

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht **hat** durch den Richter Mag. Christian Seywald in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vertreten durch Mag. Nikolaus Vasak, Ditscheinergasse 3/10, 1030 Wien, **über** die Beschwerde vom 2. Dezember 2020 gegen den Bescheid des Magistrats der Stadt Wien MA 46 Verkehrsorganisation und technische Verkehrsangelegenheiten vom 6. November 2020 betreffend Gebrauch des Luftraumes über dem öffentlichen Grund vor der Liegenschaft Adresse durch sieben Lampen ohne Gebrauchserlaubnis für den Zeitraum 1.1.2017 bis 31.12.2020, **nach** Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung am 3. August 2022 in Anwesenheit des Schriftführers Sf, **zu Recht erkannt:**

Gemäß § 279 Abs. 1 BAO wird der Beschwerde teilweise stattgegeben und der angefochtene Bescheid abgeändert. Die Gebrauchsabgabe wird als Einmalzahlung in Höhe von 210,00 Euro aufgrund folgender Bemessungsgrundlagen festgesetzt:
7 Lampen entlang der Fronten Wien 10, Adr2 / Adr1 mit einem Bodenabstand von 3,30 Meter für 1. Oktober 2020 bis 31. Dezember 2020 in Höhe von 30,00 Euro je Lampe und angefangenem Jahr, sohin 7 x 30,00 Euro = 210,00 Euro

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

Entscheidungsgründe

Die beschwerdeführende Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Beschwerdeführerin, abgekürzt: Bf.) mit dem Firmennamen ***Bf1*** ist seit 2005 im Grundbuch als Eigentümerin der Liegenschaft Katastralgemeinde A, Einlagezahl EZ, mit der Adresse Adr1 und Adr2 eingetragen.

Das Geschäftslokal in dem auf dieser Liegenschaft befindlichen Gebäude wurde von den damaligen Eigentümern (exEigentümer) mit Vertrag vom 29.7.1997 an C X und D X zur Ausübung eines Cafe-, Gast- und Schankbetriebes vermietet. Dieses Unternehmen wurde mit

Vertrag vom 16.03.2020 an G X verkauft, zu dessen Gunsten C X auf die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag verzichtete.

Mit Schreiben vom 13. Jänner 2020 forderte der Magistrat der Stadt Wien, MA 46 das Cafe Y & Restaurant, Adr2 auf, u.a. hinsichtlich sieben Lampen vor dem Geschäftslokal innerhalb von zwei Wochen einen Nachweis über die erteilten Bewilligungen schriftlich vorzulegen. Andernfalls sei ein entsprechendes Ansuchen an die MA 46 zu übermitteln.

Mit Schreiben vom 7. Juli 2020 forderte der Magistrat der Stadt Wien zum zweiten Mal das Cafe Y & Restaurant, Adr2, auf, u.a. hinsichtlich sieben Lampen vor dem Geschäftslokal einen Nachweis für die dafür erforderlichen Bewilligungen vorzulegen oder andernfalls ein dementsprechendes Ansuchen an die MA 46 zu übermitteln.

Mit Schreiben vom 22. September 2020 richtete der Magistrat der Stadt Wien eine „Letzte Aufforderung vor Verfahrenseinleitung“ an zGmbH, AdrBfUndHausverwaltung, wonach bei ihrem Haus in Wien 10, Adr2 vor dem Geschäftslokal Cafe Y & Restaurant u.a. sieben Lampen ohne dafür erforderliche Bewilligungen bzw. privatrechtliche Vereinbarungen bestünden. Die genannten Gegenstände seien als Bestandteile des Hauses mit dem Gebäude fest verbunden. Das Eigentum an jenen Bestandteilen liege im Eigentum der Liegenschaftseigentümerinnen. Die Inanspruchnahme des Luftraumes durch die genannten Gegenstände müsse den Grundeigentümer/innen zugerechnet werden. Daraus ergebe sich die Verpflichtung der Grundeigentümer/innen als Nutzer/innen zur Begründung einer Gebrauchserlaubnis und Entrichtung der Abgabe.

Der Magistrat der Stadt Wien richtete den angefochtenen, mit 6. November 2020 datierten Bescheid an die ***Bf1***, FN Firmenbuchnummer, mit welchem eine Gebrauchsabgabe als Einmalzahlung in der Höhe von 543,70 € festgesetzt wurde aufgrund folgender Bemessungsgrundlagen: Gebrauch des öffentlichen Grundes bzw. des darüber befindliche Luftraumes vor der Liegenschaft Wien 10, Adr2/Adr1 ohne Gebrauchserlaubnis durch 7 Lampen mit einem Bodenabstand von 3,30 m für

- 1.1.2017 bis 31.12.2018 nach Tarif B Post 20 in der Höhe von 131,60 (=7 x 9,40 x 2 Jahre);
- 1.1.2019 bis 31.12.2019 nach Tarif B Post 20 in der Höhe von 67,90 € (=7 x 9,70);
- 1.1.2020 bis 31.12.2020 nach Tarif B Post 20 in der Höhe von 210,00 (= 7 x 9,70);
Anmerkung des BFG: tatsächlich 7 x 30.00).

Anmerkungen des BFG:

Der Tarif B Post 20 für eine Lampe war von 1.1.2017 bis 31.12.2018: 9,40 Euro.

Der Tarif B Post 20 für eine Lampe war von 1.1.2019 bis 31.12.2019: 9,70 Euro.

Der Tarif B Post 20 für eine Lampe war ab 1.1.2020: 30,00 Euro.

Anmerkung des BFG: Rechenfehler bei der Aufsummierung von $131,60 + 67,90 + 210,00 = 409,50$ € und nicht $543,70$ € wie mit dem Bescheid festgesetzt.

Mit E-Mail vom 2. Dezember 2020 erhob HerrH, laut Firmenbuch Geschäftsführer der Bf., Beschwerde gegen den Bescheid vom 06.11.2020. Die an der Fassade angebrachten Beleuchtungskörper seien von dem – der Behörde ohnedies bekannten – Betreiber des Lokales angebracht worden und sei daher die Abgabe dem tatsächlichen Nutzer (G X, Adresse3) vorzuschreiben.

Der Magistrat der Stadt Wien erließ eine abweisende, mit 3. Dezember 2020 datierte Beschwerdeentscheidung an die Bf. Die Bf. ziehe mit der Pacht einen mittelbaren Nutzen aus den Lampen, die im Luftraum über Grund im Sinne des Gebrauchsabgabengesetzes ohne Gebrauchserlaubnis angebracht seien. § 9 Abs. 1a GAG unterscheide zur Abgabenerhebung nicht, ob der Nutzen unmittelbar oder mittelbar gegeben sei. Als Grundeigentümerin und sohin Eigentümerin des Gebäudes, an dem die Lampen angebracht seien, ziehe die Beschwerdeführerin einen Nutzen aus der Nutzung ohne Gebrauchserlaubnis. Die Beschwerdeentscheidung wurde im April 2021 zur Kanzlei gesendet und der Bf. am 21. April 2021 zugestellt.

Mit Schreiben vom 11. Mai 2021 gab RA Mag. Nikolaus Vasak die Vollmachtserteilung der Bf. an ihn bekannt und erhob für die Bf. einen Vorlageantrag. Der angefochtene Bescheid werde nach seinem ganzen Umfang angefochten und seine ersatzlose Aufhebung beantragt. Insbesondere werde bestritten, dass die Bf. als Grundeigentümer einen – wenn auch nur mittelbaren – Nutzen aus den verfahrensgegenständlichen sieben Lampen ziehen würde. Die Lampen seien ohne Zustimmung der Bf. angebracht worden. Der Mieter habe das Lokal weiterverpachtet und somit hätten sowohl der Pächter als auch der Mieter als Verpächter allenfalls einen Nutzen aus den Lampen gezogen. Die Bf. als Grundeigentümerin ziehe jedoch mit Sicherheit überhaupt keinen Nutzen aus diesen sieben Lampen und gehe aus der Begründung der belangten Behörde auch nicht hervor, inwiefern sieben Lampen, die zudem nicht von der Bf. angebracht worden seien, konkret ursächlich für einen – wenn auch nur mittelbaren – Nutzen der Bf. sein sollten. Die Festsetzung der Gebrauchsabgabe gegenüber der Bf. finde keine Deckung im Gesetzeswortlaut und hätte die Gebrauchsabgabe bei richtiger rechtlicher Beurteilung allenfalls Herrn G X vorgeschrieben werden müssen.

Die beantragte mündliche Verhandlung fand am 3. August 2022 statt, in welcher ausgeführt wurde:

- Der Richter teilte den Parteien eine Unterlage zu Rechenfehlern im angefochtenen Bescheid aus. Es herrschte Einhelligkeit, dass es sich hier um Fehler handele.
- Die Z sei laut Angabe des Vertreters der Bf. die Hausverwaltung.
- Der Vertreter der Bf. führte aus, dass der Mietvertrag bereits vor Eigentumsbegründung durch die Bf. abgeschlossen worden sei. Die Bf. habe keinen Einfluss auf die Anbringung der Lampen gehabt. Es werde auf die Ausführungen im Vorlageantrag verwiesen. Insbesondere sei Herr G X für die Anbringung der Lampen verantwortlich.
- Die belangte Behörde führte aus, dass die Lampen bereits 2017 montiert gewesen seien, zwar ursprünglich mit einem anderen Aussehen; und übergibt hierzu ein Foto vom 9.11.2017.
- Seitens der Bf. sei nichts bekannt über einen Zeitpunkt der Montage der Lampen. Der Mieter habe nichts diesbezügliches gemeldet. Vom Vorhandensein der Lampen habe die Bf. erst mit der Zustellung des angefochtenen Bescheides erfahren. Sodann habe die Bf. dem Mieter mitgeteilt, dass er sich um diese Lampen kümmern solle und die Angelegenheit mit der Behörde regeln solle, allenfalls durch Zahlung.
- Die belangte Behörde brachte vor, dass die ihr bekanntgegebenen Verantwortlichen nicht als Gewerbeinhaber auffindbar seien, die Ges.m.b.H., an die das Lokal untervermietet worden sei, auch nicht. Unter diesen Umständen müsse sich die Behörde an den Grundstückseigentümer halten.
- Seitens der Bf. wurde vorgebracht, dass es eine Betriebsanlagengenehmigung geben müsse und anhand dieser müsse der Gewerbetreibende ausfindig gemacht werden können. Für die Montage der Lampen sei der Inhaber des Lokales bzw. der Betriebsanlage verantwortlich.
- Die belangte Behörde brachte vor, dass die Lampen Teil des Gebäudes seien und insofern nutze die Eigentümerin hier den Luftraum. Die Lampen seien an einem allgemeinen Teil des Gebäudes montiert.
- Seitens der Bf. wurde die Nutzung des öffentlichen Luftraumes bestritten. Es liege eine ausschließliche Nutzung durch den Lokalbetreiber vor.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Sachverhalt:

An der Fassade vor dem Haus Adr2 / Adr1 sind seit 2017 vor dem Lokal Cafe Y & Restaurant sieben Lampen montiert. Gründe für diese Sachverhaltsfeststellung:

- Vorlage eines Fotos aus dem Jahr 2017 durch die belangte Behörde.
- Wahrnehmung des Richters am 12. Juni 2022, wonach die Lampen immer noch montiert waren.

Die Montage der sieben Lampen erfolgte nicht durch die Grundstückseigentümerin = Hauseigentümerin (Bf.), sondern durch den Betreiber des Lokales Cafe Y & Restaurant. Grund für diese Sachverhaltsannahme: glaubwürdiges Vorbringen der Bf., allgemeine Lebenserfahrung.

Derjenige, der die Montage der sieben Lampen veranlasst bzw. vorgenommen hatte, benachrichtigte die Bf. nicht von diesem Umstand. Grund für diese Sachverhaltsannahme: glaubwürdiges Vorbringen der Bf.

Die Bf. erfuhr von den montierten sieben Lampen durch das Schreiben des Magistrates der Stadt Wien vom 22. September 2020 an die zGmbH,

- welche die Hausverwaltung des verfahrensgegenständlichen Hauses war,
- deren bis 29.10.2020 im Firmenbuch eingetragener Geschäftsführer HerrH auch einer der Geschäftsführer der Bf. ist,
- deren bis 29.10.2020 im Firmenbuch eingetragener Geschäftsführer HerrJ auch einer der Geschäftsführer der Bf. ist.

Es ist glaubwürdig, dass der Bf. davor die sieben Lampen nicht aufgefallen war, selbst bei einer allfälligen Begehung des Hauses, weil die Lampen ziemlich unscheinbar sind.

Nachdem die Bf. Kenntnis von den sieben Lampen erlangt hatte, forderte sie den Mieter auf, sich um diese Angelegenheit zu kümmern, d.h. sie mit der Behörde zu regeln und allenfalls die Abgabe zu bezahlen. Grund für diese Sachverhaltsannahme: glaubwürdiges Vorbringen der Bf.

Härtere Maßnahmen der Bf. gegen den Mieter bzw. dessen Untermieter/pächter – wie Klagen – zur Beseitigung der Lampen sind nicht ersichtlich.

Ebenso ist nicht ersichtlich, dass der Mieter bzw. dessen Untermieter/pächter um eine Gebrauchserlaubnis angesucht hätte bzw. diesen eine solche erteilt worden wäre, oder die Gebrauchsabgabe entrichtet hätten. Ebenso ist nicht ersichtlich, dass die Bf. um eine Gebrauchserlaubnis angesucht hätte bzw. ihr eine solche erteilt worden wäre.

Laut Mietvertrag war der Mieter nicht berechtigt, die gegenständlichen sieben Lampen an der Fassade anzubringen.

Rechtliche Würdigung:

§ 1 Abs. 1 des Wiener Gebrauchsabgabengesetzes bestimmt: *„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.“*

In dem genannten „Tarif über das Ausmaß der Gebrauchsabgaben“, Punkt B („Jahresabgaben je begonnenes Kalenderjahr“), Post 20 („für eine Lampe oder einen Scheinwerfer“) war der Tarif von 1.1.2017 bis 31.12.2018: 9,40 Euro; von 1.1.2019 bis 31.12.2019: 9,70 Euro; ab 1.1.2020: 30,00 Euro.

Die Straße², stellte historisch eine Bundesstraße B dar. Durch das Bundesstraßen-Übertragungsgesetz 2002 (BGBl. I Nr. 50/2002) wurde sie den jeweiligen Bundesländern zugeteilt und stellt seither in Wien eine *Hauptstraße B* dar. Da sie nunmehr keine Bundesstraße mehr ist, ist der zweite Satz von § 1 Abs. 1 des Wiener Gebrauchsabgabengesetzes nicht auf sie anzuwenden.

§ 9 Abs. 1a Gebrauchsabgabengesetz bestimmt: „(1a) Derjenige, der öffentlichen Grund in der Gemeinde (§ 1) gemäß angeschlossenem Tarif benutzt ohne vorher eine Gebrauchserlaubnis erwirkt zu haben, sowie derjenige, der nach § 5 zur Beseitigung der Einrichtungen verpflichtet ist und diese nicht nachweislich beseitigt, haben – 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.“

Die Begriffe „Gebrauch“ in § 1 Abs. 1 und „benutzt“ in § 9 Abs. 1a Gebrauchsabgabengesetz bedeuten nicht „einen Nutzen ziehen“ im einem positiv bewertbaren betriebswirtschaftlichen Sinne, sondern es geht schlicht um den Gebrauch bzw. die Nutzung an sich – seien sie nun gewinnbringend oder nicht.

Das Gebrauchsabgabengesetz differenziert hinsichtlich der Abgabepflicht grundsätzlich im Ergebnis

- nicht zwischen Gebrauch bzw. Nutzungen im Rahmen einer Gebrauchserlaubnis und Nutzungen ohne Gebrauchserlaubnis;
- nicht zwischen Gebrauch bzw. Nutzungen von Rechtssubjekten mit verschiedener rechtlicher Stellung (Eigentümer, Mieter, Untermieter).

Hier geht es nicht um Verantwortlichkeiten im strafrechtlichen Sinne.

Es wäre unsachlich, der Bf. die gegenständlichen Nutzung des Luftraumes durch die sieben Lampen zuzurechnen, solange sie von deren Existenz gar keine Ahnung hatte. Ab der Kenntnis des Montiertseins der sieben Lampen wäre es aber an der Bf. gelegen, sich um die Beseitigung der entgegen dem Mietvertrag montierten Lampen zu kümmern.

Indem die Bf. gegenüber dem Mieter keine durchgreifenden Maßnahmen zur Beseitigung der Lampen unternommen hat, woraus auch die fortdauernde Existenz der sieben Lampen an der Fassade resultiert, ist der Bf. ab Oktober 2020 die Nutzung des Luftraumes durch die sieben Lampen zuzurechnen.

Für das Jahr 2020 sind der Bf. folglich 30,00 Euro je angefangenem Jahr (2020) für jede der sieben Lampen vorzuschreiben. Dies bedeutet in Summe 210,00 €: Indem dadurch die Gebrauchsabgabe gegenüber dem angefochtenen Bescheide herabgesetzt wird, ist die Entscheidungsrichtung über die Beschwerde als teilweise Stattgabe zu bezeichnen.

Zur Zulässigkeit einer 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.

Eine Durchsicht der 286 Rechtssätze im RIS zum Wiener Gebrauchsabgabengesetz erbrachte keine für die Rechtsfragen des vorliegenden Falles einschlägigen bisherigen Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes. Die Revision ist daher zulässig.

Wien, am 5. August 2022