

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Dr. Anna Radschek in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, über die Beschwerden vom 23. April 2020 gegen die Bescheide des Magistrats der Stadt Wien MA 46 Verkehrsorganisation und technische Verkehrsangelegenheiten vom 2. April 2020 betreffend Gebrauchsabgabe zu den Geschäftszahlen ***1*** und ***2*** zu Recht erkannt:

Den Beschwerden wird gemäß § 279 BAO teilweise Folge gegeben.

Die angefochtenen Bescheide werden im Sinne der Beschwerdeentscheidungen abgeändert.

Die Bemessungsgrundlagen und die Höhe der festgesetzten Abgaben sind dem Ende der Entscheidungsgründe in Punkt 3.1.1. zu entnehmen und bilden einen Bestandteil des Spruches dieses Erkenntnisses.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

1. Zu GZ. ***1***:

Die Beschwerdeführerin wurde mit Schreiben vom 28.02.2020 aufgefordert, einen Nachweis für die erteilte Bewilligung des an ihrem Haus in 1150 Wien, ***L1*** **xx***, angebrachten Ladenvorbaus und einer Sonnenschutzvorrichtung zu erbringen.

Mit Bescheid vom 02.04.2020 wurde der Beschwerdeführerin für die Benutzung des öffentlichen Grundes bzw. des darüber befindlichen Luftraumes ohne entsprechende

Gebrauchserlaubnis für einen Ladenvorbau (Portal) mit 19 m² Schaufläche für das Jahr 2020
Gebrauchsabgabe in Höhe von 132,60 Euro vorgeschrieben.

Begründend wurde ausgeführt, laut Erhebungen der Magistratsabteilung 46 vom 27.02.2020 nutze die Abgabepflichtige an der angegebenen Adresse den öffentlichen Grund durch den oben beschriebenen Gegenstand ohne entsprechende Gebrauchserlaubnis. Der Ladenvorbau sei zumindest seit dem Jahr 2017 vorhanden. Da keine entsprechende Gebrauchserlaubnis bestanden habe, sei die Gebrauchsabgabe bescheidmäßig vorzuschreiben gewesen. Die Abgabenhöhe ergebe sich aus Tarif B Post 3 GAG 1966 in der geltenden Fassung.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Bescheidbeschwerde beantragte die Beschwerdeführerin die ersatzlose Aufhebung des Bescheides wegen „*Nichtigkeit und Rechtswidrigkeit*“, da die Vorschreibung der Gebrauchsabgabe für einen Ladenvorbau rechtswidrig gewesen sei. Sie sei nicht die Besitzerin dieser Lokalität, habe daher keinen Zugriff darauf, und könne auch schwer für eine andere Rechtsperson eine Gebrauchserlaubnis erwirken.

Die Behörde hätte dem tatsächlichen Benützer und unbefristeten Mieter diese Abgabe vorschreiben können, nicht aber ihr persönlich. Die Beschwerdeführerin sei Eigentümerin der genannten Liegenschaft, im Haus gebe es mehr als 20 Bestandeinheiten.

Schon zum Zeitpunkt des Kaufes der Liegenschaft seien die Geschäfte in diesem Haus unbefristet vermietet und der Beschwerdeführerin nicht zugänglich gewesen. Sie habe weder die Möglichkeit für eine andere Rechtsperson eine Erlaubnis zu erwirken, noch sei sie Abgabenschuldnerin der ihr vorgeschriebenen Abgabe. Aus diesem Grunde beantrage sie die ersatzlose Aufhebung dieses Bescheides als nichtig.

Nach neuerlicher Nachfrage bei ihrer Hausverwaltung gebe sie neuerlich den Namen und die Adresse des Mieters des Cafés bekannt.

Auch die Höhe der vorgeschriebenen Gebrauchsabgabe sei rechtswidrig und zu hoch bemessen. Im Übrigen liege auch gar keine maßgebliche Benutzung des Luftraums über den Gehsteig vor, sondern befinde sich auch der Ladenvorbau noch auf dem Grundstück der Beschwerdeführerin; die Behörde habe falsch gemessen.

Im Aktenvermerk vom 05.05.2020 hielt die belangte Behörde fest, eine Besichtigung und Abmessung vor Ort an diesem Tag habe ergeben, dass der Eingang mit einer Stufe weit hinter die Baulinie zurückgerückt sei und eine Länge von 1,5 m und eine Höhe von 2,1 m habe.

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 05.05.2020 wurde der Beschwerde insoweit Folge gegeben, als die Gebrauchsabgabe für 2020 nunmehr mit 113,10 Euro festgesetzt wurde, weil von der Schaufläche die Fläche des hinter der Baulinie gelegenen Eingangsbereiches abgezogen wurde. Von dem Ladenvorbau von 5, 1 m Länge und 3,6 m Höhe wurde der Eingangsbereich

von 2, 1 m Höhe und 1,5 m Breite in Abzug gebracht, woraus sich eine Schaufläche von 15,21 m² ergab.

In der Begründung wurde ausgeführt, im Internet sei seit 2017 ersichtlich, dass an der angegebenen Adresse vor dem „2. Geschäftslokal“ mit der Bezeichnung „***5***“ ein Ladenvorbau (Portal) mit den näher bezeichneten Maßen angebaut sei. Der Ladenvorbau rage über die vom Boden aufstrebende Gebäudefront hinaus und in den Luftraum über öffentlichen Grund im Sinne des GAG. Der Eingangsbereich sei hinter die Baulinie zurückgerückt im Ausmaß von 2, 1 m Höhe und 1,5 m Breite.

Der Ladenvorbau sei fest mit dem Gebäude verbunden und Bestandteil des Gebäudes. Die Beschwerdeführerin sei Eigentümerin der genannten Liegenschaft und sohin Rechtsbesitzerin des Ladenvorbaues (Portals). Der Ladenvorbau erweitere den Geschäftsraum und mache auf das Geschäftslokal aufmerksam. Die Beschwerdeführerin erziele einen Nutzen aus der Vermietung des Geschäftslokals samt Ladenvorbau.

§ 3 Abs. 1 GAG lege für Nutzungen in gegenständlicher Art von regelmäßig auf Bestanddauer fix mit Gebäuden verbundenen Gegenständen des Tarifs A Post 1 bis 4 und B Post 3, Liegenschaftseigentümerinnen als Trägerinnen von Gebrauchserlaubnissen fest. Mit dem Mieter des Geschäftslokals sollte gemäß § 3 Abs. 1 GAG gar keine Gebrauchserlaubnis begründet werden. Der Verweis auf den Mieter gehe daher ins Leere. Ein Hindernis, das einer Gebrauchserlaubnis für die Beschwerdeführerin entgegenstehen sollte, sei nicht dargelegt worden. Der Beschwerdeführerin stehe es auch frei, den Rückbau des Ladenvorbaus zu veranlassen.

Der Einwand, dass die Gebrauchsabgabe für ein Portal in Höhe von 113,10 Euro für ein gesamtes Jahr überhöht sei, könne nicht nachvollzogen werden. Die bereits im Baubewilligungsverfahren errichteten Pläne würden die Grundstücksgrenzen und damit auch den Umstand, dass der Ladenvorbau darüber hinausrage, belegen.

Im fristgerecht eingebrachten Vorlageantrag wiederholte die Beschwerdeführerin die bereits in ihrer Bescheidbeschwerde vorgetragenen Einwendungen gegen den angefochtenen Bescheid und behauptete darüber hinaus die Verfassungswidrigkeit der dem Bescheid zugrunde liegenden gesetzlichen Bestimmung, weil dadurch unter anderem ein unzulässiger Eingriff ins Eigentumsrecht begründet und gegen die Erwerbsausübungsfreiheit verstoßen werde. Es liege auch ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vor, da es sachlich nicht zu rechtfertigen sei, dass derartige Auflagen durch eine nachträgliche Gesetzesänderung aufgezwungen würden.

2. Zu GZ. ***2***:

Ebenfalls mit Bescheid vom 02.04.2020 wurde der Beschwerdeführerin für die Benutzung des öffentlichen Grundes bzw. des darüber befindlichen Luftraumes ohne entsprechende Gebrauchserlaubnis vor der genannten Liegenschaft für ein Vordach mit rund 2 m² projizierter Grundfläche und eine portalartige Verkleidung mit 12,51 m Länge und 4,14 m mittlerer Höhe und 0,13 m Vorsprung (ergibt 52 m² Schaufläche) eine Gebrauchsabgabe für das Jahr 2020 in der Höhe von 386,90 Euro vorgeschrieben.

Begründend wurde ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin den laut Erhebungen der Magistratsabteilung 46 vom 27.02.2020 öffentlichen Grund durch obige beschriebene Gegenstände ohne entsprechende Gebrauchserlaubnis nutze. Aus diesem Grund sei die Gebrauchsabgabe bescheidmäßig vorzuschreiben gewesen.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Bescheidbeschwerde beantragte die Beschwerdeführerin gleichfalls die ersatzlose Aufhebung des Bescheides wegen „*Nichtigkeit und Rechtswidrigkeit*“, da die Vorschreibung der Gebrauchsabgabe für ein Vordach und eine portalartige Verkleidung rechtswidrig gewesen sei. Sie sei nicht die Besitzerin dieser Lokalität, habe daher keinen Zugriff darauf, und könne auch schwer für eine andere Rechtsperson eine Gebrauchserlaubnis erwirken.

Die Behörde hätte dem tatsächlichen Benützer und unbefristeten Mieter diese Abgabe vorschreiben können, nicht aber ihr persönlich. Die Beschwerdeführerin sei Eigentümerin der genannten Liegenschaft, im Haus gebe es mehr als 20 Bestandeinheiten.

Schon zum Zeitpunkt des Kaufes der Liegenschaft seien die Geschäfte in diesem Haus unbefristet vermietet und der Beschwerdeführerin nicht zugänglich gewesen. Sie habe weder die Möglichkeit, für eine andere Rechtsperson eine Erlaubnis zu erwirken, noch sei sie Abgabenschuldnerin der ihr vorgeschriebenen Abgabe. Aus diesem Grunde beantrage sie die ersatzlose Aufhebung dieses Bescheides als nichtig.

Nach neuerlicher Nachfrage bei ihrer Hausverwaltung gebe sie neuerlich den Namen und die Adresse des Mieters dieser Bestandseinheit bekannt.

Auch die Höhe der vorgeschriebenen Gebrauchsabgabe sei rechtswidrig und zu hoch bemessen. Im Übrigen liege auch gar keine maßgebliche Benutzung des Luftraums über dem Gehsteig vor, sondern befinde sich gegenständliche Baulichkeit auf dem Grundstück der Beschwerdeführerin; die Behörde habe falsch gemessen.

Im Aktenvermerk von 05.05.2020 hielt die belangte Behörde fest, eine Besichtigung an diesem Tag habe ergeben, dass an der Seite ***L1*** die portalartige Verkleidung nach dem Vorsprung um 0,16 m vorrage und an der Seite ***L2*** den Vorsprung einschließe und um

40 cm vorrage. Die Auskragung sei in ca. 3 m Höhe angebracht und habe lediglich eine Breite von ca. 0,3 m, weswegen die Schutzfunktion eines Vordachs nicht bestehen könne.

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 05.05.2020 wurde der angefochtene Bescheid dahingehend abgeändert, dass von der Festsetzung einer einmaligen Gebrauchsabgabe für das „Vordach“ in einer Breite von 0,3 m Abstand genommen wurde, und eine einmalige Gebrauchsabgabe für das Jahr 2020 in Höhe von 347,10 Euro für eine portalartige Verkleidung von 52 m² Schaufläche (aus 6,22 m und 6,29 m Länge = 12,51 m Länge und 4,14 m mittlerer Höhe und 0,16 m Vorsprung) festgesetzt.

In der Begründung wurde nach Wiedergabe der anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen als Sachverhalt festgehalten, dass im Internet seit 2017 ersichtlich sei, dass am Ecklokal ***L1***/***L2*** eine portalartige Verkleidung mit einer Auskragung „Vordach“ in einer Höhe von 3 m in 6 m Länge und rund 0,3 m Breite angebaut sei. Da die Auskragung nicht die Schutzfunktion eines Vordachs zu erfüllen vermöge, sei die Gebrauchsabgabe insoweit abzuändern gewesen. Die portalartige Verkleidung und die Auskragung würden über die vom Boden aufstrebende Gebäudefront hinaus in den Luftraum über öffentlichen Grund im Sinne des GAG ragen. Die portalartige Verkleidung rage in der ***L1*** 0,16 m von der an der Ecke vorgerückten Gebäudefront und Baulinie, und am ***L2*** schließe die portalartige Verkleidung die Ecke ein und rage 40 cm in den öffentlichen Grund.

Die portalartige Verkleidung sei fest mit dem Gebäude verbunden und Bestandteil des Gebäudes. Die Beschwerdeführerin sei Eigentümerin der Liegenschaft und sohin auch Rechtsbesitzerin der portalartigen Verkleidung. Diese erweitere das Geschäftslokal und mache auf dieses aufmerksam. Dafür erziele die Beschwerdeführerin Miete und habe somit auch einen Nutzen.

§ 3 Abs. 1 GAG lege für Nutzungen in gegenständlicher Art von regelmäßig auf Bestanddauer fix mit Gebäuden verbundenen Gegenständen des Tarifs A Post 1 bis 4, und B Post 3, Liegenschaftseigentümerinnen als Trägerinnen von Gebrauchserlaubnissen fest. Mit dem Mieter des Geschäftslokals sollte gemäß § 3 Abs. 1 GAG gar keine Gebrauchserlaubnis begründet werden. Der Verweis auf den Mieter gehe daher ins Leere. Ein Hindernis, das einer Gebrauchserlaubnis für die Beschwerdeführerin entgegenstehen sollte, sei nicht dargelegt worden. Der Beschwerdeführerin stehe es auch frei, den Rückbau der Ladenvorbauten zu veranlassen.

Die Grundgrenzen seien an der Baulinie konkret feststellbar. Auf Grundlage der Baupläne würden Gebäude mit den Fassaden an der Grundgrenze und Baulinie errichtet. Für von der Fassade herausragende Teile wie die Verbreiterung vom Keller- und Grundmauern sowie für Gebäudesockel, Stützmauern, Pfeiler, Risalite, Torummauerungen, Schauseitenverkleidungen, einzelne Stützen und andere vom Boden aufgehende Bauteile, bzw. Zierverputz und sonstige Zierglieder, Gitter, Hauptgesimse, Dachvorsprünge und dergleichen im Luftraum des

öffentlichen Grundes sei bereits bei Errichtung des Gebäudes Gebrauchsabgabe zu entrichten gewesen. Dass derartige Gesimse und dergleichen hervorragen würden, bedeute nicht, dass die Grundgrenze erst ab den Gesimsen gegeben sei. Die Beschwerdeführerin sei daher im Irrtum mit ihrem Vorbringen, dass die portalartige Verkleidung auf eigenem Grund stehe. Die Baulinie springe zwar im Eck vor, die portalartige Verkleidung sei jedoch auf dem Vorsprung angebracht und rage in den öffentlichen Grund.

Im fristgerecht eingebrachten Vorlageantrag wiederholte die Beschwerdeführerin die bereits in ihrer Bescheidbeschwerde vorgetragenen Einwendungen gegen den angefochtenen Bescheid. Der Bescheid sei mangelhaft begründet, und es sei vor Ort keine Ausmessung vorgenommen worden.

Darüber hinaus behauptete sie die Verfassungswidrigkeit der dem Bescheid zugrunde liegenden gesetzlichen Bestimmung, weil dadurch unter anderem ein unzulässiger Eingriff ins Eigentumsrecht begründet und gegen die Erwerbsausübungsfreiheit verstoßen werde. Es liege auch ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vor, da es sachlich nicht zu rechtfertigen sei, dass derartige Auflagen durch eine nachträgliche Gesetzesänderung aufgezwungen würden.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin ist grundbücherliche Eigentümerin der Liegenschaft KG ***3***, EZ ***4***, in Wien ***Bezirk***, ***L1*** ***L2*** 1. Sie erwarb diese Liegenschaft samt dem darauf befindlichen Gebäude mit Kaufvertrag vom ***Datum1***. Die in dem Gebäude befindlichen Wohnungen und Lokale werden seither von ihr vermietet.

An das als „***5***“ bezeichnete Lokal in der ***L1*** ***xx*** ragt ein Ladenvorbau (Portal) über die vom Boden aufstrebende Gebäudefront und im Ausmaß von 30 cm über die Bodenlinie auf die öffentliche Verkehrsfläche hinaus. Das Portal hat Ausmaße von 5,1 m Länge und 3,6 m Breite, der Eingangsbereich im Ausmaß von 1,5 m Länge und 2,1 m Breite ist jedoch zurückversetzt und befindet sich bereits hinter der Baulinie. Damit ergibt sich eine Schaufläche von $15,21 \text{ m}^2 (= 5,1 \times 3,6 \text{ m}^2 - 1,5 \times 2,1 \text{ m}^2)$.

An das Lokal an der Ecke ***L1***/**L2*** ragt ebenfalls eine portalartige Verkleidung mit einer Auskragung (Vordach) an beiden Seiten über die vom Boden aufstrebende Gebäudefront hinaus. Sie ragt in der ***L1*** 16 cm von der im Eck vorgerückten Gebäudefront und Baulinie, am ***L2*** schließt sie die Ecke ein und ragt 40 cm über die Baulinie in den öffentlichen Grund. Die portalartige Verkleidung ist fest mit dem Gebäude verbunden und hat in der ***L1*** eine Länge von 6,22 m, am ***L2*** eine Länge von 6,29 m und weist eine

mittlere Höhe von 4,14 m auf. Daraus ergibt sich eine Schaufläche von 51,79 m² (= 12,51 x 4,14 m²).

Bei dem im bekämpften Bescheid angeführten Vordach handelt es sich lediglich um die Auskragung der Portalverkleidung.

Weder von der Beschwerdeführerin noch von den Mietern der Lokale wurde bislang eine Gebrauchserlaubnis beantragt.

2. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Grundbuchsauszug, den bei der belangten Behörde aufliegenden Plänen und den anlässlich einer Besichtigung vorgenommenen Abmessungen.

Wenn die Beschwerdeführerin behauptet, die Abmessungen der Ladenvorbauten seien unrichtig festgestellt worden, so bleibt sie dafür jeden Beweis schuldig. Da ein Organ der belangten Behörde im Rahmen eines Ortsaugenscheins die Abmessungen überprüft und deren Richtigkeit bestätigt hat, vermögen diese unqualifizierten Einwendungen keinen Zweifel an der Richtigkeit der festgestellten Abmessungen zu erwecken.

Der Umstand, dass bislang nicht um eine Gebrauchserlaubnis angesucht wurde, ist aktenkundig und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht in Abrede gestellt.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I.

Gemäß § 1 Abs. 1 Gebrauchsabgabegesetz 1966 (GAG) in der für das Streitjahr geltenden Fassung LGBl. Nr. 61/2016 ist 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 vorher eine Gebrauchserlaubnis zu erwirken, wenn die Art des Gebrauches im angeschlossenen Tarif (Sondernutzung) angegeben ist. Auf die Erteilung einer Gebrauchserlaubnis besteht kein Rechtsanspruch.

§ 9 Abs. 1 und Abs. 1a GAG in der für das Streitjahr maßgeblichen Fassung lauten wie folgt:

„§ 9

Abgabepflicht, Anzeigepflicht und Haftung

(1) Der Träger einer Gebrauchserlaubnis für öffentlichen Grund in der Gemeinde 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.

(1a) Derjenige, der öffentlichen 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 gemäß angeschlossenem Tarif benutzt ohne vorher eine Gebrauchserlaubnis erwirkt zu haben, hat - unbeschadet der §§ 6 und 16 - die Gebrauchsabgabe entsprechend dem angeschlossenen Tarif zu entrichten. Die Abgabe ist durch Bescheid festzusetzen. Die Bestimmungen dieses Gesetzes gelten sinngemäß. Wird die Gebrauchserlaubnis nachträglich erteilt, so ist die vom Abgabepflichtigen nach diesem Absatz bereits entrichtete Abgabe anzurechnen."

Gemäß § 10 Abs. 2 GAG richten sich Form und Höhe der Gebrauchsabgabe nach dem angeschlossenen, einen Bestandteil dieses Gesetzes bildenden Tarif.

Gemäß § 11 Abs. 3 GAG ist die Jahresabgabe für jedes begonnene Abgabengjahr zu entrichten; Abgabengjahr ist das Kalenderjahr. Für das begonnene Abgabengjahr, für das die Gebrauchserlaubnis erteilt wurde, wird die Abgabe mit Ablauf eines Monats nach Bekanntgabe des die Gebrauchserlaubnis erteilenden Bescheides bzw. des gesonderten Abgabenbescheides fällig; für jedes spätere Abgabengjahr ist die Abgabe jeweils bis 31. Jänner im Vorhinein zu entrichten.

Der dem GAG angeschlossene Tarif in der für das Streitjahr maßgeblichen Fassung lautet auszugsweise:

„Tarif über das Ausmaß der Gebrauchsabgaben

...

B. Jahresabgaben je begonnenes Abgabengjahr

...

3. für Ladenvorbauten, portalartige Verkleidungen, aus welchem Material immer, Portalausgestaltungen in Putz u. dgl. sowie für Portalköpfe und Schaukästen an Gebäuden bzw. Bauwerken für den ersten begonnenen m² der Schaufläche 15,60 Euro, für jeden weiteren begonnenen m² 6,50 Euro; portalartige Verkleidungen oder Portalausgestaltungen in Putz u. dgl. sind abgabenfrei, wenn sie entweder mit dem übrigen Mauerputz in einer Ebene liegen oder nicht mehr als 7 cm über die Baulinie vorragen;

...“

Wurde die Gebrauchserlaubnis für Arten des Gebrauches gemäß Tarif B Post 3, erteilt, so steht sie gemäß § 3 Abs. 1 GAG dem jeweiligen Eigentümer der Baulichkeit zu, von der aus der Gebrauch erfolgt oder erfolgen soll.

Im gegenständlichen Fall ist strittig, ob die Beschwerdeführerin als Eigentümerin des Gebäudes und Vermieterin der beiden Lokale für die dort angebrachten Ladenvorbauten Gebrauchsabgabe zu entrichten hat, oder ob lediglich die Mieter der Lokale als Abgabepflichtige im Sinne des § 9 GAG zu behandeln sind.

In § 1 Abs. 1 GAG wurde vom Landesgesetzgeber normiert, dass 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 vorher eine Gebrauchserlaubnis zu erwirken ist, wenn die Art des Gebrauches im angeschlossenen Tarif (Sondernutzung) angegeben ist.

Nach § 9 Abs. 1 GAG hat der Träger einer Gebrauchserlaubnis für öffentlichen Grund in der Gemeinde gemäß § 1 eine Gebrauchsabgabe zu entrichten. § 9 Abs. 1a GAG bestimmt, dass eine Gebrauchsabgabe auch derjenige zu entrichten hat, der öffentlichen 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 gemäß angeschlossenem Tarif benutzt, ohne vorher eine Gebrauchserlaubnis erwirkt zu haben.

Form und Höhe der Gebrauchsabgabe richtet sich gemäß § 10 Abs. 2 GAG nach dem Tarif, der dem GAG angeschlossenen ist.

Wie bereits aus § 3 Abs. 1 GAG hervorgeht, steht die Gebrauchserlaubnis für die oben beschriebenen Ladenvorbauten dem jeweiligen Eigentümer der Baulichkeit zu, von der aus der Gebrauch erfolgt oder erfolgen soll. Damit hat der Landesgesetzgeber dem Umstand, wer die Gebrauchserlaubnis tatsächlich erwirkt hat, keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen, sondern festgelegt, dass der Gebrauch von öffentlichem Grund durch mit dem Gebäude befestigten Ladenvorbauten jedenfalls der Eigentümerin des Gebäudes zuzurechnen ist. Diese hat daher gemäß § 9 Abs. 1 GAG als Trägerin einer Gebrauchserlaubnis für öffentlichen Grund in der Gemeinde die Gebrauchsabgabe zu entrichten. Daraus geht aber auch hervor, dass den Gebrauch von öffentlichem Grund durch einen Ladenvorbau nicht nur die Mieter der Geschäftslokale zu verantworten haben, sondern dass jedenfalls auch die Vermieterin als Eigentümerin des Gebäudes mit den Anbauten öffentlichen Grund benutzt. Im Übrigen zieht sie ja auch im Rahmen der Vermietung dieser Geschäftslokale einen Nutzen aus den damit verbundenen Portalverkleidungen. Sie könnte darüber hinaus auch den Rückbau dieser Vorbauten veranlassen.

Die Beschwerdeführerin irrt daher mit ihrer Ansicht, nur die Mieter der Geschäftslokale könnten die Gebrauchserlaubnis für die Ladenvorbauten erwirken und nur diese könnten zur Entrichtung der Gebrauchsabgabe herangezogen werden.

Gemäß § 9 Abs. 1a GAG schulden sowohl die Eigentümerin des Gebäudes als auch die Mieter der Geschäftslokale die Gebrauchsabgabe für die Nutzung öffentlichen Grundes durch die am Gebäude angebrachten Ladenvorbauten.

Gemäß § 6 Abs. 1 BAO sind Personen, die dieselbe abgabenrechtliche Leistung schulden, Gesamtschuldner (Mitschuldner zur ungeteilten Hand, § 891 ABGB). Es werden damit die Beschwerdeführerin als Eigentümerin des Gebäudes und die Mieter der Geschäftslokale für die Gebrauchsabgabe zu Gesamtschuldnern.

Wer nun im Innenverhältnis verpflichtet ist, die Gebrauchsabgabe wirtschaftlich zu tragen, ist eine Frage, die im Rahmen der privatrechtlichen Schuldverhältnisse zu klären ist. Diese Frage ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verwaltungsverfahrens.

Wesen der Gesamtschuld ist, dass der Gläubiger die Mitschuldner nicht nur anteilmäßig in Anspruch nehmen darf, sondern dass er auch die gesamte Schuld nur einem einzigen (einigen, allen) der Gesamtschuldner gegenüber geltend machen darf. Dem Gläubiger steht insgesamt jedoch nur einmal die Befriedigung seiner Ansprüche zu. Ist die gesamte Schuld (z.B. durch einen der Gesamtschuldner) entrichtet, so erlischt das Gesamtschuldverhältnis.

Im Abgabenrecht liegt die Inanspruchnahme von Gesamtschuldnern im Ermessen des Abgabengläubigers (§ 20 BAO). Es liegt daher im Ermessen der Behörde,

- ob sie das Leistungsgebot an einen der Gesamtschuldner und an welchen Gesamtschuldner oder an mehrere oder an alle Gesamtschuldner richten will,
- weiters ob die Inanspruchnahme mit einem Teil oder dem gesamten offenen Betrag erfolgt sowie
- der Zeitpunkt und die Reihenfolge der Heranziehung der einzelnen Gesamtschuldner.

Bei der Ermessensübung sind das Wesen und der Zweck von Gesamtschuldverhältnissen zu beachten. Insbesondere werden daher von Bedeutung sein: die Intensität der Bindung und Gemeinsamkeit, die in der Folge zur Gesamtschuld führte; die jeweilige Situation, die das Gemeinschuldverhältnis auslöste; die Besonderheiten der Tatbestandsverwirklichung (etwa Zufall, Versehen, Irrtum oder Absicht usw.); ferner das Ausmaß der Verantwortlichkeit des einzelnen, aber auch das Ausmaß der Vorteile (Bereicherung), die aus den die Gesamtschuld auslösenden Gemeinsamkeiten oder den beiderseitigen Rechtsbeziehungen von den einzelnen geschöpft werden (vgl. *Ritz*, BAO⁶, § 6 Tz 7 ff. und die dort wiedergegebene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs).

Die Ausübung des Ermessens ist entsprechend zu begründen. Die Begründung hat die für die Ermessensübung maßgebenden Umstände und Erwägungen so weit aufzuzeigen, als dies für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes in Richtung auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn

des Gesetzes erforderlich ist (vgl. *Ritz*, BAO⁶, § 20 Tz 13 und die dort wiedergegebene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs).

Unter Billigkeit versteht die ständige Rechtsprechung die Angemessenheit in Bezug auf berechnete Interessen der Partei, unter Zweckmäßigkeit das öffentliche Interesse, insbesondere an der Einbringung der Abgaben.

Wenn die Beschwerdeführerin die Meinung vertritt, es sei unbillig, sie als Schuldnerin der Gebrauchsabgabe in Anspruch zu nehmen, ist nochmals darauf hinzuweisen, dass gemäß § 3 Abs. 1 GAG auch nur sie als Trägerin der Gebrauchserlaubnis in Frage kommt.

Es kann daher keinesfalls unbillig erscheinen, wenn sie dementsprechend auch zur Entrichtung der Gebrauchsabgabe herangezogen wird, zumal sie auch selbst nicht behauptet, sie hätte mit ihren Mietern dazu anders lautende Vereinbarungen getroffen, was auch insofern unglaublich wäre, als bislang keine Gebrauchsabgabe entrichtet wurde.

In Anbetracht des Umstandes, dass Mieter von Geschäftslokalen immer wieder wechseln, war es auch durchaus zweckmäßig, den Abgabensanspruch zunächst gegenüber der Beschwerdeführerin als Eigentümerin und Vermieterin geltend zu machen. Im Übrigen hat diese als Vermieterin auch die Möglichkeit, die Abgabe auf die Mieter abzuwälzen oder, falls diese das ablehnen, einen Rückbau der Vorbauten zu veranlassen. Darüber hinaus war bei der Beschwerdeführerin auch nicht eine Uneinbringlichkeit der Abgabe zu erwarten, weshalb das Interesse der Behörde an der Abgabeneinbringung jedenfalls bestmöglich gewahrt wurde.

Die Vorgangsweise der belangten Behörde erfüllt daher sowohl das Kriterium der Billigkeit als auch jenes der Zweckmäßigkeit.

Die von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Bedenken können einerseits schon deshalb nicht geteilt werden, weil sie keine näheren Ausführungen dazu macht, weshalb es sich bei der Abgabenvorschreibung um einen unzulässigen Eingriff in ihre Eigentumsrechte handeln sollte, bzw. warum gegen die Erwerbsausübungsfreiheit verstoßen worden sein sollte. Soweit sie eine Verfassungswidrigkeit darin sieht, dass sie erst durch die nachträglich in das Gesetz aufgenommene Bestimmung des § 9 Abs. 1a GAG verpflichtet werde, die Gebrauchsabgabe zu entrichten, wird darauf hingewiesen, dass der nachträglichen Einführung eines weiteren Abgabentatbestandes grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenstehen, zumal die Einführung nicht rückwirkend erfolgte.

3.1.1. Berechnung der Gebrauchsabgabe

Die Gebrauchsabgabe ist als Jahresabgabe für jedes begonnene Abgabensjahr zu entrichten, unabhängig davon, ob der öffentliche Grund im gesamten Kalenderjahr in Anspruch genommen wurde. Da die Portalverkleidungen jedenfalls anlässlich der Besichtigung durch ein

Organ der belangten Behörde im Mai 2020 in den öffentlichen Grund ragten, war die Abgabe für das ganze Jahr 2020 zu entrichten.

Betreffend die Höhe der Abgabe stellte sich im Zuge des Verfahrens heraus, dass die belangte Behörde im Bescheid vom 02.04.2020, GZ. ***1*** von einer unrichtig berechneten Schaufläche der Portalverkleidungen ausgegangen ist und im Bescheid vom 02.04.2020, GZ. ***2*** zu Unrecht in die Berechnung ein Vordach aufgenommen hat, welches aber die Auskragung der Portalverkleidung darstellt. Diese Fehler wurden in den Beschwerdeentscheidungen berichtigt. Aus diesem Grunde ist die Abgabe unter Berücksichtigung der tatsächlichen Ausmaße, wie sie im Sachverhalt und in den Beschwerdeentscheidungen der belangten Behörde dargestellt wurden, neu zu berechnen:

a) Betreffend Bescheid vom 02.04.2020, GZ. ***1***:

Die Schaufläche der Portalverkleidung des Geschäftslokales „***5***“ beträgt 15,21 m². Die Gebrauchsabgabe berechnet sich daher für 2020 nach Tarifpost B Post 3 folgendermaßen:

Für den ersten m ² :		15,60 Euro
Für die weiteren 15 angefangenen m ²	15 x 6,50 Euro	97,50 Euro
ergibt		113,10 Euro

b) Betreffend Bescheid vom 02.04.2020, GZ. ***2***:

Die Schaufläche der Portalverkleidung des Ecklokals ***L1***/**L2*** beträgt 51,79 m². Die Gebrauchsabgabe berechnet sich daher für 2020 nach Tarifpost B Post 3 folgendermaßen:

Für den ersten m ² :		15,60 Euro
Für die weiteren 51 angefangenen m ²	51 x 6,50 Euro	331,50 Euro
ergibt		347,10 Euro

3.2. Zu Spruchpunkt II. (Revision)

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Da sich die im gegenständlichen Fall zu beurteilende Frage, ob die Eigentümerin eines Gebäudes zu Recht zur Entrichtung der Gebrauchsabgabe für an einzelnen Geschäftslokalen angebrachte Portalverkleidungen, die in den öffentlichen Grund ragen, herangezogen wurde, einerseits aus den zitierten gesetzlichen Bestimmungen ergibt, und im Hinblick auf die zu treffende Ermessensentscheidung im Sinne der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes getroffen wurde, war die Unzulässigkeit der ordentlichen Revision auszusprechen.

Wien, am 26. Februar 2021