

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin***23*** in der Verwaltungsstrafsache gegen ***Bf1***, vertreten durch Dr. Fabian Alexander Maschke, Dominikanerbastei 17/11, 1010 Wien, wegen der Verwaltungsübertretungen gemäß §§ 14 Abs. 2 und 17 Abs. 3 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 des Vergnügungssteuergesetzes 2005 - VGSG, LGBl. für Wien Nr. 56/2005, in der Fassung des LGBl. für Wien Nr. 45/2013, in Zusammenhalt mit [§ 9 Abs. 1 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991](#) - VStG, über die Beschwerde des Beschuldigten vom 22. Juli 2020 gegen das Erkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 6 Abgabenstrafen vom 24. Juni 2020, ***1***, in Abwesenheit des Beschuldigten, in Anwesenheit seines Verteidigers Mag. Simon ***9***, des Behördenvertreters AR Peter Schötta und Frau Marlies Zimmermann zu Recht erkannt:

I. Gemäß [§ 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz](#) (VwGVG) in Verbindung mit § 24 Abs. 1 Bundesfinanzgerichtsgesetz (BFGG) und § 5 Gesetz über das Wiener Abgabenorganisationsrecht (WAOR) wird der Beschwerde insoweit stattgegeben, als die Geldstrafe auf **je € 1.200,00** pro Verwaltungsübertretung (in Summe 5 x € 1.200,00 = € **6.000,00**) herabgesetzt wird. Die Ersatzfreiheitsstrafe wird mit **je 1 Tag 6 Stunden** pro Verwaltungsübertretung neu bestimmt.

Darüber hinaus wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und das Straferkenntnis bestätigt.

Gemäß [§ 64 VStG](#) hat die beschwerdeführende Partei **je € 120,00** pro Verwaltungsübertretung (in Summe 5 x € 120,00 = € **600,00**) als Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens zu ersetzen.

II. Gemäß [§ 52 Abs. 8 VwGVG](#) hat die beschwerdeführende Partei keine Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gemäß [§ 25 Abs. 2 BFGG](#) wird der Magistrat der Stadt Wien als Vollstreckungsbehörde bestimmt.

IV. Gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine ordentliche Revision nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Mit Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien, Magistratsabteilung 6, Abgabenstrafen vom 24. Juni 2020, ***1*** wurde ***Bf1*** für schuldig befunden, es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der ***2***

- 1) bis zum 26.7.2018 unterlassen zu haben, den im Betrieb in ***3*** – „***4***“ gehaltenen Apparat mit Gewinnmöglichkeit mit der Model Nr. „8H44EZYA2R31“ für den Monat Juni 2016 mit dem Betrag von € 1.400,00 zur Vergnügungssteuer anzumelden und diese zu entrichten. Er habe dadurch die Vergnügungssteuer für diesen Monat mit dem Betrag von € 1.400,00 verkürzt und eine Verwaltungsübertretung begangen.
- 2) bis zum 26.7.2018 unterlassen zu haben, den im Betrieb in ***3*** – „***4***“ gehaltenen Apparat mit Gewinnmöglichkeit mit der Model Nr. „8H44EZYA2R31“ für den Monat Juli 2016 mit dem Betrag von € 1.400,00 zur Vergnügungssteuer anzumelden und diese zu entrichten. Er habe dadurch die Vergnügungssteuer für diesen Monat mit dem Betrag von € 1.400,00 verkürzt und eine Verwaltungsübertretung begangen.
- 3) bis zum 26.7.2018 unterlassen zu haben, den im Betrieb in ***3*** – „***4***“ gehaltenen Apparat mit Gewinnmöglichkeit mit der Model Nr. „8H44EZYA2R31“ für den Monat August 2016 mit dem Betrag von € 1.400,00 zur Vergnügungssteuer anzumelden und diese zu entrichten. Er habe dadurch die Vergnügungssteuer für diesen Monat mit dem Betrag von € 1.400,00 verkürzt und eine Verwaltungsübertretung begangen.
- 4) bis zum 26.7.2018 unterlassen zu haben, den im Betrieb in ***3*** – „***4***“ gehaltenen Apparat mit Gewinnmöglichkeit mit der Model Nr. „SN T 0798“ für den Monat März 2016 mit dem Betrag von € 1.400,00 zur Vergnügungssteuer anzumelden und diese zu entrichten. Er habe dadurch die Vergnügungssteuer für diesen Monat mit dem Betrag von € 1.400,00 verkürzt und eine Verwaltungsübertretung begangen.
- 5) bis zum 26.7.2018 unterlassen zu haben, den im Betrieb in ***3*** – „***4***“ gehaltenen Apparat mit Gewinnmöglichkeit mit der Model Nr. „SN H 9305“ für den Monat März 2016 mit dem Betrag von € 1.400,00 zur Vergnügungssteuer anzumelden und diese zu entrichten. Er habe dadurch die Vergnügungssteuer für diesen Monat mit dem Betrag von € 1.400,00 verkürzt und eine Verwaltungsübertretung begangen.

Der Beschuldigte habe dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§§ 14 Abs. 2 und 17 Abs. 3 in Verbindung mit [§ 19 Abs. 1 VGSG](#) in Zusammenhalt mit § 9 Abs. 1 VStG 2005 –VGSG, LGBI. für Wien Nr. 56/2005, in der Fassung des LGBI. für Wien Nr. 45/2013, in Zusammenhalt mit § 9 Abs. 1 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991-VStG.

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wurden gemäß § 19 Abs. 1 VGSG folgende Strafen verhängt:

5 Geldstrafen von je € 1.400,00, falls diese uneinbringlich sind,

5 Ersatzfreiheitsstrafen von je 1 Tag und 12 Stunden.

Ferner hat der Beschuldigte gemäß § 64 VStG zu zahlen:

je € 140,00 als Beitrag zu den Kosten der Strafverfahren, das sind 10% der Strafen, mindestens jedoch € 10,00 für jedes Delikt.

Der zu bezahlende Gesamtbetrag (Strafen/Kosten) mache daher € 7.700,00 aus.

Zudem wurde gemäß § 9 Abs. 7 VStG ausgesprochen, dass die *****2***** für die über den Bf. verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand hafte.

Zur Begründung wurde ausgeführt:

Gemäß [§ 14 Abs. 2 VGSG](#) ist das Halten von Apparaten spätestens einen Tag vor deren Aufstellung beim Magistrat anzumelden. Steuerpflichtig ist der Unternehmer, in dessen Namen oder auf dessen Rechnung die Veranstaltung durchgeführt wird. Sind zwei oder mehrere Unternehmer (Mitunternehmer; § 13 VGSG: Lokalinhaber, Eigentümer und Aufsteller des Apparates) vorhanden, sind sie als Gesamtschuldner steuerpflichtig und haben sie die Anmeldung gemeinsam vorzunehmen. Nach § 17 Abs. 3 leg. cit. gilt die Anmeldung von Apparaten als Steuererklärung und ist die Steuer erstmals zum Termin für die Anmeldung und in der Folge jeweils bis zum Letzten eines Monats für den Folgemonat zu entrichten.

Auf Grund des § 9 Abs. 1 VStG sind Sie als handelsrechtlicher Geschäftsführer für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch die steuerpflichtige Gesellschaft strafrechtlich verantwortlich.

Der Sachverhalt der Ihnen zur Last gelegten Übertretungen ist durch die amtlichen Feststellungen vom 31.3.2016 und 16.8.2016, das Bemessungsverfahren und den Kontostand unbedenklich erwiesen und wurde Ihnen vorgehalten; demnach haben Sie die gegenständlichen Apparate weder spätestens einen Tag vor deren Aufstellung angemeldet, noch die Vergnügungssteuer bis zum Zeitpunkt der Fälligkeit entrichtet.

Anlässlich der Aufforderung zur Rechtfertigung wurde geltend gemacht, dass die gegenständlichen Apparate aus verschiedenen Gründen nicht der Steuerpflicht nach dem Wiener Vergnügungssteuergesetz 2005 unterliegen.

Diesen Ausführungen ist Folgendes entgegenzuhalten

Die Argumentation, es läge beim Betrieb von Unterhaltungsspielapparaten keine veranstaltete Vergnügung vor, bzw., dass selbst bei einem weit verstandenen Begriff der „Lustbarkeit“ die

Betätigung der gegenständlichen Geräte nicht unter § 14 Abs. 1 Z 8 und 9 FAG 2008 zu subsumieren sei, zumal - in Anlehnung an die Wettterminals - das spannende und unterhaltende Element erst nach Vertragsabschluss eintrete, vermag nicht zu überzeugen:

Im vorliegenden Anlassfall wurde weder ein Brieflosautomat (der als reiner Verkaufs- bzw. Warenautomat zu sehen ist), noch ein Wettterminal beanstandet, der Verweis auf Judikatur zu solchen Geräten geht daher ins Leere. Es handelt sich vielmehr um klassische Glücksspielapparate mit der Möglichkeit der Erzielung eines Gewinnes in Geld oder Geldeswert.

Der finanzausgleichsrechtliche Begriff der Vergnügung ist nicht derart abzugrenzen, dass die Prüfung des Vorliegens einer Vergnügungskomponente nur auf den Zeitraum bzw. Zeitpunkt, in dem das Spiel stattfindet, einzugrenzen ist. Es sind immer die Gesamtumstände des Spielangebotes (Gesamtbild der Verhältnisse) und deren Zweck zu betrachten. So hatte der VfGH (vgl. VfGH vom 16.6.1995, Zl. B897/94) in einer Beschwerdesache betreffend Vermietung von Programmträgern, keine Bedenken in Bezug auf das Vorhandensein einer „Vergnügungskomponente“. Gerade aber bei der Videovermietung gemäß § 1 Abs. 1 Z 9 VGSG liegt für den Steuerpflichtigen das Vergnügen nicht im Anmietvorgang (einem Vorgang des Rechtsverkehrs), sondern im späteren Betrachten des Filmes. Eine Vergnügungskomponente in jedem Fall allein deshalb abzusprechen, weil das spannende aleatorische Element erst nach der Spielteilnahme (Leisten des Spieleinsatzes) in Erscheinung tritt, erscheint nicht sachgerecht. So wie der Mieter eines Filmes bereits bei der Filmauswahl eine Vorfreude über das zu erwartende Filmvergnügen entwickelt, beginnt der Vergnügungscharakter eines Spieles am Automaten ebenso bereits mit dem Spieleinsatz. Es sind eben die Gesamtumstände, auch in zeitlicher Hinsicht (unmittelbares Ereignis nach Spieleinsatz) zu berücksichtigen. Im Übrigen hat der VfGH im vorerwähnten Erkenntnis auch festgestellt: „dass im Einleitungssatz des § 1 Abs. die Wendung "veranstaltete Vergnügungen" enthalten ist, ist [aber] für die finanzausgleichsrechtliche Beurteilung ohne Bedeutung.“

Im Erkenntnis vom 28.06.2007, Zl. B1895/06, hat der Verfassungsgerichtshof diese Frage - konkret auf Geldspielapparate bezogen - erörtert: »Dass dieser finanzausgleichsrechtliche Abgabentyp eine Besteuerung des Haltens von Geldspielapparaten ausschließt (sodass § 6 Wr. VGSG insoweit nur auf dem Abgabenerfindungsrecht des Wiener Landesgesetzgebers basieren könnte), kann der Gerichtshof nicht finden. Er hat in seiner bisherigen Rechtsprechung ausgesprochen, dass die im FAG vorgesehenen Lustbarkeitsabgaben nicht auf „veranstaltete Vergnügungen“ beschränkt sind (VfSlg. 14.147/1995) und wiederholt auch das Aufstellen bzw. Betreiben von Spielapparaten als Lustbarkeiten betrachtet (VfSlg. 11.615/1988, 13.927/1994). Warum es diesbezüglich einen Unterschied machen soll, ob die Entscheidung über Gewinn oder Verlust durch den Apparat selbst oder "zentralseitig" erfolgt, ist für den Gerichtshof nicht erkennbar. Gerade eine solche Differenzierung würde gleichheitsrechtliche Bedenken erwecken. Kann aber das Betreiben von Videolotterieterminals grundsätzlich als Lustbarkeit im

Sinn des §14 FAG 2005 angesehen werden, dann entbehren die unter dem Aspekt des § 8 Abs3 F-VG 1948 vorgetragene(n) Bedenken der Beschwerde der Grundlage. Das zur Untermauerung des Beschwerdevorbringens zitierte Erkenntnis VfSlg. 17.343/2004 ist nicht einschlägig, weil es keine Frage der Gleichartigkeit von Abgaben betraf, sondern die Frage, ob es verfassungsrechtlich zulässig ist, dass Gemeinden bestimmte Wetten der Vergnügungssteuer unterwerfen, wenn (obwohl) die Abgaben von solchen Wetten vom FAG als Zuschlagsabgaben eingeordnet sind und die zuständige Landesgesetzgebung das Zuschlagsrecht weder selbst wahrgenommen noch den Gemeinden überlassen hat. Eine vergleichbare finanzausgleichsrechtliche Situation liegt hier nicht vor.«

Nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH sind Spielapparate Apparate, deren Betätigung aus Freude an der betreffenden Beschäftigung selbst, um der Entspannung oder Unterhaltung willen, erfolgt. Auf die Art der technischen Einrichtungen, mit denen dieser Zweck erzielt werden soll, kann es zur Vermeidung von Umgehungen nicht ankommen (vgl. VfGH vom 14.10.1993, Zl. 93/17/0271). Die beispielsweise Aufzählung lässt das Bestreben des Gesetzgebers erkennen, in möglichst umfassender Weise die durch die technische Entwicklung gegebene Möglichkeit des Spiels mit Apparaten zu erfassen. Dem Begriff Apparat ist im gegebenen Bedeutungszusammenhang ein weiterer Wortsinn zuzumessen. Er beschränkt sich somit nicht bloß auf ein einzelnes Gerät bestehend aus Gerätekörper mit verbauter Elektronik und Software, sondern ein Spielapparat ist auch dann gegeben, wenn die einzelnen Komponenten sich an unterschiedlichen Plätzen befinden. Auch eine Zwischenschaltung von Mitarbeitern in den Spielablauf führt noch nicht zum Verlust der Spielapparateeigenschaft (vgl. VfGH vom 9.9.2013, Zl. 2013/17/0217).

Eine spezielle Geräteform ist dem Begriff Apparat nicht zu unterstellen. So ist auch ein mit einer Spieldiskette betriebener Computer unter den Begriff des Spielapparates zu subsumieren (vgl. VfGH vom 19.12.2006, Zl. 2004/15/0092). Auch Internetterminals, bei denen das Spiel selbst nicht am Computer gespeichert ist, sondern über eine Spielwebseite angeboten wird, gelten als Spielapparate, sobald eine feste Verlinkung mit der genannten Spielmöglichkeit vorhanden war (vgl. VfGH vom 1.9.2010, 2010/17/0086).

Nachdem die Steuerpflicht nach § 6 VGSG unabhängig davon besteht, ob die Entscheidung über das Spielergebnis durch den Apparat selbst, zentralseitig oder auf sonstige Art und Weise erfolgt, ist es nicht entscheidungsrelevant, wo der Spielvertrag zustande kommt bzw. ob Daten weitergeleitet werden. Auch spricht der Einsatz technischer Hilfsmittel, die es ermöglichen, dass nicht sämtliche erforderlichen technischen Vorgänge im Lokal erfolgen müssen, nicht gegen ein Betreiben eines Spielapparates. Es genügt, wenn das jeweilige Endgerät im Betrieb steht (vgl. VfGH vom 28.3.2011, Zl. 2011/17/0045).

Im Anlassfall waren die relevanten Kriterien für das Vorliegen der Vergnügungssteuerpflicht zum Beanstandungszeitpunkt jedenfalls erfüllt.

Aufgrund der Aktenlage ist es als erwiesen anzusehen, dass Sie der Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Anmeldung der Apparate und zur Zahlung der Vergnügungssteuer nicht nachgekommen sind. Sie haben somit die Vergnügungssteuer zumindest fahrlässig verkürzt.

Eine Verkürzung der Vergnügungssteuer liegt vor, wenn die Abgabe unter Verletzung der Anmeldepflicht nicht zu den vorgesehenen Terminen entrichtet wird (VwGH 16.12.1999, Zl. 97/15/0172).

Gemäß § 19 Abs. 1 VGSG sind Handlungen oder Unterlassungen, durch welche die Steuer mit einem Betrag von höchstens EUR 21.000 verkürzt wird, als Verwaltungsübertretungen mit Geldstrafen bis EUR 42.000 zu bestrafen; für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe ist eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen festzusetzen.

Für die Strafbemessung war zunächst das Ausmaß der Verkürzungsbeträge maßgebend.

Als erschwerend waren 24 zum Tatzeitpunkt rechtskräftige Vorstrafen zu werten, als mildernd kein Umstand.

Die Strafbemessung erfolgte unter Annahme durchschnittlicher wirtschaftlicher Verhältnisse. Ungünstige wirtschaftliche Verhältnisse konnten zu Ihren Gunsten nicht angenommen werden, da Sie von der eingeräumten Möglichkeit, diese darzulegen, keinen Gebrauch gemacht haben und für eine solche Annahme kein Anhaltspunkt besteht.

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

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

Mit fristgerechter Beschwerde vom 22. Juli 2020 wurde das Straferkenntnis zur Gänze angefochten und dazu ausgeführt:

„A.) Sachverhalt (Zusammenfassung):

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde dem Beschwerdeführer für das Halten von Spielapparaten für den Monat Juni 2016, Juli 2016, August 2016 und März 2016 eine Vergnügungssteuer in Höhe von € 7.700,00 inklusive Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vorgeschrieben.

B.) Rechtzeitigkeit:

Es wird ausgeführt, dass sich die eingebrachte Beschwerde gegen einen Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, MA 6, vom 24.06.2020 richtet und ist die Einbringung der Beschwerde binnen 4 Wochen nach Erlassung des Bescheides daher jedenfalls rechtzeitig.

C.) Beschwerdebegründung / Anfechtungserklärung:

Der bezeichnete Bescheid wird seinem gesamten Inhalt und Umfang nach angefochten. Die Anfechtung stützt sich auf folgende Gründe, welche zur Rechtswidrigkeit führen bzw. wird der Bescheid aus folgenden Gründen angefochten:

Unrichtige rechtliche Beurteilung

C.1 1. Unrichtige rechtliche Beurteilung

Im vorliegenden Fall handelt es sich bei den im Straferkenntnis angeführten Geräten um keine Glücksspielgeräte, sondern um Geschicklichkeitsgeräte, bei denen die Entscheidung über das Spielergebnis somit nicht vom Zufall abhängen kann.

Diesbezüglich wird auf das beiliegende Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 30.10.2019, VGW-002/O11/7224/2018-32 ua. verwiesen aus dem dieser Umstand klar hervorgeht. Die im Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien verfahrensgegenständlichen Geräte sind baugleich mit jenen Geräten, die im vorliegenden Fall im angefochtenen Straferkenntnis erwähnt werden.

Spielapparate im Sinne des § 6 Abs. 1 VGSG liegen daher jedenfalls nicht vor und ist eine Vergnügungssteuerpflicht schon aus den oben angeführten Gründen zu verneinen.

Weiters wird auf Folgendes hingewiesen:

Der EuGH hat in den verbundenen Rechtssachen zu C-64/18, C-140/18, C-I 46/18 und C-148/18 vom 12.09.2019, Rs Maksimovic, zu Recht erkannt, dass Art 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren entgegensteht, die für den Fall der Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in Bezug auf die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen und auf die Bereithaltung von Lohnunterlagen die Verhängung von Geldstrafen vorsieht,

- die einen im Vorhinein festgelegten Betrag nicht unterschreiten dürfen,
- die für jeden betreffenden Arbeitnehmer kumulativ und ohne Beschränkung verhängt werden
- zu denen im Fall der Abweisung einer gegen den Strafbescheid erhobenen Beschwerde ein Verfahrenskostenbeitrag iHv 20% der verhängten Strafe hinzutritt und
- die im Fall der Uneinbringlichkeit in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt werden.

Wir verweisen diesbezüglich auf den Beschluss des VwGH vom 27. April 2020, Zl: EU 2020/0002-1 (Ro 2020/17/0013). Hier legt der VwGH dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art 267 AEUV Fragen hinsichtlich der Vereinbarkeit des § 52 GSpG mit Art. 56 AEUV und Art. 49 Abs. 3 GRC (der in Österreich im Verfassungsrang steht) unter Hinweis auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 12.09.2019 2 u C-64/18, C140/18, C146/ 18 und C-148/18, Rs Maksimovic ua., zur Vorabentscheidung vor (derzeit beim EuGH zur Zahl C-231/20 anhängig). Zugleich erließ der VwGH am 27.04.2020 zur Zl.: Ra 2020/17/0013-7 einen Beschluss gem. § 38a Abs. 1 VwGG. Dieser Beschluss wurde auch im Bundesgesetzblatt kundgemacht (Beilage ./2).

Er hat unter anderem zur Folge, dass keine Handlungen/Entscheidungen/Anordnungen getroffen werden dürfen, die dem späteren Erkenntnis des VwGH zuwiderlaufen könnten.

Der VwGH thematisiert damit generell die Verhältnismäßigkeit von Verwaltungsstrafbestimmungen unter den Voraussetzungen, die im Urteil des EuGH in der Rs Maksimovic (siehe dazu oben) zur Unanwendbarkeit der dort gegenständlichen Verwaltungsstrafbestimmung führten. Somit sind/waren doch die Verwaltungsstrafbestimmungen im Wiener Vergnügungssteuergesetz betroffen und dürfen daher bis zu einer unionsrechtskonformen Ausgestaltung bzw. bis zu einer Entscheidung des EuGH in dem zitierten Vorabentscheidungsverfahren auch keine Verwaltungsstrafen nach diesen Bestimmungen verhängt werden.

II. ANTRAG auf Aussetzung der Entscheidung gem. § 271 BAO

Bedeutung dessen Ausgangs für die Entscheidung über die hier gegenständliche Beschwerde die Aussetzung der gegenständlichen Entscheidung beantragt.

III. ANTRAG auf Aussetzung der Einhebung gem. § 212a BAO

Da auf Grund der derzeitigen Rechtsprechung die Beschwerde jedenfalls erfolgversprechend ist wird die Aussetzung der Einhebung der Abgabe begehrt.

D.) Begehren:

Nachdem das erkennende Gericht in der Sache selbst entscheiden muss, stellt der Beschwerdeführer aus den oben angeführten Gründen nachstehende

ANTRÄGE

Das erkennende Gericht möge

1. den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufheben und das Verfahren einstellen; in eventu

2. das gegenständliche Verfahren im Hinblick auf das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof zu C- 231 /20 gem. § 271 BAO aussetzen, in eventu
3. gem. § 212a BAO die Einhebung der Abgabe aussetzen, jedenfalls
4. eine mündliche Verhandlung anberaumen.

VwGH 27.4.2020, Ra2020/17/0013:

„Der VwGH hat betreffend Übertretungen des Glücksspielgesetzes, den Beschluss gefasst:

Spruch:

I. Beim Verwaltungsgerichtshof besteht Grund zur Annahme, dass im Sinne des § 38a Abs. 1 VwGG eine erhebliche Anzahl von Revisionen eingebracht werden wird, in denen gleichartige Rechtsfragen zu lösen sind: Es geht um die Fragen, ob § 52 Abs. 2 dritter Strafsatz Glücksspielgesetz GSpG sowie im Zusammenhang mit der Verhängung von Geldstrafen gemäß § 52 Abs. 2 dritter Strafsatz leg. cit., die §§ 16 und 64 VStG gegen Unionsrecht (Art. 56 AEUV sowie Art. 49 Abs. 3 GRC) verstoßen und ob die vor dem Verwaltungsgerichtshof in Revision gezogene Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark wegen der allenfalls daraus folgenden Unanwendbarkeit ohne gesetzliche Grundlage ergangen ist.

II. Zur Beantwortung der in Spruchpunkt I. genannten Rechtsfragen hat der Verwaltungsgerichtshof § 52 Abs. 2 dritter Strafsatz Glücksspielgesetz, BGBl. Nr. 620/1989, idF BGBl. I Nr. 13/2014, sowie § 16 VStG, BGBl. Nr. 52/1991 und § 64 Abs. 2 VStG, BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 33/2013, anzuwenden.

III. Der Verwaltungsgerichtshof wird die Rechtsfragen in dem zu Ra 2020/17/0013 protokollierten Revisionsverfahren behandeln.

IV. Der Bundeskanzler ist gemäß § 38a Abs. 2 VwGG zur unverzüglichen Kundmachung des Spruches dieses Beschlusses im Bundesgesetzblatt verpflichtet. Auf die mit der Kundmachung eintretenden, in § 38a Abs. 3 VwGG genannten Rechtsfolgen, wird verwiesen.

Begründung

1 Beim Verwaltungsgerichtshof wurden zuletzt mehrere Revisionen zu den im Spruch genannten Rechtsfragen anhängig gemacht, welche im Wesentlichen vorbringen, § 52 Abs. 2 dritter Strafsatz GSpG, die Verhängung von Ersatzfreiheitsstrafen (§ 16 VStG) und die Vorschreibung von Kostenbeiträgen zu den Strafverfahren (§ 64 VStG) widersprechen dem Unionsrecht (Art. 56 AEUV sowie Art. 49 Abs. 3 GRC).

2 Mit Beschluss vom heutigen Tag, Ra 2020/17/0013, hat der Verwaltungsgerichtshof dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„1) Hat das nationale Gericht in einem Strafverfahren, das zum Schutze einer Monopolregelung geführt wird, die von ihm anzuwendende Strafsanktionsnorm im Lichte der Dienstleistungsfreiheit zu prüfen, wenn es bereits zuvor die Monopolregelung entsprechend den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofes geprüft hat und diese Prüfung ergeben hat, dass die Monopolregelung gerechtfertigt ist?

2) Für den Fall der Bejahung der ersten Frage:

2a) Ist Art. 56 AEUV dahingehend auszulegen, dass er einer nationalen Norm entgegensteht, welche für das unternehmerische Zugänglichmachen verbotener Ausspielungen nach dem Glücksspielgesetz zwingend die Verhängung einer Geldstrafe pro Glücksspielautomat ohne absolute Höchstgrenze der Gesamtsumme der verhängten Geldstrafen vorsieht?

2b) Ist Art. 56 AEUV dahingehend auszulegen, dass er einer nationalen Norm entgegensteht, welche für das unternehmerische Zugänglichmachen verbotener Ausspielungen nach dem Glücksspielgesetz die Verhängung einer Mindeststrafe in der Höhe von € 3.000, pro Glücksspielautomat zwingend vorsieht?

2c) Ist Art. 56 AEUV dahingehend auszulegen, dass er einer nationalen Norm entgegensteht, welche für das unternehmerische Zugänglichmachen verbotener Ausspielungen nach dem Glücksspielgesetz die Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe pro Glücksspielautomat ohne absolute Höchstgrenze der Gesamtsumme der verhängten Ersatzfreiheitsstrafen vorsieht?

2d) Ist Art. 56 AEUV dahingehend auszulegen, dass er einer nationalen Norm entgegensteht, welche im Fall der Bestrafung wegen des unternehmerischen Zugänglichmachens verbotener Ausspielungen nach dem Glücksspielgesetz die Vorschreibung eines Beitrages zu den Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von 10 % der verhängten Geldstrafen vorsieht?

3) Für den Fall der Verneinung der ersten Frage:

3a) Ist Art. 49 Abs. 3 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) dahingehend auszulegen, dass er einer nationalen Norm entgegensteht, welche für das unternehmerische Zugänglichmachen verbotener Ausspielungen nach dem Glücksspielgesetz zwingend die Verhängung einer Geldstrafe pro Glücksspielautomat ohne absolute Höchstgrenze der Gesamtsumme der verhängten Geldstrafen vorsieht?

3b) Ist Art. 49 Abs. 3 GRC dahingehend auszulegen, dass er einer nationalen Norm entgegensteht, welche für das unternehmerische Zugänglichmachen verbotener Ausspielungen

nach dem Glücksspielgesetz die Verhängung einer Mindeststrafe in der Höhe von € 3.000, pro Glücksspielautomat zwingend vorsieht?

3c) Ist Art. 49 Abs. 3 GRC dahingehend auszulegen, dass er einer nationalen Norm entgegensteht, welche für das unternehmerische Zugänglichmachen verbotener Ausspielungen nach dem Glücksspielgesetz die Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe pro Glücksspielautomat ohne absolute Höchstgrenze der Gesamtsumme der verhängten Ersatzfreiheitsstrafen vorsieht?

3d) Ist Art. 49 Abs. 3 GRC dahingehend auszulegen, dass er einer nationalen Norm entgegensteht, welche im Fall der Bestrafung wegen des unternehmerischen Zugänglichmachens verbotener Ausspielungen nach dem Glücksspielgesetz die Vorschreibung eines Beitrages zu den Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von 10 % der verhängten Geldstrafen vorsieht?“

3 *Es besteht aufgrund dieses hg. Beschlusses nunmehr im Sinne des § 38a Abs. 1 VwGG vor dem Hintergrund der gehäuften Revisionserhebungen im Glücksspielbereich (vgl. dazu die Tätigkeitsberichte des Verwaltungsgerichtshofes z.B. für die Jahre 2017 und 2018) Grund zur Annahme, dass eine erhebliche Anzahl weiterer solcher in Rn. 1 genannter Revisionen in nächster Zeit beim Verwaltungsgerichtshof anhängig gemacht werden wird.*

4 *Die Voraussetzungen für einen Beschluss gemäß § 38a Abs. 1 VwGG liegen daher vor. Die Aussprüche gründen sich auf § 38a Abs. 1 VwGG, jener über die Kundmachungspflicht auf § 38a Abs. 2 VwGG.“*

Dieses Vorabentscheidungsersuchen betrifft nicht die Vergnügungssteuer. Wie der Datenbank zu Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes zu entnehmen ist, wurde auch nach dem Beschluss vom 27.4.2020 durch den VwGH in Rechtssachen zur Vergnügungssteuer erkannt. Es besteht daher keine Veranlassung zu einer Aussetzung der Erledigung dieses Verfahrens durch das BFG.

In der mündlichen Verhandlung vom 15.4.2021 wurde wie folgt festgestellt und erhoben:

„Die Verhandlungsleiterin (V) trägt den Sachverhalt und die Ergebnisse des bisherigen Verfahrens vor. Verlesen werden das Straferkenntnis und der Inhalt der Beschwerde.

Vertr. Das Straferkenntnis ist mehrfach mangelhaft. Die Behörde hat es unterlassen in der Begründung zumindest den Sachverhalt und die Beurteilung der Rechtsfrage anzuführen. Es werden auch im Erkenntnis keine Beweise angeführt. Die Begründung enthält nur Feststellungen und diese sind nicht erschöpfend und ausreichend. Auch eine Sachverhaltsdarstellung ist nicht ausreichend zu entnehmen. Unterbleibt die sachverhaltsmäßige Feststellung leidet der Bescheid an Rechtswidrigkeit in Folge von

Verletzung von Verfahrensvorschriften, weil der SV ergänzungsbedürftig geblieben ist. Jedenfalls findet die im Spruch genannte Tat in den Feststellungen keine hinreichende Deckung. Es wird nicht ausgeführt, um welche Art von Geräten es sich handelt, es wird lediglich angeführt, dass ein gewisser Betrag vorgeschrieben wird. Dazu werden nur die verba legalia angeführt, dadurch erweist sich der Bescheid als rechtswidrig.

V: Aus dem Akt des Magistrats der Stadt Wien wird zu den Feststellungen der Behörde verlesen:

Laut Magistratsakt (Seite 3) wurde am 16.8.2016 seitens des Magistrates durch Herrn ***5*** an der Adresse ***6*** im Lokal „***4***“ mit der Lokalinhaberin Fr. ***7*** eine Nachschau abgehalten (***10***)

Dabei wurde ein Gerät, Model Nr. 8M44EZYA2R31, Einstufung § 6 Abs. 1 mit 1, keine Anmeldedurchschrift vorhanden, mit dem Eigentümer ***2***, ***8***, SN A 0630, unbekannten Aufsteller, für Dritte spielbereit gehalten, laut Probespiel der FinPol, laut Herrn ***9*** gehalten seit 6/2016, AB 6/16-8/16 = Eur 4.200,00, als gehalten festgestellt.

Verwiesen wurde dazu auch auf ***11***

Die ***2*** ist zu ***12*** im Firmenbuch erfasst und weist die Adresse ***8*** auf. ***Bf1*** ist seit 5.10.2013 handelsrechtlicher Geschäftsführer. Betriebsgegenstand ist die Vermietung von Geräten, die Vermittlung von Dienstleistungen und das Betreiben von Gastronomie.

Weiters erliegt unter Seite 7 des Magistratsaktes ein Nachschaubericht vom 31.3.2016 (ED-11/063246/2016 von Herrn ***13***. Anwesend war auch an diesem Tag im Lokal ***4*** Herr ***9***

Die Gerätebezeichnung der vorgefundenen Apparate war Kill Games SN T0798 und Skill Games SN: 719305, Einstufung § 6 Abs. 1, keine Anmeldedurchschrift vorhanden. Eigentümer und Aufsteller ***2***. Die Geräte wurden für Dritte spielbereit gehalten, dies laut ***9*** ab 1/2016, woraus sich die Berechnung ergab:

AB 1.16-3.16= € 4.200

Wiederum wurde durch die FinPol ein Probespiel durchgeführt.

Mit Bescheid vom 23.7.2018, zugestellt am 26.7.2018) wurde für diese Apparate Vergnügungssteuer von insgesamt € 7.000,00 vorgeschrieben.

Diese Unterlagen werden dem Verteidiger gezeigt. Er bestätigt, diese Erhebungsberichte schon gesehen zu haben.

Am 9.10.2018 erging eine Aufforderung zur Rechtfertigung, die mit Mail vom 6.11.2018 beantwortet wurde.

In der Folge wurden seitens des Magistrats die Erhebungsberichte der FinPol beigeschafft.

Aktenvermerk zu Erhebung vom 31.3.2016:

„Während der am 31.03.2016 im ***4*** der Frau ***7*** in ***26*** durchgeführten Kontrolle wurde dienstlich wahrgenommen, dass an den in Folge mit den Nummern FA-KNr.1 bis FA-KNr.2 versehenen Geräten ein Testspiel durchgeführt werden konnte, bei dem für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen Gewinne in Aussicht gestellt wurden.

Die ermöglichten Spiele (hauptsächlich virtuelle Walzenspiele) konnten an dem Gerät durch Betätigung mechanischer Tasten oder virtueller Bildschirmtasten zur Durchführung aufgerufen, bzw. ausgelöst werden. Nach Eingabe von Geld, Auswahl eines Einsatzbetrages mittels Tastenbetätigung und Auslösung des Spieles wurden bei den virtuellen Walzenspielen die am Bildschirm dargestellten Symbole auf den virtuellen Walzen ausgetauscht oder in ihrer Lage verändert, sodass der optische Eindruck von rotierenden, senkrecht ablaufenden Walzen entstand.

Nach etwa einer Sekunde kam der „Walzenlauf“ zum Stillstand. Ein Vergleich der nun neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes.

Bei den Walzenspielen hatte man keinerlei Möglichkeit, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen zu nehmen.

Es war bei den Spielen nur möglich, nach Eingabe eines Geldbetrages als Spielguthaben, den Einsatz zu wählen, die Start-Taste zu betätigen, bis das aufgerufene (z.B.) Walzenspiel ausgelöst wurde und die Entscheidung über das Spielergebnis abzuwarten. Nach etwa einer Sekunde, also nach Stillstand der Walzen, konnte der Verlust des Einsatzes oder ein Gewinn festgestellt werden.

Sämtliche Geräte waren betriebsbereit aufgestellt und voll funktionsfähig. Dies wurde durch ein Testspiel durch die Organe der Abgabenbehörde am Gerät mit Kennzeichnung FA-KNr. 1 bestätigt.

Die Entscheidung über das Spielergebnis hing bei allen diesen Spielen jedenfalls vorwiegend vom Zufall ab.

Gemäß § 1 Abs. 1 GSpG werden Spiele, bei denen die Entscheidung über das Spielergebnis vorwiegend oder ausschließlich vom Zufall abhängt, als Glücksspiele bezeichnet.

Hinsichtlich jedes einzelnen Gerätes lag damit ein hinreichend begründeter Verdacht eines fortgesetzten Eingriffes in das Glücksspielmonopol des Bundes vor.

Gemäß den Aussagen von Hrn. ***14*** in der Funktion als Angestellter des unternehmerisch Zugänglichmachers konnte festgestellt werden, dass die Glücksspieleinrichtungen, welche verbotene Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG ermöglichen, zumindest seit 2-3 Monaten im Lokal betrieben werden.

Mit den Glücksspieleinrichtungen wurde somit fortgesetzt gegen Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen.

Für eine fortgesetzte Begehung ist es gemäß der ständigen Judikatur des VwGH nicht erforderlich, dass auch der Nachweis über eine (zukünftige) Begehung geführt wird. Der Gesetzgeber geht vielmehr davon aus, dass die Maßnahme dazu dienen soll, die weitere Begehung des Verstoßes zu unterbinden, wenn (in der Vergangenheit) fortgesetzt gegen das GSpG verstoßen wurde. (z.B. VwGH 97/17/0233 v 20.12.1999)

Aufgrund der festgestellten Betriebsdauer, der beim Testspiel getätigten Einsätze und der dazu in Aussicht gestellten Gewinne war der Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes gegeben und somit der hinreichend begründete Verdacht eines fortgesetzten Verstoßes gegen § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG gerechtfertigt.

Eine Konzession oder Bewilligung für die Veranstaltung der ermöglichten Ausspielungen wurde weder behauptet, noch vorgewiesen.

Aus den vorstehend angeführten Gründen wurde zur Verhinderung eines fortgesetzten Eingriffes in das Glücksspielmonopol des Bundes durch eine weitere oder wiederholte Verwaltungsübertretung gem. § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG die vorläufige Beschlagnahme der Geräte und ein Verfügungsverbot ausgesprochen.

Im Zuge der Kontrolle konnte die Geldlade der Eingriffsgegenstände nicht geöffnet werden.

Auf die Bestimmungen des § 55 Abs. 3 GSpG wird hingewiesen.

Ermittlungen zur Feststellung der Identität des Eigentümers der Geräte/des Inhabers/des Veranstalters:

Die Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde, Finanzamt 3/6/7/11/15/Schwechat/Gerasdorf, gem. § 9a Abs. 3 und 4 AVOG 2010 ivm § 10b AVOG 2010 - Dv hat auf Grund der der Erhebung die Firma ***15*** an der Adresse ***8*** als Eigentümer der Eingriffsgegenstände vorläufig ermittelt.

Die Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde, Finanzamt 3/6/7/11/15/Schwechat/Gerasdorf, gem. § 9a Abs. 3 und 4 AVOG 2010 ivm § 10b AVOG 2010 -

DV hat auf Grund der Auskünfte durch Herrn ***14*** den tatsächlichen Inhaber/ Veranstalter der vorläufig beschlagnahmten Eingriffsgegenstände nicht abschließend ermitteln können.

Die Abgabenbehörde als Amtspartei regt daher an, dass von Seiten der Behörde die Identität der Eigentümerschaft/des Inhabers/des Veranstalters /ermittelt und/ durch eine Aufforderung zur Rechtfertigung bzw. durch eine Einvernahme verifiziert wird.“

Gedankenprotokoll vom 16.8.2016:

„Betreff: Glückspielgesetz - Verwaltungsübertretung

Bezug: vorläufige Beschlagnahme von einem Glückspielgerät am 16.08.2016 um 17:25 Uhr

am Gewerbestandort ***3***, im ***4***, Inhaberin ist ***16***, ***17***.

Aufgenommen durch:

Einsatzleiter: ***19***

Dokumentationsleitung: ***20***, ***21***, ***22***

Anschrift: Finanzpolizei Wien, Team 10, 1030 Wien, Marxergasse 4

Beginn: 16.08.2016 um 16:55 Uhr

Am 16.08.2016 um 16:55 Uhr wurde im Zuge der „MDKS-Aktion" durch die Finanzpolizei Wien, Team 10 am Gewerbestandort in ***3*** eine Kontrolle durchgeführt. Es handelte sich hierbei um ein Cafe. Es befand sich ein Eingriffsgegenstand im hinteren Teil des Lokales gegenüber der Theke.

Die Glückspiel-Kontrolle wurde durch den Einsatzleiter unter Vorweisen der Kokarde und des Dienstausweises beim ***9*** Herrn ***14***, geb. ***18***, Nationalität: Österreich, angekündigt und er wurde gebeten sich zu legitimieren.

Herr ***14*** wurde aufgefordert isd GSpG Geld für Probespiele zur Verfügung zu stellen. Er überreichte dem EL ***19*** € 20,-- damit das Kontrollorgan ***20*** die Probespiele durchführen konnte.

Zu Beginn der Kontrolle wurden durch das Dokumentationsteam der Eingriffsgegenstand mit der Kontrollnummer FA 1 versehen.

Eingriffsgegenstand FA 1:

Das Organ ***20*** hat an dem Gerät FA 1 ein Spiel als Testspiel ausgewählt. Es handelte sich dabei um das Spiel „Ring of Fire“ (Walzenspiel). Es gab kein besonderes Auswahlkriterium für dieses Spiel. Das Spiel wurde zunächst „geöffnet“, es waren die „virtuellen Walzen“ sichtbar. Der voreingestellte Mindesteinsatz betrug 0,10 €. Der dabei in Aussicht gestellte Gewinn betrug lt. Gewinnplan 180,-- €. Es wurde dann noch kontrolliert, ob das tatsächlich der Mindesteinsatz war. Dazu wurde die Steigerungstaste solange betätigt, bis wieder der Mindesteinsatz aufschien. Es wurde mit dem Mindesteinsatz ein Probespiel gemacht. Dieses Spiel wurde verloren.

Der Höchsteinsatz entsprach bei dem Eingriffsgegenstand 10,00 €. Der dabei in Aussicht gestellte Gewinn betrug lt. Gewinnplan 18.000,--€. Es wurden keine Supergames (SG) oder Ähnliches als Gewinn ausgelobt. Es wurde dann noch kontrolliert, ob das tatsächlich der Höchsteinsatz war. Dazu wurde die Steigerungstaste solange betätigt, bis wieder der Höchsteinsatz aufschien. Die Steigerung des Einsatzes erfolgte „ohne“ Wiener Würfel.

Es wurde hierbei bei dem Gerät ein klassisches Walzenspielgerät als Geschicklichkeitsspiel getarnt. Laut Spielinfo kann der Spieler mit reinem Geschick die 3 kleinen Kästchen, mittig im unteren Bereich des Bildschirms, welche eine Kombination aus Zahlen und einem A, beeinflussen.

Das FPT 10 stellte beim Probespiel fest, dass mit der Betätigung der Starttaste die 3 Kästchen walzenähnlich zu laufen begonnen haben und nach kurzer Zeit entweder reine Zahlenkombinationen oder 2 Zahlen mit einem A erschienen. Es wurde auch versucht durch schnelles, zweimaliges Drücken der Starttaste Einfluss auf die Zahlenkombination zu nehmen, was den Kontrollorganen vor Ort nicht gelang.

Laut Beschreibung wird der Einsatz mit der Zahlenkombination multipliziert.

Wenn z.B. mit einem Einsatz von € 0,10 gespielt wird und die Kombination 112 erscheint, so ergibt dies einen Gewinn von € 0,20 (Einsatz 0,10 x 1 x 1 x 2)

Enthält die Zahlenkombination eine Null gibt es keinen Gewinn (z.B. 0,10 x 1 x 1 x 0).

In all diesen Fällen wird kein eigentlicher Walzenlauf im oberen Bereich des Bildschirms ausgelöst. Dies passiert erst, wenn im vorab stattfindenden Spiel ein A in einem der drei Kästchen erscheint. Das kann erreicht werden indem man die Start- Taste so lange gedrückt hält bis auf einer der drei Walzen ein A erscheint und man die Start Taste loslässt.

Es wurde eine Niederschrift mit Hrn. ***14*** aufgenommen. Eine Kopie dieser Niederschrift und der vorläufigen Beschlagnahme wurde in mehrfacher Ausfertigung vor Ort belassen und Herrn ***14*** ausgehändigt. Eine Kopie dieser Dokumente liegt dem gegenständlichen Akt bei.

Die Beschlagnahme wurde um 17:25 Uhr ausgesprochen.

Vertreter: Ich habe auch diese Unterlagen bereits erhalten. Kein Vorbringen dazu.

BV: Soweit argumentiert wurde, dass es sich um Geschicklichkeitsapparate handelt, wird festgehalten, dass das Vergnügungssteuergesetz weiter gefasst ist als das Glücksspielgesetz. Es kommt lediglich auf die Gewinnerzielungsmöglichkeit an. Dazu werden 2 Erkenntnisse des VwGH vorgelegt. 1) v. 20.4.2006, 2004/15/0030 und 20.3.2002, 99/15/0046. Sie werden dem Vertr. kurz zur Einsicht übergeben.

Vertr.: Ich kenne diese Erkenntnisse.

Verhandlungsleiterin: Wollen Sie zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Bf. Angaben machen?

Vertr.: Nein. Er ist nicht mehr Geschäftsführer der ***15***. Er ist meines Wissens nach Angestellter.

Auf Rückfrage an den Vertr. und die Behördenvertreter, ob weitere Verfahren gegen den Bf. bekannt seien.

Allgemeine Erklärung: Nichts bekannt.

Schluss des Beweisverfahrens gemäß § 47 Abs. 2 VwGVG.

Die Parteien stellen keine weiteren Fragen und Beweisanträge. Es wird auf das Verfahren C-920-19 in dem Fragen hinsichtlich der Kohärenz des Glücksspielmonopols gegenständlich sind, da § 6 Abs. VGSG LBl. 45/2013 auf die Bestimmungen der §§ 5, 14 und 21 verweist, wird die Aussetzung des Verfahrens angeregt.

Der Behördenvertreter verweist darauf, dass das Vorabentscheidungsverfahren diesbezüglich nicht relevant sei und beantragt die Abweisung der gegenständlichen Beschwerde.

Der Verteidiger beantragt wie soeben ausgeführt.

Die Verhandlungsleiterin verkündet den Beschluss, dass die Entscheidung gemäß § 47 Abs. 4 VwGVG der schriftlichen Ausfertigung vorbehalten bleibt (Klärung der Rechtsfragen, Vorbringen der Bf. sei nicht mehr Gf. der Haftenden).“

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Rechtslage:

Gemäß § 5 WAOR entscheidet über Beschwerden in Angelegenheiten der in den §§ 1 und 2 genannten Landes- und Gemeindeabgaben und der abgabenrechtlichen Verwaltungsübertretungen zu diesen Abgaben das Bundesfinanzgericht.

Gemäß § 1 Abs. 1 Z. 3 VGSG 2005 unterliegt im Gebiet der Stadt Wien das Halten von Spielapparaten und von Musikautomaten der Vergnügungssteuer.

Gemäß § 1 Abs. 2 VGSG 2005 wird die Steuerpflicht bei Verwirklichung eines der Tatbestände des Abs. 1 nicht dadurch ausgeschlossen, dass gleichzeitig auch erbauende, belehrende oder andere nicht als Vergnügungen anzusehende Zwecke verfolgt werden oder dass der Unternehmer nicht die Absicht hat, eine Vergnügung zu veranstalten.

§ 6 Abs. 1 VGSG 2005: Für das Halten von Spielapparaten, durch deren Betätigung ein Gewinn in Geld oder Geldeswert (so zB Jeton- oder Warengewinn) erzielt werden kann, beträgt die Steuer je Apparat und begonnenem Kalendermonat 1 400 Euro. Die Steuerpflicht besteht unabhängig davon, ob die Entscheidung über das Spielergebnis durch den Apparat selbst, zentralseitig oder auf eine sonstige Art und Weise herbeigeführt wird.

Gemäß § 13 Abs. 1 VGSG 2005 ist der Unternehmer der Veranstaltung steuerpflichtig. Unternehmer der Veranstaltung im Sinne dieses Gesetzes ist jeder, in dessen Namen oder auf dessen Rechnung die Veranstaltung durchgeführt wird oder die Entgelte gefordert werden. Sind zwei oder mehrere Unternehmer (Mitunternehmer) vorhanden, so sind sie als Gesamtschuldner steuerpflichtig. In den Fällen des § 1 Abs. 1 Z 3 gelten auch der Inhaber des für das Halten des Apparates benützten Raumes oder Grundstückes und der Eigentümer des Apparates als Gesamtschuldner.

§ 14 VGSG 2005: Abs. 1: Die im § 1 genannten Vergnügungen sind vom Unternehmer spätestens drei Werktage vorher beim Magistrat anzumelden. Die Anmeldung hat sämtliche für die Bemessung der Steuer in Betracht kommenden Angaben und den Ort der Veranstaltung zu enthalten. Änderungen sind dem Magistrat spätestens einen Werktag vor der Veranstaltung anzuzeigen. Soweit jedoch Änderungen erst am Veranstaltungstag eintreten, sind sie am nächsten Werktag anzuzeigen. Über die Anmeldung ist auf Verlangen eine Bescheinigung auszustellen. Die in § 2 Z 4 bis 7, § 5 Abs. 2 Z 1 und § 8 Abs. 4 genannten Veranstaltungen sind nicht anmeldepflichtig.

Abs. 2: Das Halten von Apparaten (§ 6) ist spätestens einen Tag vor deren Aufstellung beim Magistrat anzumelden. Die Anmeldung haben alle Gesamtschuldner (§ 13 Abs. 1) gemeinsam vorzunehmen und dabei auch den Unternehmer festzulegen, der die Zahlungen zu leisten hat.

Abs. 3: Jeder Gesamtschuldner hat sich davon zu überzeugen, dass eine Anmeldung erfolgt ist.

Gemäß [§ 17 Abs. 1 VGSG](#) 2005 hat der Unternehmer dem Magistrat längstens bis zum 15. des Folgemonates für den unmittelbar vorausgehenden Monat die Steuer zu erklären und zu entrichten. Für die Erklärung und für die Entrichtung der Steuer können auch kürzere Fristen vorgeschrieben werden, wenn der Steuerpflichtige die Erklärungs- oder Zahlungsfrist wiederholt versäumt hat oder Umstände vorliegen, die die Entrichtung der Steuer gefährden.

Gemäß [§ 17 Abs. 3 VGSG](#) 2005 gilt die Anmeldung von Apparaten (§ 14 Abs. 2) als Steuererklärung für die Dauer der Steuerpflicht. Die durch die Anmeldung erfolgte Selbstbemessung durch den Inhaber des für das Halten des Apparates benützten Raumes oder Grundstückes wirkt im Falle eines Wechsels in der Person unmittelbar auch gegen den neuen Inhaber, wenn der Apparat weiterhin gehalten wird. Die Steuer ist erstmals zum Termin für die Anmeldung und in der Folge jeweils bis zum Letzten eines Monats für den Folgemonat zu entrichten. Bei der Zahlung ist als Verwendungszweck der Apparat anzugeben, für den die Zahlung geleistet wird; die Zahlung ist diesem Zweck entsprechend zu verrechnen. Ansuchen um Zahlungserleichterung führen nicht zur Aufhebung der Verpflichtung zur Entrichtung des Säumniszuschlages und nicht zur Hemmung der Einbringung der Steuer für das Halten von Apparaten (§ 6).

Das BFG ist Tatsacheninstanz, es ist somit auch seine Aufgabe allenfalls unzureichende Begründungen von Straferkenntnissen von Behörden zu ergänzen und dazu auch gegebenenfalls weitere Erhebungen durchzuführen.

Es werdne daher zum Sachverhalt ergänzend die Ausführungen zu den Erhebungen am Veranstaltungsort wiedergegeben, die in der mündlichen Verhandlung auch dem Verteidiger vorgehalten wurden.

Zu den Feststellungen der Behörde am Veranstaltungsort:

Laut Magistratsakt (Seite 3) wurde am 16.8.2016 seitens des Magistrates durch Herrn ***5*** an der Adresse ***6*** im Lokal „***4***“ mit der Lokalinhaberin Fr. ***7*** eine Nachschau abgehalten (***10***)

Dabei wurde ein Gerät, Model Nr. 8M44EZYA2R31, Einstufung § 6 Abs. 1 mit 1, keine Anmeldedurchschrift vorhanden, mit dem Eigentümer ***2***, ***8***, SN A 0630, unbekannten Aufsteller, für Dritte spielbereit gehalten, laut Probespiel der FinPol, laut Herrn ***9*** gehalten seit 6/2016, AB 6/16-8/16 = Eur 4.200,00, als gehalten festgestellt.

Verwiesen wurde dazu auch auf ***11***

Die ***2*** ist zu ***12*** im Firmenbuch erfasst und weist die Adresse ***8*** auf. ***Bf1*** ist seit 5.10.2013 handelsrechtlicher Geschäftsführer. Betriebsgegenstand ist die

Vermietung von Geräten, die Vermittlung von Dienstleistungen und das Betreiben von Gastronomie.

Weiters erliegt unter Seite 7 des Magistratsaktes ein Nachschaubericht vom 31.3.2016 (ED-11/063246/2016 von Herrn ***13***. Anwesend war auch an diesem Tag im Lokal ***4*** Herr ***9***

Die Gerätebezeichnung der vorgefundenen Apparate war Kill Games SN T0798 und Skill Games SN: 719305, Einstufung § 6 Abs. 1, keine Anmeldedurchschrift vorhanden. Eigentümer und Aufsteller ***2***. Die Geräte wurden für Dritte spielbereit gehalten, dies laut ***9*** ab 1/2016, woraus sich die Berechnung ergab:

AB 1.16-3.16= € 4.200

Wiederum wurde durch die FinPol ein Probespiel durchgeführt.“

Mit Bescheid vom 23.7.2018, zugestellt am 26.7.2018) wurde für diese Apparate Vergnügungssteuer von insgesamt € 7.000,00 vorgeschrieben.

Am 9.10.2018 erging eine Aufforderung zur Rechtfertigung, die mit Mail vom 6.11.2018 beantwortet wurde:

„Sehr geehrte Damen und Herren!

Im Namen meiner Mandanten nehme ich zu Ihrem Schreiben wie folgt Stellung:

Sie verabsäumen anzuführen wieso Sie annehmen, dass in gegenständlichem Fall Vergnügungssteuer zu entrichten ist bzw. aus welchem Grund die angeführten Gesetzesgrundlagen zur Anwendung gelangen sollen.

In weiterer Folge wird aufgrund der Rechtsprechung statt Vergnügungssteuer der Begriff Lustbarkeitsabgabe verwendet

Hinsichtlich des Begriffes der (lustbarkeitsabgabepflichtigen) Veranstaltungen wurde als besonders prägnant die Definition des VwGH in Slg 200F/1950 angesehen (Wißgott, Der Finanzausgleich in Österreich der Zweiten Republik 96), wonach als vergnügungssteuerpflichtige (lustbarkeitsabgabepflichtige) Veranstaltungen, „solche zu verstehen sind, die bei den Teilnehmern jedenfalls in irgendeiner Weise Lussgefühle dadurch auszulösen geeignet sind, dass sie entweder den Vergnügungstrieb oder die Schaulust oder aber die Wissbegierde oder höhere Bedürfnisse der Teilnehmer (das Bildungsstreben, das Verlangen nach Erbauung oder seelische Aufrichtung) befriedigen“.

Wenn nun als Veranstaltung nicht bloß eine Zusammenkunft mehrerer Personen verstanden wurde, sondern auch der Besuch von Räumlichkeiten oder das Aufstellen von

Geldspielapparaten (Frank, o.o.O. 196, vgl. auch VfSlg. 17.343/2004), so dürfte dem zwar auch eine Erweiterung des Begriffsverständnisses, wie es noch in VwSlg 200F/1950 gesehen wurde, zu Grunde liegen, wesentlich blieb aber, dass diese finanzausgleichsrechtliche Ermächtigung auf das Anbieten einer gewissen Art von Unterhaltung/auf einen gewissen Vergnügungscharakter der Vorgangsweise (weiterhin) abgestellt wurde.

So hat der VfGH in ständiger Judikatur die Auffassung vertreten, dass der Begriff der Vergnügung bzw. Lustbarkeit ist finanzausgleichsrechtlicher Ermächtigung (derzeit §14 Abs 1 Z8 und 9 FAG 2008) zwar nicht unbedingt das Vorliegen einer Veranstaltung voraussetze (vgl. schon Vfslg. 14.147/1995), wohl aber seitens des Anbieters eine Art von Unterhaltung geboten werden müsse. Im Erkenntnis Vfslg. 14.592/1996 hat der VfGH (vor dem Hintergrund der Regelungen des OÖ LustbarkeitabgabeG 1979) bei der Beurteilung von Brieflosautomaten darauf abgestellt, ob die Befähigung eines Apparates selbst die Eignung besitze, den Benutzer zu unterhalten, ob also die von ihm ausgeübte Tätigkeit im Wesentlichen einem Spiel, also einer bloß dem Vergnügen und Zeitvertreib dienenden Vorgangsweise gleichkommt. Im Hinblick darauf hat er das Befähigen eines Brieflosautomaten dem Erwerb eines Gegenstandes aus einem Warenautomaten gleichgestellt und den Vergnügungscharakter verneint. Das für den Erwerber spannende aleatorische Moment trete erst nach dem Loserwerb in Erscheinung, sodass das mit einem Münzeinwurf verbundene Betätigen eines Ausgabeautomaten als eines technischen Hilfsmittels zum Loserwerb grundsätzlich gleich zu werten sei wie der Kauf eines Loses in einer Verschleißstelle.

Diese Judikaturlinie hat der VfGH auch im (das Vbg. Kriegssopferabgabegesetz betreffenden) rezenten Erkenntnis vom 13.6.2012, G6/12, beibehalten.

Er ging dabei von folgenden Kriterien eines Wettterminals aus:

„Die Materialien zur Novelle des Vbg. Kriegssopferabgabegesetzes (RV 117/2010 BlgLT [Vbg.] 29. GP, 3) beschreiben Wettterminals als "dem Wettengesetz unterliegende technische Einrichtungen, die einer Person unmittelbar die Teilnahme an einer Wette ermöglichen.“ Diese Definition ist mit der Novelle zum Vbg. Wettengesetz, Vorarlberger LGBL. 9/2012, in das Wettengesetz aufgenommen worden. (§ 1 Abs. 5 leg.cit.) Die einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften in den Ländern Steiermark und Tirol beschreiben Wettterminals übereinstimmend als Wettannahmestellen an einem festen Standort, die über eine Datenleitung mit einem Wettbüro verbunden sind (§2 Z4 Stmk. Wettengesetz, §2 Abs. 3 Tir. Buchmacher- und Totalisateurgesetz).

Wettterminals erlauben es, Sportwetten ohne persönliche oder telefonische Kontaktaufnahme mit einem Buchmacher oder Totalisateur abzuschließen. Dass das Gerät zu diesem Zweck Informationen über die angebotenen Wetten und die Bedingungen des Vertragsschlusses bereitstellt, ist notwendige Voraussetzung des Vertragsabschlusses."

Der VfGH zog daraus den Schluss, dass bei Wettterminals, die keine andere Funktion erfüllen, das spannende und unterhaltende Element - ebenso wie im Fall des Brieflosautomaten erst nach Vertragsabschluss eintrete, nämlich in dem Zeitpunkt, wenn das Sportereignis, auf das die Wette abgeschlossen worden sei, stattfindet. Daraus folge - so der VfGH weiters - , dass es sich bei (der Betätigung von) Wettterminals, die über diese Funktion nicht hinausgingen, nicht um eine Lustbarkeit im Sinn des § 14 Abs. 1 Z 8 und 9 FAG 2008 handle, die der Vorarlberger Landesgesetzgeber unter diesem Titel einer Kriegsopferabgabe unterwerfen dürfte.

Von einem solchen Verständnis eines Terminals ist auch hier auszugehen und ist dem Befund des VfGH, dass die Bestätigung derartiger Terminals auch bei einem weit verstandenen Begriff der „Lustbarkeit“ nicht unter § 14 Abs. 1 Z 8 und 9 FAG 2008 zu subsumieren ist, nichts hinzuzufügen. Hätte die entscheidende Behörde Erhebungen durchgeführt, wäre sie zu dem Schluss gekommen, dass eine Abgabennachforderung ungerechtfertigt ist, da kein Abgabeananspruch besteht. Dies muss natürlich auch für Sachverhalte welche unter das Vergnügungssteuergesetz fallen gelten.

Aus diesen Gründen wird beantragt die Verfahren einzustellen.“

In der Folge wurden seitens des Magistrats die Erhebungsberichte der FinPol beigebracht.

Aktenvermerk zu Erhebung vom 31.3.2016:

„Während der am 31.03.2016 im ***4*** der Frau ***7*** in ***26*** durchgeführten Kontrolle wurde dienstlich wahrgenommen, dass an den in Folge mit den Nummern FA-KNr.1 bis FA-KNr.2 versehenen Geräten ein Testspiel durchgeführt werden konnte, bei dem für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen Gewinne in Aussicht gestellt wurden.

Die ermöglichten Spiele (hauptsächlich virtuelle Walzenspiele) konnten an dem Gerät durch Betätigung mechanischer Tasten oder virtueller Bildschirmtasten zur Durchführung aufgerufen, bzw. ausgelöst werden. Nach Eingabe von Geld, Auswahl eines Einsatzbetrages mittels Tastenbetätigung und Auslösung des Spieles wurden bei den virtuellen Walzenspielen die am Bildschirm dargestellten Symbole auf den virtuellen Walzen ausgetauscht oder in ihrer Lage verändert, sodass der optische Eindruck von rotierenden, senkrecht ablaufenden Walzen entstand.

Nach etwa einer Sekunde kam der „Walzenlauf“ zum Stillstand. Ein Vergleich der nun neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes.

Bei den Walzenspielen hatte man keinerlei Möglichkeit, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen zu nehmen.

Es war bei den Spielen nur möglich, nach Eingabe eines Geldbetrages als Spielguthaben, den Einsatz zu wählen, die Start-Taste zu betätigen, bis das aufgerufene (z.B.) Walzenspiel ausgelöst wurde und die Entscheidung über das Spielergebnis abzuwarten. Nach etwa einer Sekunde, also nach Stillstand der Walzen, konnte der Verlust des Einsatzes oder ein Gewinn festgestellt werden.

Sämtliche Geräte waren betriebsbereit aufgestellt und voll funktionsfähig. Dies wurde durch ein Testspiele durch die Organe der Abgabenbehörde am Gerät mit Kennzeichnung FA-KNr. 1 bestätigt.

Die Entscheidung über das Spielergebnis hing bei allen diesen Spielen jedenfalls vorwiegend vom Zufall ab.

Gemäß § 1 Abs. 1 GSpG werden Spiele, bei denen die Entscheidung über das Spielergebnis vorwiegend oder ausschließlich vom Zufall abhängt, als Glücksspiele bezeichnet.

Hinsichtlich jedes einzelnen Gerätes lag damit ein hinreichend begründeter Verdacht eines fortgesetzten Eingriffes in das Glücksspielmonopol des Bundes vor.

Gemäß den Aussagen von Hrn. ***14*** in der Funktion als Angestellter des unternehmerisch Zugänglichmachers konnte festgestellt werden, dass die Glücksspieleinrichtungen, welche verbotene Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG ermöglichen, zumindest seit 2-3 Monaten im Lokal betrieben werden.

Mit den Glücksspieleinrichtungen wurde somit fortgesetzt gegen Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen.

Für eine fortgesetzte Begehung ist es gemäß der ständigen Judikatur des VwGH nicht erforderlich, dass auch der Nachweis über eine (zukünftige) Begehung geführt wird. Der Gesetzgeber geht vielmehr davon aus, dass die Maßnahme dazu dienen soll, die weitere Begehung des Verstoßes zu unterbinden, wenn (in der Vergangenheit) fortgesetzt gegen das GSpG verstoßen wurde. (z.B. VwGH 97/17/0233 v 20.12.1999)

Aufgrund der festgestellten Betriebsdauer, der beim Testspiel getätigten Einsätze und der dazu in Aussicht gestellten Gewinne war der Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes gegeben und somit der hinreichend begründete Verdacht eines fortgesetzten Verstoßes gegen § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG gerechtfertigt.

Eine Konzession oder Bewilligung für die Veranstaltung der ermöglichten Ausspielungen wurde weder behauptet, noch vorgewiesen.

Aus den vorstehend angeführten Gründen wurde zur Verhinderung eines fortgesetzten Eingriffes in das Glücksspielmonopol des Bundes durch eine weitere oder wiederholte

Verwaltungsübertretung gem. § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG die vorläufige Beschlagnahme der Geräte und ein Verfügungsverbot ausgesprochen.

Im Zuge der Kontrolle konnte die Geldlade der Eingriffsgegenstände nicht geöffnet werden.

Auf die Bestimmungen des § 55 Abs 3 GSpG wird hingewiesen.

Ermittlungen zur Feststellung der Identität des Eigentümers der Geräte/des Inhabers/des Veranstalters:

Die Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde, Finanzamt
3/6/7/11/15/Schwechat/Gerasdorf, gem. § 9a Abs 3 und 4 AVOG 2010 ivm § 10b AVOG 2010 -
Dv hat auf Grund der der Erhebung die Firma ***15*** an der Adresse ***8*** als
Eigentümer der Eingriffsgegenstände vorläufig ermittelt.

Die Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde, Finanzamt
3/6/7/11/15/Schwechat/Gerasdorf, gem § 9a Abs 3 und 4 AVOG 2010 ivm § 10b AVOG 2010 -
DV hat auf Grund der Auskünfte durch Herrn ***14*** den tatsächlichen Inhaber/
Veranstalter der vorläufig beschlagnahmten Eingriffsgegenstände nicht abschließend ermitteln
können.

Die Abgabenbehörde als Amtspartei regt daher an, dass von Seiten der Behörde die Identität
der Eigentümerschaft/des Inhabers/des Veranstalters /ermittelt und/ durch eine Aufforderung
zur Rechtfertigung bzw. durch eine Einvernahme verifiziert wird.“

Gedankenprotokoll vom 16.8.2016:

„Betreff: Glückspielgesetz - Verwaltungsübertretung

Bezug: vorläufige Beschlagnahme von einem Glückspielgerät am 16.08.2016 um 17:25 Uhr

am Gewerbestandort ***3***, im ***4***, Inhaberin ist ***16***, ***17***.

Aufgenommen durch:

Einsatzleiter: ***19***

Dokumentationsleitung: ***20***, ***21***, ***22***

Anschrift: Finanzpolizei Wien, Team 10, 1030 Wien, Marxergasse 4

Beginn: 16.08.2016 um 16:55 Uhr

Am 16.08.2016 um 16:55 Uhr wurde im Zuge der „MDKS-Aktion" durch die Finanzpolizei Wien,
Team 10 am Gewerbestandort in ***3*** eine Kontrolle durchgeführt. Es handelte sich hierbei

um ein Cafe. Es befand sich ein Eingriffsgegenstand im hinteren Teil des Lokales gegenüber der Theke.

Die Glückspiel-Kontrolle wurde durch den Einsatzleiter unter Vorweisen der Kokarde und des Dienstausweises beim ***G*** Herrn ***14***, geb. ***18***, Nationalität: Österreich, angekündigt und er wurde gebeten sich zu legitimieren.

Herr ***14*** wurde aufgefordert isd GSpG Geld für Probespiele zur Verfügung zu stellen. Er überreichte dem EL ***19*** € 20,-- damit das Kontrollorgan ***20*** die Probespiele durchführen konnte.

Zu Beginn der Kontrolle wurde durch das Dokumentationsteam der Eingriffsgegenstand mit der Kontrollnummer FA 1 versehen.

Eingriffsgegenstand FA 1:

Das Organ ***20*** hat an dem Gerät FA 1 ein Spiel als Testspiel ausgewählt. Es handelte sich dabei um das Spiel „Ring of Fire“ (Walzenspiel). Es gab kein besonderes Auswahlkriterium für dieses Spiel. Das Spiel wurde zunächst „geöffnet“, es waren die „virtuellen Walzen“ sichtbar. Der voreingestellte Mindesteinsatz betrug 0,10 €. Der dabei in Aussicht gestellte Gewinn betrug lt. Gewinnplan 180,-- €. Es wurde dann noch kontrolliert, ob das tatsächlich der Mindesteinsatz war. Dazu wurde die Steigerungstaste solange betätigt, bis wieder der Mindesteinsatz aufschien. Es wurde mit dem Mindesteinsatz ein Probespiel gemacht. Dieses Spiel wurde verloren.

Der Höchsteinsatz entsprach bei dem Eingriffsgegenstand 10,00 €. Der dabei in Aussicht gestellte Gewinn betrug lt. Gewinnplan 18.000,--€. Es wurden keine Supergames (SG) oder Ähnliches als Gewinn ausgelobt. Es wurde dann noch kontrolliert, ob das tatsächlich der Höchsteinsatz war. Dazu wurde die Steigerungstaste solange betätigt, bis wieder der Höchsteinsatz aufschien. Die Steigerung des Einsatzes erfolgte „ohne“ Wiener Würfel.

Es wurde hierbei bei dem Gerät ein klassisches Walzenspielgerät als Geschicklichkeitsspiel getarnt. Laut Spielinfo kann der Spieler mit reinem Geschick die 3 kleinen Kästchen, mittig im unteren Bereich des Bildschirmes, welche eine Kombination aus Zahlen und einem A, beeinflussen.

Das FPT 10 stellte beim Probespiel fest, dass mit der Betätigung der Starttaste die 3 Kästchen walzenähnlich zu laufen begonnen haben und nach kurzer Zeit entweder reine Zahlenkombinationen oder 2 Zahlen mit einem A erschienen. Es wurde auch versucht durch schnelles, zweimaliges Drücken der Starttaste Einfluss auf die Zahlenkombination zu nehmen, was den Kontrollorganen vor Ort nicht gelang.

Laut Beschreibung wird der Einsatz mit der Zahlenkombination multipliziert.

Wenn z.B. mit einem Einsatz von € 0,10 gespielt wird und die Kombination 112 erscheint, so ergibt dies einen Gewinn von € 0,20 (Einsatz $0,10 \times 1 \times 1 \times 2$)

Enthält die Zahlenkombination eine Null gibt es keinen Gewinn (z.B. $0,10 \times 1 \times 1 \times 0$).

In all diesen Fällen wird kein eigentlicher Walzenlauf im oberen Bereich des Bildschirms ausgelöst. Dies passiert erst, wenn im vorab stattfindenden Spiel ein A in einem der drei Kästchen erscheint. Das kann erreicht werden indem man die Start- Taste so lange gedrückt hält bis auf einer der drei Walzen ein A erscheint und man die Start Taste loslässt.

Es wurde eine Niederschrift mit Hrn. ***14*** aufgenommen. Eine Kopie dieser Niederschrift und der vorläufigen Beschlagnahme wurde in mehrfacher Ausfertigung vor Ort belassen und Herrn ***14*** ausgehändigt. Eine Kopie dieser Dokumente liegt dem gegenständlichen Akt bei.

Die Beschlagnahme wurde um 17:25 Uhr ausgesprochen.“

Zur objektiven Tatseite

Bei den verfahrensgegenständlichen Apparaten lag nach den Erhebungsberichten die Spielmöglichkeit und die Erzielung eines Geldwertes in Sinne einer Gewinnmöglichkeit im Vordergrund und sie waren im Zeitpunkt der Erhebungen spielbereit aufgestellt, daher liegen die Voraussetzungen für eine Besteuerung nach § 17 Abs. 3 VGSG vor.

Die ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs stellt hinsichtlich der Erfüllung der Voraussetzungen für die verfahrensgegenständliche Steuerpflicht darauf ab, dass mit einem Apparat ein Gewinn an Geld- oder Geldeswert erzielt werden kann, ohne dass es von Bedeutung ist, wer das Entgelt kassiert, wer den Apparat in Betrieb setzt, und ob eine allfällige Gewinnauszahlung durch den Automaten erfolgt, so kommt es auch nicht darauf an, auf welche Weise ein Gewinn in Aussicht gestellt wird. (VwGH 20.3.2002, 99/15/0046)

Eine Verkürzung der Vergnügungssteuer liegt vor, wenn die Abgabe unter Verletzung der Anmeldepflicht nicht zu den vorgesehenen Terminen entrichtet wird (VwGH 16.12.1999, Zl. 97/15/0172), was verfahrensgegenständlich der Fall ist.

Der Umstand, dass es sich um Apparate handle, für die keine Bewilligung oder Konzession nach den §§ 5, 14 oder 21 GSpG erteilt worden sei, muss nicht in den Spruch des Straferkenntnisses aufgenommen werden (VwGH v. 27.2.2019, Ra 2018/15/0098).

Auf Grund des § 9 Abs. 1 VStG war der Bf. als handelsrechtlicher Geschäftsführer für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch die steuerpflichtige Gesellschaft strafrechtlich verantwortlich.

Der Bf. fungierte seit 5.10.2013 bis 9.5.2019 als handelsrechtlicher Geschäftsführer der ***2***, daher war er verpflichtet deren abgabenrechtliche Agenden gesetzeskonform wahrzunehmen.

Aus dem im Zuge der Amtshandlung der FinPol festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass die verfahrensgegenständlichen Spielapparate aufgestellt wurden, daher wäre es dem Bf. oblegen diese anzumelden und die Vergnügungssteuer zu entrichten, was für die Monate März 2016, Juni, Juli und August 2016 bis zu deren bescheidmäßiger Festsetzung durch die Behörde mit Bescheid vom 23.8.2018 unterblieben ist.

Zur subjektiven Tatseite:

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.

Im Verfahren vor dem BFG wurde lediglich die Steuerpflicht in Abrede gestellt und kein Vorbringen zu den konkreten Anschuldigungen erstattet, wobei dem Verteidiger, wie er in der mündlichen Verhandlung vor dem BFG angegeben hat, die Erhebungsberichte bereits bekannt waren.

Bei der Anzahl der Vorstrafen, die der Bf. aufweist, ist hinsichtlich seines Zuwiderhandelns gegen die Steuerpflicht mit der Aufstellung von Spielautomaten von vorsätzlichem Vorgehen und damit einem hohen Verschuldensgrad auszugehen.

Strafbemessung:

Gemäß § 19 Abs. 1 VGSG sind Handlungen und Unterlassungen, durch welche Vergnügungssteuer mit einem Betrag von höchstens € 21.000,00 verkürzt wird, als Verwaltungsübertretungen mit Geldstrafe bis zu € 42.000,00 zu bestrafen; für den Fall der Uneinbringlichkeit ist eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen festzusetzen.

Überdies sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) gemäß § 19 Abs. 2 VStG die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe,

soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Mit Erkenntnis des BFG vom 6.2.2020 zu RV/7500299/2019 wurden Schuldsprüche in Straferkenntnissen des Magistrates gegen den Bf. wegen Verkürzung von Glücksspielabgabe für die Monate Jänner und Februar 2018 bestätigt.

Als erschwerend waren in diesem Verfahren 40 zu den Tatzeitpunkten rechtskräftige Vorstrafen zu werten.

In diesem Verfahren wertete die Behörde nunmehr 24 zum Tatzeitpunkt rechtskräftige Vorstrafen als erschwerend. Erschwerend ist auch der mehrmalige Tatentschluss.

Die verhängten Geldstrafen sollen durch ihre Höhe geeignet sein, wirksam von einer Wiederholung abzuhalten (Spezialprävention).

Das Verschulden des Bf. ist hoch, bisher war er auch durch die Vielzahl an Vorstrafen nicht von weiteren Verwaltungsübertretungen abzuhalten, jedoch liegen die Taten zwischenzeitig länger zurück als das vorhergehende oben angeführte Erkenntnis des BFG zu weiteren Verwaltungsübertretungen des Bf. und fungiert der Bf. seit 9.5.2019 nicht mehr als Geschäftsführer der ***2***.

Die spezialpräventiven Erfordernisse an die Höhe eines Strafausspruches haben sich damit durch das längere Zurückliegen der Taten und den Umstand, dass aus momentaner Sicht nicht von einer Fortsetzung des Zuwiderhandelns gegen einschlägige Bestimmungen im Zusammenhang mit der Aufstellung von Spielapparaten auszugehen ist, geändert, weswegen trotz der vielen Vorstrafen und des hohen Verschuldensgrades mit der im Spruch ersichtlichen Strafreduktion vorgegangen wurde.

Gemäß § 16 Abs. 1 VStG gilt: Wird eine Geldstrafe verhängt, so ist zugleich für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen.

Die neu bemessene Ersatzfreiheitsstrafe entspricht ebenfalls dem festgestellten Verschulden des Bf.

Kostenentscheidung

Da die Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens gemäß § 64 VStG in Höhe von 10% der Strafen festzusetzen sind, waren sie somit in Höhe von je € 120,00 (5x € 120,00 = € 600,00) neu festzusetzen.

Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat.

Gemäß § 52 Abs. 2 VwGVG ist dieser Betrag für das Beschwerdeverfahren mit 20% der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit zehn Euro zu bemessen.

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

Gemäß § 52 Abs. 6 VwGVG sind die §§ 14 und 54b Abs. 1 und 1a VStG sinngemäß anzuwenden. Gemäß § 54b Abs. 1 VStG idF BGBl I 2013/33 sind rechtskräftig verhängte Geldstrafen oder sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen binnen zwei Wochen nach Eintritt der Rechtskraft zu bezahlen. Erfolgt binnen dieser Frist keine Zahlung, kann sie unter Setzung einer angemessenen Frist von höchstens zwei Wochen eingemahnt werden. Nach Ablauf dieser Frist ist die Unrechtsfolge zu vollstrecken. Ist mit Grund anzunehmen, dass der Bestrafte zur Zahlung nicht bereit ist oder die Unrechtsfolge uneinbringlich ist, hat keine Mahnung zu erfolgen und ist sofort zu vollstrecken oder nach Abs. 2 vorzugehen.

Gemäß § 25 Abs. 2 BFGG hat das Bundesfinanzgericht, soweit dies nicht in der BAO, im ZollRDG oder im FinStrG geregelt ist, in seiner Entscheidung zu bestimmen, welche Abgabenbehörde oder Finanzstrafbehörde die Entscheidung zu vollstrecken hat.

Hier erweist sich das Magistrat der Stadt Wien als Vollstreckungsbehörde zweckmäßig, da dem Magistrat der Stadt Wien bereits gemäß § 1 Abs. 1 Z 3 VVG die Vollstreckung der von den (anderen) Verwaltungsgerichten erlassenen Erkenntnisse und Beschlüsse obliegt (vgl. für viele ausführlich BFG 13. 5. 2014, RV/7500356/2014 sowie Wanke/Unger, BFGG § 25 BFGG Anm. 6).

Zur Haftungsinanspruchnahme der *2***:**

Die ***2*** ist zu FN ***24*** in Wels im Firmenbuch erfasst. Darin ist ersichtlich, dass der Bf. am 9.5.2019 als deren Geschäftsführer und Gesellschafter ausgeschieden ist und diese Gesellschaft von ***25*** als Gesellschafter und als Geschäftsführer übernommen wurde. Der Bf. war somit im Zeitpunkt der Erlassung des Straferkenntnisses durch den Magistrat am 24.6.2020 nicht mehr vertretungsbefugter Geschäftsführer der ***2***, daher konnte eine Haftungsinanspruchnahme dieser Gesellschaft auch nicht mehr rechtswirksam ihm gegenüber ausgesprochen werden. Unter Seite 28 des Magistratsaktes erliegt ein Schreiben direkt an die ***2*** als Adressat zur Bekanntgabe ihrer möglichen Haftungsinanspruchnahme, jedoch gibt es keinen Zustellnachweis zu diesem Schreiben.

Somit konnte eine Haftungsinanspruchnahme auch mangels erzielter Rechtswirkung nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahren werden, daher war verfahrensgegenständlich nicht über eine Haftungsinanspruchnahme nach § 9 Abs. 7 VStG abzusprechen.

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.

Eine solche Rechtsfrage lag verfahrensgegenständlich nicht vor.

Wien, am 20. April 2021