

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Ri in der Verwaltungsstrafsache gegen Bf. , p.A. AdresseBf., über die Beschwerde der beschwerdeführenden Partei vom 06.08.2018 wegen Übertretung des § 1 Abs 1 iVm § 16 Abs 1 und Tarifpost B3 Gebrauchsabgabegesetz vom 8. Juli 1966, LGBI. für Wien Nr. 20, in der Fassung des LGBI. für Wien Nr. 45/2013 (GAG) iZm § 9 Abs. 1 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 (VStG), zu Recht erkannt:

I.) Gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wird der Beschwerde insoweit Folge gegeben und der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses dahingehend abgeändert, dass - bei unverändert aufrecht bleibendem Schuldspruch wegen der Verwaltungsübertretung der fahrlässigen Verkürzung der Wiener Gebrauchsabgabe für das Jahr 2016 - der Beschwerdeführerin gemäß § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG in Verbindung mit § 38 VwGVG und § 24 Abs. 1 Bundesfinanzgerichtsgesetz (BFGG) eine Ermahnung erteilt wird.

II.) Gemäß § 64 VStG und § 52 Abs. 8 VwGVG hat die beschwerdeführende Partei weder Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens noch Kosten des Beschwerdeverfahrens zu ersetzen.

III.) Gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 6, vom 3.7.2018 wurde die nunmehrige Beschwerdeführerin Bf. (in der Folge kurz Bf. genannt) für schuldig erkannt, sie habe als unbeschränkt haftende Gesellschafterin der OG am 06.12.2016 vor der Liegenschaft in Wien, auf dem öffentlichen Gemeindegrund, der dem öffentlichen Verkehr dient, einen Ladenvorbau (9,10 m Länge; 4,10 m Höhe; 0,28 m Vorsprung) angebracht gehabt, wobei sie hiefür bis zum 07.12.2016 weder eine Gebrauchserlaubnis erwirkt, noch die Gebrauchsabgabe entrichtet und dadurch die Gebrauchsabgabe für das Jahr 2016 bis zum 07.12.2016 mit dem Betrag von € 236,50 verkürzt hat.

Sie habe die Rechtsvorschriften des § 1 Abs. 1 in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und Tarifpost B3 des GAG iZm § 9 Abs. 1 VStG verletzt und dadurch eine Verwaltungsübertretung begangen.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über sie eine Geldstrafe von € 120,00, im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 13 Stunden, gemäß § 16 Abs. 1 GAG verhängt und ihr gemäß § 64 VStG € 12,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe, auferlegt. Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) betrage daher € 132,00. Außerdem seien die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.

Die OG hafte gemäß § 9 Abs. 7 VStG über die verhängte Geldstrafe, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Zur Begründung wurde ausgeführt:

"Gemäß § 1 Abs. 1 des Gebrauchsabgabegesetzes (GAG) ist 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 vorher eine Gebrauchserlaubnis zu erwirken, wenn die Art des Gebrauches im angeschlossenen Tarif (Sondernutzung) angegeben ist.

Nach § 9 Abs. 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen, Personengesellschaften des Handelsrechts oder eingetragene Erwerbsgesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass Sie die zur Vertretung nach außen berufene Person der Gesellschaft und somit für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften strafrechtlich verantwortlich sind.

Im vorliegenden Fall geht aus einer Anzeige eines Kontrollorganes der Stadt Wien hervor, dass Sie den öffentlichen Gemeindegrund, der als Verkehrsfläche dem öffentlichen Verkehr dient, durch die oben angeführte Tat ohne Erlaubnis widmungswidrig in Anspruch genommen haben.

In Ihrem Einspruch führten Sie im Wesentlichen aus, dass Sie den Festsetzungsbescheid der Magistratsabteilung 46 zur Zahl MA 46*** vom 07.12.2016 am 30.12.2016 erhalten hätten. Es sei Ihnen daher vor dem 30.12.2016 nicht möglich gewesen, die Gebrauchsabgabe zu entrichten. Sie hätten den Ladenvorbau angezeigt, jedoch wäre zunächst kein Bescheid erlassen worden. Es wäre nicht ihr Verschulden, wenn die MA 46 bei der Erlassung der Bescheide säumig sei.

Ihren Ausführungen ist Folgendes entgegenzuhalten:

Ihr Vorbringen ist nicht geeignet, Sie zu entlasten: gemäß § 1 Abs. 1 des Gebrauchsabgabegesetzes ist die Gebrauchserlaubnis bereits vor der Inanspruchnahme des Gemeindegrundes und des darüber befindlichen Luftraumes zu erwirken.

Ohne Gebrauchserlaubnis waren Sie gar nicht dazu zu berechtigt, den öffentlichen Gemeindegrund und den darüber befindlichen Luftraum zu gebrauchen.

Dass zum Beanstandungszeitpunkt keine Gebrauchserlaubnis vorlag, wurde nicht bestritten. Die angezeigte Übertretung war daher als erwiesen anzusehen.

Zum Tatbestand der Verwaltungsübertretung der fahrlässigen Abgabenverkürzung gehört der Eintritt eines Schadens, wobei ein solcher nicht dadurch ausgeschlossen ist, dass es später tatsächlich - aber eben verspätet - zur Bemessung und Entrichtung der Abgabe kommt (VwGH vom 31.03.1989, Zl.: 87/17/0349).

Gemäß § 16 Abs. 1 GAG in der derzeit geltenden Fassung sind Handlungen oder Unterlassungen, durch welche die Gebrauchsabgabe verkürzt wird, als Verwaltungsübertretungen mit Geldstrafen bis EUR 21.000,-- zu bestrafen. Die Verkürzung der Gebrauchsabgabe dauert so lange an, bis der Abgabepflichtige die Selbstbemessung nachholt oder die Gebrauchsabgabe bescheidmäßig festgesetzt wird. Im Falle der Uneinbringlichkeit ist gemäß § 16 VStG eine Ersatzfreiheitsstrafe von bis zu zwei Wochen festzusetzen.

Für die Strafbemessung war zunächst das Ausmaß des Verkürzungsbetrages maßgebend, wobei die verhängte Geldstrafe durch ihre Höhe geeignet sein soll, Sie wirksam von einer Wiederholung abzuhalten (Spezialprävention).

Als erschwerend war kein Umstand, als mildernd Ihre verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit zu werten.

Die Strafbemessung erfolgte unter Annahme durchschnittlicher wirtschaftlicher Verhältnisse.

Die Verschuldensfrage war aufgrund der Aktenlage zu bejahen und spruchgemäß zu entscheiden.

Der Ausspruch über die Kosten ist im § 64 Abs. 2 VStG begründet."

Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende frist- und formgerechte Beschwerde vom 6.8.2018, mit welcher die Bf. wie folgt ausführt:

"Ich habe keinen in der Straferkenntnis genannten Ladenvorbau angebracht, sondern wurde dieser von einem meiner Vorgänger (Kft.) angebracht und auch die Bewilligung dazu eingeholt. Daher konnte ich schon aus diesem Grund keine Verwaltungsübertretung begangen haben. Außerdem habe ich die Gebrauchsabgabe NICHT verkürzt; sondern nach Bekanntgabe dieser pünktlich bezahlt. Da die Behörde bis 7.12.2016 weder mir, noch meinem Vorgänger irgendeinen Bescheid übermittelt hat, mit dem die zu bezahlende Gebrauchsabgabe festgelegt worden wäre, war es mir daher nicht möglich VOR Erhalt eines entsprechenden Bescheides irgendeine Summe an jemanden zu bezahlen.

Zum Anderen wurde in dieser Sache bereits eine Strafverfügung gegen mich erlassen (gegen welche ich Rechtsmittel eingebracht habe) und ich kann daher in gleicher Causa nicht zweimal bestraft werden.

Ich ersuche Sie daher, diese Strafverfügung gegen mich aufzuheben und mit sämtlichen sich daraus ergebenden Folgen zu beenden. Außerdem ersuche ich um Aussetzung der Einhebung."

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Gemäß § 9 Abs. 1a GAG 1966 hat 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, die Gebrauchsabgabe entsprechend dem angeschlossenen Tarif zu entrichten. Die Abgabe ist durch Bescheid festzusetzen. Die Bestimmungen dieses Gesetzes gelten sinngemäß.

Gemäß § 10 Abs. 2 GAG 1966 richten sich Form und Höhe der Gebrauchsabgabe nach dem angeschlossenen, einen Bestandteil dieses Gesetzes bildenden Tarif.

Tarif B. Jahresabgaben je begonnenes Abgabengjahr:

Post 3. für Ladenvorbauten, portalartige Verkleidungen, aus welchem Material immer, Portalausgestaltungen in Putz und dgl., sowie für Portalköpfe und Schaukästen für den ersten begonnenen m² der Schaufläche 14,50 Euro, für jeden weiteren m² 6 Euro;

portalartige Verkleidungen oder Portalausgestaltungen in Putz und dgl. sind abgabefrei, wenn sie entweder mit dem übrigen Mauerputz in einer Ebene liegen oder nicht mehr als 7 cm über die Baulinie vorragen.

Auf Grund eines Ortsaugenscheins der MA 46 am 6.12.2016, wurde festgestellt, dass die Bf. als unbeschränkt haftende Gesellschafter der OG am 6.12.2016 vor der Liegenschaft in Wien auf dem öffentlichen Gemeindegrund, der dem öffentlichen Verkehr dient, einen Ladenvorbau (9,10 m Länge; 4,10 m Höhe; 0,28 m Vorsprung) genutzt hat, wobei sie hierfür bis zum 7.12.2016 weder eine Gebrauchserlaubnis erwirkt, noch die Gebrauchsabgabe iHv € 236,50 entrichtet hat.

Da sie dadurch die Rechtsvorschrift des § 1 Abs. 1 in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und Tarifpost B3 des GAG iZm § 9 Abs. 1 VStG verletzt hat, wurde über sie wegen der Verwaltungsübertretung der Verkürzung der Gebrauchsabgabe für das Jahr 2016 bis zum 07.12.2016 eine Geldstrafe von € 120,00, im Falle der Uneinbringlich eine Ersatzfreiheitsstrafe von 13 Stunden verhängt.

Sowohl in Ihrem Einspruch gegen Strafverfügung wie auch in der gegenständlichen Beschwerde führte die Bf. im Wesentlichen aus, sie habe den Festsetzungsbescheid der Magistratsabteilung 46 vom 07.12.2016 erst am 30.12.2016 erhalten, so dass es ihr daher vor Erhalt des entsprechenden Bescheides am 30.12.2016 nicht möglich gewesen wäre, die Gebrauchsabgabe zu entrichten. Den Ladenvorbau hätte sie zwar angezeigt, jedoch wäre zunächst kein Bescheid erlassen worden und es sohin nicht ihr Verschulden, wenn die MA 46 bei der Erlassung der Bescheide säumig gewesen sei.

Entgegen der Annahme der Bf. ist der Abschluss eines Abgabebemessungsverfahrens nicht Voraussetzung für ein Verwaltungsstrafverfahren in der selben Angelegenheit; der Inhalt von Abgabenbescheiden entfaltet weder hinsichtlich der Sachverhaltsannahme, noch in Bezug auf die rechtliche Beurteilung Bindungswirkung für die Strafbehörde (siehe Erkenntnis des VwGH vom 31.03.1989, Zl.: 87/17/0349); der Sachverhalt ist vielmehr von der Abgabenstraßbehörde selbst zu beurteilen, was nicht ausschließt, dass die im Abgabenverfahren erzielten Beweisergebnisse ohne Wiederholung der Beweisaufnahme verwertet werden können. Im Anlassfall liegt eine Anzeige eines Kontrollorgans der Stadt Wien vor und ist der festgestellte Sachverhalt klar umschrieben. Dies allein ist für die Durchführung von Verwaltungsstrafverfahren völlig ausreichend. Da gemäß § 1 Abs. 1 GAG die Gebrauchserlaubnis bereits vor der Inanspruchnahme des Gemeindegrundes und des darüber befindlichen Luftraumes zu erwirken ist, war die Bf. ohne Gebrauchserlaubnis gar nicht dazu berechtigt, den öffentlichen Gemeindegrund und den darüber befindlichen Luftraum zu gebrauchen.

Zu Recht wird somit im angefochtenen Straferkenntnis ausgeführt, dass die Bf. als verantwortliche Gesellschafterin der OG den öffentlichen Gemeindegrund, der als Verkehrsfläche dem öffentlichen Verkehr diene, in Anspruch genommen hat, ohne vorher eine Gebrauchserlaubnis zu erwirken und die darauf entfallende Gebrauchsabgabe zu entrichten. Die dem angefochtenen Straferkenntnis zugrunde liegende verkürzte Gebrauchsabgabe hängt nicht davon ab, wer den die Gebrauchsabgabepflicht auslösenden Ladenvorbau am Gebäude angebracht hat. Auch wenn der Ladenvorbau nicht von der Bf. selbst - wie sie behauptet - angebracht worden ist, sondern von einem ihrer Vorgänger, der auch eine Bewilligung dafür eingeholt haben soll, befreit dies die Bf. nicht von ihrer Verpflichtung, zumal eine Gebrauchserlaubnis nicht übertragbar ist und sie den Ladenvorbau ja unbestrittenermaßen angebracht belassen hat.

Eine Verkürzung liegt in solchen Fällen bereits dann vor, wenn eine Abgabe unter Verletzung einer Anzeigepflicht nicht zu den vorgesehenen Terminen entrichtet wurde (vgl. VwGH vom 23.1.1970, 94/69).

Die dem angefochtenen Straferkenntnis zugrunde gelegte objektive Tatseite wurde daher seitens der belangten Behörde zu Recht als erwiesen angenommen.

Zur subjektiven Tatseite führte die Bf. aus, der Ladenvorbau sei von ihrem Vorgänger angebracht worden, welcher auch eine Bewilligung dazu eingeholt habe, und habe die Behörde weder ihr, noch ihrem Vorgänger irgendeinen Bescheid übermittelt, mit dem die zu bezahlende Gebrauchsabgabe festgelegt worden wäre, sodass es ihr auch nicht möglich gewesen sei, vor Erhalt eines entsprechenden Bescheides irgendeine Summe an Irgendjemanden zu bezahlen. Schließlich habe sie ja nach Bekanntgabe der Gebrauchsabgabe diese auch pünktlich bezahlt.

Gemäß § 5 Abs. 2 VStG entschuldigt die irrige Auslegung der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, - wie auch deren Unkenntnis - nur dann, wenn sie unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne

Auslegung (bzw. Kenntnis) der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte. Die irrije Gesetzesauslegung, wie auch die Unkenntnis des Gesetzes, müssen somit unverschuldet sein. Bei der Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht bedarf es im Zweifelsfall einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen. Die entsprechenden Erkundigungen können nicht nur bei den Behörden, sondern auch bei einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung berechtigten Person eingeholt werden (VwGH 19.12.2017, Ro 2015/17/0031). Der VwGH bejaht eine solche Erkundigungspflicht praktisch durchgehend, wenn die Existenz einschlägiger Regeln für die jeweilige Tätigkeit erkennbar ist; so zB bei Ausübung eines Gewerbes (z.B. VwGH 13.11.1997, 97/07/0062) oder einer Bauführung (z.B. VwGH 24.11.1987, 87/05/0126).

Laut Aktenlage bzw. dem Vorbringen der Bf. hatte diese grundsätzlich Kenntnis vom Bestehen einer Gebrauchsabgabeverpflichtung, hat jedoch weitere Erkundigungen diesbezüglich deswegen unterlassen, weil sie der Ansicht war, es wäre ihr vor Zustellung des Festsetzungsbescheides am 30.12.2016 nicht möglich, die Gebrauchsabgabe zu entrichten. Somit hat es die Bf. als unbeschränkt haftende Gesellschafterin der OG unterlassen, sich hinsichtlich der einschlägigen abgabenrechtlichen Verpflichtungen in Bezug auf die Meldung und Abfuhr der Wiener Gebrauchsabgabe an geeigneter Stelle (z.B. Behörde, Steuerberater, Wirtschaftskammer etc.) zu erkundigen, wo ihr dargelegt worden wäre, dass gemäß § 1 Abs. 1 GAG die Erlaubnis bereits vor der Inanspruchnahme des Gemeindegrundes und des darüber befindlichen Luftraumes zu erwirken ist bzw. ihr erklärt worden wäre, dass ohne Gebrauchserlaubnis gar keine Berechtigung besteht, den öffentlichen Gemeindegrund und den darüber befindlichen Luftraum zu gebrauchen. Sie hat damit die objektiv gebotene und einer Wirtschaftsreibenden auch zumutbare Sorgfalt verletzt. Die subjektive Vorwerfbarkeit ihres Handelns ist jedoch in Anbetracht der geschilderten Begleitumstände, insbesondere weil sie an die Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens glaubte, als gering anzusehen.

Gemäß § 45 Abs 1 Satz 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des/der Beschuldigten gering sind. Gemäß § 45 Abs 1 Satz 2 VStG kann die Behörde, anstatt die Einstellung zu verfügen, dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Dieses geringe Verschulden und auch die die geringen Folgen der Tat - im gegenständlichen Fall hat die Bf. eine Verkürzung der Wiener Gebrauchsabgabe 2016 in Höhe von insgesamt € 236,50 zu vertreten, sodass die von ihr verschuldete Höhe der Abgabenverkürzung und somit auch die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes als relativ gering anzusehen ist - rechtfertigen nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes, bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 45 Abs. 1 Zi 4 VStG, gemäß § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG eine Ermahnung zu erteilen.

Eine Ermahnung erscheint jedenfalls geboten, um die Bf. von der Begehung weiterer strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten, zumal nach der Aktenlage (Vorverfahrensliste) gegenüber der Bf. auch für die Folgejahre 2017 und 2018 wegen Verkürzung der Gebrauchsabgabe Strafverfahren rechtskräftig enderledigt wurden.

Der Gesetzgeber hat die bescheidmäßige Ermahnung des/r Beschuldigten nur für jene Fälle vorgesehen, in welchen an sich die Voraussetzungen für die Verhängung einer Strafe gegeben sind. Ein derartiger Bescheid hat also einen Schuldspruch und im Fall des § 45 Abs. 1 Zi 4 VStG den Ausspruch der Ermahnung zu enthalten.

Mangels Ausspruches einer Strafe unterbleibt auch die Haftung gemäß § 9 Abs. 7 VStG der Fa. OG.

Insoweit die Bf. vorbringt, es sei über sie bereits eine Strafverfügung erlassen worden und könne sie daher in gleicher Causa nicht zweimal bestraft werden, ist sie auf die Rechtsmittelbelehrung der Strafverfügung hinzuweisen, wo ersichtlich ist, dass die Strafverfügung durch die Einbringung ihres Einspruches außer Kraft gesetzt und das ordentliche Verfahren eingeleitet wurde.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Kostenentscheidung

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind den Beschwerdeführern die Kosten des Beschwerdeverfahrens nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben worden ist.

Zur Unzulässigkeit der Revision

Gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig, da das Erkenntnis nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Einer Rechtsfrage kommt grundsätzliche Bedeutung zu, wenn das Erkenntnis von vorhandener Rechtsprechung des VwGH abweicht, diese uneinheitlich ist oder fehlt.

Das gegenständliche Erkenntnis weicht nicht von der Rechtsprechung des VwGH ab und hatte auch keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zum Gegenstand.

Wien, am 23. Oktober 2019

