

# TE Lvwg Erkenntnis 2019/1/2 VGW- 221/V/077/10787/2018/A

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 02.01.2019

## Entscheidungsdatum

02.01.2019

## Index

L37129 Benützungsabgabe Gebrauchsabgabe Wien

40/01 Verwaltungsverfahren

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)

## Norm

GebrauchsabgabeG Wr §1 Abs1

GebrauchsabgabeG Wr §2 Abs2a

GebrauchsabgabeG Wr §2 Abs2a Z1

GebrauchsabgabeG Wr §2 Abs2a Z2

VwGVG §28 Abs3

B-VG Art. 130 Abs3

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Oppel über die Beschwerde der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwältin, gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 36, vom 06.07.2018, Zl. ...., mit welchem das Ansuchen für die Aufstellung eines nicht ortsfesten Verkaufsstandes gemäß §§ 1 und 2 Gebrauchsabgabegesetz 1996 (GAG) und § 82 Abs. 1 Straßenverkehrsordnung 1960 (StVO), abgewiesen wurde,

zu Recht erkannt:

- I. Gemäß § 28 Abs. 4 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und der beschwerdegegenständliche Bescheid bestätigt.
- II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

## Entscheidungsgründe

Gang des Verfahrens:

Die Beschwerdeführerin hat am 29.9.2015 bei der Behörde um Gebrauchserlaubnis für die Aufstellung eines mobilen Verkaufsstandes in der Art eines „Würstelstandes“ auf öffentlichem Gemeindegrund in Wien, Herbert-von-Karajan-Platz, angesucht.

Die Behörde hat dieses Ansuchen mit Bescheid vom 10.2.2016, ... gemäß § 1 und § 2 Gebrauchsabgabegesetz 1966 idgF (im Folgenden: GAG) abgewiesen. Tragender Grund für die Abweisung war, kurz zusammengefasst, dass einer Genehmigung zwingende öffentliche Interessen entgegenstünden und das Projekt daher nicht genehmigungsfähig sei.

Die Beschwerdeführerin hat gegen diesen Bescheid Beschwerde an das Verwaltungsgericht Wien erhoben und im Wesentlichen, kurz zusammengefasst, argumentiert, dass das Projekt genehmigungsfähig sei und die Beschwerdeführerin daher einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Gebrauchserlaubnis habe.

Das Verwaltungsgericht hat mit Beschluss vom 20.7.2017, VGW-221/077/4236/2016/A-33, den Bescheid aufgehoben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverwiesen. Die tragenden Gründe für diese Zurückverweisung lagen, kurz zusammengefasst, darin, dass die Novelle des GAG durch das Landesgesetz LGBI. Nr. 61/2016 der Behörde Ermessensbereiche eingeräumt habe, das gegenständliche Projekt in die Breite dieses Ermessens falle und das Ermessen durch die Behörde ausgeübt werden müsse. Die von der Behörde beigezogenen Amtssachverständigen könnten das Ermessen nicht an Stelle der Behörde ausüben und es sei daher zunächst erforderlich, dass die Behörde von dem ihr eingeräumten Ermessen Gebrauch mache.

Mit Ersatzbescheid vom 6.7.2018 hat die Behörde den Antrag neuerlich gemäß § 1 und § 2 GAG abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dagegen rechtzeitig Beschwerde an das Verwaltungsgericht erhoben.

Es wurde ein Beweisverfahren durchgeführt und am 12.11.2018 eine mündliche Verhandlung abgehalten. Danach erfolgte noch ein Schriftsatzwechsel.

Entscheidungswesentlicher Sachverhalt:

Der beantragte Standort unterliegt einer Schutzzone gemäß § 7 der Bauordnung für Wien. Die Wiener Staatsoper und der Herbert-von-Karajan-Platz befinden sich im Bereich der Schutzzone Wiener Ringstraße sowie in der UNESCO Weltkulturerbezone Wien-Innere Stadt. In diesen Bereichen ist die Erhaltung des charakteristischen Stadtbildes zu gewährleisten. Dies betrifft die natürlichen Gegebenheiten, die historischen Strukturen, die prägende Bausubstanz und die Vielfalt der Funktionen.

Folgerichtig ist die moderne, monumentale, verzögerungsfreie, Nutzungsobjekt Gestaltung der Ringstraßenära zu erhalten. Der Oper kommt geschichtliche, kulturelle und baukünstlerische Bedeutung zu.

Die Monumentalbauten der Ringstraße sind als solitäre, repräsentative Prunkbauten konzipiert, die Ansprüche auf einen unverstellten Freiraum haben. Der Ensembleschutz umfasst ausdrücklich die Raumstruktur und alle gestaltenden und prägenden Elemente. Als Raumstruktur sind im gegenständlichen Falle die Alleinstellung des Prunkbaus der Wiener Ringstraße und seine räumliche Freistellung zu verstehen.

Durch die Ausprägung eines Platzraumes anstelle der Kärntnerstraße wurde eine räumliche Struktur geschaffen, die ihre Qualitäten vor allem durch die Wiener Staatsoper definiert. Der Standort stellt nicht nur in historischer Sichtweise das Tor in die Innere Stadt dar, sondern gewährt über die Kärntner Straße Sicht in die Altstadt bis zum Stephansdom. So verfügt der Platz dank seiner kulturellen und touristischen Attribute über eine hohe Aufenthalts- und Gestaltungsqualität.

Die Erhaltung des charakteristischen Stadtbildes bedeutet im Umfeld der Staatsoper die Belastung eines weiten und freien Straßenraumes. Der erst im Zuge der weitreichenden Veränderungen in der Kärntnerstraße entstandene Herbert-von-Karajan-Platz entspricht überwiegend diesem Gestaltungsziel.

Der beschwerdegegenständliche Bescheid folgt einer generellen Linie der Behörde, die darin besteht, dass Gebrauchserlaubnisse für neue Imbissstände auf öffentlichem Gemeindegrund nur dann bewilligt werden, wenn sich diese Imbissstände in Stadtentwicklungsgebieten oder in schlecht versorgten Stadtrandlagen befinden. Im innerstädtischen Bereich werden Gebrauchserlaubnisse auf öffentlichem Gemeindegrund für neue Imbissstände generell nicht genehmigt.

Die Behörde hat im beschwerdegegenständlichen Bescheid eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass sie das ihr gemäß den tragenden Gründen des rechtskräftigen Beschlusses des Verwaltungsgerichtes vom 20.7.2017, VGW-221/077/4236/2016/A-33, zukommende Ermessen dahingehend ausüben will, dass sie den beantragten Aufstellungsort freihalten und bereits dem Grunde nach einen neuen Imbisstand auf dem beantragten Aufstellungsort nicht genehmigen will.

Auf der Detailebene lässt sich sowohl die Versagung des Projektes als auch deren Genehmigung jeweils wie folgt schlüssig und nachvollziehbar argumentieren:

Die Versagung des Projektes lässt sich mit stadtplanerischen Gesichtspunkten argumentieren, die kurz zusammengefasst darin liegen, dass der Herbert-von-Karajan-Platz von einer Nutzung für Verkaufsstände gastronomischer Art freigehalten werden soll. Eine Nutzung für einen Verkaufsstand gastronomischer Art würde dadurch Sichtbeziehungen beeinträchtigen, dass der Verkaufsstand – auch wenn er ab Arbeitshöhe (Hüfthöhe) durchsichtig ausgestaltet werden sollte – Sichtverbindungen auf dem Platz seitlich der Oper beeinträchtigen würde, indem neben der Oper auch der gastronomische Verkaufsstand im Blickbereich sei und damit das Stadtbild im Sinne einer beginnenden „Verhüttelung“ beeinflussen würde. Aus stadtgestalterischer Sicht müsse der Platz vielmehr frei von jeglicher sogenannter „kommerzieller“ Nutzung sein.

Die Genehmigung des Projektes lässt sich vor allem damit argumentieren, dass kein zwingender Versagungsgrund ersichtlich ist. Der Einfluss auf die Sichtverbindungen geht nicht so weit, dass eine Unvereinbarkeit mit dem örtlichen Stadtbild gegeben wäre, zumal der Verkaufsstand durch teilweise Transparenz auch so ausgestaltet werden kann, dass der Einfluss auf die Sichtverbindungen minimal gehalten werden kann.

Die Versagung des Projektes durch die Behörde ist von einer durchgehenden stadtgestalterischen Linie getragen, die darin besteht, dass im Bereich des 1. Bezirkes grundsätzlich keine neuen Verkaufsstände in der Art eines Würstelstandes genehmigt werden und insbesondere Plätze von gewisser historischer und kultureller Bedeutung von der Neugenehmigung von Verkaufsständen nach Art eines Würstelstandes frei gehalten werden.

Dieser stadtgestalterischen Linie liegen allgemeine stadtplanerische Leitlinien und Konzepte zu Grunde, die vorsehen, dass derartige öffentliche Plätze grundsätzlich als konsumfreie Zonen freigehalten werden sollen und keine Neugenehmigung für Verkaufsstände, die mit dem Konsum von Speisen und Getränken zusammenhängen, erteilt werden sollen. Diese Leitlinien und Konzepte sind zwar nur abstrakt, die Abweisung des Antrags der Beschwerdeführerin steht jedoch im Einklang mit diesen abstrakten Leitlinien.

Im Gegensatz dazu würde eine Genehmigung des Verkaufsstandes eine Ausnahme von diesen abstrakten Leitlinien und Konzepten darstellen. Auch wenn sich für eine solche Ausnahme – wie die Beschwerdeführerin durch die von ihr vorgelegten Privatgutachten nachgewiesen hat – argumentieren ließe und sich sachliche Gründe wie unter anderem eine Belebung des Herbert-von-Karajan-Platzes finden lassen, ist eine solche Ausnahme von den stadtplanerischen Leitlinien und Konzepten jedoch keine sachliche Notwendigkeit.

Die Behörde ist in ihrem Verfahren nach rein sachlichen Kriterien ohne Ansehen der Person der Antragstellerin vorgegangen. Sie hat sich in ihrem Verfahren und in ihrer Entscheidung von dem stadtplanerischen Gedanken leiten lassen, dass der Herbert-von-Karajan-Platz von jeglicher Neugenehmigung eines Verkaufsstandes nach der Art eines Würstelstandes frei bleiben soll, weil der Gemeindegrund seitlich der Oper im Einklang mit den abstrakten stadtplanerischen Leitlinien konsumfrei bleiben soll.

Die Behörde hat dabei auch derzeit anhängige Bestrebungen berücksichtigt, den Herbert-von-Karajan-Platz durch Verordnung in einen Zonierungsplan gemäß § 1b GAG aufzunehmen und auf diese Weise durch Verordnung festzulegen, dass der Herbert-von-Karajan-Platz frei von Verkaufsständen nach Art eines Würstelstandes bleiben soll. Allerdings waren diese Bestrebungen auch bereits bei Erlassung des Beschlusses vom 20.7.2017, VGW-221/077/4236/2016, im Gange und ist nicht konkret absehbar, ob und gegebenenfalls wann der Herbert-von-Karajan-Platz in einem solchen Zonierungsplan aufgenommen wird.

Die Behörde hat in ihrem Ersatzbescheid vom 6.7.2018 klar erkennen lassen, dass sie ihre Entscheidung auf eine Abwägung unterschiedlicher Interessen stützt und somit eine Ermessensentscheidung trifft. Auch im Beschwerdeverfahren hat die Behörde erkennen lassen, dass sie den Herbert-von-Karajan-Platz von einer Nutzung durch einen „Würstelstand“ frei halten und damit Ermessen ausüben will. Dieser Ermessensausübung liegen Gutachten von Amtssachverständigen der Magistratsabteilung 19 zu Grunde, welche diese Entscheidung mit Argumenten im Sinne der obigen Feststellungen stützen. Darüber hinaus liegt dieser Ermessensübung auch eine als politisch zu wertende ablehnende Haltung der Bezirksvertretung für den 1. Bezirk zu Grunde.

Bei der Beweiswürdigung wurde erwogen:

Die obigen Feststellungen gründen auf dem durchgeführten Ermittlungsverfahren und dem im Umfang der erfolgten Feststellungen jeweils schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten sowie dem Akteninhalt.

In rechtlicher Hinsicht wurde erwogen:

Gemäß § 1 Abs. 1 vorletzter Satz GAG besteht auf die Erteilung einer Gebrauchserlaubnis kein Rechtsanspruch. Gemäß § 1 Abs. 1 letzter Satz GAG gilt dies nicht, soweit es sich um Bundesstraßengrund handelt. Gegenständlich handelt es sich nicht um Bundesstraßengrund. Es kommt daher die zitierte Bestimmung des § 1 Abs. 1 vorletzter Satz GAG zum Tragen, wonach die Beschwerdeführerin keinen Rechtsanspruch auf die Erteilung der Gebrauchserlaubnis hat.

Dies bedeutet, dass die Behörde bei ihrer Entscheidung Ermessen zu üben hat. Dabei muss sie nach sachlichen Gesichtspunkten vorgehen und das Ermessen im Sinne des Gesetzes ausüben.

Gemäß § 2 Abs. 2a GAG kann die Gebrauchserlaubnis insbesondere versagt werden, wenn den Interessen des Gemeingebräuchs oder dem Schutz des öffentlichen Grundes in der Gemeinde gemäß § 1 der Vorrang gegenüber der Sondernutzung gebührt. § 2 Abs. 2a Z 1 bis Z 6 zählt demonstrativ sechs Fälle auf, bei denen insbesondere eine Versagung erfolgen kann. Gemäß § 2 Abs. 2a Z 1 GAG ist dies der Fall, wenn der mit der Sondernutzung verfolgte Zweck ebenso durch die Inanspruchnahme von privatem Grund erreicht werden kann. Gemäß § 2 Abs. 2a Z 2 GAG ist dies der Fall, wenn die Sondernutzung an anderer Stelle mit geringerer Beeinträchtigung des Gemeingebräuchs erfolgen kann.

Schließlich umfasst die Rechtskraft des Beschlusses vom 20.7.2017, VGW-221/077/4236/2016/A-33, auch dessen tragenden Gründe. Diese hat das Verwaltungsgericht im Beschluss wie folgt zusammengefasst:

„Weiteres Verfahren:

Die Behörde wird, um das ihr durch das Landesgesetz LGBI. Nr. 61/2016 eingeräumte Ermessen ausüben zu können, insbesondere folgende Aspekte zu prüfen und in die Ermessensausübung einzubeziehen haben:

1. Zunächst ist festzuhalten, dass die Ausübung des Ermessens eine behördliche Tätigkeit ist. Die Aufgabe der oder des Amtssachverständigen kann daher nur darin liegen, die fachlichen Grundlagen für die Ausübung des Ermessens durch die Behörde aufzubereiten. Die wertende Auseinandersetzung auf der Grundlage des Gutachtens hat jedoch durch die Behörde zu erfolgen. Am Beispiel der Beeinträchtigung der Sicht in die Fußgängerzone Kärntner Straße könnte diese wertende Auseinandersetzung beispielsweise – im Hinblick auf die von Arch. Dipl. Ing. B. in seinem Gutachten angesprochenen Aspekte – etwa darin liegen, ob und gegebenenfalls aus welchen Erwägungen eine Sichtbeeinträchtigung durch einen geplanten neuen Würstelstand anders zu beurteilen ist als eine Sichtbeeinträchtigung in gegebenenfalls vergleichbaren Ausmaß durch einen mobilen Ticketverkaufsstand oder durch Reklamesäulen. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes ist die Möglichkeit einer diesbezüglichen Differenzierung nicht von vornherein ausgeschlossen und stellt einen Ermessensbereich dar, mit dem sich die Behörde im Rahmen der Ausübung ihres Ermessens auseinander zu setzen und das Verwaltungsgericht gegebenenfalls lediglich die Gesetzmäßigkeit der Ermessensausübung nachzuprüfen hätte.

2. Den Angaben der Amtssachverständigen zu Folge ist für den 1. Bezirk ein Zonierungsplan in Ausarbeitung, wobei dieser mit Beginn des Jahres 2018 in Kraft treten und den Herbert von Karajan Platz einschließen soll. Ein Würstelstand auf dem Herbert von Karajan Platz soll durch diesen Zonierungsplan ausgeschlossen sein.

Gemäß § 2 Abs. 2 GAG in der Fassung des Landesgesetzes LGBI. Nr. 61/2016 sind nicht nur gegenwärtige, sondern auch zu erwartende öffentliche Rücksichten zu berücksichtigen. Ein zu erwartender Zonierungsplan, der gegebenenfalls einen Würstelstand an dem beantragten Standort ausschließt, ist zu berücksichtigen. Der Begriff der „zu erwartenden“ öffentlichen Rücksichten erfordert nicht, dass die Erlassung eines Zonierungsplanes mit einem den beantragten Standort ausschließenden Inhalt feststehen muss. Hinsichtlich des erforderlichen Maßes an Wahrscheinlichkeit wird ein Ermessensbereich eröffnet, der von der Behörde nach sachlichen Gesichtspunkten wie insbesondere die Auswirkungen einer Berücksichtigung bzw. Nichtberücksichtigung für die Öffentlichkeit, die Gemeinde und den Bewilligungswerber, abzuwägen ist.

Die Behörde wird daher im weiteren Verfahren der Frage nach der Einbeziehung des Herbert von Karajan Platzes in einen gegebenenfalls in Ausarbeitung befindlichen Zonierungsplan nachzugehen haben. Auch hier kann das Verwaltungsgericht das Ermessen der Behörde, einen zu erwartenden Zonierungsplan gegebenenfalls als Versagungsgrund zu werten, nicht statt der Behörde ausüben, sondern allenfalls ein von der Behörde durch Abwägung

ausgeübtes Ermessen nachprüfen.

3. Aus dem Fachkonzept Mobilität, Step 2025, insbesondere aus den Seiten 49 ff (Öffentlicher Raum: Straße fair teilen) ist ersichtlich, dass in der strategischen Stadtplanung ein Richtungswechsel dahingehend stattgefunden hat, dass Straßen und öffentliche Plätze verstärkt auch als Aufenthaltsraum gesehen werden. Das Fachkonzept Mobilität ist als strategische Planung abstrakt und belässt somit für die einzelne Freifläche einen Ermessensbereich, ob diese im Sinne der überregionalen, strategischen Planung als Freifläche erhalten werden muss oder für eine Gebrauchserlaubnis zur Verfügung gestellt werden kann.

Die Ausübung des dadurch eingeräumten Ermessens hat durch die Behörde zu erfolgen. Dabei kann sich die Behörde die fachlichen Argumente für die Ausübung des Ermessens wiederum durch Amtssachverständige aufbereiten lassen. Die wertende Abwägung des Für und Wider hätte wiederum durch die Behörde auf Grundlage der Aufbereitung der fachlichen Argumente durch Sachverständige zu erfolgen.

4. Wenn die Amtssachverständige ausführt, dass im ersten Bezirk generell und am Herbert von Karajan Platz im Besonderen keine Gebrauchserlaubnis für einen neuen Würstelstand erteilt werden soll, so ist dazu auszuführen, dass § 2 Abs. 2 GAG eine Ausübung von Ermessen grundsätzlich auch mit einem solchen Inhalt ermöglicht, soweit die sachlichen Argumente eine Ermessensausübung mit einem solchen Ergebnis tragen sollten. Auch hier hätte die oder der Amtssachverständige lediglich die fachlichen Grundlagen aufzubereiten und die Abwägung und Ermessensausübung durch die Behörde zu erfolgen.

5. Dem § 2 Abs. 2a GAG ist schließlich grundsätzlich zu entnehmen, dass sich die Antragstellerin auch auf andere mögliche Standorte verweisen lassen muss, wenn eine Realisierung des Vorhabens an einem anderen Standort mit geringeren Beeinträchtigungen für öffentliche Interessen verbunden ist. Insbesondere sieht § 2 Abs. 2a Z 1 GAG eine Verweisung auf Privatgrund und § 2 Abs. 2a Z 2 GAG eine Verweisung auf andere öffentliche Flächen vor. Es fehlt Judikatur darüber, ob die Beschwerdeführerin nur auf etwaige unmittelbar angrenzende Flächen verwiesen werden darf – wie sie in der mündlichen Verhandlung am 17.7.2017 argumentiert hat –, oder auch beispielsweise auf andere Wiener Gemeindebezirke. Der Wortlaut des Gesetzes schließt eine etwaige Verweisung auf andere Wiener Gemeindebezirke nicht dezidiert aus. Eine solche Verweisung auf andere Wiener Gemeindebezirke wurde von der Amtssachverständigen sogar – wenn auch in Zusammenhang mit der Versorgungsfunktion von Würstelständen – ausdrücklich angesprochen. Will die Behörde die Antragstellerin auf die Möglichkeit eines anderen Standortes verweisen, so hat die Behörde einem solchen Verweis eine nachvollziehbare Interessenabwägung zu Grunde zu legen, wobei sowohl die öffentlichen Interessen als auch die Interessen der Antragstellerin abzuwegen sind. Bei der Abwägung der öffentlichen Interessen wären wiederum sowohl etwaige öffentliche Interessen für den beantragten Standort als auch etwaige öffentliche Interessen gegen diesen einzubeziehen. Auch hier wäre darauf zu achten, dass die Ausübung des Ermessens in nachvollziehbarer Weise durch die Behörde selbst erfolgt.

6. Hinsichtlich der Verweilqualität des verbliebenen Platzes liegen einander widersprechende Aussagen der beiden Sachverständigen vor. Nach Auffassung der Amtssachverständigen verringert der geplante Würstelstand die Verweilqualität, nach Ansicht des Sachverständigen Arch. Dipl. Ing. B. erhöht der geplante Würstelstand hingegen die Verweilqualität. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes hängt es maßgeblich von der stadtplanerischen Zielsetzung ab, wie dieses Verweilen beschaffen sein soll, weshalb die Frage, ob eine Konsumationsmöglichkeit vor Ort durch einen Würstelstand eine Bereicherung oder eine Einschränkung der Verweilqualität ist, wiederum von den stadtplanerischen Zielsetzungen abhängt. Auch hier wäre das Ermessen – erforderlichenfalls nach Aufbereitung der fachlichen Argumente durch eine Amtssachverständige – von der Behörde auszuüben.

7. Ein weiterer Aspekt, der gegebenenfalls in die Ermessensausübung einbezogen werden kann, wäre die Frage, inwieweit die vorhandene Freifläche durch eine Erteilung der Gebrauchserlaubnis eine maßgebliche Verringerung erfahren würde. Die zur Verfügung stehende Freifläche verringert sich nämlich um zumindest die Fläche, die für die Aufstellung des Würstelstandes in Anspruch genommen würde. Die Relation der derzeit bestehenden Freifläche zu der nach Aufstellung des Würstelstandes verbleibenden Freifläche stellt im Zusammenhang mit den stadtplanerischen Zielsetzungen, wie die Freifläche genutzt werden soll, ebenfalls einen fachlichen Aspekt für die Ermessensausübung durch die Behörde dar.

8. Durch die Festlegung, dass auf die Erteilung der Gebrauchserlaubnis kein Rechtsanspruch besteht, und durch die bloß demonstrative Anführung von Kriterien für die Ausübung des Ermessens (vgl. Erläuternde Bemerkungen zum

Begutachtungsentwurf für die zit. Abänderung des GAG, zu Z 2 (§ 1 Abs. 1 letzter Satz) erster bis dritter Absatz) wird klargestellt, dass die Behörde in der Frage, ob sie eine Gebrauchserlaubnis erteilt oder den Antrag abweist, einen weiten Ermessensbereich hat. Sie muss sich nur in sachlicher Weise von den im Gesetz angeführten Kriterien oder von vergleichbaren Kriterien leiten lassen und die Ausübung des Ermessens muss im Beschwerdefall für das Verwaltungsgericht nachprüfbar sein. Demnach können auch die oben angeführten Kriterien, welche die Behörde bei Ausübung ihres Ermessens heranziehen kann, nicht abschließend sein, sondern obliegt es der Behörde, gegebenenfalls auch Kriterien, die im gegenständlichen Beschluss nicht angeführt sind, soweit diese mit dem gesetzlich eingeräumten Ermessen in Einklang stehen, heranzuziehen.

9. Ein wesentlicher Unterschied zwischen der mit 1.1.2014 eingeführten Verwaltungsgerichtsbarkeit und den früheren Berufungsbehörden besteht schließlich darin, dass die Verwaltungsgerichte im Rahmen der Ermessensausübung durch die Behörde – im Gegensatz zu den früheren Berufungsbehörden – nicht mehr zuständig sind, die „Richtigkeit“ des Ergebnisses der Behörde zu überprüfen, und sich der Rechtsschutz daher im Wesentlichen auf die Überprüfung der Frage beschränkt, ob das Ermessen „rechtmäßig“ ausgeübt worden ist (vgl. Ranacher in Holoubek/Lang, Grundlagen der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit, 193 mwN). Für das fortgesetzte Verfahren durch die Behörde bedeutet das, dass insbesondere auf die Sachlichkeit und Nachvollziehbarkeit der Ermessensausübung zu achten, ein sachlich und nachvollziehbar erzieltes Ergebnis – im Sinne einer Ausübung von Ermessen im Sinne des Gesetzes – aber keiner verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der „Richtigkeit“ des Ergebnisses mehr unterliegt. Das Verwaltungsgericht ist insoweit keine Instanz für die Ausübung des behördlichen Ermessens.“

Diese tragenden Gründe sind in Rechtskraft erwachsen.

Damit ergibt sich nicht nur aus dem GAG, sondern auch aus der Rechtskraft der tragenden Gründe, dass das Verwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren nicht zu prüfen hat, ob die Behörde im Rahmen der Ausübung ihres Ermessens zu dem „richtigen“ Ergebnis gekommen ist, sondern nur, ob sie das Ermessen im Sinne des Gesetzes ausgeübt hat.

Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Beschwerde aus: „Können Versagungsgründe nicht schlüssig und gesetzmäßig, auf einem den gesetzlichen Anforderungen genügenden (Amts-) Sachverständigungsgutachten beruhend argumentiert bzw. begründet werden, so ist dem Ansuchen Folge zu geben.“ Diese Rechtsausführungen mögen auf die Rechtslage vor der Änderung des GAG durch das Landesgesetz LGBl. Nr. 43/2018 zutreffend gewesen sein. Nach der nunmehr maßgeblichen Rechtslage besteht jedoch gemäß § 1 Abs. 1 GAG auf die Erteilung einer Gebrauchserlaubnis kein Rechtsanspruch. Daraus folgt nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes, dass das Ermessen der Behörde nach geltender Rechtslage nicht so weit gebunden ist, dass es erforderlich wäre, einen Versagungsgrund unwiderlegbar herausarbeiten zu müssen.

Eine Situation, in der einerseits die Beschwerdeführerin mit dem von ihr beigezogenen Privatsachverständigen in sich schlüssig und nachvollziehbar herausarbeitet, dass die Genehmigung des Projektes eine vertretbare Lösung ist, andererseits aber auch das Ziel der Behörde, den beantragten Aufstellungsort generell von einem neuen Imbissstand freizuhalten, in sich schlüssig und nachvollziehbar ist, unterstreicht, dass die Behörde in einer solchen Situation Ermessen und die Beschwerdeführerin gerade keinen durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Erteilung der Gebrauchserlaubnis hat.

Die Beschwerdeführerin führt weiters aus: „Denn auch bei Ermessentscheidungen besteht ein Rechtsanspruch, dass die Behörde nicht rechtswidrig handelt.“ Diese rechtliche Aussage ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes zutreffend, besagt aber gerade nicht, dass die Beschwerdeführerin damit einen durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Erteilung der beantragten Gebrauchserlaubnis hätte.

Die Behörde muss sich nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes vielmehr bei Ausübung dieses Ermessens von den im GAG angeführten Kriterien leiten lassen und ihre Entscheidung auf der Grundlage einer Interessensabwägung nach sachlichen Kriterien treffen.

Wenn die Behörde daher nach sachlichen Gesichtspunkten die öffentlichen Interessen an einer Freihaltung des Herbert-von-Karajan-Platzes von einer Gebrauchserlaubnis für einen mobilen Verkaufsstand nach der Art eines Würstelstandes gegen etwaige öffentliche und die privaten Interessen an einer Erteilung einer solchen Verkaufserlaubnis abgewogen hat, so unterliegt das erzielte Ergebnis dieser Abwägung nicht der Überprüfung durch das Verwaltungsgericht.

Die Ermessensausübung im Sinne des Gesetzes erfordert zunächst, dass sich die Behörde mit den Argumenten der Antragstellerin und den von ihr vorgelegten Privatgutachten sachlich auseinandersetzt. Dies hat die Behörde umfassend getan, wobei sie insbesondere zu einem nach Ansicht der Beschwerdeführerin inhaltlich falschen Ergebnis gekommen ist. Mit dem Vorbringen, dass die Behörde nicht zu dem ihrer Ansicht nach richtigen Ergebnis gekommen ist, zeigt die Beschwerdeführerin jedoch keine Rechtswidrigkeit des beschwerdegegenständlichen Bescheides auf. Ein solches Recht auf inhaltliche Überprüfung des Ergebnisses des Behördensverfahrens würde der Beschwerdeführerin nur zukommen, wenn sie einen Rechtsanspruch darauf hätte, dass ihr bei Vorliegen der Genehmigungsfähigkeit ihres Projektes die Genehmigung auch erteilt werde, was jedoch § 1 Abs. 1 vorletzter Satz GAG ausdrücklich ausschließt.

Wenn die Beschwerdeführerin in ihrem Beschwerdevorbringen ausführt, die Behörde habe keine ausreichenden Sachverhaltsfeststellungen getroffen, um ihr Ermessen im Sinne des Gesetzes ausüben zu können, so ist der Beschwerdeführerin entgegen zu halten, dass es ausreicht, die entscheidungswesentlichen Sachverhaltsfeststellungen zu treffen. Sachverhaltsfeststellungen, die für den Ausgang des Verfahrens keine Relevanz haben, muss die Behörde nicht treffen.

Die Argumentation der Behörde zielt darauf ab, den Herbert-von-Karajan-Platz von jedweder Gebrauchserlaubnis für einen Imbissstand freizuhalten. Diese Argumentation setzt voraus, dass die Behörde dem Grunde nach das planerische Ermessen hat, eine solche Freihaltung anzustreben.

Die Argumentation der Beschwerdeführerin geht an dieser Argumentation der Behörde vorbei. Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass sich die Behörde konkret mit der Frage auseinander zu setzen hat, ob ein Imbissstand auch so gestaltet und aufgestellt werden kann, dass damit eine bewilligungsfähige Alternative für die von der Behörde angestrebte Freihaltung des Platzes besteht.

Im Ergebnis läuft diese Argumentation der Beschwerdeführerin jedoch wiederum auf den von der Beschwerdeführerin durchgehend argumentierten Anspruch auf Genehmigung ihres Projektes hinaus, welchen der Gesetzgeber mit Landesgesetz LGBI. Nr. 43/2018 durch den Satz „Auf die Erteilung einer Gebrauchsglaubens besteht kein Rechtsanspruch“ gerade abschaffen wollte.

Die Behörde hat sich bei ihrer Entscheidung, den Herbert-von-Karajan-Platz von jedweder Gebrauchserlaubnis für einen Imbissstand freizuhalten, insgesamt von sachlichen Gesichtspunkten leiten lassen, die sowohl mit dem GAG als auch mit übergeordneten stadtplanerischen Leitlinien im Einklang stehen. Die Behörde ist auch – unstrittig – ohne Ansehen der Person der Antragstellerin vorgegangen. Es bestehen keine Anhaltspunkte für das etwaige Vorliegen von Willkür. Vielmehr hat die Behörde auf der Grundlage der Kriterien des § 2 Abs. 2 und Abs. 2a GAG eine Interessensabwägung vorgenommen und auf diese in nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes vertretbarer Weise ihre Ermessensentscheidung, den Herbert-von-Karajan-Platz von jedweder Gebrauchserlaubnis für einen Imbissstand freihalten zu wollen, gestützt. Das von der Beschwerdeführerin argumentierte Erfordernis für etwaige weitergehende Sachverhaltsfeststellungen durch die Behörde als notwendige Grundlage für deren Ermessensausübung besteht daher nicht.

Die Argumentation der Beschwerdeführerin, dass sich die Behörde mit den Ausführungen des Privatsachverständigen nicht ausreichend auseinandergesetzt habe, steht in engem Zusammenhang mit der zuvor angeführten Argumentation, die Behörde habe unzureichende Sachverhaltsfeststellungen getroffen. Soweit die Behörde zusätzliche Sachverhaltsfeststellungen nicht treffen musste, weil sie auch ohne diese zusätzlichen Sachverhaltsfeststellungen eine ausreichende Grundlage für ihre Ermessensausübung hatte, musste sie sich auch nicht mit denjenigen Ausführungen des Privatsachverständigen befassen, die diese nicht erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen inhaltlich untermauern.

Dass sich die Behörde im fortgesetzten Verfahren nicht an die rechtskräftigen Festlegungen des Verwaltungsgerichtes für das fortgesetzte Verfahren gehalten hätte, hat die Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht. Ein solcher Widerspruch mit den rechtskräftigen Festlegungen des Verwaltungsgerichtes für das fortgesetzte Verfahren sind auch nicht erkennbar. Vielmehr hat die Behörde im Sinne des zit. Beschlusses das fortgesetzte Verfahren geführt und von ihrem Ermessen durch eine sorgfältige Interessensabwägung Gebrauch gemacht.

Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Beschwerde keine Rechtswidrigkeit dieser Ermessensausübung aufgezeigt.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der

grundätzliche 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 grundätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Im Übrigen liegt bei den Rechtsfragen zur Auslegung des GAG im Hinblick auf die tragenden Gründe des Beschlusses vom 20.7.2017, VGW-221/077/4236/2016/A-33, in weiten Bereichen bereits entschiedene Sache vor und können diese bereits im zit. Beschluss entschiedenen Auslegungsfragen bereits aus diesem Grund keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG darstellen.

#### **Schlagworte**

Erteilung einer Gebrauchserlaubnis; Rechtsanspruch; Ermessensentscheidung; gebundenes Ermessen; Überprüfung von Ermessen; Interessenabwägung

#### **Anmerkung**

VfGH v. 23.9.2019, E 654/2019; Ablehnung und Abtretung an VwGH

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGWI:2019:VGW.221.V.077.10787.2018.A

#### **Zuletzt aktualisiert am**

28.10.2019

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)