

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Verwaltungsstrafsache gegen Bf., geb. Dat., p.A. KG, Adr.1, wegen der Verwaltungsübertretung der Verkürzung von Gebrauchsabgabe gemäß § 16 Abs.1 des Wiener Gebrauchsabgabegesetzes (GAG) über die Beschwerde des Beschuldigten vom 24.11.2014 gegen das Straferkenntnis vom 13.11.2014 des Magistrats der Stadt Wien, Magistratsabteilung 6, ZI. MA 6/DII/R2-5943/2013, zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird stattgegeben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs.1 Z.2 VStG **eingestellt**.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art.133 Abs.4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) **unzulässig**.

Entscheidungsgründe

Dem Verwaltungsstrafverfahren liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die KG (im Folgenden: die KG) betreibt in X., Ecke Adr1/Adr2 das Restaurant "N.". Bf. (Beschwerdeführer, im Folgenden: Bf.) vertritt die KG als unbeschränkt haftender Gesellschafter selbständig.

Am 9.7.2013 stellte ein Polizeiorgan fest, dass in der Adr2 auf dem Gehsteig entlang der Hausfront ein Schanigarten, bestehend aus 4 Tischen mit je 2 Sesseln aufgestellt war, die beanspruchte Fläche hatte das Ausmaß ca. 8m x 1m. Als am 31.7.2013 der Schanigarten noch immer aufgestellt war, erstattete das Polizeiorgan Anzeige wegen Benützung der Straße zu verkehrsfremden Zwecken gemäß § 82 Abs.1 StVO und Nichtentrichtung von Gebrauchsabgabe gemäß § 1 Abs.1 GAG. Die amtsinternen Recherchen beim Magistrat der Stadt Wien ergaben, dass der KG (damals noch KEG) mit Bescheid des Magistrats, ZI.1 vom 23.4.2009 für den angesprochenen Bereich eine Gebrauchserlaubnis nach § 82 Abs.1 StVO erteilt worden war, und zwar des Inhalts, in der Adr2 links vom Lokaleingang auf dem Gehsteig entlang der Baulinie eine Fläche im Ausmaß von 7,43 m Länge und 0,60 m Breite, somit insgesamt 4,46 m² und den darüber befindlichen Luftraum zur Aufstellung von Tischen und Stühlen jeweils in der Zeit vom 1. März bis 15. November zu benützen. Ein skizzierter Lageplan war dem

Bescheid angefügt. Weiters wurde im Bescheid dafür gemäß § 1 GAG die Entrichtung einer jährlichen Gebrauchsabgabe in Höhe von 43,60 €, welche im Vorhinein bis zum 31. Jänner einzuzahlen ist, vorgeschrieben. Der Bescheid enthielt weiters eine längere Aufzählung von Auflagen betreffend die benützungsbewilligte Fläche, den Betrieb des Schanigartens, Mitteilungspflichten u.ä., welche gemäß § 2 Abs.2 GAG einzuhalten sind.

Aufgrund dieses Sachverhalts erging am 28.10.2013 unter Zl. MA 6/DII/R2-5943/2013 eine Strafverfügung gemäß § 47 VStG an den Bf., weil er als unbeschränkt haftender Gesellschafter der KG vom 9.7. - 31.7.2013 vor der Liegenschaft in X., Adr2, auf öffentlichem Gemeindegrund einen Schanigarten im Ausmaß von 8,00 m² errichtet hatte, wofür er weder eine Gebrauchserlaubnis erwirkt noch die Gebrauchsabgabe entrichtet habe. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über ihn gemäß § 16 Abs.1 GAG eine Geldstrafe von 40 € und im Nichteinbringungsfall eine Ersatzfreiheitsstrafe von 12 Stunden verhängt. Ausgesprochen wurde auch, dass die KG gemäß § 9 Abs.7 VStG für die Geldstrafe, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand haftet.

Gegen die Strafverfügung erhob der Bf. am 12.11.2013 fristgerecht Einspruch und berief sich auf die per Bescheid im Jahr 2009 erteilte unbeschränkte Erlaubnis.

Daraufhin erging am 13.11.2014 unter Zl. MA 6/DII/R2-5943/2013 das Straferkenntnis gemäß § 49 Abs.2 VStG. Die Behörde blieb beim strafrechtlichen Vorwurf gemäß § 16 Abs.1 GAG, dass mit dem Schanigarten im Ausmaß von 8,00 m² das genehmigte Ausmaß von 4,46 m² um 3,54 m² überschritten war und hierfür weder eine Gebrauchserlaubnis erwirkt war noch die Gebrauchsabgabe entrichtet wurde. Dafür wurde eine Geldstrafe von 35 € und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 11 Stunden verhängt sowie gemäß § 64 Abs.2 VStG ein Kostenbeitrag von 10 € auferlegt. Begründend führt der Magistrat aus, dass der Einwand insofern berechtigt sei, dass zwar eine bescheidmäßige Bewilligung vorlag, aber das bewilligte Flächenausmaß überschritten war. Die Tatanlastung und die Strafbemessung waren daher auf das Ausmaß der Überschreitung einzuschränken. Eine Abgabenverkürzung liege schon dann vor, wenn die Abgabe unter Verletzung einer Anzeigepflicht nicht zu den vorgesehenen Terminen entrichtet war, was man dem Bf. zumindest in der Verschuldensform der Fahrlässigkeit anlasten müsse und wovon er durch die Bestrafung spezialpräventiv abgehalten werden soll. Als erschwerend wurde kein Umstand, als mildernd die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit gewertet.

Der Bf. erhob gegen das Straferkenntnis am 24.11.2014 fristgerecht Beschwerde und führte darin aus, er habe in all den Jahren niemals mehr als den erlaubten Platz von 7,43 m Länge und 0,6 m Breite in Anspruch genommen. Es sei ihm auch trotz mehrmaliger Anfragen nie erklärt worden, wie seinerzeit der Beamte durch Vermessung auf die Fläche 8 m² gekommen sei.

Am 1.9.2015 wurde bezüglich des Schanigartens seitens der MA 6 eine Kontrolle des jetzigen Zustandes vorgenommen und dabei Vermessungen durchgeführt, es erfolgte eine photographische Festhaltung und mit dem Bf. eine kurze Niederschrift darüber. Der

Schanigarten entsprach den im Bescheid aus 2009 festgelegten Ausmaßen. Die Markierungsnägel waren vor einiger Zeit bei einer Gehsteigsanierung entfernt worden und wurden bei der Amtshandlung wieder eingeschlagen.

Die mit dem Bescheid vom 23.4.2009 vorgeschriebene Gebrauchsabgabe wurde stets fristgerecht entrichtet.

Dazu hat das Bundesfinanzgericht in verwaltungsstrafrechtlicher Hinsicht erwogen:

An rechtlichen Bestimmungen steht im Mittelpunkt aus dem Gebrauchsabgabegesetz

§ 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.

(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.

(3) Übertretungen des § 9 Abs. 2 sind als Verwaltungsübertretungen mit Geldstrafen bis zu 420 Euro zu bestrafen.

(4) Wer

- a) die gemäß § 2 Abs. 2 zweiter Halbsatz vorgeschriebenen Bedingungen, Befristungen oder Auflagen nicht beachtet,*
- b) den Verpflichtungen im Sinne des § 5 nicht entspricht,*
- c) die im § 8 Abs. 1 vorgesehene Kontrolle vereitelt,*
- d) der Verpflichtung nach § 1 Abs. 3 oder § 8 Abs. 2 nicht nachkommt,*

begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 2 100 Euro zu bestrafen ist.

(5) Mit der Strafe kann gleichzeitig der Verfall der Gegenstände, die mit der Verwaltungsübertretung in ursächlichem Zusammenhang stehen, ausgesprochen werden, wenn sie im Eigentum des Täters oder eines Mitschuldigen stehen oder ihnen vom Verfügungsberechtigten überlassen worden sind, oder wenn sie im Eigentum einer nicht natürlichen Person stehen und der Täter als Verfügungsberechtigter seine Verfügungsgewalt über die Gegenstände in Anspruch genommen hat.

Der Magistrat der Stadt Wien hat eine Bestrafung nach Absatz 1 dieser Bestimmung zu Unrecht vorgenommen. Zunächst ist zu bemerken, dass gemäß § 10 GAG die Gebrauchsabgabe in 2 Formen erhoben wird: entweder wird sie mit Bescheid festgesetzt

oder nach einem Selbstbemessungssystem durch die Partei erklärt und abgeführt. Im vorliegenden Fall hat die Behörde mit Bescheid die Gebrauchsabgabe mit dem gesetzlichen Mindestwert 43,60 € festgesetzt, da die ansonsten vorzunehmende Rechnung mit dem Abgabensatz 3,63 €/m² für die bewilligte Fläche nur den darunter liegenden Betrag $7,43 \times 0,60 \times 3,63 = 16,18$ € ergeben würde. Bei der in der Anzeige vom 31.7.2013 gemachten Angabe "Beanspruchte Fläche ca. 8mx1m" lassen schon die Formulierung und die runden Zahlen erkennen, dass es sich hier nur um eine visuelle Schätzbeurteilung ohne genaue Vermessung handelt. Es besteht auch kein Grund zur Annahme, dass die Verhältnisse damals wesentlich abweichend gewesen wären zu jenen am 1.9.2015 vorgefundenen, wenn in der Anzeige davon die Rede war, dass die 4 Tische mit je 2 Sesseln "entlang der Hausfront aufgestellt sind". Aber selbst wenn man die formelmäßige Abgabenberechnung mit den Maßen 8 m Länge und 1 m Breite durchführen wollte, ergibt sich der Betrag $8 \times 1 \times 3,63 = 29,04$ € wieder als zu gering und man müsste den ohnehin entrichteten Mindestwert 43,60 € heranziehen. Für eine in § 16 Abs.1 GAG angesprochene Abgabenverkürzung ist es aber rein begrifflich notwendig, einen Betrag nennen zu können, der der Behörde rechtens zusteünde und an sie nicht abgeführt wurde, er wäre auch für die Strafbemessung von Belang (§ 19 Abs.1 VStG). Da sich ein solcher Verkürzungsbetrag im vorliegenden Fall nicht angeben lässt, fehlt es schon an einem objektiven Tatbestandsmerkmal in § 16 Abs.1 GAG, womit eine Strafbarkeit nach dieser Bestimmung entfällt.

Sollte die Behörde eine andere Zu widerhandlung erblicken, etwa die Nichteinhaltung von Auflagen aus dem Bescheid, könnte das allenfalls ein Delikt nach den Absätzen 2 bis 4 in § 16 GAG sein. Ein solches Verwaltungsstrafverfahren ist aber nicht Gegenstand des vorgelegten Aktes und im Übrigen wäre es dem Bundesfinanzgericht verwehrt, in einem Rechtsmittelverfahren zu einem anderen Delikt "zu wechseln".

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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, 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. Vielmehr ließ sich der Fall ohne diffizile rechtliche Argumentationen und unter direktem Bezug auf den Gesetzestext lösen.

Wien, am 23. September 2015