

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht erkennt durch seinen Richter Dr. Alexander Hajicek über die Beschwerde des H**** V****, geb.: **.**.****, [Adresse], vertreten durch Dr. Heinz Edelmann, Rechtsanwalt, 1060 Wien, Windmühlgasse 30, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 6, vom 3.7.2018, MA 6/ARP-S-7887/2016, wegen Übertretung des § 1 Abs 1 iVm § 16 Abs 1 und Tarifpost D2 Gebrauchsabgabegesetz (GAG) iZm § 9 Abs 1 VStG, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19. März 2019, zu Recht:

Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde insoweit Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe von 290,00 Euro auf 200,00 Euro und die für den Fall der Uneinbringlichkeit festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Stunden auf 10 Stunden herabgesetzt werden.

Dementsprechend wird der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens bei der belangten Behörde gemäß § 64 Abs 2 VStG mit 20,00 Euro festgesetzt, das sind 10 % der verhängten Geldstrafe.

Im Übrigen wird das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass der verkürzte Abgabebetrag statt „€ 570,00“ richtig „€ 564,00“ lautet.

Gemäß § 52 Abs 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

Die T**** ****gesellschaft m.b.H. haftet gemäß § 9 Abs 7 VStG für die verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art 133 Abs 4 B-VG ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Das angefochtene Straferkenntnis enthält folgenden Spruch:

„Zahl: MA 6/ARP-S-7887/2016

(bitte bei Antwort vollständig angeben!)

*Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der T**** ****gesellschaft m.b.H. am 27.07.2016 vor der Liegenschaft in 1*** Wien, T****gasse 2 (Zone 2, außerhalb*

einer Fußgängerzone) ident mit 1*** Wien, L****gasse 1 (Zone 2, innerhalb einer Fußgängerzone), auf dem öffentlichen Gemeindegrund, der dem öffentlichen Verkehr dient, einen Schanigarten im Gesamtausmaß von 260,74 m² errichtet und damit das mit Bescheid zur Zahl MBA 1/8 – 49858/2015 bewilligte Ausmaß von 136,14 m² um 124,60 m² überschritten gehabt, wobei Sie hierfür bis zum 27.07.2016 weder eine Gebrauchserlaubnis erwirkt, noch die Gebrauchsabgabe entrichtet habe. Sie haben dadurch die Gebrauchsabgabe für den Monat Juli 2016 bis zum 27.07.2016 mit dem Betrag von € 570,00 verkürzt und eine Verwaltungsübertretung begangen.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 1 Abs. 1 in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und Tarifpost D2 des Gebrauchsabgabengesetzes (GAG) vom 8. Juli 1966, LGBL. für Wien Nr. 20, in der Fassung des LGBL. für Wien Nr. 45/2013, in Zusammenhalt mit § 9 Abs. 1 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von € 290,00, falls diese uneinbringlich ist,

Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Stunden,

gemäß § 16 Abs. 1 des Gebrauchsabgabengesetzes (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:

€ 29,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch € 10,00. **Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 319,00.** Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.

Die T**** ****gesellschaft m.b.H. haftet gemäß § 9 Abs. 7 VStG über die verhängte Geldstrafe, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.“

Dem Straferkenntnis liegt folgendes Verwaltungsgeschehen zugrunde:

Der Beschwerdeführer ist verwaltungsstrafrechtlich unbescholten.

Die dem Strafverfahren zugrundeliegende Beanstandung erfolgte durch ein Kontrollorgan der MA 59 anlässlich einer Kontrolle am 27.7.2016, 11:15 Uhr.

Dabei stellte das Kontrollorgan folgendes fest:

„Die T**** ****gesellschaft m.b.H. ist im o.a. Standort zur Ausübung des Gastgewerbes zur GISA Zl. ***/***** berechtigt und übt dieses auch aus. Das Lokal besitzt in der L****gasse 1-3 zwei Eingänge. An der Ecke T****gasse/L****gasse befindet sich auch ein Eingang in das Lokal T****, welches optisch getrennt ist, zu dem großen Lokal in der L****gasse. Lt. Auskunft des Anwesenden [Restaurantleiter G**** V****, Anm] ist das Lokal (Ecke T****g./L****gasse geschlossen und wird derzeit nur als Lager und für Vorbereitungsarbeiten für das obere (L****gasse) Lokal benützt.

*Die Aufstellung eines Schanigartens ist lt. Bescheid vom 24.8.2015 (Zl. MBA 1/8-49858/2015) zusammengefasst in nachstehend angeführten Ausmaßen für T****g . 2 ident L****g. 1 bewilligt:*

*1.) T****gasse – auf dem Gehsteig im Ausmaß von 5m Länge und 2,10 Breite sowie 12m Länge und 3,60 m Breite (= Schanigarten B/Pläne B1 + B2)*

*2.) L****gasse – 7,5m Länge und 3,6m Breite sowie 15,4m Länge und 3,6m Breite (= Schanigarten C/Pläne C1 + C2)*

Die Ausstattung hat mit der im Bescheid vom 14.3.2013 [...] genehmigten Form zu erfolgen.

Bei einer ha. Überprüfung am 27.7.2016 stellten sich die Schanigärten (Schanigarten B + C) wie folgt dar:

1.) Schanigarten B:

Der Schanigarten war durchgehend mit einer Länge von 19,4m und 3,5m Breite aufgestellt. [...]

2.) Schanigarten C:

*Der Schanigarten war in drei Abschnitte aufgeteilt, stand auf einem Podest und erstreckte sich von der L****g. 1 bis zum angrenzenden Geschäftslokal (= ON3). Die beiden Eingänge waren von der Aufstellung von Tischen und Stühlen ausgenommen.*

*- Von der Ecke T****g./L****gasse bis zum 1. Eingang hatte der Schanigarten das Ausmaß von 27,4m Länge und 3,6m Breite. [...]*

- Zwischen den beiden Eingängen hatte der Schanigarten ein Ausmaß von 13,7m Länge und 3,5m Breite [...]

- Vom 2. Eingang bis zu dem Mauervorsprung fand sich ein Ausmaß von 3m Länge und 3,5m Breite

Vom Ende des Mauervorsprungs bis zum benachbarten Geschäftslokal war das Ausmaß des Schanigartens 6,5m Länge und 5,5m Breite [...]"

Der Bericht enthält sieben Fotografien. Darüber hinaus werden verschiedene Verstöße gegen Auflagen des Bewilligungsbescheides festgestellt.

Im Bewilligungsbescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 1./8. Bezirk, MBA 1/8 – 49858/2015 vom 24.8.2015 wird der T**** ****gesellschaft m.b.H. eine monatliche Gebrauchsabgabe von € 469,-- vorgeschrieben.

Der Magistrat der Stadt Wien erließ mit Datum von 5.10.2016 eine Strafverfügung wegen Verkürzung der Gebrauchsabgabe.

Darüber hinaus erließ der Magistrat der Stadt Wien (MA 6) wegen anderer in der Anzeige festgestellter Mängel eine weitere Strafverfügung mit drei Spruchpunkten. Diese Strafverfahren wurden später eingestellt, da insoweit gleichzeitig eine Bestrafung nach der StVO erfolgt war.

Mit Datum vom 25.8.2016 erließ der Magistrat der Stadt Wien (MBA für den 1./8. Bezirk) eine Strafverfügung, in welcher dem Beschwerdeführer wegen der in der Anzeige festgestellten Umstände (1. Übergröße des Schanigartens, 2. Nichteinhaltung der Auflagen) wegen Übertretung der StVO zwei Strafen von jeweils 49,00 Euro auferlegt wurden.

Der Beschwerdeführer erhob gegen die Strafverfügung von 5.10.2016 Einspruch und brachte unter anderem vor, es sei bereits vom MBA 1./8. Bezirk ein Strafverfahren (nach der StVO) eingeleitet worden, ein weiteres Verfahren sei daher nicht zulässig.

Weiters sei das im Spruch der Strafverfügung festgestellte Gesamtausmaß des Schanigartens und der Überschreitung nicht nachvollziehbar. Die Werte seien dem Bewilligungsbescheid nicht zu entnehmen; in diesem seien Längen und Breiten und nicht Flächen angeführt.

Mit Datum vom 3.7.2018 erließ der Magistrat der Stadt Wien das angefochtene Straferkenntnis.

In der gegen dieses Erkenntnis gerichteten Beschwerde wird zusammengefasst vorgebracht:

1. Weil im angefochtenen Straferkenntnis keine Feststellungen getroffen wurden, ob eine relevante Verfolgungshandlung gesetzt worden sei, werde die Verfristung von 12 Monaten eingewendet.

2. Es gebe zwar im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses zeitliche Feststellungen, die sich auf die Überschreitung des bewilligten Ausmaßes beziehen sollten, jedoch sei das Ausmaß von 260,74 m² in keiner Weise detailliert nachvollziehbar und sohin die Überschreitung von 124,60 m² gegenüber dem bewilligten Ausmaß von 136,14 m² nicht überprüfbar. Der Umfang von 124,60 m² werde damit begründet, dass weder eine Gebrauchserlaubnis erwirkt worden noch die Gebrauchsabgabe entrichtet worden sei. Das angefochtene Straferkenntnis sei daher schon aus diesem Grund rechtswidrig. Jedenfalls seien die Angaben im Bewilligungsbescheid eingehalten worden; eine negative Feststellung sei nicht getroffen worden (weder im Spruch noch in der Begründung des bekämpften Straferkenntnisses).

3. In der Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses werde ausgeführt, dass „keine Doppelbestrafung vorliege und gemäß § 16 Abs 1 GAG nicht die Hinterziehung einer Abgabe zum Gegenstand habe“. Dies allein sei schon unrichtig, weil nach dem Antrag auf Erteilung der Gebrauchserlaubnis sich der Bewilligungsbescheid auf das GAG und die StVO beziehe. Dies habe zur Folge, dass dem angefochtenen Straferkenntnis entschiedene Rechtssache vorgeworfen werde, da im Verfahren aufgrund des Bescheides des MBA für den 1./8. Bezirk – MBA 01-S 41191/16 – eine verkehrsfremde Nutzung Gegenstand des Verfahrens gewesen sei. Es sei unerheblich, dass nach dem Straferkenntnis vom 15.12.2016 auch andere Vorwürfe vorgenommen worden seien (lautes Sprechen, Singen, Musizieren) und Nichtkennzeichnung von Markierungsnägeln. Dieses Vorgehen erreiche sogar das verfassungsrechtliche Niveau der Gesetzwidrigkeit.

In der am 19.3.2019 durchgeführten mündlichen Verhandlung (welcher der Beschwerdeführer fernblieb) brachte der Vertreter des Beschwerdeführers vor, es habe zwar eine Verkürzung stattgefunden, aber bei weitem nicht in dem Umfang wie im angefochtenen Straferkenntnis ausgeführt. Die in der Anzeige der MA 59 festgehaltenen Längen- und Breitenangaben zum Schanigarten blieben unbestritten. In der L****gasse habe es jedoch keine Überschreitung gegeben, in der T****gasse sei allerdings mehr benützt worden als bewilligt war, aber dies seien nur wenige m² (zwei oder drei m²) gewesen. Es seien nur vor dem Haus T****gasse 2 an dem 2,10 x 5 m breiten Teil des Schanigartens laut Plan ein Teil zu Unrecht verwendet worden.

Der Vertreter des Magistrates erklärte, aufgrund der Erhebungen des Kontrollorgans habe sich die tatsächlich genutzte Fläche ergeben. In Höhe der Differenz zwischen der bewilligten Fläche und der tatsächlich verwendeten Fläche sei es zu einer Strafe gekommen.

Das als Zeugin vernommene Kontrollorgan konnte sich nur mehr sehr dunkel an den Vorgang erinnern. Aufgrund der Anzeige sei davon auszugehen, dass kein weiteres Kontrollorgan dabei war, weil es in der Anzeige angeführt wäre. Die Schanigarten würden mit dem Maßband abgemessen. Sie lasse sich dabei üblicherweise von den Anwesenden helfen, dies müsste also Herr G**** V**** (Sohn des Geschäftsführers) gewesen sein. Sie nehme an, dass die Person die ihr beim Messen helfe auch aufpasse, dass sie auch richtig messe. Es sei ihr bewusst, dass das Lokal ums Eck gehe.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Beweis wurde erhoben durch Verlesung des Strafaktes des Magistrates der Stadt Wien, MA 6/ARP-S-7887/2016, sowie durch Einvernahme der Zeugin R**** B**** (Kontrollorgan der MA 59) in der Verhandlung sowie durch Einsicht in den in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Antrag auf Bewilligung des Schanigartens; danach **steht folgender Sachverhalt fest:**

Der Beschwerdeführer ist Geschäftsführer der T**** ****gesellschaft m.b.H.

Die T**** ****gesellschaft m.b.H. war gemäß dem Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 1./8. Bezirk vom 24.8.2015, MBA 1/8 – 49858/2015 Inhaberin einer Bewilligung zur Nutzung des öffentlichen Grundes für einen Schanigarten (Schanigarten „B“ [B1+B2] und Schanigarten „C“ [C1+C2]. Der Spruch dieses Bescheides lautet auszugsweise:

*„I.I. Gemäß § 1 des Gebrauchsabgabengesetzes 1966 (GAG), LGBl. für Wien Nr. 20/1966 i.d.g.F. und gemäß § 82 Abs. 1 der Straßenverkehrsordnung 1960 (StVO), BGBl. 159/1960 i.d.g.F. wird der T**** ****gesellschaft m.b.H. die Erlaubnis erteilt, den öffentlichen Grund und den darüber befindlichen Luftraum vor dem Haus **Wien 6., T****gasse 2, ident L****gasse 1 Zone 2 in und außerhalb einer Fußgängerzone auf dem öffentlichen Gehsteig (teilweise Fußgängerzone) im Ausmaß von 5 m Länge und 2,10 m Breite***

sowie 12 m Länge und 3,6 m Breite (Schanigarten „B“ (B1+B2) sowie 7,50 m Länge und 3,60 m Breite sowie 15,40 m Länge und 3,60 m Breite (Schanigarten „C“ (C1+C2)

zur Aufstellung von Tischen und Stühlen

in der Zeit ab Rechtskraft des Bescheides bis 30.11.2015 sowie

in der Zeit von 01.03.2016 bis 30.11.2016

benützen zu dürfen.

Die Ausgestaltung hat in der mit Bescheid vom 14.03.2013, MBA 6/7 – 40339/2013/7 genehmigten Form zu erfolgen.

[...]

*II. Für die Erlaubnis zum Gebrauch des öffentlichen Grundes bzw. des darüber befindlichen Luftraumes wird eine **monatliche** Gebrauchsabgabe von*

€ 469,--

festgesetzt.

*Die Abgabeberechnung ergibt sich aus Tarif D 2 des Gebrauchsabgabengesetzes 1966 (GAG), LGBl. für Wien Nr. 20/1966 i.d.g.F. mit **€ 5,00** je begonnenen m² Fläche und begonnenem Monat in der Zone 2 gemäß Tarif A Post 11 in Fußgängerzonen für den Gastgarten „C“.*

*mit **€ 1,00** je begonnenen m² Fläche und begonnenem Monat in der Zone 2 gemäß Tarif A Post 11 außerhalb einer Fußgängerzone für den Gastgarten „B“*

[...]“

Tatsächlich hatte der Schanigarten bei der am 27.7.2016 durchgeführten Kontrolle folgendes, in der Anzeige festgestelltes Ausmaß:

Schanigarten B:

Der Schanigarten war durchgehend mit einer Länge von 19,4 m und 3,5 m Breite aufgestellt.

Schanigarten C:

Der Schanigarten war in drei Abschnitte aufgeteilt, stand auf einem Podest und erstreckte sich von der L****gasse 1 bis zum angrenzenden Geschäftslokal (= ON3). Die beiden Eingänge waren von der Aufstellung von Tischen und Stühlen ausgenommen.

- Von der Ecke T****gasse/L****gasse bis zum 1. Eingang hatte der Schanigarten das Ausmaß von 27,4 m Länge und 3,6 m Breite.

- Zwischen den beiden Eingängen hatte der Schanigarten ein Ausmaß von 13,7 m Länge und 3,5 m Breite.

- Vom Eingang bis zu dem Mauervorsprung fand sich ein Ausmaß von 3 m Länge und 3,5 m Breite.

- Vom Ende des Mauervorsprunges bis zum benachbarten Geschäftslokal war das Ausmaß des Schanigartens 6,5 m Länge und 5,5 m Breite.

Die tatsächlich als Schanigarten genutzte Fläche betrug somit 260,74 m².

Das bewilligte Ausmaß des Schanigartens betrug 136,14 m².

Das nicht bewilligte Ausmaß des Schanigartens betrug damit 124,60 m².

Diese Feststellungen gründen sich auf die angeführten Beweismittel sowie auf folgende **Beweiswürdigung**:

Die tatsächlichen Ausmaße des Schanigartens wurden vom Vertreter des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung außer Streit gestellt. Seitens des Gerichtes besteht kein Anlass, die festgestellten Ausmaße des Schanigartens in Zweifel zu ziehen, zumal die Zeugin glaubwürdig und nachvollziehbar den Kontrollvorgang beschrieben und dabei angegeben hat, dass ihr der Restaurantleiter beim Abmessen behilflich gewesen ist. Das Gericht geht davon aus, dass der Restaurantleiter eine Fehlmessung entsprechend beanstandet hätte.

Im Übrigen ist der festgestellte Sachverhalt unstrittig.

Rechtlich folgt daraus:

§ 1 Abs 1, § 16 Abs 1 und Tarifpost D2 des GAG in der im Übertretungszeitpunkt anzuwendenden Fassung lauten:

§ 1

Gebrauchserlaubnis

(1) 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.

§ 16

Strafen

(1) Handlungen oder Unterlassungen, durch welche die Gebrauchsabgabe verkürzt wird, sind 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.

D. Monatsabgaben je begonnenen Abgabenmonat

2. für Vorgärten (Aufstellung von Tischen, Sesseln ua.) von Geschäftslokalen aller Art je begonnenen m² Fläche und je begonnenen Monat in der Zone 1 gemäß Tarif A Post 11 7,50 Euro, in der Zone 2 gemäß Tarif A Post 11 5 Euro in einer Fußgängerzone und 1 Euro außerhalb einer Fußgängerzone.

Die Abfriedung (Geländer, Gitter, Abschlusswand, Zierpflanzen u. dgl.) ist innerhalb der bewilligten Ausmaße aufzustellen; für etwaige Gegenstände innerhalb der Einfriedung, die weder mit dem Gebäude noch mit dem Gehsteig fest verbunden sind und über die zugestandene Vorgartenfläche nicht hinausragen, ist eine weitere Abgabe nicht zu entrichten; die Bewilligung für Vorgärten gilt nur für die Zeit vom 1. März bis 30. November; wird ausnahmsweise die Belassung der Abfriedung ganz oder teilweise über den genannten Zeitraum hinaus bewilligt, erhöht sich die Abgabe um ein Drittel;“

Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Gemäß § 5 Abs 2 VStG entschuldigt Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.

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

Gemäß § 31 Abs 1 VStG ist die Verfolgung einer Person unzulässig, wenn gegen sie binnen einer Frist von einem Jahr keine Verfolgungshandlung (§ 32 Abs 2) vorgenommen worden ist. Diese Frist ist von dem Zeitpunkt zu berechnen, an dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen worden ist oder das strafbare Verhalten aufgehört hat; ist der zum Tatbestand gehörende Erfolg erst später eingetreten, so läuft die Frist erst von diesem Zeitpunkt.

Verfolgungshandlung ist gemäß § 32 Abs 2 VStG jede von einer Behörde gegen eine bestimmte Person als Beschuldigten gerichtete Amtshandlung (Ladung, Vorführungsbefehl, Vernehmung, Ersuchen um Vernehmung, Beratung, Strafverfügung

u. dgl.), und zwar auch dann, wenn die Behörde zu dieser Amtshandlung nicht zuständig war, die Amtshandlung ihr Ziel nicht erreicht oder der Beschuldigte davon keine Kenntnis erlangt hat.

Der Beschwerdeführer wendet Verfolgungsverjährung ein.

Die Verfolgungsverjährungsfrist beträgt ein Jahr. Der Magistrat der Stadt Wien hat rund zweieinhalb Monate nach dem Tatzeitpunkt die Strafverfügung erlassen und damit eine Verfolgungshandlung gesetzt. Verfolgungsverjährung liegt somit nicht vor.

Der Beschwerdeführer wendet weiters ein, die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführten Angaben betreffend die Überschreitung des bewilligten Ausmaßes seien in keiner Weise detailliert nachvollziehbar, die Angaben im Bewilligungsbescheid seien eingehalten worden.

Aufgrund der festgestellten Abmessungen des Schanigartens ergibt sich folgende Abgabeberechnung:

19,40 m x 3,50 m =	67,90 m ²	67,90 m ²	68,00 m ²	B	x 1 € =	68,00 €
27,40 m x 3,60 m =	98,64 m ²					
13,70 m x 3,50 m =	47,95 m ²					
3,0 m x 3,50 m =	10,50 m ²					
6,50 m x 5,50 m =	35,75 m ²	192,84 m ²	193,00 m ²	C	x 5 € =	965,00 €
					Summe	1.033,00 €
					lt. Bescheid	-469,00 €
					Verkürzung	564,00€

Der sich aus der genutzten Fläche ergebende Abgabebetrag beträgt 1.033 €. Der im Bewilligungsbescheid festgesetzte Abgabebetrag beträgt 469 €. Daraus ergibt sich eine Verkürzung von 564 € und nicht wie im angefochtenen Bescheid ausgeführt 570 €. Der Spruch ist daher entsprechend richtig zu stellen. Da die Gebrauchsabgabe aufgrund der genutzten Fläche ermittelt wird bzw da der Abgabentatbestand auf die genutzte Fläche abstellt, waren im Spruch des angefochtenen Bescheides zutreffend die entsprechenden Flächenausmaße und nicht die Längen und Breiten des Schanigartens angeführt.

Der Beschwerdeführer wendet weiters einen Verstoß gegen das Doppelbestrafungsverbot ein, da er bereits nach den Bestimmungen der StVO wegen der nicht bewilligten Nutzung des öffentlichen Grundes bestraft worden sei.

Dieses Vorbringen übersieht, dass – wie der Magistrat der Stadt Wien im angefochtenen Straferkenntnis zutreffend ausführt – die Bestrafung nach der StVO das Übermaß des Schanigartens aufgrund des Nichtvorliegens einer Erlaubnis zur Nutzung ahndet, hingegen die Bestrafung nach den GAG die Verkürzung der Gebrauchsabgabe. Dabei handelt es sich um unterschiedliche Tatbestände. Ordnungswidrigkeiten nach der StVO und Übertretungen von Abgabengesetzen sind nebeneinander strafbar. Eine Bestrafung nach der StVO wegen eines danach unter Strafe stehenden Verhaltens und eine weitere Bestrafung nach einem Abgabengesetz wegen Nichtentrichtung der Abgabe stellt keine unzulässige Doppelbestrafung dar, werden doch in einem solchen Fall zwei voneinander unabhängige Strafnormen mit unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen, die unterschiedlichen Rechtsgüter schützen, verletzt (VwGH 26.2.2003, 2002/17/0350 betreffend Parkgebühren).

Die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Doppelbestrafung liegt somit nicht vor.

Als Geschäftsführer der T**** ****gesellschaft m.b.H. ist der Beschwerdeführer gemäß § 9 Abs 1 VStG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch diese strafrechtlich verantwortlich.

Es steht somit nach den Feststellungen als erwiesen fest, dass der Schanigarten eine Fläche von insgesamt 260,74 m² hatte, wobei lediglich eine Fläche von 136,14 m² bewilligt war. Das nicht bewilligte Ausmaß betrug damit 124,60 m².

Die Gebrauchsabgabe wurde um 564,00€ verkürzt.

Im Streitfall wurde somit der öffentlichen Gemeindegrund, der als Verkehrsfläche dem öffentlichen Verkehr dient, in Anspruch genommen, ohne dass für das Übermaß vorher eine Gebrauchserlaubnis erwirkt und die darauf entfallende Gebrauchsabgabe entrichtet wurde. Die Gebrauchsabgabe wurde damit zumindest fahrlässig verkürzt. Eine Verkürzung liegt bereits dann vor, wenn eine Abgabe unter Verletzung einer Anzeigepflicht nicht zum vorgesehenen Termin entrichtet wird.

Zur Strafbemessung:

Die der Bestrafung zu Grunde liegende Tat schädigte das als sehr bedeutend einzustufende öffentliche Interesse an der ordnungsgemäßen und fristgerechten Abgabentrachtung, weshalb der objektive Unrechtsgehalt der Tat an sich nicht als geringfügig angesehen werden kann.

Das Ausmaß des Verschuldens kann im Streitfall in Anbetracht der offensichtlichen Außerachtlassung der objektiv gebotenen und dem Beschwerdeführer zumutbaren Sorgfalt nicht als geringfügig angesehen werden, da weder hervorgekommen noch auf Grund der Tatumstände anzunehmen ist, dass die Einhaltung der verletzten Rechtsvorschrift durch den Beschwerdeführer eine besondere Aufmerksamkeit erfordert

hätte oder dass die Verwirklichung des Straftatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Dem Beschwerdeführer kommen die Milderungsgründe der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit sowie der unverhältnismäßig langen Dauer des Verfahrens aus einem nicht vom Beschwerdeführer zu vertretenden Grund zu (der Einspruch gegen die Strafverfügung datiert vom 18.10.2016, das angefochtene Straferkenntnis vom 3.7.2018). Erschwerungsgründe liegen nicht vor.

Der Beschwerdeführer machte keine Angaben zu seinen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen, es ist daher im Schätzungsweg von durchschnittlichen Verhältnissen auszugehen.

Aus diesen Gründen ist die verhängte Geldstrafe von EUR 290,00 auf EUR 200,00 herabzusetzen (das sind rund 30%) und erscheint damit in general- und spezialpräventiver Hinsicht als schuld- und tatangemessen und nicht als überhöht. Die Verhängung einer Geldstrafe ist im Übrigen auch dann gerechtfertigt, wenn der Bestrafte kein Einkommen bezieht.

Gemäß § 16 Abs 2 letzter Satz VStG ist die Ersatzfreiheitsstrafe ohne Bedachtnahme auf § 12 VStG nach den Regeln der Strafbemessung festzusetzen. Im Hinblick auf den hinzugekommenen Milderungsgrund der unverhältnismäßig langen Dauer des Verfahrens ist auch die Ersatzfreiheitsstrafe entsprechend von 14 Stunden auf 10 Stunden herabzusetzen (= rund 30%). Sie ist insoweit im Verhältnis zu der verhängten Geldstrafe und dem gesetzlichen Strafraumen gesetzeskonform und angemessen.

Eine weitere Strafherabsetzung kommt unter Bedachtnahme auf die vorangeführten Strafbemessungsgründe, die general- und spezialpräventive Funktion der Verwaltungsstrafe und den (bis zu EUR 21.000 reichenden) gesetzlichen Strafraumen nicht in Betracht

Verfahrenskosten:

Die Nichtvorschreibung eines Beitrages zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens stützt sich auf die zwingende Vorschrift des § 52 Abs 8 VwGVG.

Zur Unzulässigkeit der Revision:

Die ordentliche Revision für die belangte Behörde ist nicht zulässig, da keine Rechtsfrage iSd Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Der Beschwerde ist daher gemäß § 50 VwGVG teilweise Folge zu geben und die Strafe (Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe) sowie der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens bei der belangten Behörde herabzusetzen; im Übrigen ist das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe zu bestätigen, dass der verkürzte Abgabebetrag statt „€ 570,00“ richtig „€ 564,00“ lautet.

Wien, am 3. April 2019