

RECHT & RFG FINANZEN FÜR GEMEINDEN

Serie
VRV 2015
Teil 6!

Herausgeber **Walter Leiss, Alois Steinbichler**
Schriftleitung und Redaktion **Markus Achatz, Peter Pilz**
Redaktion **Christoph Grabenwarter, Ferdinand Kerschner, Marcus Mayer,
Katharina Pabel, Alfred Riedl, Ursula Stingl-Lösch**

November 2018

04

153 – 192

Schwerpunkt

Gewerberecht

Gastgärten im Spannungsfeld von Deregulierung
und intensiver Nutzung *Dietmar Klose* ➔ 156

Marktrecht – ein Überblick *Nina Felbinger-Forster* ➔ 160

Übersicht

Steuer-Radar ➔ 165

Beiträge

**Geschäftsordnung für die Kollegial-
organe der Gemeinde** *Kerstin Gotthard* ➔ 169

Judikatur der Höchstgerichte zur Gemeinde als Steuergläubigerin
Stefan Leo Frank ➔ 167

Straßenerhaltungspflichten der Gemeinden, Winterdienst
und Haftung – Update 2018 *Silvia Riederer* ➔ 179

VRV 2015 – Beurteilung der Finanzlage einer Gemeinde
Veronika Meszarits ➔ 184

Erfolgsfaktoren und Trends bei Haushaltskonsolidierungen
Andreas Pölzl, Peter Pilz und Christina Duller ➔ 189

Gastgärten im öffentlichen Raum im Spannungsfeld von Deregulierung und intensiver Nutzung

RFG 2018/30

§ 76 a GewO
1994;
§ 82 StVO;
GAG

Genehmigungs-
freie Gastgärten;

Benützung der
öffentlichen
Verkehrsflächen;

Gebrauchs-
erlaubnis

Gastgärten sind zahlreichen Bestimmungen unterworfen. Während im Gewerbe-recht versucht wurde, diese Materie einer Deregulierung zu unterziehen, haben sich die tatsächlichen Verhältnisse iZm dem Betrieb von Gastgärten in den letzten Jahren stark verändert, da die Zahl der Gastgärten, insb im städtischen Raum, und auch die Nutzung dieser Einrichtungen stark zugenommen hat. Durch diese Entwicklung und den damit verbundenen „Nutzungsdruck“¹⁾ im öffentlichen Raum sehen sich die Gastgärten auf öffentlichem Grund einer Vielzahl von einzuhaltenden Normen ge-genüber, die den Deregulierungsbemühungen²⁾ widerstreiten.

Von Dietmar Klose

Inhaltsübersicht:

- A. Gewerberechtliche Komponente
- B. Benützung des öffentlichen Grundes
 - 1. Straßenverkehrsrechtliche Bewilligung
 - 2. Gebrauchserlaubnis oder vertragliche Verein-barung
 - 3. Nutzungskonzepte als Verordnung

A. Gewerberechtliche Komponente

Gastgärten auf privatem Grund (zB in Innenhöfen) und auf öffentlichem Grund haben nicht nur in Wien als „Schanigärten“, sondern in allen Bundesländern eine lange Tradition. Da Gastgärten in der Regel iZm Gastge-werbebetrieben stehen,³⁾ stellt sich jedenfalls die **Frage der Bewilligungspflicht** nach den jeweils geltenden ge-werberechtlichen Bestimmungen. Je nach Epoche und örtlicher Lage zeigen sich dabei sehr große Unterschiede in den gesetzlichen Regelungen, aber auch in der behörd-lichen Vollzugspraxis. Vor Inkrafttreten der GewO 1973 am 1. 8. 1974 wurden Gastgärten, auch größere auf Pri-vatgrund, betriebsanlagenrechtlich zumeist nicht erfasst. Die Existenz eines solchen Gastgartens war üblicher-weise weder im Spruch des Betriebsanlagenbescheids nach § 25 GewO 1859 noch auf allenfalls dem Bescheid beiliegenden Plänen oder Skizzen der betreffenden Gast-gewerbebetriebe dokumentiert.⁴⁾ Ginge man aber heute etwa aus Anlass von Nachbarbeschwerden wegen Lärm aus einem solchen lange bestehenden Gastgarten davon aus, dieser Gastgarten besitze keine Bewilligung, dann verkennt man den im Betriebsanlagenrecht verankerten Grundsatz der Rechtssicherheit in Form der dinglichen Wirkung von Betriebsanlageneignisungen.⁵⁾ Unter dem Geltungsbereich der GewO 1973 (später 1994) wur-den Gastgärten in der Folge in vielen Fällen im Rahmen einer Betriebsanlageneignisung ausdrücklich miter-fasst. Gastgärten auf öffentlichem Grund waren bis zur Gewerberechtsnovelle 2010 in den Ausübungsregeln der GewO 1994 für das Gastgewerbe geregelt und mit einer Betriebszeitengarantie versehen.⁶⁾ Durch die Einfügung

des § 76 a GewO 1994 für Gastgärten bis 75 Verabrei-chungsplätze im Jahr 2010 in das Betriebsanlagenrecht ergaben sich gewerberechtlich nun im Wesentlichen **zwei Kategorien von Gastgärten**: die genehmigungs-freien nach § 76 a GewO 1994 und die genehmigungs-pflichtigen.⁷⁾

Ein Großteil der Gastgärten hat nicht mehr als 75 Ver-abreichungsplätze und fällt daher unter die **Genehmi-gungsfreistellung** des § 76 a GewO 1994 und kann daher bereits auf Grund einer Anzeige an die Behörde betrieben werden.⁸⁾ Der in der Bestimmung des § 76 a GewO zum Ausdruck gekommene politische Wille der Deregulie-

- 1) Im Wiener Gebrauchsabgabegesetz (GAG) wurde mit der Novelle LGBI 2016/61 erstmals der Begriff des „Nutzungsdrucks“ einge-führt. Dieser Begriff fand sich bislang in der Rechtsordnung iZm der Nutzung von Gewässern, wie Seen, in der Gewässerzustands-überwachungsverordnung, BGBl II 2006/479. Im GAG wird damit eine starke örtliche Benützung des öffentlichen Raums bezeichnet.
- 2) Einen guten Überblick, wie weit Deregulierung gehen darf, gibt *Berghaler*, Anlagenänderung ohne Verfahren? Anmerkungen zu ei-ner Kernfrage der GewO-Novelle 2017, ÖZW 2017, 167.
- 3) *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO³ (2011) § 76 a Rz 3; zur Akzes-sorietät des Gastgartens zum Hauptbetrieb siehe auch *Klose/T. Holzer*, Der Schanigarten in Wien (2018) 20.
- 4) Eine ähnliche Situation liegt bei Beherbergungsbetrieben mit ange-schlossenem Speiselokal vor. Auch bei diesen Betrieben wurde im Geltungsbereich der GewO 1859 überwiegend nur der Restaurant-betrieb mit „gefährlichen“ Maschinen und Geräten (damals Espres-somaschinen oder Bierautomaten) betriebsanlagenrechtlich er-fasst, nicht aber die im selben Gebäude in den oberen Etagen ein-gerichteten Hotelzimmer. Für Letztere reichte auch im Geltungsbereich der GewO 1973 in einigen Bundesländern die baurechtliche Bewilligung.
- 5) Näheres zur den gewerberechtlichen Übergangsbestimmungen siehe das Kapitel „Lange bestehende Gastgärten“ in *Klose/T. Hol-zer*, Der Schanigarten in Wien (2018) 77 ff. Diese dingliche Wirkung ergibt sich – neben § 80 Abs 1 GewO 1994 – auch aus den gewer-berechtlichen Übergangsbestimmungen, wie zB § 376 Z 11 Abs 2 GewO 1994.
- 6) Näheres zur Entwicklung der Gastgartenregelungen siehe *Gruber*, Der Schanigarten – ein ewiges Problem? in *Gruber/Pallege-Barfuß* (Hrsg), Jahrbuch Gewerberecht 2008 (2008) 151.
- 7) Entweder im ordentlichen Verfahren nach § 77 Abs 1 GewO 1994 oder in vereinfachten Verfahren nach § 359b GewO 1994.
- 8) Die Behörde hat die Verpflichtung, bei Nichtvorliegen der Voraus-setzungen den Gastgartenbetrieb binnen drei Monaten zu untersa-gen (§ 76 a Abs 4). Bei dieser Frist handelt es sich um eine Fallfrist, dh eine behördliche Untersagung nach Ablauf dieser Frist ist unzu-lässig.

nung⁹⁾ steht dabei in Konkurrenz zu dem im Betriebsanlagenrecht der Gewerbeordnung 1994 verankerten Schutz der Nachbarn der Betriebsanlage vor unzumutbarer Lärm- oder Geruchsbelästigung.¹⁰⁾ Seit Einführung der „genehmigungsfreien Gastgärten“ haben sich die tatsächlichen Verhältnisse betreffend die **Häufigkeit und Nutzung** von Gastgärten weiter geändert: die sommerlichen Temperaturen lassen die Nutzung der Gastgärten länger als früher zu, der Trend der Nutzung von Gastgärten auch in der kalten Jahreszeit (allenfalls mit Verwendung von Heizgeräten) hat auch vor Österreich nicht Halt gemacht und schließlich nimmt die Inanspruchnahme des öffentlichen Raums, so auch der Gastgärten auf öffentlichem Grund, weiter zu.¹¹⁾

Bei Erlassung des § 76 a GewO 1994 ging der Gesetzgeber offensichtlich noch von anderen tatsächlichen Gegebenheiten aus, wie aus den Erläut zur Gewerberechtsnovelle 2010 ersichtlich wird: „*Weiters ist zu berücksichtigen, dass auf Grund der klimatischen Verhältnisse in Österreich der Betrieb von Gastgärten sich auf einen relativ kurzen Teil des Jahres, nämlich die Sommermonate, beschränkt und somit die schulfreie Zeit einerseits sowie die traditionelle Urlaubszeit andererseits einschließt. Die Möglichkeit der Inanspruchnahme eines Gastgartens außerhalb der Sommermonate bis 23 bzw 22 Uhr ist schon wegen der am Abend herrschenden niedrigen Temperaturen nur in verhältnismäßig geringem Maß gegeben.*“¹²⁾

Vor diesem Hintergrund ist das Konzept des § 76 a GewO 1994 insofern erstaunlich, als in dieser Bestimmung der Betrieb eines solchen genehmigungsfreien Gastgartens nicht auf eine bestimmte Jahreszeit beschränkt wurde und somit die Rechtswohlthat des § 76 a GewO 1994 zwölf Monate im Jahr in Anspruch genommen werden kann. Eine Einschränkung der Betriebszeit auf einzelne Monate für Gastgärten auf öffentlichem Grund findet sich lediglich in abgabenrechtlichen Bestimmungen über die Gebrauchserlaubnis¹³⁾ oder in Verträgen mit der jeweiligen Gemeinde über die Nutzung des öffentlichen Grundes. Aus § 76 a Abs 8 GewO 1994, wonach zusätzliche Auflagen und Einschränkungen der Betriebszeit zugunsten von Nachbarn der Betriebsanlage nur so weit vorzuschreiben sind, als diese notwendig sind, ergibt sich wohl nur die Möglichkeit der Festlegung einer früheren Tages- oder Nachtzeit als Betriebszeitenende des Gastgartens, nicht aber einer jahreszeitlichen Einschränkung. Auch der Hinweis in den Erläut, wonach „*auch das Beheizen von Gastgärten mittels Heizstrahlern der Erfüllung der Erwartungshaltung hinderlich ist*“ (dh dass die Schutzinteressen des § 74 Abs 2 GewO 1994 ausreichend geschützt sind), vermag daran nichts zu ändern, da heutzutage von den oft in den Sonnenschirmen schon fix eingebauten kleinen Heizstrahlern keine Gefahren ausgehen, die einer eigenen betriebsanlagenrechtlichen Betrachtung bedürften.

Während bei einer Betriebsanlageneintragung alle Emissionen einer Prüfung unterzogen und auf ein zumutbares Maß beschränkt werden,¹⁴⁾ hatte das Konzept der Genehmigungsfreistellung nach § 76 a GewO 1994 nur die von den Gästen ausgehenden **Lärmemissionen**, im Speziellen die verbalen Äußerungen, und allfällige Musik im Fokus. Dies ergibt sich aus der für die Genehmigungsfreistellung solcher Gast-

gärten normierten Voraussetzung, dass „*in ihnen lautes Sprechen als der übliche Gesprächston der Gäste, Singen und Musizieren vom Gastgewerbetreibenden untersagt ist und auf dieses Verbot hinweisende Anschläge dauerhaft und von allen Zugängen zum Gastgarten deutlich erkennbar angebracht sind*“ (§ 76 a Abs 1 Z 3 GewO 1994).¹⁵⁾ Dementsprechend wurden in den Erläut zur Gewerberechtsnovelle 2010 die drei **Kategorien von üblichem Gästeverhalten** nach der ÖNORM S 5012, Punkt 4.2.2 Gastgärten,¹⁶⁾ aufgezählt:

- Kat. I: Ruhiges Gästeverhalten, zB Gartenrestaurant zum Einnehmen von Speisen, Gartencafé;
- Kat. II: Unterhaltung in normaler Lautstärke, häufige Serviergeräusche;
- Kat. III: Angeregte Unterhaltung mit Lachen, Gästegruppen, zB Biergarten, Heuriger, Buschenschank.

Der Anzeige eines Gastgartens nach § 76 a GewO 1994 muss zu entnehmen sein, in welche dieser Kategorien der betreffende Gastgewerbebetrieb fällt, damit die Behörde die gem § 76 a Abs 1 Z 4 erforderliche Einzelfallprüfung vornehmen kann, ob „*die gem § 74 Abs 2 wahrzunehmenden Interessen hinreichend geschützt sind*“ (in der Praxis insbesondere betreffend die Lärm- und Geruchsbelästigungen der Nachbarn). Die Behörde hat auf Grund der Anzeige – wie bei allen lärmrelevanten Betriebsanlagenteilen – die neu hinzukommende Emission durch den Gastgartenbetrieb in Relation zu den bereits vorhandenen „Umgebungsgeräuschen“ zu setzen.¹⁷⁾ Um der Deregulierungsabsicht des Gesetzgebers zu folgen, eine „praktikable Genehmigungsfreistellung“ zu schaffen,¹⁸⁾ muss man wohl davon ausgehen, dass die Behörde bei ihrer Beurteilung des Gästeverhaltens im Gastgarten die in der ÖNORM S 5012 genannten Dezibelwerte für das Gästeverhalten heranziehen kann,¹⁹⁾ anstatt den Gästelärm

9) Erläut zur GewRNov 2010, 780 BlgNR 24. GP 1.

10) § 74 Abs 2 Z 2 GewO 1994.

11) Hinzu kommt die Forderung von Seiten der Wirtschaft auf Öffnung der Gastgärten auch in den Wintermonaten; siehe zB Presseausendung der WKW „Ja zur Flexibilisierung für Wiener Schanigärten“, www.tourismuspresse.at/presseausendung/TPT_20141107_TPT0002/Ja-zur-flexibilisierung-fuer-wiener-schanigaerten (alle Links Stand 15. 10. 2018).

12) Erläut zur GewRNov 2010, 780 BlgNR 24. GP 8.

13) ZB Wiener Gebrauchsabgabegesetz 1966, LGBl für Wien LGBl 1967/25 idgF, Tarifpost D2: Gastgärten dürfen – abgesehen von der Möglichkeit eines „Winterschanigartens“ – nur von 1. 3. bis 30. 11. jeden Jahres betrieben werden.

14) § 77 Abs 1 Satz 1 GewO 1994.

15) Die in der ursprünglichen Version des § 76 a GewO 1994 in Abs 1 Z 4 enthaltene Fiktion, dass eine Gesundheitsgefährdung oder unzumutbare Belästigung durch Lärm jedenfalls nicht zu erwarten ist, wenn die Voraussetzungen für die Genehmigungsfreistellung erfüllt sind, wurde durch den VfGH mit Erkenntnis vom 7. 12. 2011, G 17/11–6, G 49/11–6, als verfassungswidrig aufgehoben.

16) Austrian Standards Institute/Österreichisches Normungsinstitut (ON), ÖNORM S 5012, Schalltechnische Grundlagen für die Errichtung von Gastgewerbebetrieben, vergleichbaren Einrichtungen sowie den damit verbundenen Anlagen, Ausgabe 2012–04-15, 7.

17) Zu den Umgebungsgeräuschen zählen auch die Emissionen von genehmigten Betriebsanlagen (VwGH 29. 6. 2005; 2004/04/0048). Obwohl Gastgärten nach § 76 a GewO 1994 genehmigungsfrei sind, ist wohl davon auszugehen, dass auch die Emissionen von bereits nach § 76 a GewO 1994 ordnungsgemäß angezeigten Gastgärten zu den Umgebungsgeräuschen zählen.

18) Erläut zur GewRNov 2010, 780 BlgNR 24. GP 1.

19) Abweichend von dem vom VfGH wiederholt ausgesprochenen Grundsatz, dass für den Fall, dass eine Messung am entscheidenden Immissionspunkt möglich ist, es – von Ausnahmefällen abgesehen – unzulässig ist, die dort zu erwartenden Immissionen aus den Ergebnissen einer Messung an einem anderen Ort zu prognostizieren (zB VwGH v 18. 5. 2016, Ra 2015/04/0053).

zu messen.²⁰⁾ Genau hier liegt in der Praxis das Problem der „genehmigungsfreien“ Gastgärten, da das **tatsächliche Emissionsaufkommen** in vielen Fällen nicht den in dieser Norm genannten Werten entspricht. Die Unterschiedlichkeit von Gästen oder Gästegruppen betreffend die Lautstärke der Unterhaltung, das Hantieren des Personals mit Geschirr und Gläsern, das Zurufen von Bedienungspersonal, die Gehgeräusche auf Kies, die Verwendung von Mobiltelefonen und andere Faktoren können in einer allgemeinen Norm nicht ausreichend dargestellt werden. Das Kriterium von „häufigen Serviergeräuschen“ in der zweiten Kategorie der ÖNORM S 5012 ist ebenfalls nicht aussagekräftig, da die Frage offenbleibt, in welcher Relation die Häufigkeit zu sehen ist.²¹⁾ In der Praxis führt das häufig dazu, dass es trotz der Einhaltung der formalen Kriterien des § 76 a GewO 1994 zu relevanten Lärmbelastungen für Nachbarn kommt.

B. Benützung des öffentlichen Grundes

Für die Benützung des öffentlichen Grundes sind zwei Gesichtspunkte relevant:

- Erstens sind die Bestimmungen der Straßenverkehrsordnung (StVO) einzuhalten, wenn es sich gleichzeitig um eine öffentliche Verkehrsfläche handelt;
- Zweitens stellt sich für die Benützung des öffentlichen Grundes die Frage der Zustimmung bzw. Bewilligung der Grundeigentümerin.

1. Straßenverkehrsrechtliche Bewilligung

An Straßen mit öffentlichem Verkehr gilt prinzipiell der Gemeingebrauch. Straßen mit öffentlichem Verkehr können gem § 1 Abs 1 StVO von jedermann unter den gleichen Bedingungen benützt werden. Gem § 82 Abs 1 StVO ist für die Benützung von Straßen zu anderen Zwecken als zu solchen des Straßenverkehrs eine Bewilligung erforderlich. Die erforderliche Bewilligung nach der StVO stellt darauf ab, dass durch die Benützung der öffentlichen Verkehrsfläche etwa durch Aufstellung eines Gastgartens die Leichtigkeit, Flüssigkeit und Sicherheit des Verkehrs nicht beeinträchtigt wird und dass durch die Benützung kein ungebührlicher Lärm entsteht. Für Gastgärten sind daher bspw folgende **Regelungen der StVO** relevant:

- Durch die Aufstellung des Gastgartens (zB mit Sonnenschirmen) dürfen die Straßenbeleuchtung und die Straßen- oder Hausbezeichnungstafeln nicht verdeckt werden (§ 83 Abs 1 lit b StVO);
- Gegenstände im Luftraum müssen sich mindestens 2,20 m über dem Gehsteig befinden (§ 83 Abs 1 lit c StVO);²²⁾
- Gastgärten auf dem Gehsteig müssen mindestens 60 cm Abstand vom Gehsteigrand aufweisen (§ 83 Abs 1 lit d StVO).²³⁾

Weiter gehende Bestimmungen ergeben sich aus Normen, die als Stand der Technik iZm dem Kriterium der **Leichtigkeit, Flüssigkeit und Sicherheit des Verkehrs** zu beachten sind. Aus verschiedenen Richtlinien für den Fußgängerverkehr ergibt sich bspw die erforderliche Breite für den Fußgängerverkehr von mindestens 2 m bei Längsparken bzw von 2,5 m bei Schrägparken,

die auch bei Aufstellung eines Gastgartens am Gehsteig entlang der Häuserfront frei bleiben muss.²⁴⁾

2. Gebrauchserlaubnis oder vertragliche Vereinbarung

Die über den Gemeingebrauch hinausgehende Sondernutzung an einer Straße ist ein Eingriff in das Eigentumsrecht des Grundeigentümers. Dieser ist berechtigt, die Sondernutzung gegen Entgelt oder unentgeltlich zu gestatten. Aus § 290 ABGB ergibt sich, dass die privatrechtlichen Vorschriften auch für das öffentliche Gut gelten, jedoch abweichende gesetzliche Regelungen getroffen werden können. Somit kann eine Gemeinde als Eigentümerin für die Benützung des öffentlichen Gemeindegrundes einen Vertrag errichten und darin eine Miete festlegen. Es steht den Ländern allerdings frei, im Rahmen von landesgesetzlichen Bestimmungen über die öffentlich-rechtliche Berechtigung zur Benützung von Straßen, die über den Gemeingebrauch hinausgeht, festzulegen.²⁵⁾ Eine solche landesgesetzliche Grundlage stellen Gebrauchsabgabegesetze der Länder dar, die nicht nur abgabenrechtliche Bestimmungen, sondern auch solche über die Gestaltung von Gastgärten enthalten,²⁶⁾ oder die **landesstraßengesetzlichen Bestimmungen**.²⁷⁾

Nähere Gestaltungsvorschriften für Gastgärten auf öffentlichem Grund können daher entweder in diesen Gesetzen geregelt werden, wenn eine öffentlich-rechtliche Bewilligung für Gastgärten vorgesehen ist, oder sie werden vertraglich vereinbart, wenn es für die Aufstellung eines Gastgartens keine öffentlich-rechtliche Grundlage gibt. Auf diese Weise können auch andere Schutzinteressen, die von der StVO nicht umfasst sind, berücksichtigt werden, wie etwa der Orts- bzw Stadtbildschutz. Entscheidet sich ein Land für eine **vertragliche Vergabe** der Benützung des öffentlichen Grundes durch die Gemeinde, ist jedenfalls zu beachten, dass die öffentliche Hand im Rahmen der „Fiskalgeltung“ der Grundrechte im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung auch an den **Gleichheitsgrundsatz** gebunden ist.²⁸⁾ Die Ge-

20) Da ein unter § 76 a GewO 1994 fallender Gastgarten nach der Anzeige (bis zu einer allenfalls erfolgenden Untersagung) sofort aufgestellt und betrieben werden kann, wäre eine Messung des Gästelärms praktisch möglich.

21) Je mehr Verabreichungsplätze in einem Gastgarten vorhanden sind, umso mehr Serviergeräusche wird es geben. Diese „Häufigkeit“ betrafte aber alle drei Kategorien. Es könnte aber sein, dass die Häufigkeit auf die Länge des Aufenthaltes von Gästen im Gastgarten abstellt: je öfter die Belegung der Verabreichungsplätze wechselt, umso mehr Serviergeräusche entstehen.

22) Damit zB Fußgänger unter den Sonnenschirmen oder Markisen durchgehen können, ohne mit dem Kopf anzustoßen.

23) Diese Bestimmung zielt auf die Sicherheit von vorbeifahrenden Fahrzeugen ab, garantiert aber in der Praxis bspw auch, dass beim Längsparken die Beifahrertüren geöffnet werden können, ohne dass durch den Gastgarten eine Behinderung besteht.

24) Richtlinie RVS 03.02.12 des Kuratoriums für Verkehrssicherheit sowie Projektierungshandbuch Öffentlicher Raum, Stadtentwicklung Wien, MA 18 (2011).

25) Diese gehören zu den Straßenangelegenheiten und fallen, soweit es sich nicht um Bundesstraßen handelt, in die Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz der Länder (siehe VfSlg 4605/1963).

26) Für Wien das Gesetz über die Erteilung von Erlaubnissen zum Gebrauch von öffentlichem Gemeindegrund und die Einhebung einer Abgabe hierfür (Gebrauchsabgabegesetz 1966), LGBl 1967/25, zuletzt novelliert durch LGBl 2016/61; für NÖ das Gebrauchsabgabegesetz 1973, 3700-0, zuletzt geändert durch LGBl 2015/17.

27) ZB Stmk Landes-Straßenverwaltungsgesetz 1964, LGBl 1964/154, zuletzt geändert durch LGBl 2016/137.

28) *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁹ (2009) Rz 631.

meinde muss somit bei Abschluss der Verträge über die Aufstellung von Gastgärten für alle Vertragspartner dieselben vertraglichen Bedingungen vereinbaren.

Bspw wurden in Gestaltungsvorschriften von verschiedenen österreichischen Städten folgende Parameter festgelegt:

- Raumbildende Elemente, Einhausungen udgl und gasbetriebene Heizgeräte sind nicht zulässig;²⁹⁾
- Nicht erwünscht ist die Aufstellung frei stehender Getränkeautomaten, Schankeinrichtungen, Kühlgeräte, Vorratsbehälter, Zelte udgl;³⁰⁾
- Die Anordnung von Gastgärten an der Hausmauer ist der abgerückten Lage vorzuziehen;³¹⁾
- Der Gastgartenbetrieb darf hinsichtlich seiner wirtschaftlichen Existenz nicht ausschließlich oder überwiegend nur auf den Betrieb des Gastgartens ausgerichtet sein.³²⁾

3. Nutzungskonzepte als Verordnung

Bei der Planung eines Gastgartens im öffentlichen Raum sind somit eine Fülle von gesetzlichen Bestimmungen und gestalterischen Bedingungen zu beachten, die solche scheinbar einfachen Prozesse, wie das Aufstellen von Tischen und Sesseln im Freien im Rahmen eines Gastronomiebetriebs, zu einem rechtlich sehr komplexen Vorgang werden lassen. Einen neuen Weg zur Vereinfachung auf diesem Gebiet hat Wien 2016 durch Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für **Nutzungskonzepte und Zonierungspläne** für den öffentlichen Gemeindegrund im Wiener Gebrauchsabgabegesetz geschaffen.³³⁾ Gem § 1 b Abs 1 dieses Gesetzes können für Sondernutzungen aus Gründen einer geordneten und vorausschauenden Gestaltung der Nutzung des öffentlichen Grundes in der Gemeinde Nutzungskonzepte und Zonierungspläne beschlossen werden. Diese können insbesondere für Bereiche mit gegenwärtigem bzw zu erwartendem starken Nutzungsdruck, Nutzungskonflikten, starker Verkehrsfrequenz, touristischen Nutzungen, Knotenpunkten des öffentlichen Verkehrs etc erlassen werden. Gem § 1 Abs 7 kann in diesen Konzepten und Plänen insb Folgendes festgelegt werden:

- Bereiche, die bestimmten Nutzungen vorbehalten sind;
- Bereiche, die einer nicht kommerziellen Nutzung, insbesondere zur Gewährleistung von nicht kom-

merziellen Aufenthalts- und Kommunikationsbereichen von Personen, vorbehalten sind;

- Bereiche, die von jeder Sondernutzung freizuhalten sind, beispielsweise visuelle Freiräume und Sichtbeziehungen;
- Gestaltungsvorgaben für bestimmte Einrichtungen, Sachen udgl, mit denen die Sondernutzung ausgeübt wird;
- Festlegung von Nutzungszeiten für bestimmte Sondernutzungsarten und sonstige Festlegungen, beispielsweise Beschränkungen des Warensortiments bei Verkaufsständen.

Je mehr Gestaltungsvorschriften für Gastgärten auf konkret definierten Plätzen (zB ganzen Straßenzügen) im öffentlichen Raum bereits in solchen Verordnungen festgelegt werden, umso weniger Aufwand entsteht in der Folge in den einzelnen Verwaltungsverfahren zur Bewilligung von Gastgärten. Auf den ersten Blick mag die Festlegung zusätzlicher Rahmenbedingungen für die Gestaltung des öffentlichen Raums in solchen Nutzungskonzepten und Zonierungsplänen dem Deregulierungsgedanken widerstreiten. In Wirklichkeit bedeutet es aber für die Vollziehung und somit auch für die betroffenen Gastgewerbetreibenden eine wesentliche Vereinfachung und Klarheit bei der Planung und Durchführung von Gastgartenprojekten.

Wenn es gelingt, in diesen Nutzungskonzepten und Zonierungsplänen bei der Festlegung der Standorte der Gastgärten auch den im Rahmen der gewerberechtlichen Bewilligung relevanten Schutz von Nachbarn vor Lärm aus Gastgärten mit einfließen zu lassen, dann wäre ein weiterer Schritt zur konfliktfreien Nutzung der Gastgärten im öffentlichen Raum getan.

29) Tarif D2 des Wiener Gebrauchsabgabegesetzes 1966.

30) Stadt Salzburg, Leitfaden für die Gestaltung von Gastgärten in der Salzburger Altstadt v. 7. 12. 2012, www.stadt-salzburg.at/pdf/leitfaden_zur_gestaltung_von_gastgaerten_in_der_sa.pdf

31) Stadt Graz, Aufstellungs- und Bewilligungsrichtlinien für die Benützung von Verkehrsflächen zu verkehrsfremden Zwecken, Gestattungsverträge, www.graz.at/cms/dokumente/10024913/1f06c137/Verkehrsflaechen_Benuetzung_Richtlinien.pdf.

32) Stadt Innsbruck, Gastgartenrichtlinien in Innsbruck auf städt. Grund, 17. 2. 2016, www.innsbruck.gv.at/data.cfm?vpath=redaktion/ma_i/praesidialangelegenheiten/dokumente6/infoblatt-gastgartenrichtlinien-2016-2018.

33) Gesetz über die Erteilung von Erlaubnissen zum Gebrauch von öffentlichem Gemeindegrund und die Einhebung einer Abgabe hierfür (Gebrauchsabgabegesetz 1966), LGBl 1967/25, zuletzt novelliert durch LGBl 2016/61.

→ In Kürze

Gastgärten erfreuen sich zusehends größerer Beliebtheit. Einerseits wird versucht, dieser Nachfrage durch einfachere gesetzliche Rahmenbedingungen entgegenzukommen. Auf der anderen Seite unterliegt der öffentliche Raum einem starken Nutzungsdruck, der für die Gemeinden eine große Herausforderung darstellt, um für alle verschiedenen Nutzungen geeignete Rahmenbedingungen zu schaffen.

- Genehmigungsfreie Gastgärten
- Lärm und Nachbarn
- Straßenverkehrsrechtliche Bewilligung
- Benützungsvereinbarungen
- Gebrauchserlaubnis
- Gestaltungsrichtlinien
- Nutzungskonzepte für den öffentlichen Raum

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Dietmar Klose ist Jurist beim Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 36 (technische Gewerbeangelegenheiten und Veranstaltungswesen).

Vom selben Autor erschienen:

Klose, Die spezifischen Probleme mit den neuen Betriebsarten im Gastgewerbe (Disothek und Clubbing-Lounge), RdU-U&T 2014/2.

Zum Thema Gastgarten in der RFG erschienen:

Lechner-Hartlieb, Wahrung der (Nachbar-)Interessen für die Genehmigungsfreistellung von Gastgärten, RFG 2012/43.

