen betreffend § 4 Abs. 1a GAG zu LGBl. Nr. 61/2016 ausdrücklich angeführt ist, diese Fälle seien bisher mit Bescheidauflagen in der Gebrauchserlaubnis geregelt worden, sodass bereits aus diesem Grund die Vorschreibung von Auflagen ausgeschlossen erscheint. Es entspräche somit nicht der gegenwärtigen Rechtslage, die Ausübung des bewilligten Gebrauches - durch eine nachträgliche Befristung der Gebrauchserlaubnis - für die Dauer des Bauvorhabens vorübergehend zu untersagen (vgl. hingegen zur alten Rechtslage die Entfernung eines unmittelbar an einer Fassade situierten Standes während der Dauer der jeweils erforderlichen Arbeiten zur Erhaltung der Fassade VwGH 30.01.2001, 99/05/0157).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist zudem der Spielraum der Behörde bei der Auflagenerteilung insofern begrenzt, als sie nur solche Auflagen vorschreiben darf, die den Gegenstand des Verfahrens nicht modifizieren; ausgeschlossen sind daher so genannte projektändernde Auflagen, worunter man solche versteht, die den vom Bewilligungswerber in seinem Antrag festgelegten Verfahrensgegenstand derartig wesentlich verändern, dass man von einem "aliud" sprechen muss (einer Auflage kann keine andere Trassenführung oder eine

gegenüber dem Antrag wesentlich verschiedene technische Ausführung vorgeschrieben werden vgl. VwGH 06.07.2010, 2008/05/0119). Die vollständige Entfernung des Schanigartens, wenn auch nur für einen bestimmten Zeitraum, entspräche jedoch einem „aliud“, sodass die Vorschreibung einer solchen Auflage unzulässig wäre.

Die Vorschreibung einer Umgestaltung der Ausgestaltung des Schanigartens (in Form einer Bedingung oder eines Auftrages) erscheint ebenfalls nicht zulässig, da nicht ersichtlich ist, auf welche Weise angesichts der umfangreichen Baumaßnahmen eine Umgestaltung erfolgen könnte, ohne dass der Schanigarten für die Dauer der Baumaßnahmen zugunsten der Baustelleneinrichtung vollständig entfernt werden müsste, sodass auch in diesem Fall eine wesentliche Projektänderung vorläge.

Auch wenn die Erfüllung einer Auflage von vornherein augenscheinlich unmöglich ist, muss deren Vorschreibung die Versagung der Genehmigung vorgezogen werden (vgl. etwa die Unzulässigkeit der Erteilung einer Auflage mit der Verpflichtung der beschwerdeführenden Partei, einen Verzehr der verkauften Lebensmittel "beim Stand" zu verbieten oder zu verhindern, weil diese keine rechtliche Handhabe hätte, gegen Käufer, die sich neben dem Verkaufsstand bzw. Verkaufspult im unmittelbaren Nahbereich des Verkaufsstandes zwecks Konsumation der gekauften Speisen oder Getränke aufhielten, vorzugehen VwGH 06.09.2011, 2009/05/0293).

Im Hinblick auf die Vorschreibung von Nebenbestimmungen in Form von Bedingungen, Befristungen oder Auflagen hat die Beschwerdeführerin zudem kein substantiiertes Vorbringen erstattet, welche Nebenbestimmung(en) ihrer Ansicht nach konkret hätte(n) vorgeschrieben werden müssen.

Inwieweit durch die Vorschreibung von Bedingungen, Befristungen und Auflagen ein Interessensausgleich zwischen den öffentlichen Interessen der Verkehrssicherheit und der im privaten Interesse liegenden Sondernutzung hätte stattfinden können, ist für die erkennende RichterIn somit nicht nachvollziehbar.

Die belangte Behörde hätte sohin vorliegend auch nicht durch die Vorschreibung

von Nebenbestimmungen in Form von Bedingungen, Befristungen und Auflagen vorgehen können.

Darüber hinaus ist es unzutreffend, wenn die Beschwerdeführerin ausführt, die Behörde habe sich nicht damit auseinandergesetzt, ob die Vorschreibung von Bedingungen, Befristungen oder Auflagen möglich wäre. Die belangte Behörde hat nämlich am 12.07.2022 eine gutachtliche Stellungnahme der Magistratsabteilung 46 zu den Fragen eingeholt, 1. ob durch die Vorschreibung von Bedingungen, Befristungen oder Auflagen der Schanigarten zumindest teilweise (Fläche oder Zeitraum) benutzt werden kann oder ob eine gänzliche Entfernung des Schanigartens notwendig sei, sowie 2. ob die von der Magistratsabteilung 46 bewilligte Baustelle an der Front C.-gasse bis 31.5.2021 durchgehend die komplette Schanigarten-Fläche betreffe.

Erst nach Einholung der gutachtlichen Stellungnahme der Magistratsabteilung 46 vom 15.7.2022 hielt die Behörde fest, aufgrund dieser Stellungnahme vom 15.7.2022 ergebe sich, dass kein gelinderes Mittel in Form der Vorschreibung von Bedingungen, Befristungen oder Auflagen möglich ist, und dass die gesamte von der Gebrauchserlaubnis betroffene Fläche für die Durchführung der Baumaßnahme benötigt wird.

In Bezug auf das Vorbringen, die Beschwerdeführerin sei im Verfahren zur Erteilung der Baubewilligung durch die Magistratsabteilung 37 und im Verfahren zur Erteilung der Gebrauchserlaubnis über die Nutzung der Schanigarten-Fläche für das Bauvorhaben durch die Magistratsabteilung 46 nicht als Partei beigezogen worden, ist die Beschwerdeführerin auf diese Verfahren zu verweisen, da die Beurteilung dieser Frage über den Verfahrensgegenstand hinausginge und demnach Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts gegeben wäre.

Schließlich kann auch kein Eingriff in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Eigentum erkannt werden, da gemäß § 1a GAG der Gemeindegebrauch aller in Wien wohnenden und sich aufhaltenden Personen als vorrangige Zweckbestimmung für den Gebrauch von öffentlichem Grund in der Gemeinde normiert ist, wodurch bereits im Gebrauchsabgabegesetz selbst zum Ausdruck gebracht wird, dass eine Sondernutzung an öffentlichem Grund kein

Ausschließlichkeitsrecht vermitteln kann.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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. 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.

Vorliegend war vielmehr eine Würdigung der von der Behörde in einem ausführlichen Ermittlungsverfahren eingeholten Beweismittel, insbesondere der sachverständigen Stellungnahme der Magistratsabteilung 46 vom 15.7.2022, ergänzt durch die Ausführungen des Amtssachverständigen in der Lokalaugenscheinsverhandlung, der die Beschwerdeführerin nicht auf der gleichen fachlichen Ebene entgegengetreten ist (vgl. VwGH 13.11.1999, 87/07/0126; 23.2.2010, 2009/05/0169), vorzunehmen und aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen sowie der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes festzuhalten, dass angesichts der umfangreichen Baustelleneinrichtung für den Umbau des D. eine Vorschreibung von Nebenbestimmungen in Form von Bedingungen, Befristungen oder Auflagen anstelle des Widerrufs der verfahrensgegenständlichen Gebrauchserlaubnis nicht möglich bzw. zulässig war, sodass sich der Widerruf der Gebrauchserlaubnis als verhältnismäßig erweist.

B e l e h r u n g

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 der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. 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 Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

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.

Verwaltungsgericht Wien

MMag. Dr. Salamun
(elektronisch unterfertigt)