

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R in der Verwaltungsstrafsache gegen NN, vertreten durch RA Lic Dr Iur Thomas Nirg, Prinz Eugen-Straße 56/7, 1040 Wien, betreffend Verwaltungsübertretung gemäß § 2 iVm § 4 Abs. 2 Parkometergesetz 2006, LGBI. für Wien Nr. 9/2006, idgF, in Verbindung mit § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 - VStG, idgF, über die Beschwerde des Beschuldigten vom 11.02.2016 gegen das Erkenntnis des Magistrates der Stadt Wien MA 67 als Verwaltungsstrafbehörde vom 12.01.2016, MA 67-PA-, zu Recht erkannt:

1. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufgehoben.
2. Gemäß § 52 Abs 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.
3. Gemäß Art 133 Abs 4 B-VG iVm § 25a Abs 1 VwGG ist gegen dieses Erkenntnis eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof durch die vor dem Bundesfinanzgericht belangte Behörde unzulässig.

## Entscheidungsgründe

### Sachverhalt

Mit Strafverfügung vom 01.09.2015 wurde dem Beschwerdeführer (Bf.) wegen der ihm vorgeworfenen Nichterteilung einer Lenkerauskunft eine Verwaltungsübertretung nach § 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 2 Parkometergesetz 2006, LGBI. für Wien Nr. 9/2006, in der geltenden Fassung, angelastet und hierfür gegen ihn eine Geldstrafe iHv 365,00 € bzw im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 74 Stunden verhängt. Zum Verständnis der Strafhöhe wird angemerkt, dass gegen den Bf. laut einem aktenkundigen Vorstrafenauszug seit 2012 einhundertvierundachtzig (184) Straferkenntnisse wegen ihm vorgeworfener Delikte gleicher Art verhängt wurden, die allesamt in Rechtskraft erwachsen sind; die Geldstrafen hatten zuletzt 127 mal die Höhe von 365,00 € erreicht.

Mit Mail vom 24.09.2015 erhob der Beschwerdeführer durch seinen mittlerweile bevollmächtigten rechtsfreundlichen Vertreter Einspruch gegen die Strafverfügung: Die Strafverfügung sei dem Mandanten lediglich per E-Mail durch dessen (damaligen) Masseverwalter am 22.09.2015 zugekommen. Die ihm angelastete

Verwaltungsübertretung sei von ihm nicht begangen worden, sondern von Herrn CB , Adresse . (Dieser) sei "zu diesem Zeitpunkt" Mitarbeiter der XY-OG gewesen und habe derselbe ausschließlich den einzigen Firmenwagen gefahren. "Betreffend der von diesem verursachten Schäden" sei ein Gerichtsverfahren anhängig. Innerhalb offener Frist werde daher gegen die o. a. Strafverfügung Rechtsmittel eingelegt. Dies mit der Begründung, dass die dem Mandanten angelastete Strafverfügung ihn nicht betreffe, da er den PKW mit dem Kennzeichen W am 14.04.2015 um 10:58 Uhr in Wien 22, Wagramer Straße geg. BEI KAISERWASSER nicht abgestellt habe. Ferner treffe den Mandanten kein Verschulden im Hinblick auf eine noch nicht erfolgte Bekanntgabe des nunmehr benannten Fahrers, da ihm zuvor eine entsprechende Verfügung (*gemeint*: Aufforderung zur Bekanntgabe des Fahrzeuglenkers; *siehe dazu weiter unten*) nicht zugestellt worden sei.

*Anm. BFG: Der Einspruch betraf daneben eine andere Strafverfügung vom selben Tag wegen einer angelasteten Verwaltungsübertretung gleicher Art (unterlassene Lenkerauskunft; Ausgangspunkt war eine Beanstandung desselben Fahrzeuges an einem anderen Tag und Ort, gemäß § 5 Abs.2 Parkometerabgabeverordnung, siehe dazu die hg. GZ RV/7500299/2016).*

Mangels Verschulden(s) werde um Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens ersucht.

Aus einem im Behördenakt befindlichen Firmenbuchauszug vom 08.10.2015 betreffend die XY-OG , Geschäftsanschrift , sind u. a. folgende Daten ersichtlich:

Unbeschränkt haftende Gesellschafter:

CN und NN , beide vertreten seit DatumXX selbständige;

Konkurseröffnung: Datum1;

Aufhebung des Konkurses: Datum2

Aus der aktenkundigen Insolvenzdatei (Ausdruck 29.10.2015) betreffend NN ist ersichtlich:

Schuldner: der Bf;

Eröffnung des Konkurses über den Schuldner: Datum3;

Masseverwalter (MV): Dr.PG;

Prüfungstagsatzung 14.04.2015;

"Der Konkurs ist geringfügig." - Beschluss (B) vom Datum3

Nachträgliche Prüfungstagsatzungen 21.07. + 25.09.2015 - B v. 18.06. + 26.08.2015;

Nachträgliche Prüfungstagsatzung 19.11.2015 = Zahlungsplantagsatzung,

Abschöpfungsverfahrens-, Verteilungs- und Schlussrechnungstagsatzung 19.11.2015.

Die vor dem BFG belangte Behörde (belB) hielt dem Bf als Beschuldigten mit Schreiben vom 02.11.2015 an seinen rechtsfreundlichen Vertreter Folgendes vor:

In [gegenständlicher Verwaltungsstrafangelegenheit] werde dem Bf zur Kenntnis gebracht, dass keine Lenkerauskunft eingelangt sei.

*Anm. BFG: Die Aufforderung zur Bekanntgabe des Fahrzeuglenkers (Ort, Zeitpunkt sowie Objekt der Beanstandung: Daten-der-Beanstandung ) war am 30.06.2015 an die Zulassungsbesitzerin XY-OG mittels Rückscheinbrief RSb übermittelt, aber von einer zur Vertretung der OG nach außen berufenen Person trotz Hinterlegungsanzeige vom 07.07.2015 nicht behoben worden und daher am 29.07.2015 an die Behörde zurück gelangt.*

Am 07.07.2015 habe gemäß § 17 Abs. 3 Zustellgesetz (ZustellG) ein Zustellversuch stattgefunden. Die Aufforderung zur Bekanntgabe des Fahrzeuglenkers sei am 07.07.2015 hinterlegt und ab 08.07.2015 zur Abholung bereit gehalten worden, da [dem Bf.] das Dokument beim Zustellversuch nicht habe übergeben werden können.

[Zitierung des § 17 Abs. 3 ZustellG]

Die zweiwöchige Auskunftsfrist habe daher am 08.07.2015 begonnen und am 22.07.2015 geendet.

Innerhalb der gesetzlichen Frist sei keine Lenkerauskunft erteilt worden.

Der Bf. habe Gelegenheit, dazu binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Schreibens schriftlich Stellung zu nehmen und der Behörde geeignete Beweismittel für eine etwaige Ortsabwesenheit vorzulegen. Sollte er hinsichtlich der Aufforderung zur Bekanntgabe des Fahrzeuglenkers einen Zustellmangel (z. B. Abwesenheit von der Abgabestelle) geltend machen, habe er innerhalb derselben Frist die Möglichkeit, dies glaubhaft zu machen.

Der Bf. gab mit Mail vom 19.11.2015 durch seinen rechtsfreundlichen Vertreter folgende Stellungnahme ab:

Dem Beschuldigten sei nicht bekannt, dass am 07.07.2015 gem. § 17 Abs. 3 ZustellG ein Zustellversuch stattgefunden habe, und dass die Aufforderung zur [Erteilung] der Lenkerauskunft am 07.07.2015 hinterlegt und ab 08.07.2015 zur Abholung bereit gehalten gewesen sei.

Ungeachtet dessen habe der Beschuldigte gemäß beigeschlossener E-Mail am 07.08.2015 der belangten Behörde den Lenker sowie dessen persönliche Daten und dessen ladungsfähige Anschrift bekannt gegeben.

Beweis: E-Mail vom 07.08.2015

Das Verwaltungsstrafverfahren möge daher mangels Verschulden(s) des Beschuldigten eingestellt werden.

Beigeschlossen war die Kopie einer mit GMail an PK-W-10-Kanzlei@polizei.gv.at gerichtete "Lenkerauskunft für BH W123" der "BGmbH, Adresse", abgesendet von e-mail am 07.08.2015 um 11:48, gezeichnet mit "MfG ZZ", worin zu lesen ist:

" GZ.: Aktenzahl

*LPD Wien 10 PK Favoriten*

...

Wien, am 07.08.2015

Als Zulassungsbesitzer des Kraftfahrzeuges mit dem behördlichen Kennzeichen W123  
gebe ich bekannt, dass

(Herr ZZ geboren Geb.Datum in Ausland wh. in Wien Besitzer des Führerscheines für die Gruppe B ausgestellt von BPD-Wien unter Nr.1234, unbefristet gültig, ist.)

ich die Auskunft nicht erteilen kann und gebe ich als Auskunftspflichtigen bekannt:

Herr CB, Geb.Datum in Serbien, wh. in Adresse

Sonstiges: Das Fahrzeug mit Kennzeichen W123 ist Eigentum der Firma XY-OG

Gezeichnet:

XY-OG

(handschriftlich:) ZZ"

Mit dem vor dem BFG angefochtenen Straferkenntnis vom 12.01.2016 wurde dem Bf im Zusammenhang mit der Abstellung des mehrspurigen Kraftfahrzeuges mit dem behördlichen Kennzeichen W am 15.04.2015 um 16:14 Uhr in einer gebührenpflichtigen Kurzparkzone in Abstellort-in-Wien, folgende Verwaltungsübertretung zur Last gelegt:

Als zur Vertretung nach außen Berufener, nämlich als unbeschränkt haftender Gesellschafter der Zulassungsbesitzerin XY-OG (FNxxx) habe er dem schriftlichen Verlangen der Behörde vom 30.06.2015, innerhalb der Frist von zwei Wochen bekanntzugeben, wem er das gegenständliche mehrspurige Kraftfahrzeug überlassen gehabt habe, nicht entsprochen, da die Auskunft nicht erteilt worden sei.

Er habe damit § 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 2 Parkometergesetz 2006, LGBI. für Wien Nr. 9/2006, idgF, in Verbindung mit § 9 Abs. 1 VStG idgF verletzt.

Gemäß § 4 Abs. 2 Parkometergesetz 2006 verhängte die Verwaltungsstrafbehörde (belB) gegen den Bf dafür eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 365,00, im Falle der Uneinbringlichkeit 74 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe. Zudem wurde ihm ein Betrag von EUR 36,50 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens auferlegt (§ 64 Abs. 2 VStG).

Die XY-OG (FN und Sitz angegeben) haftete für die mit diesem Bescheid über den nach Außen zur Vertretung Berufenen NN verhängte Geldstrafe von EUR 365,00 und die Verfahrenskosten in der Höhe von EUR 36,50 sowie sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand.

In der Begründung des Erkenntnisses ist, nach Anführung der einschlägigen Bestimmungen des Parkometergesetzes und des VStG, zu lesen:

"Wie der Aktenlage entnommen werden kann, wurde die Aufforderung zur Bekanntgabe des Fahrzeuglenkers vom 30.06.2015 durch Hinterlegung und Bereithaltung zur Abholung am 08.07.2015 zugestellt. Die Frist zur Erteilung der Lenkerauskunft begann daher am 08.07.2015 und endete am 22.07.2015. Innerhalb dieser zweiwöchigen Frist wurde der Behörde keine Auskunft erteilt.

Mittels Strafverfügung vom 01.09.2015 wurde Ihnen, als zur Vertretung nach außen berufener Person der Zulassungsbesitzerin, die gegenständliche Verwaltungsübertretung angelastet. In dem dagegen erhobenen Einspruch vom 24.09.2015 brachten Sie durch Ihren rechtsfreundlichen Vertreter vor, dass die Ihnen vorgeworfene Verwaltungsübertretung nicht von Ihnen, sondern von Herr CB begangen worden ist. Es ist Ihnen keine Aufforderung zur Bekanntgabe des Fahrzeuglenkers (durch den Masseverwalter) zugestellt worden, und daher ersuchten Sie, das gegenständliche Verfahren einzustellen. Mit Schreiben vom 02.11.2015 wurden Ihnen die genauen Zustelldaten der Aufforderung zur Bekanntgabe des Fahrzeuglenkers zur Kenntnis gebracht. Gleichzeitig wurde Ihnen die Gelegenheit geboten, einen konkreten Zustellmangel geltend beziehungsweise glaubhaft zu machen.

In Ihrer Stellungnahme vom 19.11.2015 gaben Sie an, dass Ihnen die Zustellung bzw. die Hinterlegung der Aufforderung zur Bekanntgabe des Fahrzeuglenkers nicht bekannt war. Weiters übermittelten Sie der Behörde eine an die Landespolizeidirektion Wien gerichtete Lenkerauskunft bezüglich des Kennzeichens W123.

Dazu wird Folgendes festgestellt:

[Nach Zitierung der Bestimmungen des § 17 Abs. 2 und Abs. 4 ZustellG 1982, des § 292 Abs. 2 ZPO und des Erk. des VwGH vom 25.09.1991, 91/02/0030]

Gemäß Zustellnachweis wurde die gegenständliche Aufforderung zur Bekanntgabe des Fahrzeuglenkers, welche an die im Firmenbuch eingetragene Geschäftsanschrift der Zulassungsbesitzerin (Geschäftsanschrift) erging, nach einem erfolglosen Zustellversuch ... am 07.07.2015 ... bei der Post-Geschäftsstelle 1128 Wien hinterlegt und dort ab 08.07.2015 zur Abholung bereit gehalten; eine Verständigung zur Hinterlegung wurde in die Abgabeeinrichtung eingelegt.

Bemerkt wird, dass laut Firmenbuch mit Beschluss des Handelsgerichts vom Datum 1 Konkurs über das Vermögen der Zulassungsbesitzerin eröffnet worden ist, welcher allerdings mit Gerichtsbeschluss vom Datum 5 aufgehoben wurde; die Funktion des bestellten Masseverwalters wurde gemäß Eintrag vom Datum 4 gelöscht.

Der Rückschein dokumentiert somit eine ordnungsgemäße Zustellung der Aufforderung zur Bekanntgabe des Fahrzeuglenkers, zumal daraus keine Nachlässigkeit des Zustellers ersichtlich ist.

Als Beschuldigter haben Sie nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zudem initiativ alles darzulegen, was für Ihre Darstellung spricht. Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch die Beibringung von Beweismitteln bzw. die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Die bloße Erklärung, sie hätten keine Aufforderung zur Bekanntgabe des Fahrzeuglenkers bekommen, ist somit nicht ausreichend, die ordnungsgemäße Zustellung zu widerlegen. Vielmehr wäre es Ihre Aufgabe gewesen, nicht nur Behauptungen vorzubringen, sondern auch entsprechende Beweise anzubieten, z. B. eine Bestätigung Ihrer Darstellung durch das Postamt. Geschieht dies nicht, ist die Behörde nicht gehalten, aufgrund unbestimmter

und allgemein gehaltener Einwendungen des Beschuldigten weitere Beweiserhebungen durchzuführen.

Die vorgelegte Lenkerauskunft konnte schon deswegen nicht zu Ihren Gunsten wirken, da damit Auskunft bezüglich eines Fahrzeuges mit dem behördlichen Kennzeichen W123 erteilt wurde, Gegenstand des gegenständlichen Verfahrens jedoch die Nichterteilung einer Auskunft bezüglich des Kennzeichens W ist.

Festzuhalten ist außerdem, dass die Frist zur Erteilung einer Lenkerauskunft eine gesetzliche Frist und somit nicht erstreckbar ist. Die Nennung eines Fahrzeuglenkers, nachdem bereits eine Strafe wegen Nichterteilung einer Lenkerauskunft ausgesprochen wurde (Strafverfügung vom 01.09.2015), kann nicht als ordnungsgemäße Erteilung einer Lenkerauskunft anerkannt werden. Die nachträgliche Bekanntgabe des Fahrzeuglenkers setzt somit gegenständliche Verwaltungsübertretung nicht außer Kraft.

Die Nichterteilung bzw. die unrichtige, unvollständige oder nicht fristgerechte Erteilung dieser Lenkerauskunft ist nach § 2 Parkometergesetz 2006 ... (Verletzung der Auskunftspflicht) strafbar. Da innerhalb der gesetzlichen Frist von zwei Wochen kein Lenker bekannt gegeben wurde, haben Sie der Verpflichtung gemäß § 2 Parkometergesetz 2006 nicht entsprochen.

Da zum Tatbestand der Ihnen vorgeworfenen Verwaltungsübertretung weder der Eintritt eines Schadens noch eine Gefahr gehört, handelt es sich bei dieser Verwaltungsübertretung um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG 1991. Nach dieser Gesetzesstelle ist Fahrlässigkeit - die im gegenständlichen Fall zur Strafbarkeit genügt - bei Zu widerhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgen eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand dieser 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. Es besteh daher in solche Fällen von vornherein die Vermutung eines Verschuldens zumindest in Form fahrlässigen Verhaltens, welche jedoch vom Täter widerlegt werden kann. Es ist Sache des Beschuldigten, initiativ alles darzulegen, was seiner Entlastung dienen kann.

Sie brachten keine Gründe vor, um Ihr mangelndes Verschulden darzutun, und es waren auch aus der Aktenlage keine Umstände ersichtlich, dass Sie an der Begehung der Verwaltungsübertretung kein verschulden trafe, weshalb von zumindest fahrlässigem Verhalten auszugehen ist.

Somit sind sowohl die objektiven als auch subjektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit als erwiesen anzusehen. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG 1991 sind die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat Grundlage für die Bemessung der Strafe.

Die der Bestrafung zugrundeliegende Handlung schädigt in nicht unerheblichen Maße das Interesse an der raschen Ermittlung der im Verdacht einer Verwaltungsübertretung

stehenden Person, dem die Strafdrohung dient, weshalb der objektive Unrechtsgehalt der Tat, selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen, nicht gering war.

Auch bei Annahme ungünstiger Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfälliger Sorgepflichten ist die nunmehr ausgesprochene Strafe nicht überhöht, soll sie doch in ihrer Höhe geeignet sein, Sie von der Begehung gleichartiger Übertretungen abzuhalten.

Bei der Strafbemessung war kein Umstand als mildernd zu werten, als erschwerend waren zahlreiche rechtskräftige einschlägige verwaltungsstrafrechtliche Vormerkungen zu werten.

Unter Bedachtnahme auf die Strafzumessungsgründe und den bis zu 365 Euro reichenden Strafsatz sowie den Unrechtsgehalt der Tat ist die verhängte Geldstrafe als angemessen zu betrachten.

...

[Rechtsmittelbelehrung am Textende]"

Mit mail vom 11.02.2016 erhab der Bf. gegen das ihm am 15.01.2016 zu Händen seines rechtsfreundlichen Vertreters zugestellte (sowie der XY-OG mit Empfangnahme durch den zweiten Gesellschafter CN zugestellte) Straferkenntnis vom 12.01.2016 das Rechtsmittel der Beschwerde und gab hierin ua Folgendes an:

1. Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften:

(Hinweis auf die im Zuge der Stellungnahme vom 19.11.2015 übermittelte Urkunde vom 07.08.2015, mit welcher der LPDion Wien der Fahrzeuglenker des KFZ mit dem behördlichen Kennzeichen W123 bekanntgegeben worden war; die Lenkerauskunft sei daher bereits einen Tag vor Zustellung der hier gegenständlichen Lenkeranfrage erfolgt; außerdem sei die gebotene Güterabwägung bei der Strafbemessung nicht vorgenommen worden.)

2. Rechtswidrigkeit des Inhaltes:

(Die Lenkerauskunft sei tatsächlich fristgerecht erteilt worden, siehe unter 1.)

Das durchgeführte Ermittlungsverfahren sei somit mangelhaft geblieben und die zur Last gelegte Tat dem Bf. nicht vorwerfbar

Abschließend beantragte der Bf. ,

- 1.) der Beschwerde Folge zu geben und das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben;
- in eventu -
2. eine Sachentscheidung nach Verfahrensergänzung - "wie aufgezeigt" - zu treffen;
3. in jedem Fall eine mündliche Verhandlung anzuberaumen.

Die belB legte daraufhin die Beschwerde samt Verwaltungsstrafakten dem Bundesfinanzgericht vor.

Der Richter lud die Parteien des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens, nämlich

- a) Herrn NN zu Händen seines rechtsfreundlichen Vertreters;
- b) den Magistrat der Stadt Wien, MA 67, als belangte Behörde (belB) zu der für 15.06.2016, 09:00 Uhr anberaumten mündlichen Verhandlung.

Mit Mail vom 27.05.2016 erklärte die belB, dass eine Teilnahme an der mündlichen Verhandlung nicht erfolgen werde.

Mit Mail vom 03.06.2016 erklärte der Bf. gegenüber dem Richter, den Antrag auf mündliche Verhandlung zurückzuziehen.

Daraufhin sah der Richter von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung ab.

## Beweiswürdigung

Aus den Verwaltungsstrafakten der belB ist zu ersehen, dass die Aufforderung zur Bekanntgabe des Fahrzeuglenkers an die so benannte "XY-OG", Geschäftsanschrift, gerichtet war. Die von vornherein zweigliedrige Gesellschaft war mit Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Gesellschafters NN am Datum3 gemäß § 131 Z 5 UGB aufgelöst; ein Liquidator wurde nicht bestellt. Der Bf. war mit Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen am Datum3 aus der Gesellschaft ausgeschieden, zur Vertretung der (aufgelösten) Personengesellschaft war nicht mehr er, sondern der ihm im Konkursverfahren zur Seite gestellte Insolvenzverwalter, Dr.PG berufen (zur Rechtslage weiter unten). Eine behördliche Aufforderung zur Bekanntgabe des Fahrzeuglenkers konnte sich an die zwar ex lege aufgelöste, aber im Firmenbuch noch nicht gelöschte OG (als Zulassungsbesitzerin) richten, wobei als zur Vertretung nach außen Berufene und damit zur Lenkerauskunft Verpflichtete sowohl der Gesellschafter CN als auch der Insolvenzverwalter im Konkurs über das Vermögen des Bf. in Betracht kamen, nicht jedoch der seit Datum3 in Konkurs gefallene Bf. selbst. Dass letzterer der - ihm übrigens niemals rechtswirksam zugestellten - Aufforderung zur Lenkerauskunft nicht entsprochen hatte, bildete daher **keine** Missachtung des behördlichen Auftrages und **keinen** strafbaren Verstoß gegen § 2 iVm § 4 Abs. 2 Parkometergesetz 2006.

Eine wirksame Zustellung der Strafverfügung vom 01.09.2015 an den Bf. war nicht erfolgt, da die Strafverfügung auf Grund einer (wann immer vom Gericht verfügten) Postsperre dem Masseverwalter im Konkurs des Bf. zugegangen war, welcher das Poststück, wie er dem Bundesfinanzgericht am 01.06.2016 telefonisch mitteilte, lediglich als Mail-Anhang in Kopie (nicht als pdf-Dokument im Original) an den Adressaten weitergeleitet hatte. Die Vorgangsweise diente praktischerweise dazu, die Postsperre gegen den Gemeinschuldner zu umgehen und ihm wichtige Schriftstücke doch unmittelbar zur Kenntnis zu bringen. Eine Zustellung des Originals an den Bf. hat somit nicht stattgefunden, und die - übrigens ins Ermessen der Verwaltungsstrafbehörde gestellte, weder eine zwingende Verfolgungshandlung noch den Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens bildende - Strafverfügung entfaltete keinerlei normative Wirkung.

Dass die XY-OG sich seit Datum2 selbst nicht mehr im Konkurs befunden hatte und dass sich die spätere vermeintliche Lenkerauskunft des Bf. auf ein anderes Fahrzeug in einem anderen, ein Verkehrsdelikt betreffendes Verfahren bezogen hatte, war angesichts der hier maßgeblichen Rechtslage nicht entscheidungswesentlich.

Es wird festgestellt, dass die Behörde von der Auflösung der Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des zur Lenkerauskunft in Anspruch genommenen Gesellschafters (des Bf.) Kenntnis hatte, mit der Folge, dass dieser zur Vertretung der Gesellschaft nach außen nicht mehr berechtigt war, befanden sich doch die zu einer rechtsrichtigen Beurteilung der Pflichten eines Gesellschafters der OG nach § 2 Parkometergesetz 2006 erforderlichen Unterlagen aus dem Firmenbuch schon zu einem Zeitpunkt (Ausdrucke vom 31.08.2015!) im Behördenakt, als die Strafverfügung vom 01.09.2015 noch nicht erlassen war. Umso mehr ist der Behörde die Kenntnis von den maßgeblichen Umständen für jenen Zeitpunkt entgegen zu halten, in dem der Bf. zur Rechtfertigung aufgefordert (02.11.2015) wurde bzw. in dem das Straferkenntnis erging.

## **Rechtslage**

Gegenständlich sind folgende Rechtsvorschriften von entscheidungswesentlicher Bedeutung (**Hervorhebungen** durch BFG):

Unternehmensgesetzbuch (UGB). Auflösungsgründe

§ 131 UGB. Die offene Gesellschaft (OG) wird aufgelöst:

1. ...
2. ...
3. ...
4. ...

**5. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters oder durch die rechtskräftige Ablehnung der Eröffnung mangels Masse;**

6. ...

§ 131 Z 5 ist in dem Sinne zwingend, dass der Gesellschaftsvertrag nicht bestimmen kann, die Gesellschaft solle unter Mitwirkung eines in Konkurs gefallenen Gesellschafters fortgesetzt werden.

Bei mehrgliedrigen Gesellschaften kann die Auflösung der Gesellschaft infolge Ausscheiden (nur) eines ihrer Gesellschafter durch eine gesellschaftsvertragliche verankerte Fortsetzungsklausel in den meisten Fällen vermieden werden.

Bei **zweigliedrigen** Gesellschaften, die von vornherein nur aus zwei Mitgliedern bestanden, ist hingegen ein bloßes Ausscheiden des in Konkurs gefallenen Gesellschafters (mit der möglichen Folge einer Fortsetzung der Gesellschaft *ohne* Ergänzung um weitere Mitglieder) schon deshalb nicht denkbar, weil eine OG nicht aus nur einer Person bestehen kann. Als Äquivalent für die Fortsetzungsklausel kommt hier nur die Vereinbarung einer Geschäftsübernahme (durch den verbliebenen

Gesellschafter oder einen neuen Mitgesellschafter, s. § 142 UGB) in Betracht

(Koppensteiner/Auer, in Straube/Ratka/Rauter, UGB I<sup>4</sup> § 131, Rz 23, mwN).

## UGB. Übergang des Gesellschaftsvermögens

§ 142. (1) Verbleibt nur noch ein Gesellschafter, so erlischt die Gesellschaft ohne Liquidation. Das Gesellschaftsvermögen geht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf diesen über.

(2) Der ausscheidende Gesellschafter ist in sinngemäßer Anwendung der §§ 137 und 138 abzufinden.

Eine solche Vereinbarung ist Voraussetzung für das Fortbestehen der oder das Entstehen einer neuen Gesellschaft.

Existiert daher eine Offene Gesellschaft nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters ipso iure nicht mehr, so können etwa behördliche Aufträge, wie z. B. Aufforderungen zur Bekanntgabe des Fahrzeuglenkers im Verwaltungsstrafverfahren nach § 2 Parkometergesetz, nur mehr entweder an den Insolvenzverwalter des in Konkurs gefallenen ehemaligen Gesellschafters oder an den in Betracht kommenden anderen (verbliebenen) Gesellschafter der aufgelösten OG (als Zulassungsbesitzerin) persönlich gerichtet werden.

Regelung über den Fortsetzungsbeschluss:

"§ 141. (1) Die Gesellschafter können bei der Auflösung der Gesellschaft, wenn sie nicht in Folge der Eröffnung des Konkurs-Verfahrens über das Vermögen der Gesellschafter eintritt (§ 144), deren Fortbestand beschließen. In den Fällen des § 131 Abs. 5 steht das Recht den verbleibenden Gesellschaftern zu. [arg.: ursprünglich mehr als zwei Mitglieder]

(2) ...

(3) Im Falle der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters ist Abs. 1 mit der Maßgabe anzuwenden, dass eine Erklärung gegenüber dem Masseverwalter zu erfolgen hat und der Schuldner im Zeitpunkt der Konkurseröffnung als aus der Gesellschaft ausgeschieden gilt.

§ 142. (1) Verbleibt nur noch ein Gesellschafter, so erlischt die Gesellschaft ohne Liquidation.

(2) [Abfindung des ausgeschiedenen Gesellschafters]"

Bis zur (allfälligen) Fortführungserklärung besteht die Gesellschaft als (zweigliedrige) Abwicklungsgesellschaft fort (s. §§ 145ff).

Das Ausscheiden des Vorletzten führt zum Erlöschen der Gesellschaft. Der ausscheidende Gesellschafter ist mangels Fortbestandes der Gesellschaft sinngemäß nach §§ 137f UGB abzufinden.

Die Gesamtrechtsnachfolge bewirkt *ipso iure* den Erwerb sämtlicher Aktiva und Passiva; Übertragungsakte sind nicht erforderlich. Der Übernehmer haftet schon als Schuldner.

Solange das Erlöschen der Gesellschaft nicht ins Firmenbuch eingetragen ist, sind Dritte nach § 15 Abs. 1 geschützt (*dort*: "... kann [die noch nicht eingetragene Tatsache] einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, dass sie diesem bekannt war").

Wird im Vertrauen auf das Firmenbuch noch die Gesellschaft geklagt (sinngemäß auch: in einem Verwaltungsstrafverfahren behördlich in Anspruch genommen), ist die Berichtigung der Parteibezeichnung möglich (§ 235 Abs. 5 ZPO). (Für das Vorstehende: *Leupold* in *U. Torggler* (Hrsg.), UGB Kommentar, Linde, Wien 2013, §§ 131 - 144).

"§ 145.

(1) ...

(2) Ist die Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst, so kann die Liquidation nur mit Zustimmung des Gläubigers oder des Masseverwalters unterbleiben."

#### § 146 Bestellung der Liquidatoren

(1) Die Liquidation erfolgt, sofern sie nicht durch Beschluss der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern oder anderen Personen übertragen ist, durch sämtliche Gesellschafter als Liquidatoren.

(2) ...

(3) Ist über das Vermögen eines Gesellschafters das Konkursverfahren eröffnet (oder das Sanierungsverfahren eröffnet und dem Gesellschafter die Eigenverwaltung entzogen), **so tritt der Insolvenzverwalter an die Stelle des Gesellschafters.**"

Im Gesellschafter-Konkurs und im Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung tritt daher der Masseverwalter an die Stelle des Gemeinschuldner-Gesellschafters. Er ist in seiner Funktion als "geborener" Liquidator der aufgelösten Gesellschaft (= zweigliedrigen Abwicklungsgesellschaft) in das Firmenbuch einzutragen (*Wasserer*, in *U. Torggler*, Hrsg., UGB-Kommentar 2013, Rz 4 zu § 146, mwN), und hat die Behörde ihren Rechtsverkehr betreffend die OG, soweit es den Ausgeschiedenen betrifft, nur mit ihm, ansonsten mit dem verbliebenen anderen Gesellschafter durchzuführen.

Aus alldem ergibt sich, dass ein in Konkurs gefallener Gesellschafter einer OG während seines Konkursverfahrens zur Vertretung der Gesellschaft nach außen weder berechtigt noch verpflichtet ist, weshalb innerhalb dieses Zeitraumes nur die Liquidatoren (u. a. der Masseverwalter als "geborener" Liquidator) persönlich namens dieser Gesellschaft tätig werden können.

#### Erwägungen zur Beschwerde

Da der Beschwerde wie oben dargelegt volle Berechtigung zukommt, war ihr Folge zu geben und das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufzuheben.

## **Kostenentscheidung**

Gemäß § 52 Abs 8 VwG VG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer 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 einschlägigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Verwaltungsstrafrecht bzw. von der im zitierten Fachschrifttum angeführten einschlägigen Rechtsprechung des OGH zum Unternehmensrecht abweicht, und eine solche Rechtsprechung weder fehlt noch die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung der Höchstgerichte uneinheitlich beantwortet wird.

Wien, am 6. Juni 2016