Zur Geltung und zur Tragweite des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebots bei der Einräumung von Nutzungsrechten am öffentlichen Gemeindegut

Rechtsgutachten

erstattet von

O. Univ. Prof. em. Dr. Walter Berka

Fachbereich Öffentliches Recht/Verfassungs- und Verwaltungsrecht der

Universität Salzburg

im Auftrag von Goldener Hirsch GmbH

8. Dezember 2019

Inhalt

I. Der Sachverhalt und die Gutachtensfrage 2

II. Zur Geltung des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes für die kommunale Privatwirtschaftsverwaltung 4

III. Zur Beurteilung des vom Hotel Goldener Hirsch gestellten Antrags 8

IV. Ergebnis 12

I. Der Sachverhalt und die Gutachtensfrage

Dem Gutachter wurde der folgende Sachverhalt mitgeteilt:[1] Das Hotel Goldener Hirsch beantragte bei der Stadtgemeinde Salzburg die Einräumung der Nutzungsrechte für einen Gastgartenbetrieb auf Grundflächen im Bereich des Herbert-von-Karajan-Platzes. Die entsprechenden Flächen gehören zum öffentlichen Gut der Stadtgemeinde. Gegenwärtig nutze das Hotel Goldener Hirsch einen Teil der Flächen vor seinen Gebäuden für die temporäre Abstellung von Fahrzeugen, bevor diese woanders geparkt werden. Ein weiterer Teil dieser Flächen vor dem Hotel Goldener Hirsch werde vom Nachbarbetrieb, das ist das Hotel Blaue Gans, genutzt; dieses habe das entsprechende Nutzungsrecht von der Stadtgemeinde eingeräumt bekommen und nehme dieses seit dem Jahre 1993 ohne Unterbrechung in Anspruch. Somit nutze das Hotel Blaue Gans nicht nur die vor dem Hotel und den Grundstücken 365 und 366, KG 56537, liegenden Flächen, sondern nehme auch Flächen in Anspruch, die unmittelbar vor dem im Besitz des Hotels Goldener Hirsch stehenden Grundstück (Grundstück 364, KG 56537) liegen. Die derzeitige vom Hotel Blaue Gans bewirtschaftete Nutzfläche auf öffentlichem Grund betrage ca 270 m² und die derzeit bestehende Nutzung durch den Goldenen Hirsch ca 79 m².

Die Einräumung von Nutzungsrechten für die über den Gemeingebrauch hinausgehende Sondernutzung von Flächen, die zum öffentlichen Gut der Stadtgemeinde Salzburg gehören, erfolgt durch eine privatrechtliche Genehmigung (Gestattungsver-

[1] Schreiben Rechtsanwalt Dr. Maxim Grobovschek vom 13.11.2019.

trag) nach Maßgabe der vom Gemeinderat beschlossenen Gebrauchsgebührenordnung.[2] Nach Ziffer 2.1. der Gebrauchsgebührenordnung besteht auf die Erteilung der zivilrechtlichen Zustimmung kein Rechtsanspruch. Soweit nichts Abweichendes vereinbart ist, gilt die Zustimmung als unbefristet erteilt, wobei ihr Widerruf „jederzeit ohne Angabe von Gründen" möglich ist (Ziffer 2.7. Gebrauchsgebührenordnung). Mit Ablauf des Gestattungsvertrages muss die Gebrauchseinrichtung unverzüglich entfernt werden; außerdem ist der frühere Zustand wieder ordnungsgemäß herzustellen (Ziffer 2.8. Gebrauchsgebührenordnung).

Nach der langjährigen und vom zuständigen Behördenvertreter bestätigten Praxis der Stadtgemeinde[3] hätten sämtliche Besitzer bzw Eigentümer das „vorrangige Recht" zum Abschluss einer Vereinbarung betreffend einen Gastgarten hinsichtlich der vor ihrer Liegenschaft befindlichen Flächen. Dadurch solle vermieden werden, dass es zu einer Beeinträchtigung der Interessen des Besitzers/Eigentümers durch geschäftsschädigendes Verhalten (etwa Behinderung beim Eingang eines Geschäftslokals, Versperrung von Schaufenstern usw) kommen könne. Daher würden die Flächen unmittelbar vor dem Besitz bzw Eigentum auch nur ausnahmsweise einem Dritten zur Verfügung gestellt, wenn der Besitzer oder Eigentümer jeweils ausdrücklich zustimme.

Mit Schreiben vom 28.10.2019 hat die zuständige Magistratsabteilung zum Antrag des Hotels Goldener Hirsch auf Erteilung der beantragten Genehmigung mitgeteilt, diesem Antrag „vorerst nicht entsprechen zu können". Begründend wurde von der Behörde darauf hingewiesen, dass das Hotel Blaue Gans (bzw die Rechtsvorgänger) Investitionen getätigt hätten, um eine Gastgartennutzung möglich zu machen. Die gegenwärtig als Gastgarten genutzten Flächen seien über Antrag des Betreibers des Hotels Blaue Gans in einen entsprechend der Nutzung erforderlichen technischen Zustand gebracht worden, wobei die damaligen Sanierungsarbeiten aufgrund der

---

2 Gebrauchsgebührenordnung, Gemeinderatsbeschluss vom 14.12.1976, ABl 1976/25, mehrfach abgeändert, zuletzt kundgemacht ABl 2018/23, MD/04/79739/1995/084.

3 Dies ergibt sich ebenfalls aus dem oben Fn 1 angeführten Schreiben an den Gutachter.

technischen und gestalterischen Vorgaben/Bedingungen mit hohen Investitionskosten verbunden gewesen seien. Ferner könnten im Bereich des Herbert-von-Karajan-Platzes Änderungen im Zusammenhang mit der Verkehrsführung (mit allfälligen Nutzungsänderungen im antragsgegenständlichen Bereich als Folge daraus) derzeit nicht ausgeschlossen werden bzw sei nicht absehbar, ob und welche Änderungen im Bereich des Herbert-von-Karajan-Platzes im Rahmen der Verkehrsführung erfolgen würden.

Vor diesem Hintergrund wurde der Gutachter um Prüfung der Rechtsfrage ersucht, ob die Stadtgemeinde Salzburg als Eigentümerin der fraglichen Flächen zur Einräumung der beantragten Nutzungsrechte verpflichtet ist, soweit sich der Antrag auf jene Flächen bezieht, die sich räumlich vor den im Eigentum und Besitz des Hotels Goldener Hirsch stehenden Grundflächen befinden, die gegenwärtig vom Hotel Blaue Gans für gastgewerbliche Zwecke genutzt werden, bzw ob dem Antragsteller ggf ein entsprechender Rechtsanspruch zukommt. Diese Fragen sind im Hinblick auf die Verpflichtungen zu prüfen, die sich für die Stadtgemeinde aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz ergeben. Auf die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen den beiden Gastgewerbebetrieben, die sich allenfalls aus den geschilderten Umständen ergeben könnten, wird in diesem Gutachten nicht eingegangen.

II. Zur Geltung des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes für die kommunale Privatwirtschaftsverwaltung

1. Die Einräumung von Sondernutzungsrechten an dem dem Gemeingebrauch gewidmeten öffentlichen Gut erfolgt im Rahmen der Straßenverwaltung, also durch der Privatwirtschaftsverwaltung zuzurechnende Rechtsakte.[4] Dementsprechend qualifiziert auch die im vorliegenden Fall anzuwendende Gebrauchsgebührenordnung der Stadtgemeinde Salzburg die Einräumung von Nutzungsrechten an öffentlichem Gut als privatrechtliche Zustimmung in der Form eines Gestattungsvertrags (vgl oben I.).

---

[4] Vgl § 8 Abs 1 Salzburger Landesstraßengesetz 1972 LGBl 1972/119 idgF; zur Einräumung von Sondernutzungsrechten vgl ferner zB VwGH 27.2.2013, 2010/05/0125 sowie *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht[5] (2017) Rz 1418.

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.[5] 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.[6] Die Gebrauchsgebührenordnung der Stadtgemeinde Salzburg scheint dies zu bestätigen, wenn sie ausdrücklich einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer entsprechenden zivilrechtlichen Zustimmung ausschließen möchte (Ziffer 2.1. der Gebrauchsgebührenordnung).

2. In der jüngeren Judikatur und Lehre wird allerdings durchwegs anerkannt, dass die Vertragsfreiheit der öffentlichen Hand in weiterem Umfang eingeschränkt ist, als dies beim Privatrechtsverkehr der privaten Rechtssubjekte untereinander der Fall ist. Dabei hat sich die Judikatur zunächst auf die besondere Pflichtenbindung gestützt, die Gebietskörperschaften als Träger einer „rechtlichen oder faktischen Monopolstellung" zukommen kann, wenn die „faktische Übermacht eines Beteiligten bei bloß formaler Parität ihm die Möglichkeit der ‚Fremdbestimmung' über andere gibt".[7] Diesen Ansatz verallgemeinernd geht die neuere Auffassung dahin, dass sich die öffentliche Hand auch als Träger von Privatrechten ganz allgemein den Bindungen nicht entziehen kann, die aus bestimmten öffentlich-rechtlichen Grundsätzen folgen.[8]

---

5 Vgl zB nur *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II[14] (2015) Rz 52 ff.

6 Vgl zB OGH 23.5.1973, 1 Ob 71/73, SZ 46/54; OGH 14.7.1986, 1 Ob 554/86, SZ 59/130; OGH 20.11.1990, 4 Ob 166, 167/90, MR 1991, 121 ua.

7 Grundlegend: OGH 16.9.1971, 1 Ob 227/71, SZ 41/138 (Straßeneinmündung); zustimmend zu dieser Entscheidung VfSlg 7078/1973; ausführlich zu diesem Ansatz und mit weiteren Nachweisen OGH 24.2.2003, 1 Ob 272/02k, SZ 2003/17 (Bundesbetreuung). Aus der Literatur etwa *F. Bydlinski*, Zum Kontrahierungszwang der öffentlichen Hand, in Klecatsky-FS I (1980) 129 (132); ähnlich *Rummel*, in Rummel/Lukas (Hrsg), AGBG (Stand 1.11.2014, rdb.at) § 861 Rz 26 ff.

8 Vgl grundlegend *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 117 ff; nunmehr auch *Holoubek*, in Korinek/Holoubek ua (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, B-VG Art 7/1 S 1, 2, Rz 434 ff.

Dies gilt insbesondere für das aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz (Art 7 B-VG) folgende Verbot unsachlicher Ungleichbehandlung, etwa bei der Gewährung von Subventionen,[9] bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen[10] oder der Verfügung über öffentliches Gut.[11] Im Einzelnen wird die Geltung des Gleichheitsgrundsatzes für den privatwirtschaftlich handelnden Staat auf unterschiedliche Begründungsansätze gestützt; der Sache nach kommt in dieser Judikatur die Fiskalgeltung der Grundrechte zum Tragen, das heißt die Annahme, dass die an sich den hoheitlichen Staat verpflichtenden Grundrechte auch auf die Privatwirtschaftsverwaltung der Gebietskörperschaften anzuwenden sind. Eine solche Fiskalgeltung wird heute in der Literatur[12] und Judikatur[13] durchwegs anerkannt: Der Staat kann sich „nicht einfach dadurch, dass er sich zur Erfüllung seiner Aufgaben nicht hoheitlicher Handlungsformen bedient, der den hoheitlich handelnden Staat treffenden Grundrechtsbindung grundsätzlich entziehen [...]. Der Staat bleibt nämlich Staat, auch wenn er sich der Instrumente des Privatrechts bedient."[14]

Daher ist die Gemeinde auch bei einem privatrechtlichen Nutzungsregime wie im vorliegenden Fall an den Gleichheitsgrundsatz gebunden. Daraus folgt, dass sie ihren

---

9 Vgl zB OGH 24.11.1988, 6 Ob 694/88, SZ 61/261 (Kälbermastprämien); OGH 18.12.1992, 6 Ob 563/92, SZ 65/166 (Baukostenzuschuss); OGH 26.1.1995, 6 Ob 514/95, JBl 1995, 582 (Exportförderung); OGH 24.2.2003, 1 Ob 272/02k, SZ 2003/17 (Bundesbetreuung).

10 Hier „verstehe sich ... geradezu von selbst", dass der verfassungsrechtliche Gleichheitsgrundsatz auf das Verhältnis der öffentlichen Hand als Träger von Privatrechten zum einzelnen Rechtssubjekt anzuwenden sei; so OGH 24.2.2003, 1 Ob 272/02k, SZ 2003/17 (Bundesbetreuung) unter Hinweis auf *Korinek/Holoubek* (Fn 8) 152 ff; vgl ferner OGH 19.10.1994, 7 Ob 568/94, SZ 67/182; OGH 28.3.2000, 1 Ob 201/99m, JBl 2000, 519.

11 Vgl OGH 16.9.1971, 1 Ob 227/71, SZ 41/138 (Straßeneinmündung); *B. Raschauer* (Fn 4) Rz 1414.

12 Vgl mit weiteren Nachweisen *Berka/Binder/Kneihs*, Die Grundrechte[2] (2019) 141 ff; *Holoubek* (Fn 8) B-VG Art 7/1, S 1, 2, Rz 433; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] (2019) Rz 737 ff; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht[11] (2015) Rz 1337; *Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs (2011) 23 ff; *Berka*, Verfassungsrecht[7] (2019) Rz 1258 ff; F. *Bydlinski* (Fn 7) 144 ff; *Rummel* (Fn 7) Rz 27.

13 Vgl grundlegend OGH 24.2.2003, 1 Ob 272/02k, SZ 2003/17 (Bundesbetreuung) mit einer Zusammenfassung der bisherigen Judikatur zur Fiskalgeltung. Nach OGH 4.8.2010, 3 Ob 104/10f entspricht es „ständiger Rechtsprechung des OGH, dass die öffentliche Hand auch bei privatrechtlicher Tätigkeit unter den weitgehenden Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes steht".

14 *Korinek/Holoubek* (Fn 8) 146.

entsprechenden Entscheidungen nur willkürfreie, sachliche Erwägungen zugrunde legen darf. Verstößt sie gegen diese Verpflichtungen, begründet das eine Rechtswidrigkeit, wobei die Fiskalgeltung des Gleichheitssatzes durch eine entsprechende Anwendung privatrechtlicher Normen umzusetzen ist. Das kann etwa auf die Annahme einer Nichtigkeitssanktion (§ 879 ABGB) hinauslaufen, auf die Begründung von Pflichten aus vorvertraglichen Schuldverhältnissen oder auf die Anwendung anderer allgemeiner Rechtsprinzipien des Privatrechts wie dem Verbot des Monopolmissbrauchs und dem daraus abgeleiteten Kontrahierungszwang, der im Einzelfall zu unmittelbaren Leistungsansprüchen führen kann, mit deren Hilfe im Einzelfall der grundrechtskonforme Zustand herzustellen ist.[15] Nach *Holoubek* lassen sich diese von der Rechtsprechung aus der Fiskalgeltung des Gleichheitssatzes abgeleiteten Bindungen im Ergebnis dahingehend zusammenfassen, dass die öffentliche Hand bei privatwirtschaftlichen Leistungsvergaben mit allen, vom Zweck der Leistung her gesehen potentiellen Leistungsbeziehern ein gesetzliches Schuldverhältnis begründet, das ein Diskriminierungsverbot und ein Gleichbehandlungsgebot nach sachlichen Maßstäben, mithin ein Gebot enthält, nur nach sachlichen Maßstäben zu differenzieren.[16]

3. Es ist folglich davon auszugehen, dass die Stadtgemeinde Salzburg bei der Einräumung von Nutzungsrechten dem „gesteigerten Kontrahierungszwang der öffentlichen Hand“[17] unterliegt, mit der Folge, dass ein Gestattungsvertrag mit einem potentiellen Nutzungsberechtigten nicht aus willkürlichen oder anderen unsachlichen Gründen verweigert werden darf. 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. Diesem

---

[15] Vgl zu dieser Erscheinungsform einer „mittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte zB *Berka*, Verfassungsrecht (Fn 12) Rz 1261 ff; *Holoubek* (Fn 8) B-VG Art 7/1 S 1, 2, Rz 433.

[16] *Holoubek* (Fn 8) B-VG Art 7/1 S 1, 2, Rz 434 unter Hinweis auf OGH 26.1.1995, 6 Ob 514/95 und OGH 21.4.2004, 10 Ob 23/03k.

[17] So *F. Bydlinski* (Fn 7) 132; ähnlich *Rummel* (Fn 7) § 861 Rz 27.

Ergebnis steht auch nicht entgegen, wenn in bestimmten Einzelfällen die Gesetzgebung selbst oder, wie im Fall der Stadtgemeinde Salzburg, eine entsprechende Verordnung (Gebrauchsgebührenordnung) einen Rechtsanspruch auf Vertragsabschluss verneinen sollte.[18] Maßstäbe für die gebotene Sachlichkeit ergeben sich dabei aus allfälligen, in der Form eines Selbstbindungsgesetzes oder einer entsprechenden Verwaltungsverordnung aufgestellten Bedingungen oder aus einer ständigen Behördenpraxis.

III. Zur Beurteilung des vom Hotel Goldener Hirsch gestellten Antrags

1. Nach der dargestellten Rechtslage ist die Stadtgemeinde Salzburg bei der Einräumung von Nutzungsrechten durch Gestattungsvertrag an den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz gebunden. Sie muss daher von ihrer privatrechtlichen Verfügungsmacht einen willkürfreien Gebrauch machen, jede Form einer Diskriminierung vermeiden und bei der Vergabe dieser Rechte nach sachlichen Maßstäben vorgehen. Freilich gibt es dabei einen nicht unerheblichen Gestaltungsspielraum, weil die Gemeinde konkurrierende öffentliche und private Interessen bei ihren Entscheidungen berücksichtigen darf 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 je nach der konkreten Lage zu berücksichtigen sind und von denen die Entscheidung über die Einräumung von Nutzungsrechten abhängig gemacht werden darf.

2. Ob und unter welchen Bedingungen die Stadtgemeinde daher Gastgewerbebetrieben die Nutzung von öffentlichem Gemeindegut für gastgewerbliche Zwecke, also insbesondere zur Nutzung als „Schanigärten" gestattet, kann von unterschiedlichen

---

[18] Vgl zur Irrelevanz derartiger Bestimmungen grundlegend OGH 24.2.2003, 1 Ob 272/02k, SZ 2003/17 (Bundesbetreuung); dazu ferner mit weiteren Nachweisen *Holoubek* (Fn 8) B-VG Art 7/1 S 1, 2, Rz 440 ff.

Gesichtspunkten abhängig gemacht werden, ohne dass der Gemeinde Willkür oder unsachliches Handeln vorgeworfen werden könnte. Die für die Einräumung derartiger Nutzungen in erster Linie maßgebliche Selbstbindungsnorm, also die Gebrauchsgebührenordnung, sieht einzelne Bedingungen für den Abschluss von Gestattungsverträgen vor, nähere Regelungen über die Auswahl- und Entscheidungskriterien finden sich hier allerdings nicht, abgesehen von dem Hinweis auf den fehlenden Rechtsanspruch allfällig Interessierter.[19] In dieser Situation kommt der ständigen behördlichen Praxis, also dem Verwaltungsgebrauch, eine wesentliche Bedeutung für die Beurteilung der Willkürfreiheit und Sachlichkeit zu. Wird ohne Vorliegen rechtfertigender sachlicher Gründe von einer bisher geübten Praxis abgegangen, begründet das eine auch in die Verfassungssphäre reichende Willkürlichkeit einer behördlichen Entscheidung.[20]

Wie dargestellt geht die zuständige Magistratsabteilung in ständiger Praxis davon aus, dass den Eigentümern bzw Besitzern von Liegenschaften, die an öffentliches Gemeindegut angrenzen, ein „vorrangiges Recht" zum Abschluss einer Vereinbarung betreffend eines Gastgartens hinsichtlich der vor ihrer Liegenschaft befindlichen Flächen zukommt. Wahrscheinlich ist, dass der Abschluss einer solchen Vereinbarung auch noch von anderen Bedingungen abhängen wird, entsprechend den ganz unterschiedlichen örtlichen Gegebenheiten, wie sie sich zB aus den Verkehrsnotwendigkeiten oder der Größe der in Anspruch genommenen Flächen ergeben können. Was in der zitierten Praxis aber angesprochen wird, ist das Verhältnis zwischen verschiedenen benachbarten Liegenschaftseigentümern, und zwar – wie sich das aus der von der Behörde angeführten Begründung ergibt – im Hinblick auf mögliche Konkurrenzsituationen insbesondere bei gewerblichen Betrieben.[21] Insoweit gibt es tatsächlich das „vorrangige Recht" des *unmittelbar* angrenzenden Eigentümers/Besitzers

---

19 Vgl dazu oben bei Fn 2.

20 Vgl zB VfSlg 11.193/1986, 13.165/1992, 13.404/1993, 17.707/2005; *Holoubek* (Fn 8) B-VG Art 7/1 S 1, 2, Rz 359; allgemein zur Relevanz des sogenannten Verwaltungsbrauchs *B. Raschauer* (Fn 4) Rz 466.

21 Vgl dazu nochmals oben bei Fn 3.

und dessen Anspruch, dass Nutzungsrechte an *vor seiner Liegenschaft* liegenden Flächen an Dritte nicht oder nur mit seiner Zustimmung vergeben werden. Dieser ständige Verwaltungsbrauch, der wegen der erwähnten Gründe für sich Sachlichkeit beanspruchen kann, führt zu einer Selbstbindung der Behörde mit der Folge, dass eine Abweichung von dieser Praxis grundsätzlich als willkürlich und unsachlich qualifiziert werden muss, wenn es dafür nicht im besonderen Einzelfall maßgebliche, rechtfertigende Gründe gibt.

Angewendet auf den hier zur Beurteilung anstehenden Fall läuft das darauf hinaus, dass die Behörde unter Gesichtspunkten des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes verpflichtet ist, dem Hotel Goldener Hirsch die Nutzung der vor der Liegenschaft des Hotels liegenden Grundflächen als Gastgarten zu gestatten bzw dass sich dieser Antragsteller auf einen entsprechenden Rechtsanspruch stützen kann. Denn nach der örtlichen Lage steht dem Hotel Goldener Hirsch das erwähnte „vorrangige Recht" zur Nutzung zu.

Diese Konsequenz wäre nur dann nicht zu ziehen, wenn es konkrete Anhaltspunkte für ihrerseits als sachlich zu qualifizierende Gründe gäbe, die der Einräumung der Nutzungsrechte zwingend entgegenstehen. Dies ist im Hinblick auf jene beiden Umstände zu prüfen, die von der Behörde als Begründung für die Entscheidung mitgeteilt wurden, dem Antrag des Hotels Goldener Hirsch jedenfalls „vorerst nicht entsprechen zu können". Weitere Umstände, die der Einräumung des beantragten Nutzungsrechts entgegenstehen, wurden von der Behörde nicht behauptet und liegen ersichtlich nicht vor.

3. Worauf die Behörde an erster Stelle hinweist, sind die Investitionen, die getätigt wurden, um die gastgewerbliche Nutzung auch der vor dem Hotel Goldener Hirsch liegenden Flächen durch den Nachbarbetrieb möglich zu machen. Es ist nicht ganz klar, ob sich dieses Vorbringen auf Investitionen bezieht, die von der Stadtgemeinde getätigt wurden, um die Nutzung als Gastgarten möglich zu machen, oder auch bzw nur auf Aufwendungen, die der Nutzungsberechtigte, also das Hotel Blaue Gans, getätigt haben. Sollte es um eine Nutzbarmachung der Flächen auf Kosten der Stadt-

gemeinde gehen, könnten diese keinen sachlichen Grund dafür darstellen, dem Hotel Goldener Hirsch die diesem Antragsteller vorrangig zukommenden Nutzungen zu verwehren. Denn allenfalls von der Stadtgemeinde getätigte Investitionen dienten so oder so dem gleichen Zweck, nämlich der Nutzung als Gastgarten, und im Hinblick auf die von der Stadtgemeinde zu wahrenden öffentlichen Interessen kann es keinen Unterschied machen, wer diesen Gastgarten betreibt.

Hat der bisherige Betreiber des auf der fraglichen Fläche bestehenden Gastgartens finanzielle Aufwendungen getätigt, stellt das ein Interesse dar, dem die Schutzwürdigkeit nicht von vorneherein aberkannt werden kann. Zu berücksichtigen sind allerdings die Höhe der tatsächlich vom bisherigen Betreiber getätigten Anschaffungs- oder Herstellungskosten und die Zeitdauer der möglichen Nutzung gemessen an der entsprechenden Abschreibungsdauer, wobei wegen der Nutzung seit dem Jahre 1993 davon auszugehen ist, dass sich allfällige Investitionen bereits längst amortisiert haben. In erster Linie ausschlaggebend ist allerdings ohnedies der Umstand, dass durch den Gestattungsvertrag die Nutzung nur gegen jederzeitigen Widerruf eingeräumt wird, der Nutzungsberechtigte daher nicht darauf vertrauen kann, dass ihm getätigte Investitionen ersetzt werden oder er ein „Nutzungsrecht" erlangt hat, das er bis zur Amortisation getätigter Aufwendungen nutzen kann. Bei dieser Ausgestaltung der Rechtslage konnte eine schutzwürdige Vertrauenslage daher auch nicht entstehen.

Freilich ist auch der nach der Gebrauchsgebührenordnung jederzeit mögliche Widerruf nur aus sachlichen Gründen zulässig und darf ein bisheriger Nutzungsberechtigter darauf vertrauen, dass die von ihm getätigten Investitionen nicht in willkürlicher Weise entwertet werden. Im vorliegenden Fall liegt allerdings eine Konstellation vor, die einem solchen Widerruf eine sachliche Rechtfertigung gibt, nämlich der Umstand, dass der bisherige Nutzungsberechtigte Flächen genutzt hat, auf denen ihm das für die behördliche Praxis maßgebliche „vorrangige Recht" gerade nicht zustand. Auch ein Flächenvergleich ergibt, dass die von den beiden benachbarten Gastgewerbebetrieben bislang bewirtschafteten Flächen des öffentlichen Grundes bisher in einer ganz unausgewogenen Weise zur Nutzung eingeräumt waren, nämlich im Verhältnis von 270 m^2 (Hotel Blaue Gans) zu 79 m^2 (Hotel Goldener Hirsch). Unter Be-

rücksichtigung dieser Gesichtspunkte muss man somit die Einräumung des vom Hotel Goldener Hirsch beantragten Nutzungsrechts geradezu als eine Maßnahme ansehen, durch die ein sachgerechter Interessenausgleich herbeigeführt werden kann.

4. Die für die Einräumung der Nutzungsrechte zuständige Magistratsabteilung beruft sich ferner auf mögliche Änderungen im Zusammenhang mit der Verkehrsführung im Bereich des Herbert-von-Karajan-Platzes, die einer Einräumung des beantragten Nutzungsrechts entgegenstünden. Durch derartige Änderungen wäre die fragliche Gastgartenfläche jedenfalls und unabhängig von der Person des Nutzungsberechtigten betroffen. Wenn es also im Hinblick auf mögliche zukünftige Maßnahmen der Verkehrsplanung zwingend erforderlich wäre, die Fläche von konkurrierenden Nutzungen freizuhalten, müsste das bereits zum Widerruf der geltenden, dem Nachbarbetrieb eingeräumten Nutzungsberechtigung führen. Davon abgesehen wäre es vor allem im Hinblick auf die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit unsachlich, die Einräumung der beantragten Nutzungsrechte wegen möglicher, im Einzelnen aber noch ungewisser Nutzungen zu Verkehrszwecken zu verweigern. Denn die verkehrsplanerischen Interessen sind durch die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs ausreichend gewahrt, wobei bei der näheren Ausgestaltung einer Gestattungsvereinbarung auch weitere vertragliche Festlegungen im Zusammenhang mit derartigen Verkehrserfordernissen getroffen werden könnten.

IV. Ergebnis

Ausgehend von der eindeutigen Rechtsprechung und Lehre zur Fiskalgeltung des Gleichheitsgrundsatzes ist die Stadtgemeinde bei der Einräumung von Nutzungsrechten am öffentlichen Gemeindegut zu einer willkürfreien Vorgangsweise nach Sachlichkeitsgesichtspunkten verpflichtet. Soweit nicht im Einzelfall der Gestattung einer Nutzung sachliche Gründe entgegenstehen, ist von einem Rechtsanspruch potentieller Nutzungsinteressierter auszugehen. Neben Selbstbindungsnormen ist eine bestehende behördliche Praxis als Maßstab für die gebotene Sachlichkeit heranzuziehen.

Unter Zugrundelegung dieser Gesichtspunkte ist davon auszugehen, dass dem Hotel Goldener Hirsch die Einräumung der beantragten Nutzungsrechte an den vor der

Liegenschaft des Hotels liegenden Flächen nicht verweigert werden darf. Eine Verwehrung dieser Nutzung kann nicht auf den Umstand gestützt werden, dass es Nutzungsrechte gibt, die bisher einem Nachbarbetrieb auf den fraglichen Flächen eingeräumt waren bzw darauf, dass es möglicherweise künftige Verkehrsplanungen geben könnte, die mit der beantragten Nutzung unvereinbar sind.

O. Univ. Prof. em. Dr. Walter Berka