

BESCHLUSS

Das Bundesfinanzgericht hat durch R in der Verwaltungsstrafsache gegen Bf. wegen der Verwaltungsübertretung gemäß § 16 Abs. 1 des Gebrauchsabgabengesetzes (GAG) vom 8. Juli 1966, LGBl. für Wien Nr. 20, in der derzeit geltenden Fassung über die Beschwerde der beschwerdeführenden Partei vom 21.02.2019 gegen das Erkenntnis der belangten Behörde Magistrat der Stadt Wien Rechnungs- und Abgabenwesen als Abgabenstraßbehörde vom 07.02.2019, MA2, MA1 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung in Anwesenheit des Beschuldigten, des Behördenvertreters AR Peter Schötta und der Schriftführerin SF am 18.2.2020 zu Recht erkannt:

- I. Gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) in Verbindung mit § 24 Abs. 1 Bundesfinanzgerichtsgesetz (BFGG) und § 5 Gesetz über das Wiener Abgabenorganisationsrecht (WAOR) wird der Beschwerde stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis incl. Kostenausspruch und Haftungsinanspruchnahme der Y.GmbH aufgehoben und das Verfahren nach § 45 Abs. 1 Z. 1. VStG eingestellt.
- II. Gemäß § 52 Abs. 1 und 8 VwGVG i. V. m. § 24 Abs. 1 BFGG und § 5 WAOR hat die beschwerdeführende Partei keine Kosten des verwaltungsgerichtlichen Strafverfahrens zu tragen.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof durch die belangte Behörde nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Mit Straferkenntnis vom 7.2.2019 wurde der Bf. schuldig erkannt:

"1) Zahl: MA2

Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Y.GmbH am 20.12.2017 vor der Liegenschaft in Adr., auf dem öffentlichen Gemeindegrund, der dem öffentlichen Verkehr dient, eine Baustofflagerung im Ausmaß von 17,00 m² vorgenommen gehabt, wobei Sie hiefür bis zum 08.02.2018 weder eine Gebrauchserlaubnis erwirkt, noch die Gebrauchsabgabe entrichtet haben. Sie haben dadurch die Gebrauchsabgabe für den Monat Dezember 2017 bis zum 08.02.2018 mit dem Betrag von € 166,60 verkürzt und eine Verwaltungsübertretung begangen.

2) Zahl: MA1

Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Y.GmbH am 20.12.2017 vor der Liegenschaft in Adr., auf dem öffentlichen Gemeindegrund, der dem öffentlichen Verkehr dient, eine Mobil-Toilette im Ausmaß von 1,00 m² aufgestellt gehabt, wobei Sie hierfür bis zum 08.02.2018 weder eine

Gebrauchserlaubnis erwirkt, noch die Gebrauchsabgabe entrichtet haben. Sie haben dadurch die Gebrauchsabgabe für den Monat Dezember 2017 bis zum 08.02.2018 mit dem Betrag von € 18,50 verkürzt und eine Verwaltungsübertretung begangen.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

ad 1.)

§ 1 Abs. 1 in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und Tarifpost D1 des Gebrauchsabgabegesetzes (GAG) vom 8. Juli 1966, LGBl. für Wien Nr. 20, in der derzeit geltenden Fassung, in Zusammenhalt mit § 9 Abs. 1 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG.

ad 2.)

§ 1 Abs. 1 in Verbindung mit §16 Abs. 1 und Tarifpost D4 des Gebrauchsabgabegesetzes (GAG) vom 8. Juli 1966, LGBl. für Wien Nr. 20, in der derzeit geltenden Fassung, in Zusammenhalt mit § 9 Abs. 1 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 — VStG.

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie folgende Strafen verhängt:

ad 1.)

Geldstrafe von € 80,00, falls diese uneinbringlich ist,
Ersatzfreiheitsstrafe von 12 Stunden,

ad 2.)

Geldstrafe von € 40,00, falls diese uneinbringlich ist,
Ersatzfreiheitsstrafe von 12 Stunden,

gemäß § 16 Abs. 1 des Gebrauchsabgabegesetzes (GAG) vom 8. Juli 1966, LGBl. für Wien Nr. 20, in der derzeit geltenden Fassung.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

ad 1.)

€ 10,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe, mindestens jedoch € 10,00.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 90,00. Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.

ad 2.)

€ 10,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe, mindestens jedoch € 10,00.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 50,00. Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.

Die Y.GmbH haftet gemäß § 9 Abs. 7 VStG über die verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

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 Gebrauchs 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 Anzeigen der Magistratsabteilung 46 und der Landespolizeidirektion Wien hervor, dass Sie den öffentlichen Gemeindegrund, der als Verkehrsfläche dem öffentlichen Verkehr dient, durch die oben angeführten Taten ohne Erlaubnis widmungswidrig in Anspruch genommen haben.

In ihrem Einspruch haben Sie eingewendet, dass die Lagerfläche bereits Ende 11/2017, nach Beendigung der Arbeiten der Wiener Netze, von Ihnen gereinigt und geräumt worden sei. Weitere Umbauarbeiten in diversen Wohnungen stünden nicht ihrer Verantwortlichkeit bzw. nicht in ihrem Auftragsbereich und seien durch anderen Firmen getätigt worden.

In der Stellungnahme zur Verständigung vom Ergebnis der Beweisaufnahme wurde im Wesentlichen der vorgehaltene Sachverhalt abermals als unrichtig bezeichnet und angeführt, dass die in der Beweisaufnahme erwähnten Bauzäune und Materialien nicht Ihnen gehörten. Auch die kleine Lagerfläche vor der neuen Garagenausfahrt sei nicht von ihnen eingerichtet worden.

Ihren Ausführungen ist Folgendes entgegenzuhalten:

Nachdem Sie im Einspruch die angelasteten Übertretungen bestritten haben, wurde eine Stellungnahme der anzeigelegenden MA 46 eingeholt; demnach konnte die Einstellung der Baustelle mit 11/2017 nicht verifiziert werden und wurden Fotos angefertigt. Da die festgestellten Gegenstände zu den unterschiedlichen Zeiten die Gleichen waren und auch die Nutzung des öffentlichen Grundes im selben Ausmaß stattfand, treffe die behauptete Räumung der Baustelleneinrichtung nicht zu.

Auch der Verweis auf andere dort tätige Firmen »...dass einige Umbauten in diversen Wohnungen in diesem Haus stattfinden und noch immer getätigt werden. Daher ist nicht zwingend nur unsere Firma für diverse Missstände verantwortlich, auch wenn das am Naheliegenden ist. « vermag Sie nicht zu entlasten, zumal

dieses Vorbringen auf einen - unzulässigen - Erkundungsbeweis hinausläuft; siehe Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 03.01.2018, Zi. Ra 2017/11/0207: » Ein allgemeines Vorbringen, das aus Mutmaßungen besteht, läuft auf einen unzulässigen, Erkundungsbeweis hinaus, zu dessen Aufnahme das VwG nicht verpflichtet ist (vgl. E 30. September 1999, 98/02/0114; E 30. März 2001, 2000/02/0255; E 20. April 2004, 2003/02/0243; E 27. Februar 2007, 2007/02/0018; E 15. Oktober 2013, 2009/02/0377).«

Im Übrigen sind die variierenden Zeitangaben betreffend die behauptete Räumung der Baustelle (mit Fax vom 05.02.2018 wurde noch der 18.12.2017 benannt) nicht geeignet, die Glaubwürdigkeit dieses Vorbringens zu erhöhen.

Aufgrund der Aktenlage ist es daher als erwiesen anzusehen, dass Sie den öffentlichen Gemeindegrund, der als Verkehrsfläche dem öffentlichen Verkehr dient, in Anspruch genommen haben ohne vorher eine Gebrauchserlaubnis zu erwirken und die darauf entfallende Gebrauchsabgabe zu entrichten. Sie haben somit die Gebrauchsabgabe zumindest fahrlässig verkürzt.

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 der Verkürzungsbeträge maßgebend, wobei die verhängten Geldstrafen durch ihre Höhe geeignet sein sollen, 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. Ungünstige wirtschaftliche Verhältnisse konnten zu Ihren Gunsten nicht angenommen werden, da Sie von der eingeräumten Möglichkeit, diese darzulegen, keinen Gebrauch gemacht haben und für eine solche Annahme kein Anhaltspunkt besteht.

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

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

Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 21.2.2019 mit dem Vorbringen, dass die Verwaltungsübertretung nicht begangen worden sei.

In der mündlichen Verhandlung vom 18.2.2020 wurde wie folgt erhoben und festgestellt:

"Die Verhandlungsleiterin trägt den Sachverhalt und die Ergebnisse des bisherigen Verfahrens vor. In diesem Zusammenhang werden die Akten des Magistrats der Stadt Wien, Magistratsabteilung 6 verlesen.

Der Beschuldigte trägt die Beschwerde vor und beantragt wie dort. Ergänzend wird ausgeführt, dass es in dem verfahrensgegenständlichen Haus mehrere Umbauten gegeben habe.

Bf: Wir haben unsere Baustofflagerungen im November 2017 endgültig geräumt. Danach wurde meines Wissens nach noch ein Dachbodenausbau vorgenommen, den auch wir betreut haben. Währenddessen und auch danach wurden im gesamten Haus diverse Sanierungsarbeiten durchgeführt, die nicht in unserem Auftragsinhalt enthalten waren und nicht der Y.GmbH zuzurechnen sind.

Auf Vorhalt Blatt 37 des MA Aktes, wonach es sich bei den Umbauten der Y.GmbH um Arbeiten an einem Eckgebäude gehandelt habe.

Bf.: Wir hatten an beiden Straßenseiten des Gebäudes Lagerungen unserer Baumaterialien.

Der auf Seite 37 abgebildete Container und das Mobil-WC waren von uns. Auch die auf der Rückseite von Blatt 37 abgebildeten Bauzäune in der Gasse waren von uns.

Auf Vorhalt des Blattes 39 mit einem Bauzaun und einem Mobilklo in der Gasse.

Bf.: Dieses WC wurde nicht von uns dort aufgestellt. Es gab später im Jahr 2018 wiederum von uns eine Baustelle an dieser Adresse, bei der jedoch das WC im Hof aufgestellt wurde.

Wir haben die auf der Straße gelagerten Dinge wie Container und Mobilklo im November 2017 geräumt, andere Teile der Baustelle wurden erst im Dezember weggebracht.

Vorhalt der Anzeige vom 20.12.2017.

Bf.: Die Anzeige vom 20.12.2017 kann nicht unsere Baustelle betreffen, damit ist bereits die Lagerung in der Gasse gemeint.

Behördenvertreter: Die MA46 hat einen Bericht erstattet, wonach bei Überprüfung im Jänner dieselben Sachen wie im November 2017 gelagert gewesen seien sollen.

Vorhalt dass im November 2017 wie Jänner 2018 an der selben Stelle in der Gasse ein Bauzaun steht, jedoch ein Mal dahinter ein Mistkübel befindlich ist, sowie Paletten, im Jänner jedoch Zementsäcke und ein Mobilklo.

PB: Das wird sich nicht mehr feststellen lassen.

Auf Vorhalt, dass auf einem umgefallenen Bauzaun ein Schild ersichtlich ist, das lediglich eine einzeilige, jedoch unleserliche Aufschrift aufweist.

Bf.: Ich verweise auf das Foto Blatt 37, unser Schild hat eine zweizeilige Aufschrift (Y und darunter ***).

Auf dem Bauzaun Seite 38 sind deswegen keine Netze, damit es nicht zu Problemen mit der Straßenbahn kommt."

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Gemäß § 1 Abs. 1 des Gebrauchsabgabengesetzes (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.

"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 angeschlossenen Tarif benutzt ohne vorher eine Gebrauchsabgabe 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.“ (§ 9 Abs. 1a GAG)

„Die Gebrauchsabgabe wird in zwei Formen erhoben

a) als bescheidmäßig festzusetzende Abgabe. Zu dieser gehören die einmaligen Geldleistungen (einmalige Abgabe), die monatlich wiederkehrenden Geldleistungen (Monatsabgabe) und die jährlich wiederkehrenden Geldleistungen (Jahresabgabe)“ (§ 10 Abs. 1 lit. a GAG 1966)

Gemäß § 11 Abs. 4 GAG 1966 ist die Monatsabgabe für jeden begonnenen Abgabemonat zu entrichten; Abgabemonat ist der Kalendermonat.

Gemäß § 16 GAG sind (1) Handlungen oder Unterlassungen, durch welche die Gebrauchsabgabe verkürzt wird, als Verwaltungsübertretungen mit Geldstrafen bis 21.000 Euro zu bestrafen. Die Verkürzung der Gebrauchsabgabe dauert so lange an, bis der Abgabepflichtige die Selbstbemessung nachholt oder die Gebrauchsabgabe bescheidmäßig festgesetzt wird.

(2) Wer, ohne hierdurch den Tatbestand des Abs. 1 zu verwirklichen, öffentlichen Grund in der Gemeinde (§ 1 Abs. 1) in einer im angeschlossenen Tarif angegebenen Art ohne bestehende Gebrauchserlaubnis nutzt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis 21.000 Euro zu bestrafen. Die Übertretung dauert so lange an, bis die Abgabenbehörde die Gebrauchsabgabe bescheidmäßig festsetzt. [...]"

Laut Tarif D Post 1 in der anzuwendenden Fassung gelten die folgenden Tarife:

"D. Monatsabgaben je begonnenen Abgabenmonat

1. für die Lagerung von Baustoffen, Schutt, Baugeräten, Baucontainern, Lademuellen oder von sonstigen Gegenständen sowie für die Aufstellung von Baugeräten, Baucontainern, Gerüsten oder Bauhütten je begonnenen m² der bewilligten Fläche und je begonnenen Monat beträgt die Abgabenhöhe im 1. Bezirk für die ersten sechs Monate einer Bewilligung 6 Euro und ab dem siebenten Monat bis zum zwölften Monat 12 Euro; in allen übrigen Bezirken beträgt die Abgabenhöhe für die ersten sechs Monate einer Bewilligung 4,20 Euro und ab dem siebenten Monat bis zum zwölften Monat 8,40 Euro. Wird vom Bewilligungswerber für einen Zeitraum nach Ablauf einer Bewilligung eine weitere Bewilligung für den selben Zweck am selben Standort oder von Teilflächen desselbigen – insbesondere wenn dies aus technischen Gründen erforderlich ist – beantragt, beträgt die Abgabenhöhe je begonnenen m² der bewilligten Fläche und je weiteren begonnenen Monat im 1. Bezirk 13 Euro und in allen übrigen Bezirken 9,40 Euro. Die Lagerung von Baucontainern und Lademuellen bis zu 24 Stunden ist nicht genehmigungspflichtig und abgabefrei [...]"

Das Verwaltungsstrafverfahren baut auf dem Bescheid vom 3.1.2018 über die Festsetzung der Gebrauchsabgabe der MA 46 zu GZ*** auf. Demnach wurde festgestellt, dass die durch den Bf. geleitete Y.GmbH weiterhin öffentlichen Grund durch Baustofflagerung genutzt habe, obwohl die befristete Erlaubnis abgelaufen gewesen sei.

Der Bf. fungierte ab 8.11.2016 als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Y.GmbH.

Am 5.2.2018 wurde gegen die Abgabenvorschreibung eingewendet, dass die Container am 18.12.2017 vollständig entfernt worden seien.

Am 18.4.2018 erging eine Strafverfügung gegen die am 7.5.2018 Einspruch erhoben und vorgebracht wurde, dass die Baustelle im November 2017 bereits geräumt worden sei.

Die MA 46 beantwortete die Anfrage der Referentin zu deren Erhebungen mit Schreiben vom 12.6.2018, dass der rechtsgültige Bescheid des Magistrates mit 30.8.2017 befristet gewesen sei. Im Zuge von Ortsaugenscheinen am 3.11.2017 und 3.1.2018 seien unbewilligte Flächen wahrgenommen worden. Seitens des Stadtpolizeikommandos Brigittenau sei eine Baudurchführung ohne Bewilligung am 20.12.2017 wahrgenommen worden.

Gegen die Bescheide über die Festsetzung der Gebrauchsabgabe vom 3.1.2018 und 8.2.2018 seien keine Rechtsmittel eingebracht worden. Aus den übermittelten Unterlagen sei gut erkennbar, dass einerseits die Gegenstände zu unterschiedlichen Zeiten die

Gleichen gewesen seien und andererseits die Nutzung des öffentlichen Grundes im selben Ausmaß stattgefunden habe.

Die mündliche Verhandlung vom 18.2.2020 hat jedoch ergeben, dass der Bf. auf seinem Standpunkt verblieb, dass die Y.GmbH im November 2017 die Lagerung von Baumaterial auf öffentlichem Grund beendet habe.

Die vorliegenden Fotos vom 3.1.2018 zeigen lediglich einen Bauzaun, ein Mobilclo und Zementsäcke. Es ist zwar eindeutig ein Schild auf dem Bauzaun angebracht, jedoch ist dieses Schild straßenseitig gerichtet und eine Aufnahme wurde vom Gehsteig aus auf einen umgefallenen Zaunteil gemacht und die von der Straße aus angefertigte Aufnahme zeigt nur den Zaun und das Mobilclo und wiederum nicht auch die angebrachte Tafel.

Es ist somit das Vorbringen des Bf. nicht widerlegbar, dass die am 3.1.2018 aufgenommenen Lagerungen auf öffentlichem Grund nicht ihm und seiner Gesellschaft zuzurechnen sind, weswegen das Verfahren nach § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen war.

Kostenentscheidung

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

Zur Zulässigkeit 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, insbesondere weil das Erkenntnis nicht 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.

Wien, am 25. Februar 2020