



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Mag. Novak sowie die Hofrätinnen Dr. Leonhartsberger, Mag. Liebhart-Mutzl, Dr.ⁱⁿ Sembacher und Dr.ⁱⁿ Gröger als Richter und Richterinnen, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Kovacs, über die Revision der G OG, vertreten durch Mag. Katarzyna Sowa, Rechtsanwältin in Wien, gegen das am 25. März 2024 mündlich verkündete und am 3. Oktober 2024 schriftlich ausgefertigte Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien, VGW-121/039/11573/2023-14, betreffend Versagung einer Gebrauchserlaubnis (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Magistrat der Stadt Wien; weitere Partei: Wiener Landesregierung), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Die Bundeshauptstadt Wien hat der Revisionswerberin € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit Bescheid vom 4. August 2023 wies die belangte Behörde den Antrag der Revisionswerberin auf Erteilung der Gebrauchserlaubnis für einen Schanigarten an einem näher bezeichneten Standort in Wien im Ausmaß von insgesamt 51,60 m² für den Zeitraum von 1. April bis 31. Oktober 2023 und von 1. März bis 31. Oktober 2024 gemäß § 1 iVm § 2 Abs. 2 Gebrauchsabgabegesetz 1966 - GAG ab und untersagte die Aufstellung des Schanigartens. Begründet wurde dies von der belangten Behörde im Wesentlichen damit, dass der Antrag auch Flächen vor der Fassade des Nachbarbetriebes umfasse. Es widerspreche den Vorgaben der Tarifpost D 2 GAG, wenn der angesuchte Schanigarten zum Teil vor der Front eines fremden Betriebes aufgestellt werden solle.
- 2 Dagegen erhob die Revisionswerberin Beschwerde an das Verwaltungsgericht. Während des anhängigen Beschwerdeverfahrens wurde der Revisionswerberin



die Erlaubnis für einen Schanigarten links und rechts ihres Lokaleingangs im Ausmaß von jeweils 4,3 m Länge und 3 m Breite erteilt (ab Rechtskraft des Bewilligungsbescheides vom 21. Februar bis 31. Dezember 2024 sowie - fallbezogen nicht weiter relevant - von 1. Jänner bis 31. Dezember 2025). Das Verwaltungsgericht ging in diesem räumlichen Umfang für den Zeitraum 1. März bis 31. Oktober 2024 von einer Klaglosstellung der Revisionswerberin aus und bestätigte den Bescheid vom 4. August 2023 mit dem angefochtenen Erkenntnis im übrigen Umfang (Spruchpunkt I.2.). Hinsichtlich des Ausspruchs über den Antragszeitraum 1. März bis 31. Oktober 2023 wies es die Beschwerde vollumfänglich ab (Spruchpunkt I.1.), weil kein Alternativantrag gestellt worden sei. Die Revision an den Verwaltungsgerichtshof erklärte es für zulässig.

- 3 Begründend führte das Verwaltungsgericht aus, die Revisionswerberin betreibe einen Gastgewerbebetrieb. Ausgehend von einem Bescheid aus dem Jahr 2010 seien ihr in der Vergangenheit (regelmäßig) Bewilligungen für die Errichtung von Schanigärten (Vorgärten im Sinn des GAG) erteilt worden, welche von der Straßenfront aus betrachtet denjenigen Raum überschritten hätten, der sich aus einem rechten Winkel zur Front des eigenen Gastgewerbebetriebes ergeben habe. Die Pächterin des nächstgelegenen Geschäftslokals habe ihr Einverständnis für die Nutzung der zusätzlichen Flächen durch die Revisionswerberin gegeben. Die Beschwerde stütze sich wesentlich darauf, dass ein gesetzliches Erfordernis, wonach sich der Schanigarten direkt vor dem vom Bewilligungswerber betriebenen Geschäftslokal befinden müsse, nicht bestehe. Diesem Beschwerdevorbringen sei der Wortlaut der Tarifpost D 2 GAG entgegenzuhalten, nach dem der darin festgesetzte Tarif „für Vorgärten (Aufstellung von Tischen, Sesseln u.a.) vor Geschäftslokalen zur Verabreichung von Speisen und zum Ausschank von Getränken“ zu entrichten sei. Es entspreche seit einer Gesetzesnovelle im Jahr 2016 dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, dass Vorgärten nur *vor* Geschäftslokalen des (jeweiligen) Gastronomiebetriebes und Betriebes mit Gastronomie im Rahmen der Nebenrechte nach der Gewerbeordnung 1994 zulässig sein sollten. Daran könne auch die Zustimmung des Nachbarbetriebes nichts ändern, weil über gesetzliche Gebote nicht privatrechtlich disponiert



werden könne. Die Bezugnahme auf ältere Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes überzeuge nicht: Sei vor der Novelle im Gesetzestext von „Vorgärten *von* Geschäftslokalen“ die Rede gewesen, so laute die Formulierung nun „Vorgärten *vor* Geschäftslokalen“. Dass die belangte Behörde auch nach dem Jahr 2016 noch (antragsgemäß vollumfängliche) Genehmigungen erteilt habe, sei offenbar einem Versehen geschuldet. Für eine „ausschließlich der Frontlinie entsprechende Beurteilung eines ‚Vorgartens‘“ spreche auch die Definition in § 79 Abs. 1 der Bauordnung für Wien - BO für Wien (im Folgenden: BO).

- 4 Die ordentliche Revision sei zulässig, weil es zur neuen Rechtslage keine konsolidierte Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts gebe. Es könne auch nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass der Verwaltungsgerichtshof in den gesetzlichen Änderungen keine ausreichenden Unterschiede erkennen und nicht doch weiterhin in jenem Sinn entscheiden werde, wie er dies etwa in seinem Erkenntnis vom 30. Jänner 2014, 2010/05/0197, getan habe.
- 5 Gegen dieses Erkenntnis des Verwaltungsgerichts richtet sich die vorliegende Revision. Die belangte Behörde erstattete eine Revisionsbeantwortung mit dem Antrag, die Revision als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

- 6 Die Revision ist im Hinblick auf fehlende höchstgerichtliche Rechtsprechung zur seitlichen Ausdehnung von „Vorgärten vor Geschäftslokalen“ im Sinn des Tarif D Post 2 GAG seit der Novelle LGBl. Nr. 61/2016 zulässig. Sie ist auch begründet.





- 7 Die maßgeblichen Bestimmungen des Gesetzes über die Erteilung von Erlaubnissen zum Gebrauch von öffentlichem Gemeindegrund und die Einhebung einer Abgabe hierfür (Gebrauchsabgabengesetz 1966 - GAG), LGBl. Nr. 20/1966 idF LGBl. Nr. 36/2023, lauten auszugsweise:

„§ 1

Gebrauchserlaubnis

(1) Für den Gebrauch von öffentlichem Grund in der Gemeinde, der als Verkehrsfläche dem öffentlichen Verkehr dient, samt den dazugehörigen Anlagen und Grünstreifen einschließlich seines Untergrundes und des darüber befindlichen Luftraumes ist vorher eine Gebrauchserlaubnis zu erwirken, wenn die Art des Gebrauches im angeschlossenen Tarif (Sondernutzung) angegeben ist.

Dies gilt nicht, soweit es sich um Bundesstraßengrund handelt.

Auf die Erteilung einer Gebrauchserlaubnis besteht kein Rechtsanspruch.

(2) Jeder im Tarif (Abs. 1) bzw. in der Anlage I (Abs. 3) nicht angegebene Gebrauch, der über die bestimmungsgemäße Benützung der Verkehrsfläche nach den straßenpolizeilichen und kraftfahrrechtlichen Bestimmungen hinausgeht (Sondernutzung), bedarf der privatrechtlichen Zustimmung der Stadt Wien als Grundeigentümerin.

(3) Für eine in Anlage I umschriebene Nutzung öffentlichen Grundes im Sinne des Abs. 1 ist deren Beginn, Art, Umfang und Dauer der Behörde vor Beginn der Nutzung anzuzeigen. Die Gebrauchserlaubnis gilt bei Vorliegen der gesetzlichen Erfordernisse nach Ablauf von 4 Wochen - im Falle einer Nutzung nach Anlage I Z 9 nach Ablauf von 8 Wochen - nach vollständiger Anzeige als erteilt. Die beabsichtigte Gebrauchnahme bzw. die Gebrauchserlaubnis kann - unbeschadet der §§ 6 und 16 - durch die Behörde bei Vorliegen eines seit Vorlage der Anzeige bestehenden bzw. nachträglich entstandenen Versagungsgrundes und bei Nichtvorliegen der sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen untersagt bzw. widerrufen werden. Für Gebrauchserlaubnisse nach diesem Absatz gilt dieses Gesetz sinngemäß.

(4) Durch eine Sondernutzung werden keine Rechte ersessen.

§ 1a

Nutzung des öffentlichen Grundes

Der öffentliche Grund in der Gemeinde gemäß § 1 dient dem bestimmungsgemäßen Gebrauch aller in Wien wohnenden und sich aufhaltenden Personen. Dabei wird berücksichtigt, dass der Gemeingebrauch als vorrangige Zweckbestimmung für diese Personen gewährleistet ist und



ihnen auch genügend Möglichkeiten zur Nutzung für Zwecke der Erholung, der Bewegung, des Verweilens und der Begegnung bleiben sowie der öffentliche Grund barrierefrei zugänglich ist. Mit dieser Bestimmung werden weder Rechte noch Verpflichtungen begründet.

[...]

§ 2

Erteilung der Gebrauchserlaubnis

(1) [...]

[...] Die Erteilung einer Gebrauchserlaubnis nach Tarif D Post 2 ist für jedes Kalenderjahr für denselben Bewilligungswerber in Bezug auf denselben Standort oder von Teilflächen desselben nur einmal zulässig; insbesondere ist die zeitliche Verlängerung oder örtliche Erweiterung nicht zulässig.

(2) Die Gebrauchserlaubnis ist zu versagen, wenn dem Gebrauch gegenwärtige bzw. zu erwartende öffentliche Rücksichten, beispielsweise Umstände sanitärer oder hygienischer Art, Gründe der Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs, des Winterdienstes (Säuberung von Schnee, Bestreuung bei Schnee und Glatteis u. dgl.), des Platzbedarfes für Lade- und Liefertätigkeit, der Aufenthaltsqualität für Personen zu nicht kommerziellen Zwecken (insbesondere Gewährleistung von Aufenthalts- und Kommunikationsbereichen), städtebauliche Interessen und Vorhaben, Bauführungen betreffend die Verkehrsinfrastruktur, Gesichtspunkte des Stadt- und Grünlandbildes, des Klimaschutzes sowie sonstiger öffentlicher Interessen im Zusammenhang mit der Klimawandelanpassung, dem Schutz von Bäumen und Grünflächen einschließlich ihres ober- und unterirdischen pflanzlichen Lebensraumes sowie unversiegelten Flächen im öffentlichen Raum iSd § 8a, 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.

(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;
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 sowie
6. Bäume sowie Grünflächen einschließlich ihres ober- und unterirdischen pflanzlichen Lebensraumes und unversiegelte Flächen im öffentlichen Raum iSd § 8a durch die Art der Sondernutzung beschädigt werden können und die Sondernutzung sowie deren Ausmaß am beantragten Standort nicht aufgrund von Gesetzen oder Verordnungen zwingend notwendig ist.

Abs. 2 vorletzter und letzter Satz gelten sinngemäß.

[...]

(5)

1. Parteistellung haben im Verfahren zur Erteilung der Gebrauchserlaubnis neben dem Antragsteller nur der Eigentümer der Liegenschaft, bei Bauwerken auf fremden Grund und Boden überdies der Eigentümer der Baulichkeit, von der aus der Gebrauch erfolgt oder erfolgen soll und jener Eigentümer, der durch den Gebrauch in seinem Frontrecht berührt sein kann, sofern sie spätestens bei der mündlichen Verhandlung Einwendungen wegen einer Beeinträchtigung der Ausübung der in § 5 Abs. 6 lit. a, b und d der Bauordnung für Wien, LGBl. für Wien Nr. 11/1930, in der jeweils geltenden Fassung, angeführten Rechte vorbringen. Dem Eigentümer kommt keine Parteistellung zu, sofern die Liegenschaft oder die Baulichkeit in einer Entfernung von mehr als 20 m von der den Gegenstand der Gebrauchserlaubnis betreffenden Fläche liegt oder wenn innerhalb des letzten vor der Einbringung des Antrages auf Erteilung der Gebrauchserlaubnis liegenden Jahres für die den Gegenstand der Gebrauchserlaubnis betreffende Fläche bereits eine gleichartige Gebrauchserlaubnis erteilt war. [...]

[...]



Tarif über das Ausmaß der Gebrauchsabgaben

[...]

D. Monatsabgaben je begonnenen Abgabenmonat

[...]

2. für Vorgärten (Aufstellung von Tischen, Sesseln u. a.) vor Geschäftslokalen zur Verabreichung von Speisen und zum Ausschank von Getränken je begonnenen m² Fläche und je begonnenen Monat in der Zone 1 gemäß Anlage II 23,10 Euro, in der Zone 2 gemäß Anlage II 11,70 Euro und in der Zone 3 gemäß Anlage II 2,40 Euro.

Ein Vorgarten ist auch am durch Nutzungskonzept und Zonierungsplan verordneten Standort zulässig.

Die Gegenstände auf der bewilligten Vorgartenfläche sind in ordnungsgemäßem und betriebsbereitem Zustand zu halten.

Für strombetriebene Heizgeräte ist ein Stromtarif zu wählen, der jedenfalls auch Ökostrom beinhaltet. Strombetriebene Heizgeräte dürfen nur in Betrieb genommen werden, wenn zumindest ein Gast den Vorgarten nutzt; dafür sind entsprechende technische Einrichtungen wie Bewegungsmelder, Anwesenheitssensoren oder Zeitschaltuhren zu verwenden.

Folgendes ist nicht zulässig:

1. Raumbildende Elemente, Einhausungen u. dgl.;
2. Gasbetriebene Heizgeräte;
3. Die Verwendung der Vorgartenfläche als Lagerfläche;
4. Vorgärten auf Flächen, die für besondere Nutzungen vorgesehen bzw. vorbehalten sind, wie insbesondere AnwohnerInnenparkzonen im Rahmen der Parkraumbewirtschaftung, Feuerwehrezufahrten, Rettungswege, Behindertenparkplätze, Taxistandplätze, Ladezonen, Fahrradständer zur öffentlichen Benützung, Car-Sharing-Parkplätze, Ladeplätze für E-Fahrzeuge, für Diplomatenfahrzeuge reservierte Parkplätze (Diplomatenzonen).

[...]“





- 8 Tarif D Post 2 GAG lautete in der vom Verwaltungsgericht zentral angesprochenen Fassung LGBl. Nr. 61/2016 wie folgt (Anmerkung: sogenannte „Winterregelung“; wieder entfallen mit der Einführung von Ganzjahresschanigärten durch LGBl. Nr. 36/2023):
- „2. für Vorgärten (Aufstellung von Tischen, Sesseln u. a.) vor Geschäftslokalen zur Verabreichung von Speisen und zum Ausschank von Getränken je begonnenen m² Fläche und je begonnenen Monat in der Zone 1 gemäß Anlage II 20 Euro, in der Zone 2 gemäß Anlage II 10 Euro und in der Zone 3 gemäß Anlage II 2 Euro.
- Für die Zeit vom 1. Dezember bis Ende Feber des Folgejahres gilt Folgendes:
1. Eine Bewilligung für Vorgärten ausschließlich in der Zeit vom 1. Dezember bis Ende Feber des Folgejahres ist nicht zulässig;
 2. Ein Vorgarten ist alternativ in folgenden Varianten höchstens im Ausmaß der in der Zeit vom 1. März bis Ende November bewilligten Vorgartenfläche zulässig:
 - a) 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. März bis Ende November aus Gründen der Barrierefreiheit oder aus stadtgestalterischen Gründen von der Gebäudefront abgerückt, [...]“
- 9 In der Fassung vor der Novelle LGBl. Nr. 61/2016 lautete Tarif D Post 2 GAG auszugsweise wie folgt:
- „2. für Vorgärten (Aufstellung von Tischen, Sesseln ua.) von Geschäftslokalen aller Art je begonnenen m² Fläche und je begonnenen Monat in der Zone 1 gemäß Tarif A Post 11 7,50 Euro, in der Zone 2 gemäß Tarif A Post 11 5 Euro in einer Fußgängerzone und 1 Euro außerhalb einer Fußgängerzone. [...]“
- 10 Die Revisionswerberin führt zur Begründung ihrer Revision näher aus, aus § 2 Abs. 2 GAG - und den darin beispielhaft aufgezählten Versagungsgründen - ergebe sich nicht, dass es unzulässig sei, wenn ein Gastgarten auch teilweise vor dem Gebäude eines anderen Geschäftes liege. Vielmehr werde aus der Bestimmung des § 2 Abs. 5 GAG zur Parteistellung auch jenes Eigentümers, der durch den Gebrauch in seinem Frontrecht berührt sein kann, deutlich, dass ein Gastgarten auch vor der Geschäftsfront eines



anderen Geschäftes möglich sei. Der Sinn der Novellierung der Tarifpost D 2 GAG im Jahr 2016 habe darin bestanden, Vorgärten auf Gastronomiebetriebe und verwandte Branchen mit Nebengewerbegastronomie, z.B. Bäcker, zu beschränken. Gewerbe, die nichts mit Gastronomie zu tun hätten, sollten ausgeschlossen werden. Dies sei auch dem Hinweis in den Erläuterungen, es solle die Regelung wie vor der Novelle LGBI. Nr. 43/1990 hergestellt werden, zu entnehmen. Eine Beschränkung der Gastgärten auf die jeweilige Breite des Geschäftslokals sei weder dem Gesetzestext noch den Materialien zu entnehmen. All dies werde auch durch die sogenannte „kleine Winteröffnung“ von Gastgärten in LGBI. Nr. 61/2016 klar ersichtlich. Die dort enthaltene Formulierung „entlang der Gebäudefront, vorzugsweise entlang der Geschäftsfront [...]“ könne nicht anders verstanden werden, als dass Gastgärten auch außerhalb der Geschäftsfront möglich seien. Schließlich bedeute weder im allgemeinen noch im juristischen Sprachgebrauch das Wort „vor“ irgendeine Beschränkung im Sinn der „Breite“ eines Objekts. Auch ein wesentlich breiteres Objekt könne „vor“ einem schmälere Objekt liegen.

- 11 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fallen Schanigärten unter die in Tarif D Post 2 GAG genannten „Vorgärten“ (vgl. VwGH 23.5.2017, Ra 2015/05/0079, mwN).
- 12 In der Stammfassung des GAG, LGBI. Nr. 20/1966, erfasste der damals maßgebliche Tarif B Post 21 „Vorgärten (zum Beispiel Aufstellung von Tischen und Stühlen) *vor* Gast- sowie Kaffeehäusern u. dgl. [...]“. Diese Wendung wurde bereits mit der Novelle LGBI. Nr. 25/1967 in Tarif B Post 20 in „Vorgärten (Aufstellung von Tischen und Stühlen) *von* Gast- sowie Kaffeehäusern u. dgl. [...]“ und später - mit der Novelle LGBI. Nr. 43/1990 - in „Vorgärten (Aufstellung von Tischen, Sesseln ua.) von Geschäftslokalen *aller Art* [...]“ geändert (Hervorhebungen nicht im Original).
- 13 Aus den Erläuterungen zu LGBI. Nr. 25/1967 ergibt sich kein Hinweis darauf, weshalb mit dieser Novellierung das Wort *von* statt dem Wort *vor* gewählt wurde. Als Intention des Gesetzgebers für die so rasch nach Inkrafttreten der Stammfassung erfolgende Novelle LGBI. Nr. 25/1967 ist den Gesetzesmaterialien nur zu entnehmen, bei Vollziehung des Tarifes des GAG



hätten sich Erhöhungen ergeben, die zum Teil weit über der vom Gesetzgeber beabsichtigten Anhebung lagen. Mit der Novelle seien näher genannte, als Ursachen einer übermäßigen Tarifsteigerung festgestellte Umstände beseitigt worden (vgl. Erl. BlgWrLT Nr. 42/67).

- 14 Zur hier interessierenden Neuformulierung in Tarif D Post 2 GAG durch LGBl. Nr. 61/2016 führen die Erläuterungen aus (vgl. Erl. BlgWrLT Nr. 22/2016, S 11):

„Vorgärten sollen wie vor der Novelle LGBl. für Wien Nr. 43/1990 nur vor Geschäftslokalen des Gastronomiebetriebes und eines Betriebes mit Gastronomie im Rahmen der Nebenrechte nach der Gewerbeordnung 1994 (Lebensmittelhandel gem. § 154 GewO 1994, Konditor und Bäcker gem. § 150 GewO 1994 etc., nicht jedoch beispielsweise Friseure und Immobilientreuhänder) zulässig sein.“

- 15 Diese Erläuterungen sprechen gegen eine bewusste Änderung der Formulierung durch den Gesetzgeber im Hinblick auf die zulässige Breite des Schanigartens; ihnen ist kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass mit der Änderung eine Einschränkung von Vorgärten auf die unmittelbare Situierung ausschließlich in der Breite des jeweiligen Geschäftslokals erfolgen sollte. Auch im allgemeinen Teil der Erläuterungen findet sich kein entsprechender Hinweis.

- 16 Auch wenn die belangte Behörde in ihrer Revisionsbeantwortung vorbringt, dass die erneute Änderung mit der Novelle LGBl. Nr. 61/2016 dem Gesetzgeber nicht als unbewusst ausgelegt werden könne und daraus die von ihr vertretene Auslegung zu folgern sei, lässt sich aus der Änderung des Wortlautes der Bestimmung von „von“ in „vor“ Geschäftslokalen nicht ableiten, dass ein Gastgarten nur entlang der Front des zugehörigen Geschäftslokals, aber nicht über diese Front hinaus, errichtet werden darf. Denn - wie die Revisionswerberin zutreffend vorbringt - ließe sich aus dem Wort „vor“ etwa auch schließen, dass der Vorgarten rein räumlich - jedenfalls auch - vor dem Objekt des Antragstellers liegen muss.

- 17 Die Revision zeigt auch zutreffend auf, dass die mit der Novelle LGBl. Nr. 61/2016 eingeführte „Winteröffnung“ eine Situierung des



Schanigartens entlang der Gebäudefront regelte, sie aber nicht auf die Breite des Lokals beschränkte („vorzugsweise entlang der Geschäftsfrent rechts bzw. links von einem Lokaleingang bis zu 1,5 m Breite auf insgesamt bis zu 12 m² Vorgartenfläche“).

- 18 Aus Tarif D Post 2 GAG ergibt sich daher - ausgehend von ihrem Wortlaut - auch seit der Novelle LGBI. Nr. 61/2016 („Vorgärten [...] vor Geschäftslokalen zur Verabreichung von Speisen und zum Ausschank von Getränken“) nicht, dass ein Schanigarten nur in der Breite der Front des zugehörigen Geschäftslokals, aber nicht über diese Front hinausgehend, errichtet werden darf.
- 19 Der Verwaltungsgerichtshof sprach in seinem Erkenntnis vom 23. Mai 2017, Ra 2015/05/0079 (unter Heranziehung der Novelle LGBI. Nr. 25/1967 und des Wortes „von“) aus, dass der Gesetzgeber nicht auf die unmittelbare Situierung vor der Liegenschaft abstelle, von der der Gebrauch ausgeht. Aus dem Wortsinn „Vorgärten“ ergebe sich, dass eine gewisse räumliche Nahebeziehung zu dem Geschäftslokal gegeben sein müsse; dass ein Schanigarten jedoch nur unmittelbar vor einem Geschäftslokal errichtet werden dürfe, ergebe sich daraus nicht. Darüber hinaus hielt der Verwaltungsgerichtshof in dieser Entscheidung unter Hinweis auf frühere Judikatur (u.a. VwGH 30.1.2014, 2010/05/0197) fest, dass aus dem GAG kein Anspruch des Eigentümers einer Baulichkeit abzuleiten sei, die Ausdehnung eines Schanigartens im Bereich vor seinem Haus „auf die Breite des Lokales des Bewilligungswerbers“ zu beschränken. Auch bestehe kein Anspruch darauf, dass vor dem Haus bzw. vor dem Lokal kein betriebsfremder Schanigarten betrieben werden dürfe bzw. „die Gehsteigfläche entlang eines Lokales dem jeweiligen Eigentümer oder Nutzungsberechtigten zum Betrieb eines Schanigartens zur Verfügung zu stehen“ habe.
- 20 Ein solcher Anspruch ergibt sich aus dem GAG nach wie vor nicht. Es widerspräche auch der Intention des GAG, die Versagung der Verwendung öffentlichen Gemeindegrundes an nicht im öffentlichen Interesse bzw. zur Wahrung der durch die Nutzung berührten Frontrechte gelegene Versagungsgründe zu koppeln:



- 21 Bei systematischer Betrachtung des GAG ist jedenfalls Voraussetzung für die Erteilung einer Gebrauchserlaubnis das Fehlen der in § 2 Abs. 2 GAG genannten Hindernisse (vgl. bereits VwGH 27.4.2004, 2003/05/0111). Nach der genannten Bestimmung ist die Gebrauchserlaubnis zu versagen, wenn dem Gebrauch gegenwärtige bzw. zu erwartende öffentliche Rücksichten entgegenstehen. Die Aufzählung der öffentlichen Rücksichten in § 2 Abs. 2 GAG ist nicht taxativ; die Gebrauchserlaubnis ist auch dann zu versagen, wenn ihr andere öffentliche Interessen, denen ein gleiches Gewicht wie den aufgezählten zukommt, entgegenstehen (vgl. VwGH 23.6.2015, 2013/05/0051, mwN). § 2 Abs. 2a GAG regelt eine allfällig durchzuführende Abwägung der Interessen des Gemeingebrauchs oder des Schutzes des öffentlichen Grundes gegenüber der Sondernutzung näher („Richtlinien für das Ermessen“, vgl. Erl. BlgWrLT Nr. 22/2016, S 5).
- 22 Die in § 2 Abs. 2 (und Abs. 2a) GAG angesprochenen öffentlichen Rücksichten sind die Parameter für die Bewilligung oder Versagung der Nutzung von öffentlichem Gemeindegrund. In der Vergangenheit hat der Verwaltungsgerichtshof gefordert, dass jene Beeinträchtigung des öffentlichen Interesses, auf die die Behörde eine Versagung stützt, im jeweils konkreten Fall auch tatsächlich gegeben sein muss (Beeinträchtigung des öffentlichen Interesses der Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs verneinend z.B. VwGH 29.4.2008, 2007/05/0127; bejahend VwGH 23.6.2008, 2007/05/0236, und 12.10.2004, 2004/05/0097; den Gesichtspunkt des Stadtbildes als nicht ausreichend geprüft feststellend VwGH 23.6.2015, 2013/05/0051). Diese das Bewilligungsverfahren tragenden öffentlichen Interessen verlangen - ebenso wie die zu beachtenden Frontrechte betroffener Eigentümer iSd § 2 Abs. 5 GAG - ohne eine dahingehende gesetzliche Anordnung keine von vornherein einschränkende Auslegung des Begriffs „Vorgarten“ nach Tarif D Post 2 GAG in dem Sinn, dass ein solcher höchstens in der Breite des Geschäftslokals vor diesem zu liegen kommen darf.
- 23 Die Definition des § 79 BO zur Interpretation des im GAG geregelten Begriffs „Vorgarten“ heranzuziehen, wie es das Verwaltungsgericht versucht hat, hat der Verwaltungsgerichtshof im Übrigen bereits abgelehnt und festgehalten: Der



Begriff des Vorgartens wird in der BO und im GAG unterschiedlich verwendet. Das GAG regelt den Gebrauch von öffentlichem Grund, weshalb als Vorgarten iSd GAG nur ein auf öffentlichem Grund liegender zu verstehen ist, während ein Vorgarten iSd § 79 Abs. 1 BO ein Grundstreifen ist, der frei bleibt, wenn durch den Bebauungsplan das Anbauen eines Gebäudes an die öffentliche Verkehrsfläche untersagt ist (vgl. erneut VwGH 23.5.2017, Ra 2015/05/0079).

- 24 Die fragliche Bestimmung Tarif D Post 2 GAG ist nach dem Gesagten daher dahingehend auszulegen, dass die Erteilung einer Gebrauchserlaubnis nicht schon deshalb zu versagen ist, weil sich der beantragte Schanigarten seitlich über die Front des Lokals des Bewilligungswerbers hinaus erstreckt.
- 25 Da das Verwaltungsgericht der genannten Bestimmung einen anderen Regelungsinhalt unterstellte und davon ausging, dass der über die Front des Lokals der Bewilligungswerberin hinausgehende Teil des beantragten Schanigartens nicht bewilligt werden könne, und deshalb die Prüfung der Bewilligungsvoraussetzungen des § 2 Abs. 2 (und 2a) GAG unterließ, war das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.
- 26 Von der Durchführung der beantragten Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG abgesehen werden.
- 27 Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 19. März 2026