

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Wolfgang Pavlik über die Beschwerde der Bf., p.A. GmbH, Adresse, vom 19.07.2015, gegen das Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien vom 26.06.2015, ZI MA 6/DII/RII-XYZ uA betreffend 57 Verwaltungsübertretungen nach § 1 Abs 1 iVm §16 Abs 1 und Tarifpost B 15 des Gebrauchsabgabegesetzes vom 08.07.1966, LGBl für Wien Nr 20 idgF, iZm § 9 Abs1 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 (VStG 1991), nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

- I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG 1991 eingestellt.
- II. Gemäß § 52 Abs 8 VwGVG hat die Beschwerdeführerin keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.
- III. Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art 133 Abs 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis vom 26.06.2015 wurde der Beschwerdeführerin (Bf) vorgeworfen, sie habe als handelsrechtliche Geschäftsführerin der GmbH in 57 näher bezeichneten Fällen an 57 näher bezeichneten Standorten in Wien auf dem öffentlichen Gemeindegrund, der dem öffentlichen Verkehr dient, am 09.10.2013 jeweils einen Altkleidersammelcontainer auf einer Fläche von 1m² aufgestellt gehabt, wofür sie bis zum 19.09.2014 hierfür weder eine Gebrauchserlaubnis erwirkt noch die Gebrauchsabgabe entrichtet habe. Sie habe dadurch die Gebrauchsabgabe bis zum 19.09.2014 mit dem Betrag von jeweils EUR 71,00 verkürzt und dadurch eine Verwaltungsübertretung in 57 Fällen begangen.

Sie habe dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 1 Abs 1 iVm § 16 Abs 1 und Tarifpost B 15 des Gebrauchsabgabegesetzes (GAG) vom 8. Juli 1966, LGBl für Wien Nr 20 idgF, iZm § 9 Abs 1 VStG 1991.

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen würden gemäß § 16 Abs 1 GAG über die Bf folgende Strafen verhängt:

57 Geldstrafen von je EUR 45,00, falls diese uneinbringlich seien, 57 Ersatzfreiheitsstrafen von je 12 Stunden.

Ferner würden gemäß § 64 VStG 1991 je EUR 10,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vorgeschrieben.

Die GmbH hatte gemäß § 9 Abs 7 VStG 1991 zur ungeteilten Hand.

In der Begründung wurde iW ausgeführt, im vorliegenden Fall gehe aus einer Anzeige eines Kontrollorgans der Stadt Wien hervor, dass die Beschuldigte den öffentlichen Gemeindegrund, der als Verkehrsfläche dem öffentlichen Verkehr diene, durch die oben angeführten Taten widmungswidrig in Anspruch genommen habe.

In ihrem Einspruch habe die Bf eingewendet, dass die vorgehaltenen Taten hinsichtlich der Standorte der Aufstellung von Altkleidersammelcontainern nicht den Tatsachen entsprechen würden, da wohl einige Container tatsächlich von der GmbH aufgestellt worden seien, jedoch teilweise nur über einen sehr kurzen Zeitraum. Eine detaillierte Begründung würde nach Akteneinsicht bei den Bezirksämtern erfolgen.

Diesen Ausführungen sei entgegenzuhalten, dass die Bf ihr Vorbringen nicht präzisiert habe.

Nach der Judikatur des VwGH treffe den Beschuldigten im Verwaltungsstrafverfahren eine Mitwirkungspflicht.

Eine Überprüfung der Anzeigeangaben habe ergeben, dass ein Standort doppelt angeführt war. Dieses Verfahren sei eingestellt worden.

Eine sehr kurze Aufstellungszeit der Container vermöge nicht zum Erfolg führen, zumal ggstdl Tarif eine Jahresabgabe sei.

Mangels konkreter Einwendungen sei davon auszugehen, dass der Tatbestand verwirklicht worden sei.

Es folgten Ausführungen über die Strafbemessung.

In der Beschwerde vom 19.07.2015 wurde iW vorgebracht, es sei seit zumindest 2010 Brauch gewesen, die Container bereits mit Einreichung auf den gewünschten Standort zu platzieren. Sei negativ entschieden worden, seien die Container entfernt worden. Es könne auch sein, dass für einen konkreten Standort mehrere Bewilligungen erteilt worden seien.

Unerklärlich sei, dass die Bf über zahlreiche in der Liste angeführte Standorte Bewilligungen hätte, diese seien jedoch vom Anzeiger als unbewilligte Standorte angegeben worden.

Die Bf habe diesbezüglich mehrfach um Akteneinsicht gebeten, diese sei aber mit der Begründung verweigert worden, die Bewilligungen kämen von den Bezirken und daher sei die Akteneinsicht nicht relevant.

Es wurde eine Liste mit den im Bescheid angeführten Standorten beigelegt, wonach einige Standorte genehmigt seien, an 32 Standorten keine Container stünden und einige Standorte eine falsche Adresse aufwiesen.

Der Magistrat der Stadt Wien legte mit Vorlage vom 11.11.2015 (Datum des Einlangens) die Beschwerde dem BFG vor. Darin wurde iW ausgeführt, die Bescheide zu den angeführten Zahlen seien beigelegt worden; dabei habe sich herausgestellt, dass sämtliche dieser Bescheide auf den Verein Gemeinnützigkeit ausgestellt worden seien.

In vorangegangenen Verfahren sei allerdings vorgebracht worden, dass die Container Eigentum der GmbH seien und diese auch für die Aufstellung alleinverantwortlich sei. Die Kennzeichnung „Gemeinnützigkeit“ sei nur ein Hinweis auf den Zweck des Sponsorings. Mit dieser Argumentation übersehe die Bf, dass auf Grund der unmissverständlichen Bestimmung des § 3 Abs 2 GAG die Gebrauchserlaubnis ausdrücklich auf denjenigen Gebrauchserlaubnisträger beschränkt sei, dem die Gebrauchserlaubnis erteilt worden sei; sie sei folglich nicht übertragbar, das diesbezügliche Vorbringen gehe ins Leere.

Bei der mündlichen Verhandlung vor dem BFG am 11.08.2016 sagte die Beschuldigte aus, es seien auch Bewilligungen an die Gemeinnützigkeit erteilt worden, andere Bewilligungen gäbe es nicht. Die GmbH habe die Container aufgestellt, die Ware gesammelt und entsorgt. Es sei in der Branche so üblich, dass der jeweilige Verein die Bewilligungen beantrage. Es sei auch üblich gewesen, die Container aufzustellen, bevor die Genehmigungen erteilt worden seien.

Der Vertreter der Amtspartei sagte aus, es gäbe ca für die Hälfte der Standorte Bescheide, wovon wieder für die Hälfte die Adresse nicht stimme. Für die andere Hälfte gäbe es entweder keine gültigen Bescheide oder stimme die Adresse nicht. Grob geschätzt gäbe es ca für ein Viertel der Tatorte gültige Bewilligungen für das Jahr 2013.

Es werde darauf verwiesen, dass die im Akt befindlichen Fotos nicht zum Tatzeitpunkt aufgenommen worden seien, sondern 2 Jahre älter wären. Sie würden betreffend den konkreten Tatzeitpunkt nichts aussagen. Leider seien der Behörde keine besseren Unterlagen zur Verfügung gestellt worden.

Bei der fortgesetzten mündlichen Verhandlung vor dem BFG am 16.03.2017 führte die Beschuldigte iW aus, es gäbe eine schriftliche Vereinbarung mit dem Verein Gemeinnützigkeit. Die GmbH würde ausschließlich mit diesem Verein zusammenarbeiten. Die GmbH sammle die Altkleider, die entsorgt werden; ein Teil würde dann von der GmbH verkauft und der andere Teil werde an die Gemeinnützigkeit gespendet. Die GmbH sei nicht ausschließlich gewinnorientiert. Die Container seien von der GmbH gekauft und aufgestellt worden.

Der ehemalige Geschäftsführer der GmbH und nunmehrige Obmann des Vereins Gemeinnützigkeit sagte als Zeuge iW aus, die Container stünden im Eigentum der GmbH und sei diese für die Aufstellung alleinverantwortlich. Jeder Container sei mit dem Eigentumshinweis und der Firmenbezeichnung versehen. Es gäbe eine Sponsoringvereinbarung des Vereins mit der GmbH. Diese dürfe das Logo des Vereins als Aufschrift auf den Containern benutzen, dafür werde ein Lastwagen mit Kleidung an ein Kinderheim nach ABC gesandt.

Der Verein suche bei der MA 46 um Bewilligungen für die Container an. Die bewilligten Plätze dürften dann von den Entsorgern benützt werden. Der Verein stelle nur die bewilligten Plätze zur Verfügung. Es sei üblich gewesen, die Container aufzustellen und dann Fotos davon zu machen.

Schätzungsweise seien von allen Containern lediglich 50% genehmigt gewesen. Im Zuge von Konkurrenzkämpfen sei es dann zu einer Vielzahl von Anzeigen gekommen. Die

Fotos und die Anzeigen seien der Beschuldigten jedoch nicht gezeigt worden, da die MA 46 die Akteneinsicht generell und auch im vorliegenden Fall verweigert habe. Es seien sogar 2 Container abgeschleppt worden, für die es aufrechte Bewilligungen gegeben habe.

In den aktuellen Fällen sei das Verfahren gegen den Zeugen glaublich eingestellt worden. Der MA 46 sei bekannt gewesen, dass die GmbH der Entsorger war. Dies sei der MA 46 auch dargelegt worden. Das bestehende Modell sei übernommen worden und der MA 46 gegenüber offengelegt worden.

Es habe damals einen enormen Wildwuchs gegeben; es habe zahlreiche Plätze gegeben, wo mehrere nicht genehmigte Container aufgestellt gewesen seien. Es sei auch zu Doppel- und Mehrfachgenehmigungen gekommen.

Der Vertreter der Amtspartei wies darauf hin, dass ein Verhalten, auch wenn es usus sei, noch lange nicht gesetzeskonform sein müsse.

Der als Zeuge einvernommene Sachbearbeiter der MA 46 im ggstl Fall führte iW aus, die MA 46 habe damals Beschwerden im Wege diverser Bezirksvorstehungen erhalten. Diese hätten auch Fotos mitgeliefert. Die Bezirksreferenten der MA 46 hätten diese Fotos dann überprüfen sollen. Die Fotos müssten bei der MA 6 sein, da die MA 46 diese übermittelt habe. Weitere Fotos würden nicht existieren. Die jeweiligen Bezirksreferenten seien vor Ort gewesen und hätten sich das angeschaut. Die GmbH habe sicher keinen Bescheid erhalten, sie sei nicht einmal aktenkundig.

Näheres könne der Zeuge zu den aktenkundigen Bescheiden nicht sagen.

Man dürfe erst nach Erteilung der Gebrauchserlaubnis die Container aufstellen. Der Zeuge verwies darauf, dass man auch eine Bewilligung nach der StVO dafür benötige.

Der MA 46 sei nicht bekannt gewesen, dass im ggstl Fall der Verein Gemeinnützigkeit nicht der Nutzer der Container sei. Wer die Container besitze, sei irrelevant. Jeder bekomme bei Zutreffen der gesetzlichen Voraussetzungen eine Gebrauchserlaubnis. Ein diesbezüglicher Eigentumsnachweis werde von der MA 46 nicht verlangt.

Eine neue Liste gäbe es nicht. Die MA 46 habe keine anderen Unterlagen als die MA 6. Es seien nach dem Datenmanagement für 7 näher genannte Örtlichkeiten Bescheide an den Verein Gemeinnützigkeit ergangen.

Der Zeuge wies darauf hin, dass es keine rückwirkenden Bescheide gäbe.

Bis 30.03.2013 seien die Bescheide bis auf Widerruf erteilt worden; allerdings habe es jetzt eine Änderung der Rechtslage gegeben, wonach diese Bewilligungen mit 31.12.2018 erlöschen. Nach dem 30.03.2013 seien die Bescheide maximal auf 10 Jahre befristet ausgestellt worden.

Bezüglich der anderen Standorte habe der Zeuge nichts finden können, dass es diesbezüglich eine Genehmigung gegeben hätte. Offensichtlich seien auf diesen Plätzen, wo andere Organisationen Bewilligungen gehabt hätten, Container der GmbH aufgestellt gewesen.

Das Schreiben der MA 6 aus dem Jahr 2016 sei nicht bis zum Zeugen durchgedrungen.

Der Zeugen konnte nicht bestätigen, dass es von Mitbewerbern der Beschuldigten laufend Anzeigen gäbe.

Der Antragsteller und Gebrauchserlaubnisträger sei immer dieselbe Person und diese bekomme dann die Abgabe vorgeschrieben. Für die gleiche Sache könnten nicht 2 Personen einen Bescheid bekommen.

Der Zeuge wies nochmals darauf hin, dass er zu den im Verwaltungsakt erliegenden Bescheiden nichts sagen könne.

Es sei nicht usus gewesen, Container aufzustellen, bevor sie genehmigt worden seien.

Der Vertreter der Amtspartei verwies darauf, dass der Zeuge ja gar nicht wissen könne, wer den Platz tatsächlich nutze. Er könne nur dem Antragsteller eine Gebrauchserlaubnis erteilen.

Es stehe mehr oder weniger fest, dass für die GmbH keine Gebrauchserlaubnisse vorgelegen seien. Damit würden sich die Tatanlastungen als zutreffend erweisen.

Die Beschuldigte verwies darauf, dass die MA 46 sehr wohl gewusst habe, dass die GmbH die Entsorgungsfirma sei. Sie sei mehrmals bei der MA 46 gewesen und habe den Sachverhalt offen gelegt.

Im Anschluss an die mündliche Verhandlung übermittelte der Obmann des Vereins Gemeinnützigkeit die Lizenzvereinbarung, abgeschlossen am 16.10.2013 zwischen dem Verein Gemeinnützigkeit und der GmbH.

Im Bemessungsverfahren wurde der GmbH von der MA 6 mit Bescheid vom 12.09.2014 eine Gebrauchsabgabe für ggstdl Standorte vorgeschrieben.

In der Beschwerde gegen diesen Bescheid wurde iW vorgebracht, die Beschuldigung sei grs unrichtig und sei nicht durch eine korrekte Amtshandlung erhoben worden.

Es entspreche wohl den Tatsachen, dass einige Container an diesen Örtlichkeiten standen und einige hätten sich im Genehmigungsverfahren befunden.

Wieder einige Container seien anderen Sammlern zuzurechnen und für einige habe es bereits Genehmigungen gegeben.

Die Akteneinsicht sei jedoch verweigert worden.

Mit Beschwerdevoentscheidung vom 07.01.2015 wurde die Beschwerde im Bemessungsverfahren abgewiesen.

In der Begründung wurde iW vorgebracht, dass von der Bf keine konkreten und detaillierten Angaben zur Klärung des Sachverhaltes vorgelegt worden seien.

Laut der Erhebung der MA 46 vom 09.10.2013 seien die Sammelcontainer mit der Aufschrift „Verein Gemeinnützigkeit“ versehen. Laut einer Stellungnahme dieses Vereins sei die Kennzeichnung nur ein Hinweis auf den Zweck des Sponsorings, die Container befänden sich jedoch im Eigentum der GmbH. Um so verwunderlicher erscheine es daher, dass die Bf nicht bekannt geben könne, wie viele und vor allem an welchen Standorten Container zu Gunsten des Hilfsprojekts „Gemeinnützigkeit“ aufgestellt worden seien, zumal der Obmann des Vereins gleichzeitig auch Gesellschafter bzw ehemaliger Geschäftsführer der GmbH sei bzw gewesen sei.

Im Vorlageantrag im Bemessungsverfahren vom 28.01.2015 führte die Bf iW aus, die MA 46 habe die Anzeige, welche angeblich von den Bezirken komme, ohne zu prüfen, ob der Inhalt den Tatsachen entspreche, weitergeleitet.

Die MA 46 verfüge natürlich über die Bescheide und hätte dies prüfen können und müssen und dabei feststellen müssen, dass davon für 14 Container bereits positive Bescheide vorliegen. Lediglich an 4 Standorten sei ein nicht genehmigter Container gestanden; für diese Container sei jedoch bereits ein Antrag gestellt worden und als vereinbarter und geübter Brauch von der MA 46 geduldet worden.

An den anderen Adressen sei zu diesem Zeitpunkt kein Container der Bf gestanden, sehr wohl aber an einigen Adressen die von anderen Mitbewerbern. Die Bf nehme an, dass zumindest einige davon über eine Genehmigung verfügten.

Die Verweigerung der Akteneinsicht sei ein schwerer Verfahrensmangel.

In weiterer Folge übermittelte die MA 6 der MA 46 am 03.02.2015 eine Liste der Aufstellungsorte der GmbH für Sammelcontainer in Wien auf Grund der Anzeige der MA 46 vom 9.10.2013. Demnach seien laut Bf bis auf 4 näher bezeichnete Standorte alle Containeraufstellungen im Jahr 2013 genehmigt gewesen.

Am 09.03.2015 wurde die Liste an die MA 6 retourniert und vermerkt, dass nur für 4 Standorte keine Genehmigung vorhanden sei.

Auf der Liste sind neben Gemeinnützigkeit (in 9 Fällen) auch andere Organisationen wie Kolping, Humana und Rotes Kreuz als Gebrauchserlaubnisträger vermerkt.

Am 17.03.2015 ersuchte die MA 6 die MA 46 um Auskunft und führte iW aus, für die Vorlage des Antrags an das BFG sei die Klärung folgender Punkte erforderlich, nachdem die Anzeigeangaben vom 09.10.2013 und die mit E-Mail vom 09.03.2015 bekannt gegebenen Genehmigungen nicht schlüssig seien. Laut E-Mail vom 09.03.2015 habe es letztendlich nur für 4 Standorte keine Gebrauchserlaubnis gegeben und stellte folgende Fragen:

Sei es möglich, dass nicht alle beanstandeten Container der GmbH, sondern auch den Organisationen Kolping, Humana, Rotes Kreuz, für die auch Genehmigungen vorlägen, zuzuordnen seien, die auch den Sponsoringzweck „Gemeinnützigkeit“ verfolgten?

Seien die unter den Genehmigungszahlen angeführten Organisationen zB Kolping Gz ... immer Antragsteller und Gebrauchserlaubnisträger in einer Person?

Seien die unter den Genehmigungszahlen des Jahres 2014 zB ... erteilten Gebrauchserlaubnisse rückwirkend für das Bescheidjahr 2013 erteilt worden?

Seien die unter den Genehmigungszahlen der Vorjahre zB ... erteilten Gebrauchserlaubnisse noch gültig?

Warum widerspreche die Genehmigungsliste per E-Mail vom 09.03.2015 den Punkten im Vorlageantrag vom 28.01.2015 (laut Bf habe es lediglich für 4 näher bezeichnete Standorte keine Gebrauchserlaubnis gegeben); sei für diese Standorte auch ein Antrag auf Gebrauchserlaubnis seitens der GmbH eingebracht worden?

Für eine Fortführung des Bemessungsverfahrens bzw Vorlage der Beschwerde an das BFG sei daher eine Beantwortung der o.a. angeführten Punkte sowie eine

Konkretisierung der Angaben laut E-Mail vom 09.03.2015 (wer war Antragsteller bzw Gebrauchserlaubnisträger und welcher Aufstellungszeitraum wurde tatsächlich genehmigt) erforderlich.

In weiterer Folge ersuchte die MA 6 die MA 46 am 21.07.2015 um Übermittlung der Bewilligungsbescheide.

Am 03.09.2015 wurden 12 Bescheide über verschiedene, nur teilweise mit ggstdl identen Standorten und verschiedenen, nur teilweise mit ggstdl identen Zeiträumen, die allesamt an den Verein Gemeinnützigkeit als Gebrauchserlaubnisträger gerichtet waren, übermittelt.

Mit Schreiben vom 31.03.2016 ersuchte die MA 6 die MA 46 nochmals um Beantwortung des Schreibens vom 17.03.2015 und führte abschließend aus, sollte keine Rückmeldung erfolgen, sei davon auszugehen, dass – wie von der Bf eingewendet – nur an den 4 näher bezeichneten Standorten jeweils ein nicht genehmigter Sammelcontainer durch die GmbH aufgestellt gewesen sei.

Mit Vorlage vom 21.07.2016 wurde die Beschwerde im Bemessungsverfahren dem BFG vorgelegt und darin iW ausgeführt, eine Rückmeldung der MA 46 sei bis dato nicht erfolgt. AG des Sachverhaltes und der Ermittlungsergebnisse sei davon auszugehen, dass – wie von der Bf eingewendet – nur an 4 näher bezeichneten Standorten jeweils ein nicht genehmigter Sammelcontainer der Bf aufgestellt gewesen sei.

Mit Beschluss vom 06.04.2017, RV/7400115/2016 hob das BFG im Bemessungsverfahren den angefochtenen Bescheid unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde gemäß § 278 BAO auf und führte begründend iW aus, die dem bekämpften Bescheid zu Grunde gelegte Feststellung der Standorte werde von der Bf bestritten. In dem vorgelegten Verwaltungsakt würden sich keine Beweismittel oder zweifelsfreie Tatsachenfeststellungen darüber finden, dass die Bf tatsächlich an den im Bescheid angeführten Standorten einen Container aufgestellt hatte. Vielmehr habe sich die die Abgaben festsetzende Behörde selbst vergeblich bemüht, bei der anzeigenden Behörde solche Beweismittel zu beschaffen. Es erhebe sich daher die Frage, ob und an welchen Standorten zu welchen Zeitpunkten tatsächlich Container der Bf aufgestellt gewesen seien und ob die Abgabenvorschreibung an die Bf zu Recht erfolgt sei.

Es werde im weiteren Verfahren daher Sache der belangten Behörde sein, festzustellen, an welchen konkreten Standorten (mit genauer Adressenangabe) zu welchen Zeitpunkten die Bf tatsächlich Container aufgestellt gehabt habe, und diese Feststellungen durch entsprechende Beweismittel zu belegen.

Über die Beschwerde wurde erwogen

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in die von der belangten Behörde vorgelegten Akten, die Parteieneinvernahme und die Einvernahmen der Zeugen PW und FJ in der mündlichen Verhandlung vor dem BFG.

Demnach steht folgender Sachverhalt fest:

Es ist nicht erwiesen, dass die beschuldigte Bf die ihr zur Last gelegten Taten begangen hat.

Beweiswürdigung:

Im vorgelegten Verwaltungsakt finden sich keine zweifelsfreien Beweismittel oder zweifelsfreie Tatsachenfeststellungen darüber, dass die Bf tatsächlich an den im Straferkenntnis angeführten Standorten zu den im Straferkenntnis angeführten Zeiten Container aufgestellt hatte. Auf den Aufhebungsbeschluss des BFG vom 06.04.2017, RV/7400115/2016, im Bemessungsverfahren, der ebenfalls vom obigen festgestellten Sachverhalt ausgeht, wird verwiesen.

Die im Akt befindlichen Fotos sind als Beweismittel für eine Aufstellung der Container am von dem im Straferkenntnis genannten Zeitpunkt, nämlich am 09.10.2013, nicht geeignet, da sie aus dem Jahr 2011 stammen. Dies ist auf den Fotos vermerkt und wurde von der Amtspartei in der mündlichen Verhandlung vor dem BFG bestätigt, da ausgeführt wurde, die Fotos seien nicht zum Tatzeitpunkt aufgenommen worden, sondern seien 2 Jahre älter. Sie würden betreffend den konkreten Tatzeitpunkt nichts aussagen.

Der Sachbearbeiter der MA 46 und Anzeigenleger sagte in der mündlichen Verhandlung vor dem BFG aus, die MA 46 habe Beschwerden samt Fotos von diversen Bezirksvorstehungen erhalten. Die Bezirksreferenten der MA 46 hätten diese Fotos dann überprüfen sollen. Andere Fotos wie die im Verwaltungsakt befindlichen würden jedenfalls nicht existieren, da alle Fotos der MA 6 übermittelt worden wären.

Aus diesen Ausführungen kann nur geschlossen werden, dass die Fotos wahrscheinlich nicht überprüft wurden und, wie die Bf im Bemessungsverfahren ausführte, die MA 46 die Anzeigen, welche von den Bezirksvertretungen gekommen seien, ungeprüft weitergeleitet hat. Falls doch eine Überprüfung stattgefunden haben sollte, sind die diesbezüglichen Unterlagen aber nicht auffindbar.

Jedenfalls sind weder Tatorte noch Tatzeitpunkt, die im Straferkenntnis genannt sind, hinreichend konkret nachvollziehbar.

Dazu kommt noch, dass die Feststellungen der belangten Behörde von der Bf bestritten werden und sie im Bemessungsverfahren eine Liste vorlegte, bezüglich derer ausgeführt wurde, für 14 Container würden bereits positive Bescheide vorliegen und lediglich an 4 Standorten sei ein nicht genehmigter Container gestanden, für die jedoch bereits ein Antrag gestellt worden sei. An den anderen Adressen sei zu diesem Zeitpunkt kein Container der Bf gestanden, sehr wohl aber ein Container von anderen Mitbewerbern.

Die Versuche der MA 6, den Sachverhalt aufzuklären, verliefen erfolglos (siehe oben Verfahrensablauf). Die diesbezüglichen Fragen wurden nicht beantwortet, was schließlich zu den Ausführungen im Vorlageantrag im Bemessungsverfahren führte, wonach davon auszugehen sei, dass auf Grund des Sachverhaltes und der Ermittlungsergebnisse nur an 4 näher bezeichneten Standorten jeweils ein nicht genehmigter Sammelcontainer der Bf aufgestellt gewesen sei.

Diesbezüglich führte der als Zeuge einvernommene Sachbearbeiter der MA 46 aus, die Anfragen wären nicht bis zu ihm „durchgedrungen.“

Auch bezüglich der 4 „übrig gebliebenen“ Container ist jedoch der Aufstellungszeitpunkt und –ort nicht mehr nachvollziehbar und konnte in der mündlichen Verhandlung vor dem BFG von der Amtspartei nicht ausreichend und nachvollziehbar dargelegt werden.

Verwiesen wird auch auf die glaubhaften Ausführungen des Zeugen PW in der mündlichen Verhandlung vor dem BFG, welcher die (damaligen) Usancen bezüglich der Aufstellung der Container und die Vorgangsweise der MA 46 so beschrieb, dass es damals einen enormen „Wildwuchs“ gegeben habe; es sei zu Doppel- und Mehrfachgenehmigungen einerseits und einer großen Zahl von nicht genehmigten Aufstellungen andererseits gekommen. Es habe zahlreiche Plätze gegeben, wo mehrere nicht genehmigte Container aufgestellt waren. Er schätze, dass nur 50% der aufgestellten Container genehmigt waren. Die Beamten hätten offensichtlich keinen gemeinsamen Akt gehabt und der eine hätte vom anderen nichts gewusst. Es sei üblich gewesen, schon bei Beantragung und bereits vor erteilter Bewilligung die Container aufzustellen, die MA 46 habe dies gewusst.

Wenn auch, wie der Amtsvertreter zu Recht ausführte, mehr oder weniger fest steht, dass für die GmbH keine Gebrauchserlaubnisse vorlagen und dass diese, wie die Bf selbst vor dem BFG ausführte und der Zeuge PW bestätigte, Eigentümerin der Container und für die Aufstellung alleinverantwortlich war, erweisen sich die Tatanlastungen deswegen noch nicht als zutreffend, da für das Vorliegen des Tatbestandes der Gebrauchsabgabenverkürzung der konkrete Tatort und die konkrete Tatzeit in jedem Einzelfall zweifelsfrei feststehen müssen.

Davon kann im ggstdl Fall aber keine Rede sein, wie auch von der Amtspartei in der mündlichen Verhandlung vor dem BFG am 11.08.2016 implizit bestätigt wurde, wenn ausgeführt wird, leider seien von der MA 46 keine besseren Unterlagen zur Verfügung gestellt worden und die Einvernahme des Anzeigenlegers werde zur Klärung des Sachverhalts beantragt.

Die in der Verhandlung vor dem BFG am 16.03.2017 vorgenommene Zeugeneinvernahme des Anzeigenlegers konnte aber nichts Wesentliches zur Klärung des Sachverhalts beitragen.

Zusammenfassen ist festzuhalten, dass die vorliegenden Unterlagen nicht zweifelsfrei beweisen, dass die Bf die ihr angelasteten Taten begangen hat. Auch die am 11.08.2016 durchgeführte und am 16.03.2017 mit Zeugeneinvernahmen fortgesetzte mündliche Verhandlung vor dem BFG konnte nicht die für ein Strafverfahren erforderliche Gewissheit schaffen.

Rechtliche Beurteilung:

Voraussetzung für die Verhängung einer Verwaltungsstrafe ist das Vorliegen eines Verhaltens, welches als tatbildlich gesetzt zu qualifizieren ist. Unter Zugrundelegung des im Verwaltungsstrafverfahren allgemein gültigen Rechtsgrundsatzes "in dubio pro reo" darf nur dann eine Bestrafung erfolgen, wenn mit der für eine strafrechtliche Verurteilung

erforderlichen Sicherheit feststeht, dass das der Verurteilung zugrundeliegende strafbare Verhalten auch tatsächlich von der beschuldigten Person verwirklicht worden ist.

Die Tatanlastung betrifft ggstdl die Verkürzung der Jahresabgabe für 2013 an den näher bezeichneten Tatorten in Wien auf öffentlichem Grund .

Da nicht mit der für eine strafrechtliche Verurteilung erforderlichen Sicherheit feststeht, ob die Bf als Geschäftsführerin der GmbH im Jahr 2013 an den genannten Tatorten Container aufgestellt hat, ist das Tatbild nicht verwirklicht.

Auf die Problematik des § 3 Abs 2 Gebrauchsabgabengesetz 1996

(Gebrauchserlaubnisträger Verein Gemeinnützigkeit; Punkt I. Lizenzvereinbarung vom 16.10.2013 Einräumung des Rechts an GmbH, an genannten Standorten Container aufzustellen; usus dieser Vorgangsweise) braucht daher nicht eingegangen zu werden.

§ 45 VStG 1991 regelt die (Voraussetzungen für die) Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens. Die Einstellung kann von der Behörde jederzeit (bis zur Erlassung eines Straferkenntnisses) verfügt werden. Erlässt die Verwaltungsstrafbehörde ein Straferkenntnis, obwohl die Einstellung zu verfügen gewesen wäre, so hat die Berufungsbehörde das Straferkenntnis mit Bescheid zu beheben und das Verfahren mit Bescheid einzustellen; in gleicher Weise haben ab 01.01.2014 die Verwaltungsgerichte vorzugehen (*Fister in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 45 Rz 1*).

Gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG 1991 hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet.

Die Tat kann nicht erwiesen werden, wenn die Beweise für einen Schuldspruch nicht ausreichen oder wenn nach dem Ergebnis des Beweisverfahrens noch Zweifel an der Täterschaft des Beschuldigten bestehen (*Fister in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 45 Rz 3 mwN*).

Da auf Grund des Ergebnisses des Beweisverfahrens Zweifel bestehen, ob die Bf die ihr angelasteten Verwaltungsübertretungen tatsächlich begangen hat, war das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG 1991 einzustellen.

Zur Kostenentscheidung:

Gemäß 52 Abs 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben wurde.

Zur Zulässigkeit der Revision:

Gemäß Art 133 Abs 4 B-VG ist die Revision gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes nur 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.

Mit dem vorliegenden Erkenntnis wurde nicht über eine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG entschieden, sondern es wurden lediglich Feststellungen bezüglich des zwischen der Bf und der vor dem BFG belangten Behörde strittigen Sachverhaltes auf Grund der vom BFG durchgeführten Beweiswürdigung getroffen. Die ordentliche Revision ist daher nicht zulässig.

Wien, am 2. Mai 2017