

## Verpflichtung zur Zahlung von Gebrauchsabgaben für Schanigärten – baubehördliche Bewilligung beseitigt nicht die Eigenschaft als öffentlicher Grund

§§ 1, 9 NÖ  
GebrauchsabgabeG  
1973 idF LGBL  
3700-7

VwGH  
15. 3. 2013,  
2012/17/0027  
(Stadtsenat der  
Stadt Waidhofen  
a d Ybbs  
14. 12. 2011)

Gebrauchsabgabe;  
Schanigarten;  
Gastgarten;  
baubehördliche  
Bewilligung;  
öffentlicher Grund;  
Gleichheitssatz;  
Durchschnitts-  
betrachtung

2013/86

Aus § 1 Abs 4 letzter Satz NÖ GebrAbgG folgt, dass die Erteilung einer baubehördlichen Bewilligung nur die in § 1 Abs 1 leg cit angesprochene Gebrauchserlaubnis ersetzt, nicht aber – aus der Sicht jedenfalls des Gebrauchsabgabegesetzes – dem öffentlichen Grund die Eigenschaft als öffentlicher Grund nimmt.

Mit dem erstinstanzlichen Bescheid v 27. 5. 2011 wurde der beschwerdeführenden Partei (Bf) für den Zeitraum vom 1. 5. bis zum 30. 9. 2011 eine Gebrauchsabgabe iHv (erkennbar) € 1.000,- vorgeschrieben und sie zur Bezahlung des Betrags von € 969,48 (unter Anrechnung der am 24. 3. 2011 geleisteten Anzahlung von € 30,52) binnen einem Monat aufgefordert.

Begründend führte die Beh ua aus, der GF der Bf sei mit Schreiben v 16. 2. 2011 unter Hinweis auf die Änderung des NÖ Gebrauchsabgabengesetzes 1973 LGBL 3700-7 ersucht worden, der Abgabebh das Flächenausmaß des auf einem näher bezeichneten Grundstück im Gemeindegebiet aufzustellenden Schanigartens binnen zwei Wochen bekannt zu geben. Der baubehördliche Bewilligungsbescheid v 23. 11. 1994 sei als Gebrauchserlaubnis für den verfahrensgegenständlichen Schanigarten zu werten. Unter Berücksichtigung dieses baubehördlichen Bewilligungsbescheids ergebe sich daher ein Flächenausmaß von 32,98 m<sup>2</sup>, welches dem Abgabeverfahren zugrunde zu legen sei. Der GF der Bf habe mit Schreiben v 17. 4. 2011 mitgeteilt, dass das Benützungsentgelt für das Jahr 2011 bereits an die Abgabebh geleistet worden sei und mit der Entgegennahme desselben die Angelegenheit für ihn erledigt sei.

Bei der Abgabebemessung ging die erstinstanzliche Beh idF nach der Begründung ihres Bescheids von einem Flächenausmaß von 32,98 m<sup>2</sup> aus; für dieses sei der Inhaber der baubehördlichen Bewilligung, (nunmehr) die bfp, abgabepflichtig. Unter Hinweis auf die vom Gemeinderat der Stadt Waidhofen a d Ybbs am 28. 3. 2011 beschlossene Verordnung über die Einhebung von Gebrauchsabgaben und die darin aufgestellten Tarife berechne sich der aus dem Spruch ersichtliche Betrag. Mit 24. 3. 2011 sei bereits für die „Schanigartensaison 2011“ von der Bf der Betrag von € 30,52 geleistet worden, welcher auf die Abgabe anzurechnen gewesen sei.

Mit ihrem Bescheid v 14. 12. 2011 wies die belBeh die Berufung als unbegründet ab.

Zur Begründung führte sie ua aus, für den verfahrensgegenständlichen Schanigarten sei ua mit Bescheid des Magistrats der Stadt Waidhofen a d Ybbs v 22. 12. 1983 dem Rechtsvorgänger der Bf nach dem NÖ GebrAbgG 1973 eine jährliche Gebrauchsabgabe iHv S 420,- vorgeschrieben worden. Auf Grund der mit 1. 1. 2011 in Kraft getretenen Novelle des NÖ GebrAbgG sei nunmehr eine Anpassung unter Berücksichtigung der Verordnung des Gemeinderats der Stadt Waidhofen a d Ybbs v 28. 3. 2011 erfolgt.

Die Aufstellung des Schanigartens auf öffentlichem Grund sei eine über den Gemeingebrauch in qualitativer Hinsicht hinausgehende Sondernutzung am öffentlichen Gut; es liege daher ein Rechtsverhältnis vor, das durch das NÖ GebrAngG in das öffentliche Recht übertragen und durch Akte der Hoheitsverwaltung gestaltet werde. Die baubehördliche Bewilligung für den Schanigarten ersetze nur eine etwaige Gebrauchserlaubnis nach § 1 Abs 1 NÖ GebrAbgG.

Zusammenfassend sei davon auszugehen, dass der Abgabenschuldner in einem hoheitlich durchzuführenden Verfahren keine Wahlfreiheit zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Handlungsformen habe; daran vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, dass bereits eine Zahlung der Abgabe, eine Rücküberweisung etc ohne Berücksichtigung der geänderten Rechtslage durch die Abgabenschuldnerin erfolgt sei.

Der VwGH wies die dagegen erhobene Beschwerde als unbegründet ab.

### Aus den Entscheidungsgründen:

Das verfahrensgegenständliche Grundstück wurde bereits im Spruch des erstinstanzlichen Abgabebescheids näher umschrieben und folgt bereits aus der Vorkorrespondenz wie auch aus dem erstinstanzlichen und dem vor dem VwGH angefochtenen Bescheid mit hinreichender Deutlichkeit, dass die Abgabebh dieses Grundstück als öffentlichen Grund qualifizierten.

Aus der angesprochenen baubehördlichen Genehmigung folgt, dass eine eigene Gebrauchserlaubnis

iSd § 1 Satz 1 NÖ GebrAbgG nicht erforderlich war (vgl § 1 Abs 4 letzter Satz leg cit).

Aus der Bestimmung des § 1 Abs 4 letzter Satz NÖ GebrAbgG folgt, dass die Erteilung einer baubehördlichen Bewilligung (nur) die in § 1 Abs 1 leg cit angesprochene Gebrauchserlaubnis ersetzt, keineswegs aber – wie in der Beschwerde vertreten – aus der Sicht jedenfalls des Gebrauchsabgabegesetzes dem öffentlichen Grund die Eigenschaft als öffentlicher Grund nimmt.

Durften demnach die Abgabenbeh zutreffend von der Gebrauchsabgabepflicht des verfahrensgegenständlichen Schanigartens ausgehen, so hatten sie die Abgabe unter Berücksichtigung der Verordnung des Gemeinderats der Stadt Waidhofen a d Ybbs v 28. 3. 2011 zu bemessen. Diese sieht – in Übereinstimmung mit dem Tarif über das Ausmaß der Gebrauchsabgabe im NÖ GebrAbgG – je angefangener 10 m<sup>2</sup> der bewilligten Fläche einen bestimmten Betrag vor.

Wenn die Bf vor dem VwGH verfassungsrechtliche Bedenken iHa die grobe „Rasterung“ des Tarifs geltend macht, so vermag der VwGH die diesbezüglichen Bedenken nicht zu teilen. Nach der stRsp des VfGH widerspricht es dem Gleichheitssatz nämlich nicht, wenn der Gesetzgeber von einer Durchschnittsbetrachtung ausgeht und dabei auch eine pauschalierende Regelung trifft, insb wenn dies der Verwaltungsökonomie dient. Ein solches Gesetz wird nicht schon deshalb gleichheitswidrig, weil dabei Härtefälle entstehen (vgl die VwGH-Erk 9. 5. 2012, 2011/17/0284, und 15. 12. 2010, 2009/12/0205, je mwN, sowie aus der jüngeren Rsp des VfGH etwa dessen Erk 11. 3. 2010, G 228/09 VfSlg 19.031). Jede demnach vom Normsetzer zulässigerweise vorgenommene Grenzziehung führt zu „Härtefällen“.

### Anmerkung:

*Eingangs kann – was bereits bei der Lektüre ins Auge springen muss – festgehalten werden, dass der VwGH mit seiner Entscheidung richtig liegt: Selbstverständlich lässt sich aus § 1 Abs 1 NÖ GebrAbgG nur ableiten, dass die baubehördliche Genehmigung die abgabenrechtliche Gebrauchserlaubnis ersetzt. Eine darüber hinausgehende, in die Flächenwidmung hineinragende Gestaltungswirkung ergibt sich daraus nicht – vor allem auch deshalb, weil örtliche Raumordnung und Flächenwidmung nicht Landessache und daher auch nicht durch das NÖ GebrAbgG regelbar sind. Dazu kommt – den verfassungsrechtlich normierten Vertrauensschutz in allen Ehren –, dass es nicht angehen kann, ungeachtet gesetzlicher Änderungen, im konkreten Fall der Anpassung der Verordnung des Gemeinderats v 28. 3. 2011, vom Weiterbestehen einer günstigen Rechtslage auszugehen, einfach einen (geringen) Geldbetrag abzuführen und die Angelegenheit als erledigt zu erachten. Dieses fast schon „schildbürgergemäße“ Vorgehen bzw der Versuch dazu ist dem Beschwerdeführer allerdings menschlich nicht zu verübeln: Es darf – bei aller Rechtstreue – nämlich nicht übersehen werden, dass es von 1983 bis 2011 zu einer Gebührenerhöhung von € 30,52 auf € 1.000,-, also um das 30-Fache (!), kam. Zum Vergleich: Zinst man den Betrag mit einer Inflationsrate von 3% auf, kommt man etwa auf das 2,5-Fache, demnach etwa € 75,-! Im Ergebnis kann demnach konstatiert werden, dass das Vorgehen des Bf rechtlich vollkommen verfehlt, aber menschlich durchaus verständlich ist – Pech nur, dass der VwGH dies im Rahmen seiner Bescheidprüfung nicht zu berücksichtigen hat.*

*Stefan Malainer/Andreas Staribacher*

Dr. Stefan Malainer, akad. IM., ist selbständiger RA und Immobilienverwalter in Wien. Dr. Andreas Staribacher ist Jurist, Wirtschaftsprüfer, StB und Partner bei PKF in Wien.