

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

22.03.1996

**Geschäftszahl**

94/17/0482

**Beachte****Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

94/17/0483

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Hnatek und die Hofräte Dr. Puck, Dr. Höfinger, Dr. Köhler und Dr. Zens als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Fegerl, über die Beschwerde 1. der E-AG in W, vertreten durch Dr. A, Rechtsanwalt in W, und 2. der W-V-Aktiengesellschaft in W, vertreten durch Dr. C, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid der Abgabenberufungskommission der Bundeshauptstadt Wien vom 11. März 1994, Zl. MD-VfR - C 1/94, betreffend Gebrauchsabgabe, zu Recht erkannt:

**Spruch**

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

Die Erstbeschwerdeführerin und die Zweitbeschwerdeführerin haben der Bundeshauptstadt Wien Aufwendungen in der Höhe von je S 4.282,50 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Kostenmehrbegehren der belangten Behörde wird abgewiesen.

**Begründung**

Aufgrund des Ansuchens der beschwerdeführenden Parteien vom 25. März 1993 "um Genehmigung für die Errichtung einer Überdachung sowie der Gestaltung des Bodenbelages" in der M-Straße erging der Bescheid des Magistrates der Stadt Wien vom 2. Juli 1993 mit nachstehendem, auszugsweise wiedergegebenem Inhalt:

"Gemäß § 71 der Bauordnung für Wien wird auf jederzeitigen Widerruf die Bewilligung erteilt, nach dem mit dem amtlichen Sichtvermerk versehenen Plan die M-Straße vor den angegebenen Adressen auf eine Länge von 60 m mit einer 9,60 m breiten, flachtonnenförmigen Stahlglasskonstruktion, welche auf Edelstahlsäulen, deren Achsmaß 8,00 m beträgt gelagert ist, zu überdachen.

Unter einem wird dem Bauwerber gemäß § 1 Abs. 1 des Gebrauchsabgabegesetzes 1966 vom 8. Juli 1966, LGBl. für Wien Nr. 20/1966, in der geltenden Fassung, die Erlaubnis erteilt, den über öffentlichen Grund und den darüber befindlichen Luftraum durch 16, vom Boden aufgehende Stützen von je 0,45 m x 0,45 m Grundfläche (davon je 4 Stück vor den ONr. 1, 2, 3 und 4) und einer Überdachung (Wetterschutz) von 60 m Länge und 9,60 m Breite (davon je 163,20 m<sup>2</sup> vor den ONr. 1 und 2 und je 124,80 m<sup>2</sup> vor den ONr. 3 und 4) sowie von 6 Regenwasserableitungsanlagen benützen zu dürfen.

...

VORGESCHRIEBEN WIRD:

...

12) Für die Erlaubnis zum Gebrauch des öffentlichen Grundes bzw. des darüber befindlichen Luftraumes wird eine einmalige Gebrauchsabgabe von

**S 7.448,--**

und eine jährliche Gebrauchsabgabe von

**S 616.590,--**

festgesetzt.

Die Einzahlung der einmaligen Abgabe und der für das Abgabengjahr 1993 zu entrichtenden jährlichen Gebrauchsabgabe im Betrage von zusammen S 624.038,-- hat binnen einem Monat nach Zustellung des Bescheides MITTELS NACHFOLGENDEM ZAHLSCHEIN zu erfolgen. In Hinkunft ist die festgesetzte Jahresabgabe für jedes Abgabengjahr im Vorhinein bis zum 31. Jänner eines jeden Jahres einzuzahlen."

In der Begründung wurde ausgeführt, die Bewilligung für die Überdachung werde nur auf jederzeitigen Widerruf gemäß § 71 der Wiener Bauordnung erteilt, da der in Anspruch genommene Grund ein Bestandteil des öffentlichen Gutes sei. Der dem Bescheid zugrunde gelegte Sachverhalt sei den eingereichten Plänen und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung entnommen. Die vorgeschriebenen Auflagen seien in den angeführten Bestimmungen begründet. Die Abgabeberechnung ergebe sich aus den - in der Begründung näher - angeführten Ansätzen.

In der Rechtsmittelbelehrung heißt es u.a., gegen die Erteilung der Gebrauchserlaubnis sei die binnen zwei Wochen schriftlich bei der MA 35 oder bei dem Berufungssenat der Stadt Wien im Wege der MA 64 einzubringende Berufung zulässig, die einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten habe. Gegen die Abgabefestsetzung sei die binnen einem Monat nach Zustellung schriftlich bei der MA 35 oder bei der Abgabenberufungskommission im Wege der Magistratsdirektion - Verfassungs- und Rechtsmittelbüro einzubringende Berufung zulässig, die einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten habe.

Der Bescheid wurde den beschwerdeführenden Parteien am 9. Juli 1973 zugestellt.

Diese erhoben mit dem am 4. August 1993 (Postaufgabe 3. August 1993) beim Magistrat Wien eingelangten Schriftsatz Berufung gegen die Abgabefestsetzung und erklärten, "diesen Bescheid hinsichtlich der auf Seite 3 Punkt. 12 des Bescheides festgesetzten einmaligen Gebrauchsabgabe von S 7.448,-- und einer jährlichen Gebrauchsabgabe von S 616.590,-- anzufechten". Geltend gemacht wurde Begründungsmangel des Bescheides, fehlendes Parteiengehör und der Einwand, die in Rede stehende Überdachung stelle keinen Wetterschutz im Sinne des Gebrauchsabgabengesetzes dar.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 1. Dezember 1993 wurde die Berufung, soweit mit ihr die Heranziehung der Tarifpost B 5 zur Bemessung der Gebrauchsabgabe für die Überdachung der in Rede stehenden Straße angefochten wurde, als unbegründet abgewiesen. Punkt 12 des erstinstanzlichen Abgabenbescheides wurde jedoch abgeändert und durch nachstehende Abgabefestsetzung ersetzt:

"Für die Erlaubnis zum Gebrauch des öffentlichen Grundes bzw. des darüber befindlichen Luftraumes durch 16 vom Boden aufgehende Stützen mit je 0,45 m x 0,45 m Grundfläche, wovon 5 Anlagen der Liegenschaft 1., M-Straße ONr. 1, 4 Anlagen der Liegenschaft 1., M-Straße ONr. 2, 3 Anlagen der Liegenschaft 1., M-Straße ONr. 3 und 4 Anlagen der Liegenschaft 1., M-Straße ONr. 4 zunächst liegen, wird nach Tarifpost A1 des Gesetzes vom 27. April 1990, LGBl. für Wien Nr. 43/1990 eine einmalige Gebrauchsabgabe in der Höhe von

**7.076,-- S**

festgesetzt.

Für die Gebrauchserlaubnis der Überdachung der M-Straße, die mit einer Grundfläche von 172,80 m<sup>2</sup> der Liegenschaft 1., M-Straße ONr. 1, mit 163,20 m<sup>2</sup> der Liegenschaft 1.,

M-Straße ONr. 2, mit 115,20 m<sup>2</sup> der Liegenschaft 1.,

M-Straße ONr. 3 und mit 124,80 m<sup>2</sup> der Liegenschaft 1., M-Straße ONr. 4 zunächst liegt, wird nach Tarif B Post 5 derselben Rechtsnorm eine jährliche Gebrauchsabgabe von 563.160,-- S und für die der 6 Regenwasserableitungsanlagen nach Tarif B Post 8 des zitierten Gesetzes eine jährliche Gebrauchsabgabe von 390,-- S, insgesamt somit eine Jahresabgabe in der Höhe von

**563.550,-- S**

festgesetzt."

In der Begründung wurde ausgeführt, der Ansicht der beschwerdeführenden Parteien, die Überdachung der M-Straße sei der Tarifpost B 5 nicht zu unterstellen, könne nicht beigetreten werden, weil die Anlage zweifelsfrei einen Wetterschutz darstelle und aus der Tarifpost nicht abgeleitet werden könne, daß eine Abgabebemessung nur für Wetterschutzanlagen bei Haus- oder Lokaleingängen vorzunehmen sei. Die Berufung sei daher diesbezüglich als unbegründet abzuweisen. Die aufgrund der Berufung angestellten Ermittlungen hätten aber erbracht, daß der der Abgabefestsetzung zugrunde gelegte näher angeführte Grundwert berichtigt worden sei

und aufgrund weiterer (näher angeführter) Ermittlungsergebnisse eine Änderung der Abgabenfestsetzung durchzuführen gewesen sei.

Im Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz brachten die beschwerdeführenden Parteien vor, die Rechtsmeinung der Behörde, wonach es sich bei der Baulichkeit um einen Wetterschutz im Sinne der Tarifpost B 5 des Wiener Gebrauchsabgabengesetzes handle, sei unrichtig.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid wurde der im Verwaltungsverfahren bekämpfte Bescheidspruch wie folgt geändert:

"12.) Für die Erlaubnis zum Gebrauch des öffentlichen Grundes bzw. des darüber befindlichen Luftraumes wird eine einmalige Gebrauchsabgabe von

**S 7.076,--**

und eine jährliche Gebrauchsabgabe von

**S 563.550,--**

festgesetzt."

In der Begründung führt die belangte Behörde aus, den beschwerdeführenden Parteien sei mit Bescheid vom 2. Juli 1993 nebst einer bereits rechtskräftig erteilten Baubewilligung gemäß § 71 der Bauordnung für Wien auch die Gebrauchserlaubnis gemäß § 1 Abs. 1 des Gebrauchsabgabengesetzes erteilt worden, den "über öffentlichem Grund und dem darüber befindlichen Luftraum durch 16 Stützen und einer Überdachung (Wetterschutz) sowie von sechs Regenwasserableitungsanlagen" benützen zu dürfen, wobei die genauen Flächenangaben der Genehmigungsobjekte sowie die flächenmäßige und örtliche Situierung der Überdachung ebenfalls im Bescheidspruch detailliert worden sei. Diese Gebrauchserlaubnis sei bereits in Rechtskraft erwachsen, weil lediglich der Bescheidpunkt 12 (Abgabenfestsetzung) durch Berufung bekämpft worden sei. Das Berufungsvorbringen wende sich im wesentlichen gegen die Anwendung der Tarifpost B 5 des Gebrauchsabgabengesetzes als Basis der Abgabenfestsetzung für die bezeichnete Überdachung. Die beschwerdeführenden Parteien dürften übersehen haben, daß sie die Gebrauchserlaubnis für eine Überdachung, die dem Wetterschutz diene, bereits rechtskräftig erwirkt hätten. Diese bilde jedoch die Basis der Zuordnung zu einer Tarifpost des Gebrauchsabgabengesetzes und dieser Sachverhalt sei für die Abgabenfestsetzung wesentlich. Die Tarifpost B 5 lasse nicht erkennen, daß sie sich lediglich auf Verkleidungen bei Hauseingängen beziehe. Die Überdachung habe zweifellos Wetterschutzfunktion, wie im übrigen jedes Dach. Vergleiche mit Windfängen und gedeckten Vorbauten gingen ins Leere, da für diese spezifische gesetzliche Tarifposten normiert worden seien. Der Verwaltungsgerichtshof habe mehrfach entschieden, die Entrichtung der Gebrauchsabgabe sei nicht von einem de-facto-Gebrauch abzuleiten, sondern von der rechtskräftig erteilten Gebrauchserlaubnis. Da die Gebrauchserlaubnis mit dem bereits zitierten Bescheid vom 2. Juli 1993 rechtskräftig und somit während des Abgabensjahres 1993 wirksam geworden sei, sei die für die Gebrauchserlaubnis zu entrichtende Gebrauchsabgabe ab diesem Abgabensjahr zu entrichten.

Der Verfassungsgerichtshof lehnte die Behandlung der zunächst vor ihm erhobenen Beschwerden mit Beschluß vom 28. November 1994, B 964/94-10 und B 969/94-6, ab und trat die Beschwerden dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung ab.

Vor dem Verwaltungsgerichtshof erachten sich die beschwerdeführenden Parteien in ihrem Recht auf Nichtentrichtung der Gebrauchsabgabe verletzt und machen Rechtswidrigkeit des Inhaltes geltend.

Die belangte Behörde erstattete Gegenschriften, mit denen die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerden beantragt wird, und legten zu Zl. 94/17/0483 die Verwaltungsakten vor.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Das Gesetz über die Erteilung von Erlaubnissen zum Gebrauch von öffentlichem Gemeindegrund und die Einhebung einer Abgabe hierfür (Gebrauchsabgabengesetz 1966), LGBl. für Wien Nr. 20/1966 (§§ 1, 2 und 9 idF LGBl. Nr. 13/1982, § 10 idF LGBl. Nr. 35/1993 und der Tarif idF LGBl. Nr. 43/1990), lautet

auszugsweise wie folgt:

"§ 1

### **Gebrauchserlaubnis**

(1) Für den Gebrauch von öffentlichem Gemeindegrund, 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 der Gebrauch über die widmungsmäßigen Zwecke dieser Fläche hinausgehen soll.

(2) Die im angeschlossenen Tarif angegebenen Arten des Gebrauches von öffentlichem Gemeindegrund (Abs. 1) gehen über die widmungsmäßigen Zwecke hinaus.

...

## § 2

### Erteilung der Gebrauchserlaubnis

(1) Die Erteilung einer Gebrauchserlaubnis ist nur auf Antrag zulässig. Wenn für die Durchführung eines Vorhabens neben einer Gebrauchserlaubnis eine Bewilligung nach baupolizeilichen oder straßenpolizeilichen Vorschriften erforderlich ist, gilt das Ansuchen um Erteilung der baupolizeilichen oder straßenpolizeilichen Bewilligung auch als Antrag auf Erteilung der Gebrauchserlaubnis. Ein Antrag auf Erteilung einer Gebrauchserlaubnis nach Tarifpost A 6 ist mindestens 4 Wochen vor der beabsichtigten Gebrauchnahme einzubringen.

...

## § 9

### Abgabepflicht, Anzeigepflicht und Haftung

(1) Der Träger einer Gebrauchserlaubnis für Gemeindegrund gemäß § 1, der Träger einer Erlaubnis zum Gebrauch von Bundesstraßengrund und derjenige, der Bundesstraßengrund auf eine im angeschlossenen Tarif angegebene Art gebraucht, für die nach der Straßenverkehrsordnung ausdrücklich keine Bewilligung erforderlich ist, haben eine Gebrauchsabgabe zu entrichten.

...

## § 10

### Form und Höhe der Abgabe

(1) Die Gebrauchsabgabe wird in zwei Formen erhoben:

- a) als bescheidmäßig festzusetzende Abgabe. Zu dieser gehören die einmaligen Geldleistungen (einmalige Abgabe) und die jährlich wiederkehrenden Geldleistungen (Jahresabgabe);
- b) als Selbstbemessungsabgabe in Hundertsätzen von allen Einnahmen, die im Zusammenhang mit der Gebrauchserlaubnis erzielt werden, unter Ausschluß der Umsatzsteuer, die nicht zur Bemessungsgrundlage gehört.

(2) Form und Höhe der Gebrauchsabgabe richten sich nach dem angeschlossenen, einen Bestandteil dieses Gesetzes bildenden Tarif. Wird durch die Gebrauchserlaubnis die Errichtung einer baulichen Anlage gestattet, dann erhöht sich die im Tarif angegebene Gebrauchsabgabe um die für die betreffende Fläche (§ 1) zu bezahlenden Grundbesitzabgaben.

...

### Tarif über das Ausmaß der Gebrauchsabgaben

#### A. Einmalige Abgaben

1. für die Verbreiterung von Keller- und Grundmauern sowie für Gebäudesockel, Stützmauern, Pfeiler, Risalite, Torummauerungen, Schauseitenverkleidungen, einzelne Stützen und andere vom Boden aufgehende Bauteile über das in § 83 Abs. 1 der Bauordnung für Wien angegebene Ausmaß je m<sup>2</sup> der projizierten Grundfläche 13 vH des Grundwertes, mindestens aber 320 S für das einzelne Bauwerk;

...

#### B. Jahresabgaben je begonnenes Abgabensjahr

...

5. für Wetterschutz und Vordächer, 6,5 vH des Grundwertes, berechnet nach dem Ausmaß der Grundrißfläche, mindestens aber 190 S für eine Anlage; die Abgabe erhöht sich für beleuchtete Vordächer um 125 je m<sup>2</sup> der beleuchteten Fläche;"

Mit dem Bescheid vom 2. Juli 1993 hat der Magistrat der Stadt Wien den beschwerdeführenden Parteien die Erlaubnis erteilt, den "über öffentlichen Grund und den darüber befindlichen Luftraum durch 16 Stützen "und einer" Überdachung (Wetterschutz) benützen zu dürfen". Anlässlich der Erteilung dieser Gebrauchserlaubnis wurde gleichzeitig eine Gebrauchsabgabe vorgeschrieben. Die erteilte Gebrauchserlaubnis ist unanfechtet geblieben und rechtskräftig geworden, weil die Berufungen der beschwerdeführenden Parteien sich ausdrücklich nur gegen die Abgabenfestsetzung im Punkt 12 des erstinstanzlichen Abgabenbescheides richten. Im übrigen wäre die zweiwöchige Berufungsfrist gegen die erteilte Gebrauchserlaubnis im Zeitpunkt der Einbringung der Berufung gegen die Abgabenfestsetzung bereits abgelaufen gewesen.

Die Gebrauchserlaubnis erstreckte sich laut Bescheidspruch auf eine Überdachung (Wetterschutz). Damit war die Art des Gebrauches bescheidmäßig festgelegt. Denn mit der Gebrauchserlaubnis für den "Wetterschutz" wurde im Spruch des Bescheides auch bereits die Hauptfrage entschieden, daß die Gebrauchserlaubnis sich auf TP B 5 erstreckt. Die Frage nach der Tarifpost wurde durch die Erlaubnisbehörde nicht bloß im Sinne des hg. Erkenntnisses vom 23. Juni 1978, Zl. 1667/77, vorfragenweise beantwortet, und es handelt sich auch nicht lediglich um eine nicht normative Projektschilderung im Spruch des Bescheides. Demnach mußte entgegen der Ansicht der beschwerdeführenden Parteien die belangte Behörde von einer Abgabepflicht nach TP B 5 ausgehen und die Abgabe entsprechend bemessen. Wenn im Verfahren gegen die Abgabenfestsetzung vorgebracht wurde, es handle sich bei der Überdachung nicht um einen "Wetterschutz" oder um ein Vordach, dann muß dem der Erfolg versagt bleiben. Die Abgabepflicht und die Höhe der Abgabenbemessung bestehen unabhängig davon, ob die Parteien von der ihnen erteilten Gebrauchserlaubnis Gebrauch gemacht haben oder nicht, und damit auch davon, welche Einrichtung sie tatsächlich geschaffen haben. Im übrigen vermag der Verwaltungsgerichtshof nicht zu erkennen, daß die von der Erlaubniserteilung erfaßte Einrichtung keinen Wetterschutz iSd TP B 5 zum Gebrauchsabgabengesetz darstellt.

Gegen die Berechnung der Abgabe der Höhe nach wurde im verwaltungsbehördlichen Verfahren wie auch in der Beschwerde nichts weiter vorgebracht.

Die Beschwerden waren daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung konnte im Grunde des § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994. Die Aktenvorlage durch die belangte Behörde ist nur einmal zu beiden Akten erfolgt, sodaß der Vorlageaufwand den beiden beschwerdeführenden Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen war.