



Beteiligungsverwaltung und Zivilrecht

Mirabellplatz 4
Postfach 63, 5020 Salzburg

Tel. +43 662 8072 3415
Fax +43 662 8072
zivilrecht@stadt-salzburg.at

An das Stadtratskollegium
z.Hd. MD/00 - Magistratsdirektion

Bearbeitet von
Mag. Daniel Schneider, LLB. oec.
Tel. +43 662 8072 2416

Zahl (Bitte bei Antwortschreiben anführen)
04/00/67159/2024/006

18.11.2024

Betreff

Fiskalgeltung der Grundrechte bei Erteilung von zivilrechtlichen Bewilligungen für
Gastgärten und Verkaufskioske

Rechtliche Stellungnahme

Sehr geehrte Mitglieder des Stadtratskollegiums!

Das Stadtratskollegium hat in seiner 93. Sitzung am 30. September 2024 die nachfolgend genannte Frage gestellt.

I. Fragestellung

Bürgermeister Auinger hat berichtet, dass die MA 4 anregt, den Anhang der Gemeinderatsgeschäftsordnung (Anhang GGO) dahingehend abzuändern, dass die Benützungsbewilligungen über städtischen Liegenschaftsbesitz für Gastgärten und Verkaufskioske künftig nicht mehr in einem gemeinderätlichen Ausschuss beschlossen werden müssen. Die MA 4 begründet den vorgeschlagenen Entfall einer Beschlussfassung durch gemeinderätliche Gremien damit, dass die Betreiber von Gastgärten und Verkaufskiosken bei Vorliegen der behördlichen Genehmigungen aufgrund der Fiskalgeltung der Grundrechte (insbesondere aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes) einen Rechtsanspruch auf die Erteilung der zivilrechtlichen Bewilligung hätten. Das Stadtratskollegium bezweifelte, dass die Betreiber von Gastgärten und Verkaufskiosken bei Vorliegen der behördlichen Genehmigungen pauschal einen Rechtsanspruch auf die Erteilung der zivilrechtlichen Bewilligung haben und beauftragte die MA 4, diese Rechtsfrage zivilrechtlich prüfen zu lassen.

Die Frage der Fiskalgeltung der Grundrechte ist bereits in der Vergangenheit aufgetreten. Dazu liegen unter anderem ein Gutachten von Univ.-Prof. Dr. Walter Berka und eine rechtliche Stellungnahme von Rechtsanwalt Dr. Alfred Ebner vor. Das Gutachten und die rechtliche Stellungnahme stimmen in den wesentlichen Punkten überein, sind schlüssig und rechtlich nachvollziehbar. Die MA 4/00 – Beteiligungsverwaltung und Zivilrecht beantwortet daher die Fragestellung des Stadtratskollegiums unter Zugrundelegung dieser Gutachten sowie ergänzender Literatur- und Judikurrecherchen wie folgt.

II. Öffentlich-rechtliche Bewilligungen und zivilrechtliche Zustimmung

Hinsichtlich der für den Betrieb von Gastgärten und Verkaufskiosken erforderlichen Bewilligungen ist zwischen öffentlich-rechtlichen Bewilligungen und der zivilrechtlichen Zustimmung zu unterscheiden.

Sofern es sich bei der Grundfläche, auf welcher ein Gastgarten oder Verkaufskiosk betrieben werden soll, um eine Straße im Sinne der Straßenverkehrsordnung 1960 handelt, ist insbesondere die öffentlich-rechtliche Bewilligungspflicht nach § 82 StVO zu beachten: Für die Benützung von Straßen einschließlich des darüber befindlichen, für die Sicherheit des Straßenverkehrs in Betracht kommenden Luftraumes zu anderen Zwecken als zu solchen des Straßenverkehrs, z. B. zu gewerblichen Tätigkeiten und zur Werbung, ist unbeschadet sonstiger Rechtsvorschriften eine Bewilligung nach der StVO erforderlich. Die Bewilligung ist zu erteilen, wenn durch diese Straßenbenützung die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs nicht wesentlich beeinträchtigt wird oder eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende Lärmentwicklung nicht zu erwarten ist. Unter Umständen ist auch eine gewerbebehördliche Bewilligung erforderlich oder eine bloße Anzeige an die Gewerbebehörde ausreichend.

Neben allenfalls erforderlichen öffentlich-rechtlichen Bewilligungen ist auch die zivilrechtliche Zustimmung der Stadtgemeinde Salzburg als Grundeigentümerin erforderlich, weil es sich beim Betrieb von Gastgärten und Verkaufskiosken um eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Sondernutzung an dem Gemeingebrauch gewidmetem öffentlichen Gut handelt.

III. Fiskalgeltung der Grundrechte

Die Einräumung von Sondernutzungsrechten an dem Gemeingebrauch gewidmeten öffentlichen Gut erfolgt im Rahmen der Straßenverwaltung, also durch der Privatwirtschaftsverwaltung zuzurechnende Rechtsakte. Dementsprechend qualifiziert auch die Gebrauchsgebührenordnung der Stadtgemeinde Salzburg die Einräumung von Nutzungsrechten an öffentlichem Gut als privatrechtliche Zustimmung in der Form eines Gestattungsvertrags. Allgemeinen Grundsätzen des Privatrechts entsprechend könnte sich daher die Gemeinde beim Abschluss eines derartigen Gestattungsvertrages und bei seiner näheren Ausgestaltung an sich auf den privatrechtlichen Grundsatz der Vertragsfreiheit stützen; diese umschließt die Abschluss- und Inhaltsfreiheit, sodass es grundsätzlich im Belieben der Parteien stünde, ob und mit wem sie kontrahieren wollen. Damit käme der Gemeinde auch das Recht der freien Entscheidung darüber zu, ob und unter welchen Bedingungen Nutzungsrechte an den in ihrem Eigentum stehenden Flächen eingeräumt werden (*Berka*, Rechtsgutachten Zur Geltung und zur Tragweite des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebots bei der Einräumung von Nutzungsrechten am öffentlichen Gemeindegut (2018) 4f mwN).

Nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung ist jedoch die öffentliche Hand auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung an die Grundrechte gebunden (Fiskalgeltung der Grundrechte). Die Fiskalgeltung der Grundrechte gilt jedenfalls bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (*Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 1258; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 122).

Im gegenständlichen Zusammenhang ist insbesondere der allgemeine Gleichheitsgrundsatz zu beachten, welcher in Art 2 Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (StGG) und Art 7 Abs 1 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) normiert ist. Die Höchstgerichte greifen insbesondere auch bei Gestattungsverträgen auf den Gleichheitssatz zurück (*Schickmair*, Grundrechtsgeltung in der Privatwirtschaftsverwaltung, JAS 2022, 343 mwN; *Klose*, Gastgärten im öffentlichen Raum im Spannungsfeld von Deregulierung und intensiver Nutzung, RFG 2018/30).

Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz umfasst:

- Ein Privilegierungsverbot: Niemand darf wegen seiner persönlichen, subjektiven Eigenschaften gegenüber anderen Menschen bevorzugt werden.
- Ein Diskriminierungsverbot: Diskriminierungen aus unsachlichen Gründen sind unzulässig.
- Ein Differenzierungsverbot/-gebot: Der Staat muss Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Es ist ihm somit verwehrt, Ungleichbehandlungen ohne sachliche Rechtfertigung vorzunehmen oder Ungleiches in unsachlicher Weise gleich zu behandeln.
- Ein Sachlichkeitsgebot: Jedes Staatshandeln muss sachlich gerechtfertigt sein.

(*Berka* in *Kneihls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht I 1. Lfg (2001) Art 7 B-VG Rz 29 ff).

Die Stadtgemeinde Salzburg darf daher einen Gestattungsvertrag mit einem potentiellen Nutzungsberechtigten nicht aus willkürlichen oder anderen unsachlichen Gründen verweigern. In diesem Umfang ist von einer Verpflichtung zum Abschluss entsprechender Verträge und einem entsprechenden Rechtsanspruch des potentiellen Nutzungsberechtigten auszugehen, wenn die Verweigerung eines Vertragsabschlusses als unsachlich oder willkürlich qualifiziert werden müsste. Maßstäbe für die gebotene Sachlichkeit ergeben sich dabei aus allfälligen, in Form eines Selbstbindungsgesetzes oder einer entsprechenden Verwaltungsverordnung aufgestellten Bedingungen oder aus einer ständigen Behördenpraxis. Da die maßgebliche Selbstbindungsnorm, die Gebrauchsgebührenordnung, zwar einzelne Bedingungen für den Abschluss von Gestattungsverträgen vorsieht, jedoch keine näheren Regelungen über die Auswahl- und Entscheidungskriterien enthält, kommt der ständigen Behördenpraxis, also dem Verwaltungsgebrauch, eine wesentliche Bedeutung für die Beurteilung der Willkürfreiheit und Sachlichkeit zu. Wird ohne Vorliegen rechtfertigender Gründe von einer bisher geübten Praxis abgegangen, begründet das Willkür (*Berka*, Rechtsgutachten 7 ff; so auch *Ebner*, Rechtliche Beurteilung Ist die Stadtgemeinde Salzburg als Eigentümerin des öffentlichen Gutes verpflichtet, Unternehmern, die „E-Scooter-Sharing“ anbieten wollen, die privatrechtliche Zustimmung zur Benutzung von Straßen, Gehsteigen und sonstigen Verkehrsflächen für die Durchführung von E-Scooter-Sharing zu erteilen? (2020) 4).

Im Rahmen der Entscheidung über die Erteilung der zivilrechtlichen Zustimmungen für den Betrieb eines Gastgartens oder Verkaufskiosks kommt der Stadtgemeinde Salzburg ein nicht unerheblicher Ermessensspielraum zu, weil die Gemeinde konkurrierende öffentliche und private Interessen bei ihren Entscheidungen berücksichtigen kann und zum Teil auch muss. So sind bei Entscheidungen über eine Sondernutzung des öffentlichen Gutes die Auswirkungen auf den Gemeingebrauch stets mit zu berücksichtigen, aber auch andere Aspekte wie etwa verkehrspolitische Erwägungen, Gesichtspunkte des Fremdenverkehrs und der Wirtschaftsförderungen oder die Berücksichtigung der Erfordernisse des Nachbar- und Umweltschutzes. Das alles können sachliche Gesichtspunkte sein, die zu berücksichtigen sind und von den denen die Einräumung von Nutzungsrechten abhängig gemacht werden darf (*Berka*, Rechtsgutachten 8).

Es können somit auch andere Schutzinteressen, die von öffentlich-rechtlichen Vorschriften wie der StVO oder der Gewerbeordnung nicht umfasst sind, berücksichtigt werden (vgl *Klose*, Gastgärten im öffentlichen Raum im Spannungsfeld von Deregulierung und intensiver Nutzung, RFG 2018/30).

IV. Ergebnis

Das Vorliegen der erforderlichen öffentlich-rechtlichen Bewilligungen begründet nicht pauschal einen Rechtsanspruch auf Erteilung der zivilrechtlichen Zustimmung. Die Stadtgemeinde Salzburg hat bei der Erteilung der zivilrechtlichen Zustimmungen für den Betrieb von Gastgärten und Verkaufskiosken allerdings den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz zu beachten und darf daher die Zustimmung nicht aus willkürlichen oder anderen unsachlichen Gründen verweigern. Willkür ist insbesondere dann anzunehmen, wenn ohne sachliche Gründe von einer ständigen Behördenpraxis abgegangen wird. Nach der ständigen Behördenpraxis werden zivilrechtliche Zustimmungen grundsätzlich erteilt, wenn die öffentlich-rechtlichen Bewilligungen vorliegen und sonst keine sachlichen Gründe gegen eine Zustimmung ersichtlich sind. Von dieser Behördenpraxis darf im Einzelfall nicht ohne sachliche Gründe abgegangen werden. Zwar können sachliche Gründe die Verweigerung der zivilrechtlichen Zustimmung trotz Vorliegens der erforderlichen öffentlich-rechtlichen Bewilligungen rechtfertigen. Sofern jedoch keine sachlichen Gründe für die Verweigerung vorliegen, besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Zustimmung. Verweigert die Stadtgemeinde die Zustimmung ohne sachliche Gründe, setzt sie sich einem Haftungsrisiko aus.

Mit freundlichen Grüßen
Mag. Daniel Schneider, LLB. oec.

Elektronisch gefertigt



Dieses Dokument wurde amtssigniert.
Informationen zur Prüfung der elektronischen
Signatur und des Ausdrucks finden Sie unter:
<https://www.stadt-salzburg.at/amtssignatur>