

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Stefan Lampert ist Rechtsanwalt mit dem Tätigkeitsschwerpunkt öffentliches Recht (insbesondere Bau-, Raumordnungs-, Straßen-, Gewerbe-, Umwelt- und Gemeindefrecht).

Kontaktadresse: Werdertorgasse 9/9, 1010 Wien.

Tel: +43 (0)1 253 5854

E-Mail: kanzlei@lampert-anwalt.at

Internet: www.lampert-anwalt.at

Vom selben Autor erschienen:

Lampert/Grassl, UVP: Ein Rückblick auf das Jahr 2020, ecolex 2021/125;

Lampert, Der Einwand der UVP-Pflicht im Bauverfahren, RFG 2018/28;

Lampert/Schachinger, Parkplätze und Parkgaragen nach dem UVP-G, RdU-U&T 2017/11.

→ Literatur-Tipp



**Pabel (Hrsg.),
Das österreichische Gemeindefrecht
(2020)**

MANZ Bestellservice:

Tel: +43 (0)1 531 61-100

Fax: +43 (0)1 531 61-455

E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at

Ein Schanigarten für alle Jahreszeiten?

Die rechtlichen Voraussetzungen der Errichtung eines Winterschanigartens

Bedingt durch die bestehende COVID-19-Pandemie und den dadurch verstärkten Wunsch nach vermehrter Konsumation von Speisen und Getränken im Freien, gerade auch in den kühleren Monaten des Jahres, rückte die Möglichkeit der Errichtung von sog „Winterschanigärten“ nunmehr verstärkt in den Fokus der Öffentlichkeit. Der Beitrag beleuchtet sowohl die bundes- wie auch die landesgesetzlichen Regelungen, welche sich mit der Errichtung von Winterschanigärten befassen.

Von Thorsten Holzer

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Gewerbeordnung und StVO
 - 1. Gewerberecht
 - 2. Straßenpolizeirecht
- C. Landesrechtliche Regelungen zur Errichtung eines Winterschanigartens
 - 1. Landesstraßengesetze der Bundesländer
 - 2. Gebrauchsabgabengesetze von Wien und Niederösterreich
 - a) Niederösterreich
 - b) Wien
- D. Resümee

A. Einleitung

Bedingt durch die mit Dezember 2019 erstmals in der Stadt Wuhan in der chinesischen Provinz Hebei aufgetretene Infektionskrankheit COVID-19¹⁾ ist das Jahr 2020 global durch eine Vielzahl gesundheitspolitischer und sozio-ökonomischer Herausforderungen und Erschwernisse geprägt.

In besonderem Maße von der mit der Pandemie²⁾ einhergehenden wirtschaftlichen Krise³⁾ geprägt war und ist hierbei die Gastronomie, da diese als klassi-

scher Ort der menschlichen Zusammenkunft stärkeren Restriktionen unterworfen war und auch weiterhin ihren Betrieb nicht im völlig gewohnten Prozedere entfalten kann – dies im Besonderen vor dem Hintergrund des Winters und der damit einhergehenden Verlagerung des gastronomischen Geschehens ins Innere der Gaststätten.

Bereits seit Langem ist ein wesentlicher Faktor, der über wirtschaftliches Wohl und Weh in der Gastronomie unterscheidet, ein Gastgarten. Vor diesem Hintergrund wurde von Seiten der Wirtschaftstreibenden verstärkt das Ansinnen postuliert, diesen auch in diesem Herbst und Winter in gewohntem Umfang betreiben zu können und somit die bisherigen Möglichkeiten zur Bewilligung eines sog Winterschanigartens zu erweitern.⁴⁾ Diesem Wunsch wurde nun auch in der Folge von Seiten der Politik in den einzelnen Bundes-

1) www.nytimes.com/article/coronavirus-timeline.html (Stand aller Links 19. 9. 2020).

2) WHO erklärt Coronavirus-Erkrankung zur Pandemie (healthcare-in-europe.com), <https://healthcare-in-europe.com/de/news/who-erklaert-coronavirus-erkrankung-zur-pandemie.html>.

3) Siehe <https://blogs.imf.org/2020/04/14/the-great-lockdown-worst-economic-downturn-since-the-great-depression/>.

4) Vgl <https://orf.at/stories/3180523/>.

RFG 2021/4

§ 76a GewO
1994

§ 82 StVO

§ 18 NÖ

StraßenG

Tarifpost D 2 GAG

Winterschanigarten,
Vorgarten;

Sondernutzung;

Gemeingebrauch

ländern vielfach Rechnung getragen und wurden entsprechende Möglichkeiten in Aussicht gestellt.⁵⁾

Grund genug, die rechtlichen Voraussetzungen für die Errichtung eines Winterschanigartens einer näheren Beleuchtung zu unterziehen.

B. Gewerbeordnung und StVO

1. Gewerberecht

Auf Bundesebene bestehen dabei zwei maßgebliche Regelungsregime, nämlich die Gewerbeordnung 1994⁶⁾ und die Straßenverkehrsordnung 1960.⁷⁾

Die GewO sieht dabei seit der GewO-Novelle 2010⁸⁾ für die Bewilligung eines Gastgartens, anders als bis dahin, kein klassisches Betriebsanlagengenehmigungs-, sondern nur mehr ein reines **Anzeigeverfahren** vor, in dem den Nachbarn eine rein auf die Frage des Vorliegens der Verfahrensvoraussetzungen begrenzte Parteistellung zukommt.⁹⁾ Das Anzeigeverfahren nach § 76 a leg cit weist dabei die **Besonderheit** auf, dass dieses nicht mit Bescheid der Behörde abgeschlossen wird, sondern zum einen bereits mit Anzeige des Gastgartens bei der Behörde, sofern die entsprechenden Unterlagen nach § 76 a Abs 3 leg cit vollständig beigelegt wurden, mit dem Betrieb des Gastgartens begonnen werden darf und zum anderen, dass der Behörde innerhalb von drei Monaten ab vollständig erstatteter Anzeige nur eine Untersagungsmöglichkeit nach Abs 4 zukommt.¹⁰⁾

Gastgärten, die sich auf öffentlichem Grund befinden oder an öffentliche Verkehrsflächen angrenzen, dürfen dabei nach § 76 a Abs 1 GewO in der Zeit von 8 bis 23 Uhr betrieben werden, wobei die Möglichkeit der Gemeinde besteht, diese **Betriebszeiten** nach Abs 9 mittels Verordnung für bestimmte Gebiete im Gemeindegebiet abweichend zu regeln.¹¹⁾ Die allgemeinen Voraussetzungen, welche für die Inanspruchnahme des § 76 a GewO erfüllt sein müssen, finden sich in dessen Abs 1.¹²⁾

Eine Kenntnisnahme nach § 76 a GewO wirkt dabei, wie auch die Bewilligungen nach den entsprechenden Vorgängerbestimmungen,¹³⁾ **jahreszeitenunabhängig**, sodass sich aus gewerberechtlicher Sicht keine Einschränkung der Betriebsmöglichkeiten auch im Winter ergibt.¹⁴⁾ Der nach § 76 a zur Kenntnis genommene Gastgarten kann demgemäß zu den zur Kenntnis genommenen Zeiten und im entsprechenden Umfang auch während der Wintermonate betrieben werden.¹⁵⁾

Da allerdings zwischen den Jahreszeiten Frühjahr und Sommer auf der einen und Herbst und Winter auf der anderen Seite ein nicht unbeträchtliches Temperaturgefälle besteht, wird es gerade bei Winterschanigärten zur Hinzuziehung von **Heizstrahlern** oder ähnlichen Gerätschaften kommen, um den Gästen trotz der unter Umständen widrigen Witterung einen möglichst angenehmen Aufenthalt im Freien zu verschaffen.¹⁶⁾

Man wird dabei davon ausgehen können, dass auch elektrisch betriebene Heizstrahler in einem Anzeigeverfahren nach § 76 a GewO zur Kenntnis genommen werden können und sich rein aus deren Verwendung, sofern die weiteren Parameter des § 76 a Abs 1 Z 1 bis

4 erfüllt sind, keine Notwendigkeit zur Durchführung eines Betriebsanlagenverfahrens nach den sonstigen Verfahrensarten ergibt.¹⁷⁾

IZm der Verwendung von Heizgeräten in Gastgärten ist auch zu beachten, dass auch Gastgärten, die in **Lauben- oder Loggia-Konstruktionen** eingebettet sind, weiterhin dem gewerberechtlichen Gastgartenbegriff unterfallen;¹⁸⁾ dies allerdings nur solange, wie der Charakter als Gastgarten selbst erhalten bleibt und sich dieser nicht (wie bspw bei einer vollständigen Verbauung) in ein Bauwerk wandelt.¹⁹⁾

2. Straßenpolizeirecht

Die zweite für die Errichtung von Gastgärten maßgebliche Bestimmung findet sich in § 82 Abs 1 StVO, welcher eine **Bewilligungspflicht** für die Benützung von Straßen einschließlich des darüber befindlichen Luftraums zu anderen Zwecken als solchen des Straßenverkehrs vorsieht. Die Bewilligungspflicht nach § 82 Abs 1 StVO erfasst dabei auch die Errichtung von Gastgärten.²⁰⁾

Der Anwendungsbereich der StVO ist dabei nach deren § 1 Abs 1 bei allen **Straßen mit öffentlichem Verkehr** eröffnet. Für die Einstufung als Straße mit öffentlichem Verkehr sind dabei nicht die Eigentumsverhältnisse an der Straße selbst entscheidend, sondern vielmehr, ob diese von jedermann unter den gleichen Bedingungen genutzt werden kann oder ob sich der jeweilige Eigentümer der Straßenfläche eine individuelle Zulassung zur Nutzung vorbehalten und den

5) Siehe bspw <https://wien.orf.at/stories/3066054/>.

6) BGBl 1994/194 (WV).

7) BGBl 1960/159.

8) BGBl 2010/66.

9) VwGH 23. 11. 2016, Ra 2014/04/0005; Forster, GewO (2018) 126; Holzer, Das Gastgartenrecht zwischen Gewerbeordnung und Gebrauchsabgabe (Dissertation Uni Wien 2020) 28.

10) Vgl dazu im Detail Holzer, Gastgartenrecht 19.

11) Siehe auch Klose/T. Holzer, Der Schanigarten in Wien (2018) 59; Holzer, Der Gastgarten in Zeiten von COVID-19. Aktuelle Fragen des Gastgartenrechts vor epidemiologischem Hintergrund, ZVR 2020, 243 (245).

12) Siehe dazu im Detail Klose, Gastgärten im öffentlichen Raum im Spannungsfeld von Deregulierung und intensiver Nutzung, RFG 2018, 156 f.

13) Eine gewisse Ausnahme bildete hier die erste Gastgartenbestimmung des § 153 Abs 1 GewO 1973 bzw § 148 Abs 1 GewO 1994 nach deren Wiederverlautbarung, da diese vorsah, dass Gastgärten auf öffentlichem Grund bzw solche, die an öffentliche Verkehrsflächen angrenzen, jedenfalls von 8 bis 22 Uhr und vom 15. 6. bis 15. 9. von 8 Uhr bis 23 Uhr betrieben werden können und damit eine Art von jahreszeitentechnischer Unterscheidung traf. Siehe hierzu auch Schulev-Steindl, Neuerungen im Betriebsanlagenrecht nach der Gewerbeordnungs-Novelle 1992, ÖZW 1993, 97 (99); Berka, Das neue Betriebsanlagenrecht – materielle Bestimmungen, in Korinek (Hrsg), Gewerbebereich – Grundfragen der GewO 1994 in Einzelbeiträgen (1995) 258.

14) Stolzlechner, Die Genehmigungspflicht der Betriebsanlage, in Stolzlechner/Wendl/Bergthaler (Hrsg), Die gewerbliche Betriebsanlage⁴ (2016) Rz 199.

15) Vgl auch Klose/T. Holzer, Schanigarten 76; Klose, RFG 2018, 156 (157).

16) Siehe dazu auch näher Klose, RFG 2018, 156 (157); Klose/T. Holzer, Schanigarten 86 f.

17) Vgl auch Klose/T. Holzer, Schanigarten 87; Klose, RFG 2018, 156 (157).

18) Stolzlechner in Stolzlechner/Wendl/Bergthaler (Hrsg) Rz 199; Forster in Ennöckl/Raschauer/Wessely (Hrsg), GewO (2015) § 76 a Rz 18; VwGH 30. 10. 1990, 90/04/0116.

19) Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO³ (2011) § 76 a Rz 3; Stolzlechner in Stolzlechner/Wendl/Bergthaler (Hrsg) Rz 199.

20) VwGH 16. 2. 1983, 82/03/0076; Grubmann, StVO³ (2015) § 82 Anm 3.

Straßenkörper auch gegen die Benutzung durch jedermann entsprechend abgegrenzt hat.²¹⁾

Damit einhergehend ist aber auch zugleich der potenzielle Anwendungsbereich der StVO und damit des § 82 Abs 1 nicht vollends ident mit jenem des § 76a Abs 1 GewO, da dieser auf Gastgärten auf öffentlichem Grund oder an öffentlichen Verkehrsflächen abstellt, während § 82 Abs 1 StVO solche Gastgärten zu erfassen vermag, die zwar auf Privatgrundstücken situiert sind, bei denen jedoch ein Zugang von jedermann unter den gleichen Bedingungen möglich ist.²²⁾

Die Bewilligung ist dabei gem § 82 Abs 5 StVO zu erteilen, wenn durch die jeweilige Straßenbenutzung die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs nicht wesentlich beeinträchtigt wird oder eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende Lärmentwicklung nicht zu erwarten ist. Die Bewilligung kann dabei erforderlichenfalls auch bedingt, befristet oder mit Auflagen erteilt werden. Eine Bewilligung nach § 82 Abs 1 StVO kann somit bspw entweder zeitlich unbefristet oder auch nur für die Dauer von drei Jahren erteilt werden.

Eine Bewilligung nach § 82 Abs 1 StVO ist, wie auch eine Kenntnisnahme nach § 76a GewO, jahreszeitenunabhängig, sodass auch eine bspw nur für drei Jahre erteilte Bewilligung für alle Monate dieser Jahre in Anspruch genommen werden kann.²³⁾

Da sich die Bewilligung nach § 82 Abs 1 StVO nicht nur auf den Straßengrund selbst, sondern auch auf den darüber befindlichen Luftraum bezieht, bedarf es für den Fall, dass im Gastgarten Schirme, Heizstrahler odgl zur Aufstellung gelangen sollen, keiner weiteren zusätzlichen Bewilligung nach der StVO, sondern wird dies vielmehr von jener nach § 82 Abs 1 leg cit mitabgedeckt.²⁴⁾

Bei der Bewilligung nach § 82 Abs 1 StVO handelt es sich um eine solche dingliche Natur, sodass sie von einem Wechsel in der Person des Bewilligungsinhabers unabhängig ist und sich sohin auf das jeweilige Objekt selbst bezieht.²⁵⁾

C. Landesrechtliche Regelungen zur Errichtung eines Winterschanigartens

1. Landesstraßengesetze der Bundesländer

Für den Bereich der Bundesländer Vorarlberg, Tirol, Salzburg, Steiermark, Kärnten, Burgenland und Oberösterreich sind neben den genannten bundesrechtlichen Vorschriften noch die jeweiligen LandesstraßenG bei der Bewilligung von Winterschanigärten zu beachten.²⁶⁾

Diese LandesstraßenG gelten dabei für die Nutzung des öffentlichen Straßengrundes. Dies sind all jene Straßenflächen, an denen Gemeingebrauch besteht und die demgemäß von jedermann bestimmungsgemäß unter den gleichen Bedingungen für Verkehrszwecke genutzt werden können,²⁷⁾ dies unabhängig von den jeweiligen Eigentumsverhältnissen an diesen.²⁸⁾ Damit einhergehend lässt sich auch festhalten, dass jede öffentliche Straße zugleich auch eine solche mit öffentlichem Verkehr iSd § 1 Abs 1 StVO ist, da

auf öffentlichen Straßen die Nutzung dieser jedermann unter den gleichen Bedingungen zu Verkehrszwecken gestattet ist, diese Bewertung aber nicht umgekehrt gilt, da nicht jede Straße mit öffentlichem Verkehr auch eine öffentliche Straße iSd Straßenrechts ist.²⁹⁾

Jede über den Gemeingebrauch, sohin die Nutzung zu Verkehrszwecken,³⁰⁾ hinausgehende Nutzung (darunter fällt auch die Errichtung eines Schanigartens) wird demgemäß als Sondernutzung eingestuft und bedarf nach den LandesstraßenG der zuvor genannten Bundesländer der Zustimmung der Straßenverwaltung bzw des Abschlusses einer Vereinbarung mit dieser.³¹⁾ Sowohl bei der Zustimmung der Straßenverwaltung als auch bei der mit dieser abzuschließenden Vereinbarung handelt es sich jeweils um Akte der Privatwirtschaftsverwaltung.³²⁾

Die Gründe, aus denen die Zustimmung verweigert werden kann, sind in den StraßenG zumeist dergestalt umschrieben, dass diese dann zu verweigern ist, wenn Schäden an der Straße, sonstige Beeinträchtigungen des Gemeingebrauchs oder die Behinderung künftiger Straßenbauvorhaben zu erwarten wären.³³⁾

Wer zur Erteilung der Zustimmung berufen ist, richtet sich danach, für welche Verkehrsflächen die Sondernutzung begehrt wird: Die Behördeneigenschaft wird hierbei durch die jeweiligen LandesG zumeist auf den Bürgermeister für die Verkehrsflächen der Gemeinde sowie auf die Bezirksverwaltungsbehörden und die Landesregierung für die übrigen Bereiche aufgeteilt.³⁴⁾

Die Errichtung von Schanigärten, somit auch Winterschanigärten, wird dabei zumeist auf Verkehrsflächen der Gemeinde erfolgen, weshalb bei dieser um die entsprechende Zustimmung bzw den Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung zur Nutzung der Verkehrsfläche anzusehen sein wird. →

21) *Pürstl*, StVO¹² (2007) § 1 Anm 3; VwGH 11. 7. 2001, 98/03/0165.

22) Vgl auch *Klose/T. Holzer*, Schanigarten 76.

23) Siehe auch *Klose/T. Holzer*, Schanigarten 76.

24) Vgl auch *Pürstl*, StVO¹² § 82 Anm 2; bezüglich der sonstigen Parameter des Luftraums, welche bei der Errichtung eines Gastgartens zu beachten sind, siehe im Detail *Klose*, RFG 2018, 156 (158).

25) Vgl VwGH 18. 12. 1985, 85/03/0010; aA *Pürstl*, StVO¹² § 82 Anm 15.

26) Bgld StraßenG 2005 LGBI 2005/79; Krnt StraßenG 1991 LGBI 1991/72; Oö StraßenG 1991 LGBI 1991/84; Sbg LandesstraßenG 1972 LGBI 1972/119; Strmk Landes-StraßenverwaltungsG 1964 – LStVG 1964 LGBI 1964/154; Tir StraßenG LGBI 1989/13; VlbG G über den Bau und die Erhaltung öffentlicher Straßen sowie über die Wegfreiheit LGBI 2012/79.

27) Vgl § 6 Abs 1 Oö StraßenG 1991; § 3 Abs 1 Sbg LandesstraßenG; § 2 Abs 5 Tir StraßenG.

28) *Baumgartner*, Straßenrecht, in *Bachmann et al*, Besonderes Verwaltungsrecht¹⁹ (2014) 373.

29) *Baumgartner* in *Bachmann et al* 374; *Baumgartner*, Straßenrecht, in *Pürgy* (Hrsg), Das Recht der Länder Band II/2 (2012) 885 f.

30) Vgl auch *Merli*, Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch (1995) 228 ff.

31) Der Abschluss einer Vereinbarung ist bspw in § 57 Abs 1 Krnt StraßenG 1991 und das Erfordernis einer Zustimmung wiederum ist bspw in § 5 Abs 1 Tir StraßenG und § 37 Abs 2 Bgld StraßenG 2005 vorgesehen.

32) Vgl *Baumgartner* in *Pürgy* (Hrsg) 888; *Th. Mayer*, Straßenverwaltungsrecht, in *Poier/Wieser* (Hrsg), Steiermärkisches Landesrecht Band 3: Besonderes Verwaltungsrecht (2010) 469; *Kienastberger/Stellner-Bichler*, NÖ Baurecht² (2018) § 18 NÖ Straßengesetz 1999 Anm zu Abs 1.

33) Vgl § 7 Abs 2 Oö StraßenG 1991; § 5 Abs 2 VlbG G über den Bau und die Erhaltung öffentlicher Straßen sowie über die Wegfreiheit.

34) Siehe bspw § 3 Oö StraßenG 1991; § 75 Tir StraßenG; § 59 Krnt StraßenG 1991.

Eine gewisse **Besonderheit** bei den zuvor genannten Bundesländern ergibt sich hierbei für **Kärnten**, da hier neben dem StraßenG 1991 auch noch das Kärntner Gebrauchsabgabegesetz³⁵⁾ besteht, welches die Gemeinden ermächtigt, Abgaben für den Gebrauch des Gemeindestraßengrundes und des darüber befindlichen Luftraums auszuschreiben. Der Gebührenpflicht unterliegt dabei jede Nutzung zu anderen Zwecken als solchen des öffentlichen Verkehrs, worunter auch die Errichtung von Vorgärten fällt.³⁶⁾ Das Kärntner GebrauchsabgabeG richtet sich seinem Wirkungsbereich nach an jedermann, sodass der Kreis der Abgabenschuldner grundsätzlich nicht begrenzt ist.³⁷⁾

Für den Fall, dass von einer Gemeinde nach dem Kärntner GebrauchsabgabeG eine Abgabe für die Nutzung des Gemeindestraßengrunds ausgeschrieben wird, so darf in der Nutzungsvereinbarung mit der Straßenverwaltung nach § 57 Krnt StraßenG 1991 kein weiteres Entgelt vorgesehen werden.³⁸⁾

2. Gebrauchsabgabengesetze von Wien und Niederösterreich

a) Niederösterreich

Eine gewisse Sonderstellung bei der Nutzung des öffentlichen Straßengrundes zu Zwecken der Errichtung eines Schanigartens nehmen die Bundesländer Wien und Niederösterreich ein.

In **Niederösterreich** ist zwar wie in den übrigen Bundesländern die Zustimmung der Straßenbehörde für die Sondernutzung des öffentlichen Straßengrundes einzuholen,³⁹⁾ jedoch dies zuvorderst nur insofern, als es sich beim Straßengrund, für den die Sondernutzung begehrt wird, um Landesstraßen handelt. Dies, da für die Nutzung des öffentlichen Grundes in der Gemeinde, wozu auch der Straßengrund zählt, eine Gebrauchserlaubnis nach dem **NÖ Gebrauchsabgabegesetz 1973**⁴⁰⁾ zu erwirken ist, welche schlagend wird, wenn der Gebrauch des öffentlichen Grundes in der Gemeinde über den widmungsgemäßen Gebrauch hinausgeht und es sich um eine Art des Gebrauchs handelt, welche in einem der Tarifposten des NÖ GebrauchsabgabeG angeführt wird.⁴¹⁾ Durch die Erteilung der Gebrauchserlaubnis wird sohin nicht nur ein rein abgabenrechtliches Verhältnis begründet, wie dies bei anderen GebrauchsabgabeG der Fall ist, es wird vielmehr auch das **Nutzungsrecht** an und für sich eingeräumt.⁴²⁾ Die Sichtweise, dass neben einer hoheitlichen Gebrauchserlaubnis auch noch eine Sondernutzungsvereinbarung nach § 18 Abs 1 NÖ StraßenG für den gleichen Sachverhalt zu erwirken ist,⁴³⁾ wird seit der Nov 2011⁴⁴⁾ des NÖ GebrauchsabgabeG nicht mehr aufrechtzuerhalten sein, da diese klar vorsieht, dass ein Nebeneinander beider Bewilligungsformen – hoheitlich wie privatrechtlich – vermieden werden soll.⁴⁵⁾

Eine **Sondernutzungsvereinbarung** nach § 18 NÖ StraßenG ist demgemäß für Gemeindestraßen erforderlich, wenn ein Fall der Sondernutzung vorliegt, welcher nicht durch einen der Tarife des NÖ GebrauchsabgabeG in den hoheitlichen Bereich überführt wurde.⁴⁶⁾

Insofern handelt es sich bei der hoheitlich erteilten Gebrauchserlaubnis nach dem NÖ GebrauchsabgabeG, gleich jener nach dem Wiener Gebrauchsabgabegesetz 1966⁴⁷⁾ (kurz GAG), um eine **straßenrechtliche Bewilligung sui generis**.⁴⁸⁾

Die Errichtung von Vorgärten (Aufstellung von Tischen, Stühlen uÄ, sog Schanigärten) vor Geschäftslokalen aller Art ist dabei als Tarifpost Z 2 im hoheitlichen Bereich des NÖ GebrauchsabgabeG verankert, weshalb für die Errichtung eines solchen vor Gebrauch eine Gebrauchserlaubnis zu erwirken ist.

Das NÖ GebrauchsabgabeG schränkt die Errichtung und den Betrieb eines Vorgartens dabei weder auf bestimmte Monate ein, weshalb hier auch eine **Winternutzung** möglich ist, noch auf reine Gastlokale, sodass das Aufstellen von Tischen und Stühlen für einen Schanigarten auch durch Inhaber anderer Gewerbeberechtigungen als jener des Gastgewerbes erfolgen kann. Hierbei ist allerdings auf gewerberechtlicher Seite in der Folge zu beachten, dass sofern Speisen verabreicht und Getränke ausgeschenkt werden sollen, hierfür eine Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe oder eines jener Gewerbe (Bäcker, Fleischhauer etc), bei denen dies eine Nebenberechtigung darstellt, erforderlich wäre.

Die nach Tarif Z 2 des NÖ GebrauchsabgabeG für Vorgärten zu entrichtende Abgabe beträgt dabei je angefangenen 10 m² der bewilligten Fläche und je begonnenem Monat höchstens € 150,-.

Fraglich erscheint, ob nach dem NÖ GebrauchsabgabeG für die **Aufstellung von Heizkörpern** im Vorgarten noch eine weitere Abgabe oder ein zivilrechtliches Entgelt zu entrichten ist. Für die Aufstellung von Heizkörpern existiert dabei, anders als im Bereich des Bundeslands Wien, keine eigenständige Tarifpost im NÖ GebrauchsabgabeG. Allerdings bestimmt die Tarifpost 2 für Vorgärten, dass bei diesen für Beleuchtungskörper innerhalb der bewilligten Vorgartenfläche keine weitere Abgabe zu entrichten ist. ME nach wird man auch Heizkörper unter diese Ausnahmebestimmung zu subsumieren haben, da diese zum einen neben einem wärmenden Effekt auch einen Beleuchtungseffekt haben und es zum anderen bei der Annahme, dass für diese eine eigenständige Bewilligung erforderlich wäre, wiederum zu jener Situation kommen würde, dass bei der Errichtung eines Vorgartens

35) LGBl 1969/42.

36) § 2 Abs 1 und 2 Kärntner GebrauchsabgabeG.

37) § 4 Kärntner GebrauchsabgabeG; *Holzer*, Das Recht der Gebrauchsabgabe, in *Kolonovits/Muzak/Perthold/Piska/Strejcek* (Hrsg) 631; Siehe aber § 5 Abs 1 Kärntner GebrauchsabgabeG, wonach der Bund, das Land und die Gemeinden von der Errichtung einer Gebrauchsabgabe befreit sind.

38) § 57 Abs 4 Krnt StraßenG.

39) § 18 Abs 1 NÖ StraßenG, LGBl 8500–0.

40) LGBl 3700–0 (WW).

41) § 1 Abs 1 NÖ GebrauchsabgabeG 1973; siehe auch *Merli*, Nutzungsrechte 230.

42) *Merli*, Nutzungsrechte 230; *VIGH* 7. 12. 1984, B 43/83.

43) Siehe *OGH* 11. 10. 2012, 1 Ob 166/12 m; *Hauer/Zaussinger*, Niederösterreichisches Baurecht⁷ (2006) § 18 NÖ StG 1999 Anm 5.

44) LGBl 3700–7.

45) Antrag LtG-591/A-1/39–2010 [zu Art I, zu Z 4].

46) Antrag LtG-591/A-1/39–2010 [zu Art I, zu Z 4].

47) LGBl 1966/20.

48) Vgl *Merli*, Nutzungsrechte 230; *Holzer* in *Kolonovits/Muzak/Perthold/Piska/Strejcek* (Hrsg) 636; *VIGH* 6. 10. 1989, B 1071/87.

nach dem NÖ GebrauchsabgabeG eine hoheitliche und eine privatrechtliche Bewilligung zu erwirken wären. Dies sollte aber nach der Nov 2011 zum NÖ GebrauchsabgabeG gerade vermieden werden.

b) Wien

Für das Bundesland Wien besteht wiederum die Situation, dass dieses seit der Trennung vom Bundesland Niederösterreich im Jahre 1921 über **kein eigenständiges LandesstraßenG** mehr verfügt und dessen Bereiche stattdessen durch die Wiener BauO⁴⁹⁾ und das Wiener Gebrauchsabgabegesetz 1966 (kurz GAG) geregelt werden, wobei sich in der Wr BauO die Regelungen über Erhalt und Errichtung von Straßen und im GAG jene über Gemeingebrauch und Sondernutzung finden.⁵⁰⁾

Das GAG kennt dabei wie auch das NÖ GebrauchsabgabeG ein **duales System aus Sondernutzungen**, für welche eine eigene Tarifpost im GAG besteht und die damit der Erteilung einer hoheitlichen Bewilligung in Form einer Gebrauchserlaubnis bedürfen und eines Auffangtatbestands in § 1 Abs 2, wonach jene Sondernutzungen, welche über die bestimmungsgemäße Benützung hinausgehen, für die aber keine eigenständige Tarifpost besteht, der privatrechtliche Zustimmung der Stadt Wien als Grundeigentümerin bedürfen.

Für die Errichtung von Vorgärten (Aufstellung von Tischen, Sesseln u.Ä.) vor Geschäftslokalen zur Verabeichung von Speisen und zum Ausschank von Getränken sieht das GAG die Tarifpost D2 vor, weshalb die Errichtung eines Schanigartens in den hoheitlichen Bereich des GAG fällt.

Das GAG kennt dabei für die Errichtung von Vorgärten grundsätzlich **zwei maßgebliche Zeiträume**: Zum einen jenen von 1. 3. bis 30. 11. jedes Jahres und jenen von 1. 12. bis Ende Februar des Folgejahrs; Letzterer wird dabei als Winterschanigarten bezeichnet.⁵¹⁾

Zu beachten ist dabei, dass die Bewilligung von sog Winterschanigärten nach dem GAG gewissen Restriktionen unterworfen ist: So ist es zum einen nicht möglich, ausschließlich eine Bewilligung für den Zeitraum vom 1. 12. bis Ende Februar des Folgejahrs zu erwirken, sondern muss diese stets Hand in Hand mit einer Bewilligung für einen Vorgarten im Zeitraum von 1. 3. bis 30. 11. gehen.⁵²⁾ Weiters ist der Winterschanigarten größentechnisch beschränkt, da dieser höchstens im Ausmaß der in der Zeit von 1. 3. bis 30. 11. bewilligten Fläche in folgender Form zulässig ist, entweder

→ entlang der Gebäudefront, vorzugsweise entlang der Geschäftsfront rechts bzw links von einem Lokaleingang bis zu 1,5 m Breite auf insgesamt bis zu 12 m² Vorgartenfläche; ist die Vorgartenfläche in der Zeit vom 1. 3. bis Ende November aus Gründen der Barrierefreiheit oder aus stadtgestalterischen Gründen von der Gebäudefront abgerückt, kann der Vorgarten ausnahmsweise auch in der Zeit vom 1. 12. bis Ende Februar von der Gebäudefront abgerückt werden, wenn dem nicht andere öffentliche Rücksichten, insb der Winterdienst, entgegenstehen; ebenso ist eine Aufstellung am durch Nut-

zungskonzept und Zonierungsplan verordneten Standort zulässig oder

- in Fußgängerzonen und Begegnungszonen bis zu 10 Prozent der in der Zeit vom 1. 3. bis 30. 11. bewilligten Vorgartenfläche; errechnet sich danach eine Vorgartenfläche von unter 12 m², ist ein Vorgarten von bis zu 12 m² zulässig oder
- die Aufstellung von bis zu 2 Stehtischen rechts bzw links von einem Lokaleingang auf insgesamt bis zu 2 m² Vorgartenfläche.⁵³⁾

Die **dritte Variante** zur Errichtung von zwei Stehtischen rechts bzw links vom Lokaleingang, maximal sohin zwei Tische, insgesamt, unterscheidet sich dabei von den beiden anderen dadurch, dass diese nach § 1 Abs 3 GAG nur einem Anzeigeverfahren unterliegen und die Gebrauchserlaubnis bei Vorliegen der gesetzlichen Erfordernisse nach Ablauf von 4 Wochen ab vollständiger Anzeige als erteilt gilt. Die Wendung „bei Vorliegen der gesetzlichen Erfordernisse“ wird man dabei dahingehend zu verstehen haben, dass auch bei diesem Anzeigeverfahren, wie von Seiten des VwGH auch für die Bereiche des Baurechts sowie zu § 76 a GewO judiziert, eine Erteilung der Gebrauchserlaubnis trotz vollständiger Anzeige und Ablauf der Frist von 4 Wochen dann nicht eintritt, wenn bereits bei der Anzeige selbst Versagungsgründe nach dem GAG bestanden haben.⁵⁴⁾

Bei den **auf Gehsteigen** situierten **Winterschanigärten** ist weiters zwingend eine Restgehsteigbreite von 2 Metern zu wahren, und die Errichtung eines Winterschanigartens ist weiters grundsätzlich nur auf Gehsteigen bzw in Fußgänger- und Begegnungszonen, nicht aber in der Parkspur zulässig.⁵⁵⁾

Darüber hinaus trifft nach Tarifpost D 2 Z 4 GAG den Inhaber der Gebrauchserlaubnis für einen Winterschanigarten die Pflicht, sämtliche in diesem genutzten Gegenstände (Tische, Sessel etc) mit dem täglichen gewerblichen Betriebsende⁵⁶⁾ von der Vorgartenfläche, sohin dem öffentlichen Grund, zu entfernen.

Eine weitere Besonderheit bei der Errichtung von Winterschanigärten nach dem GAG zeigt sich darin, dass im Rahmen des behördlichen Bewilligungsverfahrens in besonderem Maße auch der Versagungsgrund des § 2 Abs 2 a Z 5 GAG zum Tragen kommt, wonach eine **Interessenabwägung mit saisonalen temporären Sondernutzungen** (Weihnachtsmärkte, Punsch- und Maronistände etc) vorzunehmen ist. →

49) LGBl 1930/11.

50) Vgl Holzer in Kolonovits/Muzak/Perthold/Piska/Strejcek (Hrsg) 632; Krzizek, Das öffentliche Wegerecht (1967) 12 f.

51) Der Winterschanigarten nach dem GAG ist dabei nicht mit der ebenfalls in der TP D 2 normierten Möglichkeit der sog Winterbelassung zu verwechseln. Bei der Winterbelassung handelt es sich um die Möglichkeit, die Abfriedung (Geländer, Pflanzen etc) der Vorgärten, nicht jedoch die Vorgärten samt deren Inventar selbst, in der Zeit vom 1. 12. bis Ende Februar des Folgejahres, gegen Entrichtung einer Abgabe zu belassen, sodass diese nicht mit dem Ende des Betriebs des Vorgartens am 30. 11. entfernt werden muss.

52) TP D 2 Z 1 GAG; vgl auch Holzer in Kolonovits/Muzak/Perthold/Piska/Strejcek (Hrsg) 641 f; Klose/T. Holzer, Schanigarten 34.

53) Siehe zu diesen Varianten auch Holzer in Kolonovits/Muzak/Perthold/Piska/Strejcek (Hrsg) 641; Klose/T. Holzer, Schanigarten 35 f.

54) Vgl VwGH 23. 11. 2016, Ra 2014/04/0005.

55) TP D 2 Z 3 und 5 GAG.

56) Dies ist bei nach § 76 a GewO zur Kenntnis genommenen Gastgärten auf öffentlichem Grund, sofern keine individuelle Einschränkung der Zeiten vorliegt, 23 Uhr. Siehe auch Kap B.1.

Zuletzt ist seit der GAG-Novelle 2016,⁵⁷⁾ mit welcher auch die Regelungen über die Errichtung von Winterschanigärten in das GAG eingefügt wurden, auch die Inanspruchnahme von elektrisch betriebenen Heizgeräten als eigenständige Tarifpost B 28 im GAG geregelt und für diese je begonnener 4 kW Nennanschlussleistung eine Abgabe zu entrichten.⁵⁸⁾

Zu beachten ist in abgabenrechtlicher Hinsicht, dass es sich bei der Abgabe für Heizgeräte nach der Tarifpost B 28 GAG um eine **Jahresabgabe** und bei jener für Vorgärten nach der Tarifpost D 2 GAG um eine **Monatsabgabe** handelt. Beide Fälle stellen nach § 10 Abs 1 lit a GAG bescheidmäßig festzusetzende Abgaben dar, die somit, im Gegensatz zu den Selbstbemessungsabgabe nach der Tarifpost C des GAG, behördlich vorgeschrieben werden. Da auch die Gebrauchserlaubnis nach der Tarifpost D 2 GAG zumeist für mehrere Monate beantragt wird, kommt es, was die Fälligkeit der Abgabe für die beiden Tarifposten anbelangt, im Regelfall zu einem Zusammenfall der Fälligkeitszeitpunkte, da zum einen nach § 11 Abs 3 GAG die Jahresabgabe in ihrer Gesamtheit mit Ablauf eines Monats ab Erlassung des die Gebrauchserlaubnis verleihenden Bescheids fällig wird und dies nach § 11 Abs 4 leg cit auch für Monatsabgaben gilt, sofern die Gebrauchserlaubnis für mehr als einen Monat erteilt wird.

→ In Kürze

Der Beitrag widmet sich der Erscheinungsform des Winterschanigartens sowie der bei seiner Errichtung zu beachtenden Rechtsgrundlagen, die hierbei sowohl auf bundes- als auch auf landesrechtlicher Ebene verortet sind.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Mag. Dr. Thorsten Holzer ist Jurist im öffentlichen Dienst und ehemaliger Lektor an der Universität Wien. Kontaktadresse: Verwaltungsgericht Wien, Muthgasse 62, 1190 Wien. E-Mail: thorsten.holzer@gpr.at

Vom selben Autor erschienen:

Holzer, *Das Recht der Gebrauchsabgabe*, in *Kolonovits/Muzak/Perthold/Piska/Strejcek* (Hrsg), *Besonderes Verwaltungsrecht* (2017);

D. Resümee

Es lässt sich sohin festhalten, dass für die Errichtung von sog Winterschanigärten stets eine Trias von Bewilligungen, bestehend aus jenen der GewO, der StVO und der LandesstraßenG bzw GebrauchsabgabeG, erforderlich ist. Während die GewO und die StVO ihre Verfahren dabei als klassisch hoheitlich ausgestaltet haben, wurde dies auf der Ebene der LandesstraßenG mehrheitlich in den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung verlagert, sodass hier regelmäßig kein Bescheid ergeht, sondern eine Vereinbarung mit der Straßenverwaltung zu schließen oder die Zustimmung dieser einzuholen ist. Anders gestaltet sich die Lage hier nur mehr in den Bundesländern Wien und Niederösterreich, die einen großen Teil der Nutzungen des öffentlichen Straßengrundes im Rahmen ihrer GebrauchsabgabeG weiterhin in der Hoheitsverwaltung belassen haben, so auch die Bewilligung von Vorgärten und damit auch von Winterschanigärten.

57) LGBl 2016/61.

58) TP B 28 GAG; siehe auch *Klose/T. Holzer*, *Schanigarten* 36.

Holzer, *Der Gastgarten in Zeiten von COVID-19. Aktuelle Fragen des Gastgartenrechts vor epidemiologischem Hintergrund*, ZVR 2020, 243.

Hinweis:

Der Beitrag spiegelt ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wider.

→ Literatur-Tipp



Klose/Holzer, *Der Schanigarten in Wien* (2018)

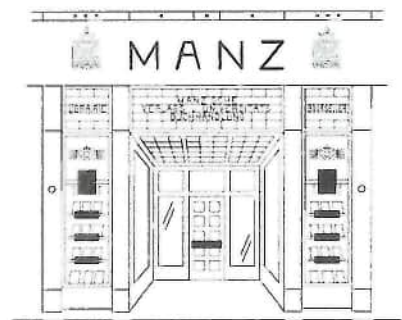
MANZ Bestellservice:

Tel: +43 (0)1 531 61-100

Fax: +43 (0)1 531 61-455

E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at



shop.manz.at

Die erste Adresse. Seit 1849.

Willkommen in Österreichs größter Fachbuchhandlung für Recht, Steuer und Wirtschaft mit 20.000 lagernden Titeln! Ergänzt wird das Sortiment durch einen modernen Webshop mit 3,3 Millionen Titeln.

Öffnungszeiten: Mo – Fr, 10.00 – 18.00 Uhr

Kohlmarkt 16, 1010 Wien

