

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Wolfgang Pavlik über die Beschwerde des Bf., vertreten durch Dr. Fabian Alexander Maschke, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Dominikanerbastei 17/11, vom 18.01.2017, gegen das Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien vom 16.12.2016, MA 6/ARP-S-1234/2016, betreffend eine Verwaltungsübertretung nach §§ 14 Abs 2 und 17 Abs 3 iVm § 19 Abs 1 des Vergnügungssteuergesetzes 2005, LGBl für Wien Nr 56/2005 idGF, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23.11.2017 (Datum der mündlichen Verkündung des Erkenntnisses) in Abwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers und in Anwesenheit des Amtsvertreters AR Peter Schötta, zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird gemäß § 50 VwGVG als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

II. Gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von EUR 140,00, somit 20% der verhängten Geldstrafe, zu leisten.

Der Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens iHv EUR 140,00 ist zusammen mit der Geldstrafe iHv EUR 700,00 und dem Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens iHv EUR 70,00, insgesamt somit EUR 910,00, an den Magistrat der Stadt Wien zu entrichten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Am 09.12.2015 wurde in Wien, in dem von Bf. betriebenen Lokal „Kaffeehaus“ ein Spielapparat gemäß § 53 Abs 2 GSpG von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt.

Laut Dokumentation der Überprüfung elektronischer Geräte anlässlich der Kontrolle gemäß GSpG durch die Finanzpolizei am 09.12.2015 handelt es sich bei dem beschlagnahmten Gerät um die Type Kayot „Double Tronic Skill“, welches betriebsbereit gewesen sei und testbespielt worden sei. Ein Spielguthaben sei mittels Banknoteneinzug

hergestellt worden und beim Testspiel habe es sich um ein Walzenspiel mit der Bezeichnung „Ring of Fire“ gehandelt. Der geforderte Mindesteinsatz sei EUR 0,10 bei einem in Aussicht gestellten Höchstgewinn von EUR 180,00, der Höchsteinsatz sei EUR 10,00 bei einem in Aussicht gestellten Höchstgewinn von EUR 18.000,00 gewesen. Ferner wurden sonstige Feststellungen getroffen: Das Gerät sei im Eigentum der ABC, einer Firma in Österreich, es habe keine Autofunktion, die Spielauslösung sei bei „A“. Die Tasten „Menü“, „Start“ und „Bet“ Knopf seien aktiv gewesen, sonst habe die Bedienung über Touchscreen funktioniert.

Laut Bescheinigung der Finanzpolizei über die vorläufige Bescheinigung vom 09.12.2015 sei der Bf anwesend gewesen.

Am 05.01.2016 stellte die LPD Wien ein Ersuchen an die MA 6, in Bezug zur vorläufigen Beschlagnahme des Gerätes durch die Finanzpolizei am 09.12.2015 in dem von Hrn Bf. betriebenen Lokal „Kaffeehaus“ in Wien, bekanntzugeben, ob allenfalls und durch wen der Spielapparat gemäß § 14 Abs 1 Vergnügungssteuergesetz (VGSG) angemeldet worden sei und wer als steuerpflichtiger Unternehmer gemäß § 13 Abs 1 leg cit aufscheine.

Mit Schreiben vom 11.01.2016 wurde der Beschwerdeführer (Bf) von der MA 6 aufgefordert, ggstdl Spielapparat binnen zwei Wochen zur Vergnügungssteuer anzumelden.

Mit Bescheid vom 10.03.2016 wurde dem Bf für den Monat Dezember 2015 für das Halten eines Spielapparates im eigenen Betrieb „Kaffeehaus“ in Wien, Vergnügungssteuer iHv EUR 1.400,00 samt 10% Verspätungszuschlag und 2% Säumniszuschlag vorgeschrieben.

Gegen diesen Bescheid brachte der rechtsfreundlich vertretene Bf Beschwerde ein und brachte i.w. vor, die Betätigung ggstdl Terminals sei auch bei einem weit verstandenen Begriff der Lustbarkeit nicht unter § 14 Abs 1 Z 8 und 9 FAG 2008 zu subsumieren und es bestehe kein Abgabeanpruch.

Laut Abfrage aus dem Gewerbeinformationssystem Austria zum Stichtag 10.08.2016 ist Gewerbeinhaber des reglementierten Gewerbes „Gastgewerbe in der Betriebsart Kaffeehaus“ seit 10.04.2014 mit dem Standort Wien, Hr. Bf., wohnhaft in Wien.

Mit Schreiben vom 25.08.2016 wurde dem Bf als Lokalinhaber zur Last gelegt, es bis zum 29.03.2016 unterlassen zu haben, den im Betrieb in Wien, gehaltenen Apparat der Type „Kayot – Double Tronic Skill“ für den Monat Dezember 2015 mit dem Betrag von EUR 1.400,00 zur Vergnügungssteuer anzumelden und diese zu entrichten, wodurch der Bf die Vergnügungssteuer für diesen Monat mit dem oben genannten Betrag verkürzt und eine Verwaltungsübertretung begangen habe. Dem Bf wurde die Gelegenheit zur Rechtfertigung gegeben.

Mit E-Mail vom 19.09.2016 brachte der Bf vor, die Anwendung des Vergnügungssteuergesetzes sowie der relevanten Lustbarkeitsabgabenverordnung werde bestritten. Es wurde auf die Definition des VwGH aus 1950 verwiesen, wonach als vergnügungssteuerpflichtige Veranstaltungen „solche zu verstehen sind, die bei

den Teilnehmern jedenfalls in irgendeiner Weise Lustgefühle dadurch auszulösen geeignet sind, dass sie entweder den Vergnügungstrieb oder die Schaulust oder aber die Wissbegierde oder höhere Bedürfnisse der Teilnehmer ... befriedigen."

Wesentlich sei auch in späterer Zeit bei einer Erweiterung des Begriffsverständnisses geblieben, dass auf das Anbieten einer gewissen Art von Unterhaltung/auf einen gewissen Vergnügungscharakter der Vorgangsweise (weiterhin) abgestellt werde.

So habe der VfGH in ständiger Judikatur die Auffassung vertreten, dass der Begriff der Vergnügung bzw Lustbarkeit zwar nicht unbedingt das Vorliegen einer Veranstaltung voraussetze, wohl aber seitens des Anbieters eine Art von Unterhaltung geboten werden müsse. Der VfGH habe in einem Erkenntnis bei der Beurteilung von Brieflosautomaten darauf abgestellt, ob die Betätigung eines Apparates selbst die Eignung besitzt, den Benützer zu unterhalten, ob also die von ihm ausgeübte Tätigkeit i.w. einem Spiel, also einer bloß dem Vergnügen und Zeitvertrieb dienenden Vorgangsweise gleichkomme. Im Hinblick darauf habe er das Betätigen 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 habe der VfGH auch im Erkenntnis vom 13.06.2012, G6/12, beibehalten, als er dabei von folgenden Kriterien eines Wettterminals ausging:

„Die Materialien zur Novelle des Vbg. Kriegsopferabgabegesetzes (...) beschrieben Wettterminals als „dem Wettgesetz unterliegende technische Einrichtungen, die einer Person unmittelbar die Teilnahme an einer Wette ermöglichen.“ Diese Definition ist mit der Novelle zum Vbg. Wettengesetz ... in das Wettengesetz aufgenommen worden (...). 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. (...) 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 habe daraus den Schluss gezogen, dass bei Wettterminals, die keine andere Funktion erfüllen, das spannende und unterhaltende Element – ebenso wie im Fall des Brieflosautomaten – erst nach Vertragsschluss eintrete, nämlich in dem Zeitpunkt, wenn das Sportereignis, auf das die Wette abgeschlossen worden sei, stattfinde. Daraus folge, dass es sich bei der Betätigung von Wettterminals, die über diese Funktion nicht hinausgingen, nicht um eine Lustbarkeit handle.

Von einem solchen Verständnis eines Terminals sei auch hier auszugehen und sei dem Befund des VfGH, dass die Betätigung derartiger Terminals auch bei einem weit verstandenen Begriff der „Lustbarkeit“ nicht unter § 14 Abs 1 Z 8 und 9 FAG 2008

zu subsumieren sei, nichts hinzuzufügen. Hätte die belangte Behörde Erhebungen durchgeführt, wäre sie zu dem Schluss gekommen, dass eine Abgabennachforderung ungerechtfertigt sei, da kein Abgabeananspruch bestehe.

Laut Beschluss des HG Wien wurde über das Vermögen des Bf am 2016 das Konkursverfahren eröffnet, mit Beschluss vom 2016 wurde der Konkurs mit Zustimmung aller Gläubiger aufgehoben.

Am 30.11.2016 wurde die Vergnügungssteuer für Dezember 2015 in Höhe von EUR 1.400,00 samt Nebengebühren beim Magistrat der Stadt Wien eingezahlt.

Am 16.12.2016 erließ der Magistrat der Stadt Wien das angefochtene Straferkenntnis, welches folgenden Spruch enthält:

„Sie haben es (als Lokalinhaber) bis zum 26.03.2016 unterlassen, den im Betrieb in Wien, gehaltenen Apparat der Type „Kayot – Double Tronic Skill“ für den Monat Dezember 2015 mit dem Betrag von € 1.400,00 zur Vergnügungssteuer anzumelden und diese zu entrichten. Sie haben dadurch die Vergnügungssteuer für diesen Monat mit dem oben genannten Betrag verkürzt und eine Verwaltungsübertretung begangen.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§§ 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 derzeit geltenden Fassung.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von € 700,00, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Stunden, gemäß § 19 Abs. 1 des Vergnügungssteuergesetzes 2005 – VGSG, LGBl. für Wien Nr. 56/2005 in der derzeit geltenden Fassung.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

€ 70,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch € 10,00. Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 770,00. Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.“

In der Begründung wurde nach Wiedergabe der maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen i.w. ausgeführt, der Sachverhalt sei durch die amtliche Feststellung der Finanzpolizei vom 09.12.2015, das Bemessungsverfahren, die Rechtfertigung und den Kontostand unbedenklich erwiesen und sei vorgehalten worden; demnach habe der Bf ggstdl Apparat weder spätestens einen Tag vor dessen Aufstellung angemeldet noch die Vergnügungssteuer bis zum Zeitpunkt der Fälligkeit entrichtet.

Anlässlich der Aufforderung zur Rechtfertigung sei geltend gemacht worden, dass ggstdl Apparat aus verschiedenen Gründen nicht der Steuerpflicht nach dem Wiener Vergnügungssteuergesetz 2005 unterliege. Diese Ausführungen sei Folgendes entgegenzuhalten: Die Argumentation, es läge beim Betrieb von Unterhaltungsspielapparaten keine veranstaltete Vergnügung vor, zumal das spannende und unterhaltende Element erst nach Vertragsabschluss eintrete, vermöge nicht zu überzeugen.

Im ggstl Fall sei weder ein Brieflosautomat noch ein Wettterminal beanstandet worden; es handle sich vielmehr um einen klassischen Glücksspielapparat mit der Möglichkeit der Erzielung eines Gewinnes in Geld oder Geldeswert.

Der finanzausgleichsrechtliche Begriff der Vergnügung sei nicht derart abzugrenzen, dass die Prüfung des Vorliegens einer Vergnügungskomponente nur auf den Zeitraum bzw Zeitpunkt, in dem das Spiel stattfinde, einzugrenzen sei. Es seien immer die Gesamtumstände des Spielanbotes (Gesamtbild der Verhältnisse) und deren Zweck zu betrachten. So hätte der VfGH in einer Beschwerdesache betreffend Vermietung von Programmträgern keine Bedenken in Bezug auf das Vorhandensein einer „Vergnügungskomponente“. Gerade aber bei der Videovermietung liege für den Steuerpflichtigen das Vergnügen nicht im Anmietvorgang, 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 trete, erscheine nicht sachgerecht. Der Vergnügungscharakter eines Spieles am Automaten beginne bereits mit dem Spieleinsatz, genauso wie der Mieter eines Filmes bereits bei der Filmauswahl eine Vorfreude über das zu erwartende Vergnügen entwickle. Es seien eben die Gesamtumstände, auch in zeitlicher Hinsicht, zu berücksichtigen.

Im Erkenntnis vom 28.06.2007, B 1895/06 habe der VfGH diese Frage konkret auf Geldspielapparate bezogen, erörtert und konnte nicht finden, dass dieser finanzausgleichsrechtliche Abgabentyp eine Besteuerung des Haltens von Geldspielapparaten ausschließe. Der VfGH habe ausgesprochen, dass die im FAG vorgesehenen Lustbarkeitsabgaben nicht auf „veranstaltete Vergnügungen“ beschränkt seien und wiederholt auch das Aufstellen bzw Betreiben von Spielapparaten als Lustbarkeiten betrachtet.

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH seien 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, könne es zur Vermeidung von Umgehungen nicht ankommen. Die beispielsweise Aufzählung lasse 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 sei ein weiter Wortsinn zuzumessen. Ein Spielapparat sei auch dann gegeben, wenn die einzelnen Komponenten sich an unterschiedlichen Plätzen befänden. Auch eine Zwischenschaltung von Mitarbeitern in den Spielablauf führe noch nicht zum Verlust der Spielapparateeigenschaft.

Eine spezielle Geräteform sei dem Begriff Apparat nicht zu unterstellen. So sei auch ein mit einer Spieldiskette betriebener Computer unter den Begriff des Spielapparates zu subsumieren. Auch Internetterminals, bei denen das Spiel selbst nicht am Computer gespeichert sei, sondern über eine Spielwebseite angeboten werde, würden als Spielapparate gelten, sobald eine feste Verlinkung mit der genannten Spielmöglichkeit vorhanden sei.

Es sei auch nicht entscheidungsrelevant, wo der Spielvertrag zustande komme bzw ob Daten weitergeleitet werden. Auch der Einsatz technischer Hilfsmittel, die es ermöglichen, dass nicht sämtliche erforderlichen technischen Vorgänge im Lokal erfolgen müssten, spreche nicht gegen das Betreiben eines Spielapparates. Es genüge, wenn das jeweilige Endgerät im Betrieb stehe.

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

Es sei als erwiesen anzusehen dass der Bf der Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Anmeldung des Apparates und zur Zahlung der Vergnügungssteuer nicht nachgekommen sei. Er habe somit die Vergnügungssteuer zumindest fahrlässig verkürzt.

Eine Verkürzung der Vergnügungssteuer liege vor, wenn die Abgabe unter Verletzung der Anmeldepflicht nicht zu den vorgesehenen Terminen entrichtet werde.

Für die Strafbemessung sei zunächst das Ausmaß des Verkürzungsbetrages maßgebend, wobei die verhängte Geldstrafe durch ihre Höhe geeignet sein solle, den Bf wirksam von einer Wiederholung abzuhalten.

Als erschwerend sei kein Umstand, als mildernd die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Bf zu werten.

Die Strafbemessung sei unter Annahme durchschnittlicher wirtschaftlicher Verhältnisse erfolgt.

Die Verschuldensfrage sei auf Grund der Aktenlage zu bejahen.

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

In der Beschwerde vom 18.01.2017 brachte der Bf i.w. vor, er mache unrichtige rechtliche Beurteilung und Rechtswidrigkeit des Inhalts geltend.

Zur unrichtigen rechtlichen Beurteilung führte der Bf aus, die Behörde verabsäume es, anzuführen, wieso sie annehme, dass in ggstdl Fall Vergnügungssteuer zu entrichten sei und wiederholte seine in der Rechtfertigung vom 19.09.2016 vorgebrachten Argumente.

Zur Rechtswidrigkeit des Inhalts argumentierte der Bf, die Behörde habe in der Begründung zumindest den festgestellten Sachverhalt und die Stellungnahme der Partei anzuführen; dabei seien auch die von der Behörde im Rahmen der Beweismittelwürdigung angestellten Erwägungen darzulegen. Auch Schlüsse aus Tatsachen, die nur bei der Behörde notorisch seien, seien in der Begründung anzuführen. Weiters habe die Begründung die „Beurteilung der Rechtsfrage“ zu beinhalten; dies bedeute, dass die Behörde den Sachverhalt der anzuwendenden Norm zu „unterstellen“ habe. Es sei der festgestellte Sachverhalt dem gesetzlichen Tatbestand zuzuordnen, was eine Interpretation der anzuwendenden Norm voraussetze.

Insbesondere habe die Behörde aufzudecken, welche Gedankenvorgänge und Eindrücke für sie maßgebend wären, dass sie das eine Beweismittel dem anderen vorgezogen habe und eine Tatsache für wahr oder unwahr gehalten habe.

Gehe man von diesen von Lehre und Judikatur geforderten Voraussetzungen einer Bescheidebegründung aus, so sei der angefochtene Bescheid mehrfach mangelhaft. Es

würden keine Beweise angeführt. Die Begründung enthalte nur Feststellungen und auch diese seien nicht erschöpfend bzw ausreichend.

Eine Sachverhaltsdarstellung sei der Begründung des angefochtenen Erkenntnisses überhaupt nicht bzw nicht in ausreichendem Ausmaß zu entnehmen. Unterbleibe dies, dann leide der angefochtene Bescheid an einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, weil der Sachverhalt ergänzungsbedürftig geblieben sei. Jedenfalls finde die im Spruch genannte „Tat“ in den Feststellungen keine hinreichende Deckung.

Es würde nicht angeführt, um welche Art von Geräten es sich handle. Es würde lediglich angeführt, dass ein gewisser Betrag vorgeschrieben werde. Wie sich dieser berechne, gehe aus dem Bescheid ebenfalls nicht hervor. Es würden nur die verba legalia angeführt. Schon alleine aus diesen Gründen sei der Bescheid mit Rechtswidrigkeit belastet.

Der Bf stellte abschließend die Anträge, das zuständige „Verwaltungsgericht des Landes Wien“ möge das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufheben, in eventu die Sache an die Behörde erster Instanz zurückverweisen und jedenfalls eine mündliche Verhandlung anberaumen.

Der Magistrat der Stadt Wien legte am 02.03.2017 (Datum des Einlangens) die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht (BFG) vor und verwies auf die Ausführungen in der Begründung des Straferkenntnisses.

In der mündlichen Verhandlung vor dem BFG am 23.10.2017 brachte der Vertreter des Magistrats der Stadt Wien i.w. vor, er verweise auf den Akteninhalt, legte dem Gericht drei VwGH Erkenntnisse vor, wonach es irrelevant sei, ob es sich um einen Glücksspielapparat oder einen Geschicklichkeitsapparat handle, da es darauf ankomme, ob eine Gewinnmöglichkeit bestehe; weiters wurde ein aktueller Kontoauszug vorgelegt.

Über die Beschwerde wurde erwogen

Beweis wurde erhoben durch das Beweisverfahren in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem BFG und der Einsichtnahme in den Verwaltungsakt der belangten Behörde.

Demnach steht folgender Sachverhalt fest:

Der Beschuldigte betrieb als Inhaber am Standort Wien, ein Geschäftslokal unter der Bezeichnung „Kaffeehaus“. An diesem Standort war im Dezember 2015 ein Spielapparat der Type „Kayot Double Tronic Skill“ aufgestellt, auf dem virtuelle Walzenspiele abgespielt werden konnten. Betreiberin des Gerätes war die ABC Ges.m.b.H.

Mit der Durchführung des gewählten virtuellen Walzenspiels konnte nach Einsatz eines Geldbetrages ein Gewinn in Geld oder Geldeswert erzielt werden oder der eingesetzte Geldbetrag verloren werden.

Die virtuellen Walzenspiele z.B. „Ring of Fire“ konnten an dem Gerät (Eingabeterminal) durch Betätigung via Touchscreen bzw. durch die Tasten „Menü“, „Start“ und „Bet“ zur Durchführung aufgerufen werden. Nach Eingabe eines Geldbetrages und Auswahl eines Einsatzbetrages zwischen EUR 0,10 und EUR 10,00 und dem Auslösen des Spieles wurden 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 kurzer Zeit kam der „Walzenlauf“ zum Stillstand. Der Vergleich mit den nun neu zusammengesetzten Symbolen mit den gewinnbringenden Symbolen ließ erkennen, ob ein Geldgewinn erzielt wurde oder der Einsatz verloren war. Das Gerät wurde spielbereit gehalten und zumindest im Dezember 2015 an genanntem Standort betrieben. Potentiell Interessierten war die Inbetriebnahme jederzeit möglich.

Für das Gerät wurde keine Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz erteilt.

Die Vergnügungssteuer für diesen Zeitraum iHv EUR 1.400,00 wurde bis zum 26.03.2016 weder angemeldet noch entrichtet.

Der Beschuldigte war als Inhaber des Geschäftslokals für die Anmeldung und Entrichtung der Vergnügungssteuer für den Spielapparat verantwortlich. Er hat dies sorgfaltswidrig unterlassen.

Der Beschuldigte hat durchschnittliche Einkommens- und Vermögensverhältnisse.

Die Bf hat keine einschlägigen Vorstrafen.

Die Zahlung der Vergnügungssteuer für ggstdl Spielapparat iHv EUR 1.400,00 wurde am 30.11.2016 entrichtet, die Zahlung kann dem Bf jedoch nicht zugeordnet werden.

Der festgestellte Sachverhalt beruht auf folgender Beweiswürdigung:

Dass der Beschuldigte Inhaber des Betriebs war, ist unbestritten und u.a. aus dem im Verwaltungsakt erliegenden Firmenbuchauszug ersichtlich.

Die Identität des Betreibers ergibt sich aus dem Verwaltungsakt und dem Erkenntnis des BFG vom 01.09.2017, RV/7500022/2017, betreffend die Verkürzung von Vergnügungssteuer für ggstdl Apparat im ggstdl Zeitraum durch den handelsrechtlichen Geschäftsführer der Eigentümerin des Apparates.

Dass im Dezember 2015 an diesem Standort ein Gerät der Type „Kajot Double Tronic Skill“, mit dem virtuelle Walzenspiele mit Gewinnmöglichkeit abgespielt werden konnten, betriebsbereit gehalten wurde, ist durch die Dokumentation der Überprüfung elektronischer Geräte, durch den Bericht über die Beschlagnahme des Gerätes am 09.12.2015 durch die Finanzpolizei, durch die Bescheinigung der Finanzpolizei über die vorläufige Beschlagnahme, das Bemessungsverfahren, die Rechtfertigung, das Straferkenntnis, die am 30.11.2016 erfolgte Zahlung und die Feststellungen des BFG im Erkenntnis vom 01.09.2017, RV/7500022/2017, Spruchpunkt IV., erwiesen.

Dass für den Apparat keine Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz erteilt wurde, ist unbestritten.

Dass die Vergnügungssteuer für den Zeitraum Dezember 2015 iHv EUR 1.400,00 bis 26.03.2016 weder angemeldet noch entrichtet wurde, ist unbestritten.

Dass der Beschuldigte als Lokalbetreiber für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften strafrechtlich verantwortlich war, ist unbestritten. Eine grs Kenntnis von der Vergnügungssteuerpflicht derartiger Geräte in Wien gehört zum steuerlichen Allgemeinwissen einer für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlichen Person. Als solche obliegt es ihr auch, sich mit den maßgeblichen steuerlichen Vorschriften vertraut zu machen (vgl zB VwGH 21.04.1997, 96/17/0488).

Durch die Nichteinhaltung der Verwaltungsvorschriften in Bezug auf die Vergnügungssteuer, hat der Beschuldigte die erforderliche Sorgfalt vermissen lassen. (Siehe auch unten "Rechtliche Beurteilung").

Da der Beschuldigte die Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht dargetan hat, obwohl ihm in der Aufforderung zur Rechtfertigung die Möglichkeit dazu explizit eingeräumt wurde und er auch trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht zur mündlichen Verhandlung vor dem BFG erschienen ist, war von durchschnittlichen Verhältnissen auszugehen.

Dass die Zahlung der Vergnügungssteuer für ggstdl Apparat am 30.11.2016 – somit verspätet – entrichtet wurde, ist aktenkundig und unbestritten. Aus dem Kontoauszug lässt sich allerdings nicht erkennen, ob die Eigentümerin des Gerätes oder der Beschuldigte den Betrag entrichtet hat. Da der Beschuldigte diesbezüglich nichts dargetan hat und zur mündlichen Verhandlung vor dem BFG nicht erschienen ist, kann ihm die Zahlung nicht zugerechnet werden.

Dass der Bf keine einschlägigen Vorstrafen hat, ist unstrittig.

Rechtliche Beurteilung:

Das Halten von Spielapparaten unterliegt der Vergnügungssteuer (§ 1 Abs 1 Z 3 VGSG). Für das Halten von Spielapparaten, durch deren Betätigung ein Gewinn in Geld oder Geldeswert erzielt werden kann und für die keine Bewilligung oder Konzession nach §§ 5, 14 oder 21 GSpG erteilt wurde, beträgt die Steuer je Apparat und begonnenem Kalendermonat je 1.400 Euro (§ 6 Abs 1 VGSG).

In den erläuternden Bemerkungen zu § 6 VGSG 2005, LGBl. für Wien Nr. 56 (LGBl. 56/2005, Beilage 29/2005, Erläuternde Bemerkungen) wird ausgeführt:

Der Begriff des Spielapparates ist in der Judikatur ausreichend definiert, u.a. im Erkenntnis des VwGH vom 13.12.1985, 85/17/0111, in dem festgestellt wird, dass dem Ausdruck "Spiel" im zusammengesetzten Hauptwort "Spielapparate" die Bedeutung von "zweckfreier Beschäftigung aus Freude an ihr selbst und/oder ihren Resultaten zur Unterhaltung, Entspannung oder zum Zeitvertreib" zukomme. Spielapparate sind danach 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 - schon zur Vermeidung von Umgehungen - nicht ankommen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen hat, ist unter einem Apparat ein aus mehreren Bauteilen zusammengesetztes technisches Gerät zu verstehen, das bestimmte Funktionen erfüllt bzw eine bestimmte Arbeit leistet. Dem § 6 VGSG liegt - um möglichen technischen Entwicklungen gerecht zu werden - ein weiter Begriff des Spielapparates zu Grunde.

Der Reiz und die dabei erlebte Spannung, ob sich der Einsatz durch einen Gewinn vervielfacht oder ein Verlust erlebt wird, ja die Hoffnung auf den Gewinn, wird beim durchschnittlichen Benützer der Apparate dessen Spieltrieb befriedigen und von ihm dadurch als Vergnügen empfunden, das ihn zu diesem Spiel veranlasst. Dieses Vergnügen wird unmittelbar durch das Ingangsetzen des Spieles am Apparat ausgelöst. Damit entsprechen die gegenständlichen Apparate genau jenen Kriterien, welche die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Definition von Spielapparaten herausgearbeitet hat.

Da durch die Betätigung des Apparates ein Gewinn in Geld erzielt werden konnte und für diesen keine Bewilligung oder Konzession nach §§ 5, 14 oder 21 GSpG erteilt wurde, ist der Tatbestand des § 6 Abs 1 VGSG erfüllt.

Ob es sich um ein Glücksspiel oder ein Geschicklichkeitsspiel handelt, ist für die Beurteilung der Vergnügungssteuerpflicht unbeachtlich, weil es nach der Judikatur des VwGH auf die Gewinnmöglichkeit ankommt (VwGH 20.03.2002, 99/15/0046, VwGH 20.04.2006, 2004/15/0030, VwGH 14.08.1991, 89/17/0180). Diese war jedoch im ggstdl Fall zweifelsfrei gegeben.

Im Übrigen wird bemerkt, dass den anderen Gesamtschuldner desselben Verfahrens betreffend bereits ein abweisendes Erkenntnis des BFG ergangen ist, auf dessen Ausführungen zur objektiven Tatseite verwiesen wird (BFG 01.09.2017, RV/7500022/2017).

Wenn sich der Bf in seiner Beschwerde auf die Aussagen des Verfassungsgerichtshofes stützt, in denen dieser die Spielapparateeigenschaft für Brieflosautomaten verneint hat, so verkennt der Bf die Grundeigenschaften der gegenständlichen Apparate und den wesentlichen Unterschied dieser Apparate zu Brieflosautomaten. Bei den gegenständlichen Apparaten wird das Spiel unmittelbar nach Betätigen des Apparates von diesem selbst ausgeführt. Es ist die unmittelbare Aktivität und die Ungewissheit über die Schlussanzeige des Apparates, die das Spielvergnügen auslöst, und nicht erst ein Vorgang, der nach Ende des Apparatespieles stattfindet. Im gleichen Sinne besteht auch keine Wesensähnlichkeit der gegenständlichen Apparate zu Wettterminals. Nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes verkennt der Bf die Rechtslage, wenn er gestützt auf die angeführte Judikatur des Verfassungsgerichtshofes das Vorliegen des Abgabeananspruches nach dem Vergnügungssteuergesetz verneint.

Bei der Vorschreibung der Vergnügungssteuer handelt es sich um einen monatlichen Pauschalbetrag, sodass es nicht darauf ankommt, wie viele Tage innerhalb eines Monats ein Apparat tatsächlich aufgestellt war (VwGH 01.09.2010, 2010/17/0086). Wenn der Bf daher das Gerät am 09.12.2015 spielbereit gehalten hat, so wurde der vergnügungssteuerpflichtige Tatbestand im Dezember 2015 verwirklicht.

Da die Verpflichtung zur Entrichtung der Steuer erst mit Ablauf des Kalendermonates, in dem die Abmeldung des Gerätes erfolgt bzw die Abgabenbehörde selbst davon Kenntnis erlangt, dass der Apparat vom Steuerpflichtigen nicht mehr gehalten wird, erlischt, und das Gerät im Dezember 2015 zweifelsfrei zur Benützung bereit stand, ist für diesen Monat der Abgabensanspruch entstanden und endete durch die Beschlagnahme und den Abtransport erst mit Ablauf des Monates.

Es war daher für diesen Monat die Vergnügungssteuer für das Gerät iHv EUR 1.400,00 zu entrichten.

Der Bf ist als Lokalinhaber für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlich. Er hätte das Halten des Apparates spätestens einen Tag vor deren Aufstellung beim Magistrat anzumelden gehabt (§ 14 Abs 2 VGSG). Er hätte die Steuer erstmals zum Termin der Anmeldung und in den Folgemonaten jeweils bis zum Monatsletzten zu entrichten gehabt (§ 17 Abs 3 VGSG).

Durch die Nichtanmeldung und Nichtentrichtung wurde die Vergnügungssteuer im Ausmaß von EUR 1.400 verkürzt. Handlungen oder Unterlassungen, durch welche die Steuer mit einem Betrag von höchstens 21.000 Euro verkürzt wird, sind als Verwaltungsübertretungen mit Geldstrafen bis 42.000 Euro zu bestrafen (§ 19 Abs 1 VGSG). Zur Strafbarkeit genügt fahrlässiges Verhalten (§ 5 Abs 1 VStG).

§ 19 VGSG stellt auf die Verkürzung der Vergnügungssteuer ab. Eine Verkürzung der Vergnügungssteuer liegt dann vor, wenn die Steuer infolge von Handlungen oder Unterlassungen, die sich als Verletzung über die Zahlungspflicht hinausgehender abgabenrechtlicher Pflichten darstellen (zB Erklärungs-, Aufzeichnungs-, Offenlegungs- oder Mitwirkungspflichten), nicht zum Fälligkeitstermin entrichtet wird (VwGH 28.09.1995, 93/17/0251). Die fehlende Offenlegung ist somit Tatbestandselement der Verkürzung.

Mit der gegenständlichen Beschwerde hat der Bf keine Einwendungen zur subjektiven Tatseite vorgebracht.

Eine grs Kenntnis von der Vergnügungssteuerpflicht für derartige Spielapparate in Wien gehört zum steuerlichen Allgemeinwissen einer für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlichen Person. Als solche obliegt es ihr auch, sich mit den maßgeblichen steuerlichen Vorschriften vertraut zu machen (vgl zB VwGH 21.04.1997, 96/17/0488).

Durch die Nichteinhaltung der Verwaltungsvorschriften in Bezug auf die Vergnügungssteuer hat der Beschuldigte die erforderliche Sorgfalt vermissen lassen. Er hätte sich davon zu überzeugen gehabt, dass eine derartige Anmeldung

und Entrichtung erfolgt ist und – da dies nicht der Fall war – als strafrechtlich verantwortlicher Gesamtschuldner den Apparat selbst zur Vergnügungssteuer anmelden und diese entrichten müssen. Somit war er für die Anmeldung und Entrichtung der Vergnügungssteuer für diesen Spielapparat verantwortlich, hat dies aber sorgfaltswidrig unterlassen.

Ggstdl Spielapparat wurde von der Betreiberfirma im Lokal des Bf spielbereit gehalten. Der Beschuldigte hatte als Inhaber des Lokals davon Kenntnis und war für die Einhaltung der abgabenrechtlichen Melde- und Entrichtungspflichten verantwortlich.

Der Beschuldigte hätte daher die Vergnügungssteuerverkürzung vermeiden können und hat diese zumindest fahrlässig verkürzt, indem er sorgfaltswidrig handelte.

Selbst wenn der Bf davon ausgegangen wäre, dass ihn persönlich keine gesetzliche Verpflichtung zur Meldung und Entrichtung der Vergnügungssteuer treffe, so vermag ihn dies nicht zu entschuldigen, da es dem Lokalinhaber und somit Gesamtschuldner der Vergnügungssteuer (§ 13 Abs 1 VGSG) jedenfalls obliegt, sich auch mit den maßgeblichen steuerlichen Vorschriften vertraut zu machen (vgl zB VwGH 21.4.1997, 96/17/0488). Er hätte sich unter Einhaltung der ihm zumutbaren und gebotenen Erkundigungspflichten hinsichtlich des Vorliegens einer Vergnügungssteuerpflicht (zB durch Erkundigung beim zuständigen Magistrat, bei einem qualifizierten berufsmäßigen Parteienvertreter oder durch Beachtung der einschlägigen Judikatur des VwGH) erkundigen können. Das Thema "Verbot der Aufstellung von Spielautomaten" war 2014/2015 in den Medien sehr präsent, und es ist kaum vorstellbar, dass es dem Bf verborgen geblieben wäre, dass derartige Spielapparate mit Gewinnmöglichkeit in Wien verboten wurden. Bei Einhaltung der gebotenen und nach den dargestellten Umständen auch zumutbaren Sorgfalt im Zusammenhang mit der ihm bekannten Durchführung von Spielen mit Gewinnmöglichkeit in seinem Lokal wäre dem Bf die dem gegenständlichen Verfahren zugrunde liegende Verletzung der Verpflichtung zur Anmeldung und Entrichtung der Vergnügungssteuer nicht verborgen geblieben, weswegen ihm zumindest eine fahrlässige Handlungsweise anzulasten ist.

Die Unkenntnis des Bf von der gegenständlichen Verwaltungsvorschrift würde daher jedenfalls auf Fahrlässigkeit beruhen und eine unverschuldete Unkenntnis der einzuhaltenden Verwaltungsvorschriften (§ 5 Abs 2 VStG) ist nicht zu erblicken.

Es ist davon auszugehen, dass der Bf die Vergnügungssteuerpflicht zumindest ernstlich in Erwägung gezogen und die Abgabenverkürzung ernstlich für möglich gehalten hat.

Sein Verhalten in Hinblick auf die Vergnügungssteuerpflicht wird somit vom erkennenden Gericht als zumindest auffallend sorglos gewertet.

Ausgehend von einer fahrlässigen Handlungsweise des Bf sah die Strafbehörde erster Instanz zutreffend als mildernd die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Bf an.

Weitere Milderungsgründe sind im Verfahren vor dem BFG nicht hervorgekommen. Die (verspätete) Zahlung der Vergnügungssteuer kann dem Bf nicht zugeordnet werden.

Bezüglich seiner wirtschaftlichen Verhältnisse hat er kein Vorbringen erstattet. Es war daher nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine Schätzung vorzunehmen (vgl zB VwGH 21.10.1992, 92/02/0145), wobei mangels gegenteiliger Anhaltspunkte jedenfalls von durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen ausgegangen werden konnte.

Unter Zugrundelegung dieser Strafzumessungskriterien erweist sich nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes die im unteren Bereich des Strafrahmens und mit 50% des verkürzten Betrages bemessene Geldstrafe tat- und schuldangemessen. Gegenteilige Einwendungen zur Strafbemessung hat der Bf nicht vorgebracht.

Eine Geldstrafe in dieser Höhe war jedenfalls erforderlich, um dem Unrechts- und Schuldgehalt der Verwaltungsübertretung hinreichend Rechnung zu tragen und eine spezialpräventive Wirkung zu entfalten.

Auch der generalpräventive Strafzweck darf im gegenständlichen Fall nicht außer Betracht gelassen werden.

Auch wenn das VGSG in der im Streitzeitraum anzuwendenden Form durch das LGBI 2016/63 aufgehoben worden ist, so sind die Bestimmungen über die Besteuerung von Spielapparaten nunmehr in Form des Wiener Glücksspielautomatenabgabegesetzes weiterhin unverändert in Geltung und anwendbar, womit der Prävention unverändert Bedeutung zukommt.

Die verhängte Ersatzfreiheitsstrafe wurde verhältnismäßig und rechtskonform bemessen.

Hinsichtlich des Vorbringens der Mangelhaftigkeit des Bescheides wird darauf verwiesen, dass der gegenständliche Bescheid die wesentlichen Bestandteile eines Bescheides enthält. Insoweit der Bescheid in seiner Begründung mangelhaft erscheint, kann dies im Rahmen der Entscheidung durch das Bundesfinanzgericht saniert werden und es erübrigt sich daher ein näheres Eingehen auf dieses Vorbringen.

Kostenentscheidung :

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

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

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 Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Wien, am 6. Dezember 2017