



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38670
Telefax: (43 01) 4000 99 38670
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-221/079/1646/2018/VOR-12
A.-Betriebs Ges.m.b.H.

Wien, 15.1.2020

Geschäftsabteilung: VGW-I

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien erkennt durch seine Richterin MMag. Dr. Ollram über die Beschwerde der A.-Betriebs Ges.m.b.H., FN ..., mit Sitz in Wien, gegen die Auflage Nr. 9 des Bescheides des Magistrats der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 26.1.2017, MBA ... , betreffend die Bewilligung zur Nutzung des öffentlichen Grundes und des darüber befindlichen Luftraums vor dem Haus Wien, B. im Bereich C.-gasse (Zone 1), Fußgängerzone, zur Aufstellung von Tischen und Stühlen bis Ende Februar 2017 sowie im Zeitraum Dezember bis Februar der Jahre 2018 bis 2021 („Winter-Schanigarten“) gemäß § 1 Gebrauchsabgabegesetz 1966 – GAG und § 82 Abs. 1 Straßenverkehrsordnung 1960 – StVO 1960 nach Vorstellung (§ 54 VwGVG) gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 16.1.2018, VGW-221/079/RP01/3571/2017-1, gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoweit Folge gegeben, als der Wortlaut der angefochtenen Auflage Nr. 9 aufgehoben und durch folgenden Wortlaut ersetzt wird:

„9) Im Sinne der Barrierefreiheit für blinde und sehbehinderte Personen sind bei der hausseitigen Aufstellung des Schanigartens jeweils stirn- und längsseitig Elemente herzustellen, welche vom Gehsteigniveau senkrecht aufragend und innerhalb einer Höhe von 30 cm über Gehsteigniveau auf mindestens 15 cm Höhe ungehindert tastbar sind. 70 cm über Gehsteigniveau ist ein weiteres, gut sichtbares Element vorzusehen. Der Abstand zwischen den einzelnen längsseitigen Elementen, parallel zur Hausmauer, kann zwischen 1,0 m und

2,0 m betragen. Stirnseitig sind die Elemente lückenlos herzustellen.“

II. Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 erster Satz B-VG nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Mit Bescheid vom 26.1.2017 wurden der Beschwerdeführerin (BF) auf Antrag vom 10.1.2017 die im Spruchkopf genannten Bewilligungen unter Vorschreibung von insgesamt auf 10 Auflagen und Bedingungen iSd § 2 Abs. 2 GAG erteilt. Mit der Auflage Nr. 9 wurde für den Schanigarten der BF ein näher umschriebenes „Blindenleitsystem“ mit folgendem Wortlaut vorgegeben:

„9) Im Sinne der Barrierefreiheit für blinde und sehbehinderte Personen sind bei der hausseitigen Aufstellung des Schanigartens jeweils stirn- und längsseitig massive, stabile und unverrückbare Abgrenzungen herzustellen, welche vom Gehsteigniveau senkrecht aufragend sind. Innerhalb einer Höhe von 30 cm über Gehsteigniveau ist eine Tastleiste von mindestens 15 cm Höhe anzubringen, welche ungehindert tastbar ist, 70 cm über Gehsteigniveau ist ein weiteres optisch gut sichtbares Abgrenzungselement vorzusehen. Der Abstand zwischen den einzelnen längsseitigen Abgrenzungselementen, parallel zur Hausmauer, kann zwischen 1,00 m und 2,00 m betragen. Stirnseitig ist die Abgrenzung lückenlos herzustellen.“

Begründend führte die belangte Behörde lediglich (zur Entscheidung insgesamt) aus, dass der Bezirksvorsteher für den ... Bezirk und die Magistratsabteilung 59 keinen „Einwand“ erhoben hätten und die vorgeschriebenen Auflagen und Bedingungen in den im Spruch angeführten Gesetzesbestimmungen begründet seien.

Gegen die Auflage Nr. 9 richtet sich die nach der Aktenlage fristgerecht und mängelfrei eingebrachte Beschwerde mit dem Begehren, den Bescheid im Sinn eines Entfalls dieser Auflage abzuändern (gemeint: die Auflage aufzuheben) bzw. die Sache allenfalls zur neuerlichen Entscheidung „gegebenenfalls unter Vorschreibung geeigneter Auflagen“ an die belangte Behörde zurückzuverweisen. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass nach den Bestimmungen im einschlägigen Tarif D.2 des GAG in der aktuellen Fassung raumbildende

Elemente, Einhausungen und dergleichen nicht zulässig seien, die gegenständliche Auflage derartige Vorrichtungen jedoch vorsehe. Ein für die Wintermonate bewilligter Schanigarten sei gemäß Tarif D.2 Z 4 GAG täglich mit Betriebsschluss bzw. bis 23:00 Uhr wegzuräumen, was bei Verwendung der laut Auflage vorgeschriebenen Vorrichtungen (arg. „stabile und unverrückbare Abgrenzungen“) verhindert bzw. wesentlich erschwert werde; gerade aus diesem Grund seien derartige „Einfriedungen“ im Tarif auch für unzulässig erklärt worden.

Mit Erkenntnis vom 16.1.2018, VGW-221/079/RP01/3571/2017-1, wies die zuständige Rechtspflegern die Beschwerde als unbegründet ab, dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass sich die in Rede stehende Auflage auf Abgrenzungselemente wie z.B. transparente leichte Konstruktionen, jedoch keinesfalls auf raumbildende Einhausungen beziehe; „optisch gut sichtbar“ Gemeint sei eine Abgrenzung höchstens auf Tischhöhe bzw. bis zu einer Höhe von 70 bis 100 cm.

Dagegen richtet sich die fristgerecht erhobene Vorstellung (§ 54 VwGVG), in welcher im Wesentlichen gleich argumentiert wird wie in der Beschwerde. Das Rechtspfleger-Erkenntnis sei in sich widersprüchlich, da es sich bei „massiven, stabilen und unverrückbaren Abgrenzungen“ sowie „optisch gut sichtbaren Abgrenzungselementen“ nicht gleichzeitig um transparente leichte Konstruktionen handeln könne. Mit den gemäß Tarif D.2 GAG nicht zulässigen Vorrichtungen seien auch Einfriedungen wie Zäune oder Blumentröge gemeint. „Stabile und unverrückbare Abgrenzungen“ seien in der Regel ausschließlich durch feste Bodenmontage möglich und somit nicht täglich wegräumbar. Verwiesen wurde zudem auf einen „Schanigarten-Leitfaden“ der Wirtschaftskammer Wien, Stand 1.10.2017, welcher nunmehr auch den „Wintergastgarten“ behandle und raumbildende Elemente (Zäune, Abgrenzungen etc.) als nicht zulässig bezeichne.

In der Beschwerdeverhandlung wurden keine inhaltlich neuen Vorbringen erstattet.

Maßgeblicher Sachverhalt:

Die BF mit Sitz in Wien, B., ist seit 24.10.2002 an dieser Adresse (Gewerbestandort) zur Ausübung des im GISA zur Zahl ... registrierten Gastgewerbes, zuletzt in der Betriebsart Espresso, berechtigt.

Am 10.1.2017 stellte die BF bei der belangten Behörde unter Beischluss eines Lageplans ein Ansuchen auf Bewilligung eines sogenannten „Winter-Schanigartens“, nämlich Erteilung der Gebrauchserlaubnis gemäß § 1 GAG für die Nutzung des öffentlichen Grundes vor ihrem Gastlokal entlang der Gebäudefront im Bereich der C.-gasse für die Aufstellung von Tischen und Stühlen im Zeitraum Dezember bis Februar des Folgejahres sowie einer entsprechenden Bewilligung zur Benützung der Straße zu verkehrsfremden Zwecken gemäß § 82 Abs. 1 StVO 1960. Die Bewilligungen wurden antragsgemäß für eine Gesamtfläche von 9,30 m² (6,20 m Länge x 1,50 m Breite) bis einschließlich des Zeitraums Dezember bis Februar 2021 erteilt. Bis auf die beschwerdegegenständliche Auflage Nr. 9 wurde der Bescheid rechtskräftig.

Bei planmäßiger Aufstellung des Schanigartens verbleibt vor Ort eine Mindest-Restgehsteigbreite von 5,70 m. Die Örtlichkeit B./C.-gasse liegt im Bereich einer Fußgängerzone im Zentrum Wiens und im Nahebereich zahlreicher Gastronomiebetriebe, Geschäftslokale sowie im Umfeld gelegener Touristenattraktionen. Auch faktisch handelt es sich um einen von Fußgängern - Stadtbewohnern wie Touristen – hochfrequentierten Straßenbereich.

Beweisverfahren, Beweiswürdigung:

In der Beschwerdeverhandlung vom 11.9.2019 wurden folgende Beweise aufgenommen bzw. erörtert: Gesamter Inhalt des vorgelegten Behördenakts sowie des bisherigen Gerichtsakts; weitere Parteivorbringen; Farbfotos vom Schanigarten (Sommer- und Winterausführung); gutachterliche Stellungnahme eines verkehrstechnischen Amtssachverständigen der Magistratsabteilung 46. Die belangte Behörde verzichtete mit Schreiben vom 22.8.2019 auf die Teilnahme an der Verhandlung und beteiligte sich insofern nicht weiter am Beweisverfahren.

Ein auf Grundlage der mündlichen Erörterungen in der Verhandlung überarbeiteter und vom VGW als sachlich schlüssig und hinreichend verständlich erachteter Auflagenvorschlag des verkehrstechnischen Amtssachverständigen wurde der BF mit E-Mail vom 16.9.2019 zur Kenntnis gebracht. In ihrer Stellungnahme vom 19.9.2019 erhob die BF gegen die neue Version grundsätzlich keine inhaltlichen Einwände. Bedenken äußerte sie lediglich in Bezug auf allfällige künftige Verständnisdifferenzen zur Reichweite des Begriffs „Elemente“ (Miterfassung eines möglichen Einsatzes von Vorrichtungen wie Stühlen, Sesseln, Pflanzentrögen und Pflanzen-Bewuchs).

Die gewerberechtigten und unternehmensrechtlichen Daten der BF sind in unbedenklichen öffentlichen Urkunden bzw. Registern (GISA, Firmenbuch) ausgewiesen und unstrittig. Bei der Feststellung zur hohen Personenfrequenz im ... Wiener Gemeindebezirk und speziell im Bereich der in Rede stehenden Örtlichkeit (B.) kann für die Zwecke dieses Verfahrens auf die Lebenserfahrung bzw. auf allgemeine Wiener Erfahrungswerte zurückgegriffen werden.

Rechtliche Beurteilung:

Zu I:

Gemäß § 1 Abs. 1 erster Satz GAG ist 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 vorher eine Gebrauchserlaubnis zu erwirken, wenn die Art des Gebrauches im angeschlossenen Tarif (Sondernutzung) angegeben ist.

Tarif D.2 des GAG erfasst Vorgärten (Aufstellung von Tischen, Sesseln u.a.) vor Geschäftslokalen zur Verabreichung von Speisen und zum Ausschank von Getränken, sohin auch den verfahrensgegenständlichen „Schanigarten“. Für die Zeit vom 1. Dezember bis Ende Februar des Folgejahres („Winter-Schanigarten“) gelten Sonderregelungen. So bestimmt etwa Tarif D.2 Z 4 GAG, dass mit dem täglichen gewerberechtlich vorgesehenen Betriebsende des Vorgartens die Vorgartenfläche von allen Einrichtungen zu räumen ist. Gemäß dem übernächsten Satz (im Anschluss an Z 5) sind „raumbildende Elemente, Einhausungen u. dgl.“ und gasbetriebene Heizgeräte nicht zulässig.

§ 1a GAG lautet:

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.

Die in § 2 Abs. 2, 2a und 2c GAG festgelegten allgemeinen Versagungsgründe lauten:

Abs. 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.“

Abs. 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.“

Abs. 2c: „Die Gebrauchserlaubnis kann weiters versagt werden, wenn der Gebrauch das örtliche Gemeinschaftsleben störende Missstände herbeiführt oder herbeizuführen droht; Abs. 2 vorletzter und letzter Satz gelten sinngemäß.“

Gemäß § 17 Abs. 2 GAG hat die Gemeinde ihre in diesem Gesetz geregelten Aufgaben mit Ausnahme der Durchführung von Verwaltungsstrafverfahren im eigenen Wirkungsbereich zu besorgen. Der Wiener Landesgesetzgeber hat in § 75 Abs. 1 der Wiener Stadtverfassung – WStV den in Art. 118 Abs. 4 B-VG verfassungsrechtlich vorgegebenen zweistufigen innergemeindlichen Instanzenzug für sämtliche landesgesetzlich zu regelnden Materien pauschal ausgeschlossen. Somit konnte gegen die bescheidmäßige Auflagenvorschreibung nach § 2 Abs. 2 GAG unmittelbar das VGW angerufen werden und ist dieses für die Entscheidung sachlich (funktionell) zuständig.

Inhalt und Zweck der beschwerdegegenständlichen Auflage Nr. 9 sind Vorkehrungen für ein „Blindenleitsystem“. Dieses soll insbesondere verhindern, dass blinde und sehbehinderte Passanten, die sich regelmäßig auch in der Nähe der (etwa mit Blindenstöcken tastbaren und innerhalb von Menschenmengen/-

strömen auch mehr Sicherheit vermittelnden) Gebäudefront fortbewegen, an unerwarteter Stelle auf Hindernisse in der Gehlinie stoßen, welche Verletzungsgefahren bergen und die Fortbewegung solcher Personen im öffentlichen Umfeld des Schanigartens behindern oder beeinträchtigen. Im Hinblick auf die vorrangige Zweckbestimmung des öffentlichen Grundes für den Gemeingebrauch und das Ziel der Gewährleistung der Bewegung und der barrierefreien Zugänglichkeit (§ 1a GAG) sowie die beispielhaft angeführten Versagungsgründe bei entgegenstehenden Rücksichten im Zusammenhang mit der „Aufenthaltsqualität für Personen zu nicht kommerziellen Zwecken“ (§ 2 Abs. 2 GAG) und bei drohender Herbeiführung von das örtliche Gemeinschaftsleben störenden Missständen (§ 2 Abs. 2c GAG) ist die Vorschreibung einer solchen Auflage – insbesondere auch in Anbetracht der Feststellungen zum Personenaufkommen an der gegenständlichen Örtlichkeit – zur Wahrung dieser Rücksichten erforderlich und kommt ein ersatzloser Entfall der Auflage nicht in Betracht. Zu bemerken ist auch, dass entgegen den Ausführungen im Vorstellungsschreiben vom 26.1.2018 Vorrichtungen zur Abgrenzung im Allgemeinen (insbesondere Blumentröge) bereits nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nicht mit „raumbildenden Elementen, Einhausungen u. dgl.“ laut Tarif D.2 (Satz nach Z 5) gleichzusetzen sind und insofern auch keine Kollision mit dieser Regelung zu sehen ist.

Berechtigt erscheint hingegen der Einwand in Bezug auf die gemäß Tarif D.2 Z 4 GAG gleichzeitig bestehende gesetzliche Verpflichtung des Gastbetriebs zur täglichen Kompletträumung der Vorgartenfläche. Gemäß den Erörterungen in der Beschwerdeverhandlung kann den vorgenannten öffentlichen Rücksichten auch auf andere Weise entsprochen werden als durch „massive, stabile und unverrückbare Abgrenzungen“ bzw. Abgrenzungselemente in einem engeren Wortsinn (wie etwa Zaunelemente o.ä.), deren Entfernung typischerweise nur mit erheblichem personellen und zeitlichen Aufwand zu bewerkstelligen wäre, sondern auch durch alternative Vorrichtungen, wie etwa entsprechend gestaltetes und tastbares Mobiliar, Pflanzentröge, geeigneten Pflanzenwuchs o.ä. Derartige Varianten sind nunmehr vom allgemeineren bzw. weiteren Begriff der „Elemente“ erfasst, wobei der Fokus nicht mehr auf der Vorgabe einer bestimmten physischen Beschaffenheit der Vorrichtung, sondern auf ihrer Zweckerfüllung (ungehinderte Tastbarkeit im Sinn der Barrierefreiheit für blinde

und sehbehinderte Personen) liegt. Die dem Gastbetrieb auferlegte Verpflichtung ist damit verhältnismäßig und mit der gesetzlichen Verpflichtung zur regelmäßigen Räumung der Vorgartenfläche vereinbar.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist eine Bescheidbeschwerde nach Maßgabe des § 28 Abs. 2 VwGVG vorrangig vom Verwaltungsgericht in der Sache zu erledigen und kommt eine Zurückverweisung an die belangte Behörde nach § 28 Abs. 3 VwGVG nur in Ausnahmefällen in Betracht. Da im vorliegenden Fall der für die Beschwerdeentscheidung maßgebliche Sachverhalt iSd § 28 Abs. 2 Z 1 VwGVG feststand, hatte das VGW selbst die Sachentscheidung zu treffen, was letztlich auch vom Erklärungswert und Zweck des (Eventual-)Beschwerdebegehrens gedeckt ist. Somit war spruchgemäß zu entscheiden.

Zu II (§ 25 a Abs. 1 VwGG):

Die Unzulässigkeit der Revision war auszusprechen, da sich im Beschwerdeverfahren keine entscheidungsrelevanten Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art. 133 Abs. 4 erster Satz B-VG stellten. Die Entscheidungsgründe des VGW stehen in keinem Widerspruch zu einer einschlägigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs. Im Übrigen erfolgte eine rechtliche Einzelfallbeurteilung, welche ebenso wie die ihr zu Grunde liegende Beweiswürdigung im Regelfall nicht der Nachprüfung im Revisionsweg unterliegt (vgl. VwGH 8.11.2016, Ra 2016/09/0097; 24.2.2016, Ra 2016/04/0013, mwV).

B e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung kann außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof und/oder Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Die Revision bzw. Beschwerde ist spätestens innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt oder eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und im Fall der Revision beim Verwaltungsgericht Wien, im Fall der Beschwerde direkt beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für die Revision bzw. Beschwerde ist jeweils eine Eingabegebühr von 240 Euro beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein entsprechender Zahlungsbeleg ist der Eingabe anzuschließen. Es besteht auch die Möglichkeit, auf die

genannten Rechtsmittel ausdrücklich zu verzichten, wobei diese in der Folge nicht mehr zulässig sind.

Verwaltungsgericht Wien
MMag. Dr. Ollram
Richterin