

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht erkennt durch die Richterin MMag. Elisabeth Brunner über die Beschwerde des A***B*** vertreten durch Mag. Julia Eckhart, Rechtsanwältin in 8010 Graz, Hofgasse 3 gegen das Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien (1234***) vom 12.04.2017, betreffend drei Verwaltungsübertretungen nach §§ 14 Abs 2 und 17 Abs 3 iVm § 19 Abs 1 des Vergnügungssteuergesetzes 2005 (VGSG), LGBl für Wien Nr 56/2005 idgF, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, zu Recht:

Der Beschwerde wird gemäß § 50 VwGVG Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren zu diesen Zahlen gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt.

Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 Abs 8 VwGVG keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerderverfahrens zu leisten.

Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art 133 Abs 4 B-VG ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wird dem Beschwerdeführer zur Last gelegt, er habe es als unbeschränkt haftender Gesellschafter der ABC*** KG (als Eigentümer, Aufsteller und Lokalinhaber) bis zum 19.2.2016 unterlassen, die im Betrieb in Wien***, gehaltenen PCs der Type „iiyama“ (zwei) bzw der Type „lenovo“ (einer) für den Monat Dezember 2015 mit dem Betrag von jeweils EUR 1.400,00 zur Vergnügungssteuer anzumelden und diese zu entrichten. Er habe dadurch die Vergnügungssteuer für diesen Monat mit dem oben genannten Betrag verkürzt und Verwaltungsübertretungen begangen. Es wurden 3 Geldstrafen von je EUR 700,00 (im Falle der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von je 20 Stunden) verhängt sowie ein Kostenbeitrag von je EUR 70,00 vorgeschrieben.

Verfahrensgang:

Am 15.12.2016 wurden in Wien***, in dem von der ABC*** KG betriebenen Café drei als Glücksspielgeräte qualifizierte Computerterminals, die nicht zur Vergnügungssteuer angemeldet waren, sowie ein Ein/Auszahlungsgerät (E-Kiosk) von der Finanzpolizei im Zuge einer Kontrolle beschlagnahmt.

Laut Aktenvermerk vom 15.12.2015 (Formular: GSp 33) und Gedächtnisprotokoll / Bildermappe vom 29.12.2015 der Finanzpolizei seien an den Geräten (an allen drei Monitoren) Testspiele durchgeführt worden. Dafür seien € 10,00 Testspielgeld in das Ein/Auszahlungsgerät (E-Kiosk) eingelegt und eine sogenannte M-Card in Form eines Bons Strichcode in der Höhe von 10 ausgedruckt worden. Nach Eingabe der Internetadresse www.minkygames.com in das Adressfeld am jeweiligen Touchscreen habe sich die Homepage geöffnet, wobei unterschiedliche auszuwählende Spiele am Bildschirm ersichtlich gewesen seien. Durch Einlesen des Strichcodes der M-Card sei das Testspiel „Mystery of Ra“, ein virtuelles Walzenspiel aufgerufen bzw aktiviert und letztlich testbespielt worden. Strichcode-Leser seien an den jeweiligen 3 Geräten angeschlossen gewesen. Ein etwaiger Gewinn sei automatisiert auf den Bon aufgebucht worden. Hätte man das Feld Cash betätigt, hätte man aus dem System aussteigen können; die verbleibende Summe wäre auf die Bonnummer bzw in der Software gespeichert worden. Bei einem abermaligen Einloggen an einem anderen Gerät mittels des gleichen Bons wäre dieser vom System erkannt und die aktuelle Credit-Summe übernommen worden. Es wäre auch möglich gewesen, sich den Credit (Guthaben) vom E-Kiosk auszahlen zu lassen.

Die Abgabenbehörde habe aufgrund der Beschilderung der Eingriffsgeräte die Firma XY***, Bratislava und die Firma ABC*** KG als Eigentümer vorläufig ermittelt. Als Zugänglichmacher und Inhaber der Eingriffsgegenstände sei jedenfalls die Firma ABC*** KG ermittelt worden.

Die bei der Kontrolle im Café anwesend gewesene Angestellte (angestellt bei der Firma „Café-Pub“) gab niederschriftlich als Auskunftsperson einvernommen zu Protokoll, dass die gegenständlichen Geräte jedenfalls seit ihrem ersten Arbeitstag Mitte November 2015 spielbereit für Dritte gehalten gewesen seien.

Am 12.01.2016 erging eine Aufforderung der MA 6 an die ABC*** KG die gegenständlichen drei Spielapparate binnen zwei Wochen zur Vergnügungssteuer anzumelden. Die Aufforderung blieb unbeantwortet.

Mit Bescheid vom 10. Februar 2016 war der ABC*** KG für „das Halten von 3 Spielapparaten in Form von drei PCs mit Gewinnmöglichkeit mittels E Kiosk“ Vergnügungssteuer für den Monat Dezember 2015 im Betrage von insgesamt € 4.200,00 (jeweils € 1.400,00) vorgeschrieben worden. (Die dagegen erhobene Beschwerde ist vor dem Bundesfinanzgericht anhängig).

Mit Schreiben vom 19.04.2016 gab der Magistrat dem Beschwerdeführer die Gelegenheit zur Rechtfertigung, wonach ihm zur Last gelegt werde, Verwaltungsübertretungen begangen zu haben, da er es unterlassen habe, die gegenständlichen drei Spielapparate

ua für den Monat Dezember 2015 mit dem Betrag von jeweils EUR 1.400,00 zur Vergnügungssteuer anzumelden und diese zu entrichten.

Mit Schreiben vom 30.05.2016 brachte der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, er habe keine Spielapparate betrieben, zumal es keine Spielapparate der gegenständlichen Typen gebe.

In der Begründung des am 12.4.2017 erlassenen Straferkenntnisses wurde nach Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen im Wesentlichen ausgeführt, der Beschwerdeführer sei auf Grund des § 9 Abs 1 VStG als unbeschränkt haftender Gesellschafter der ABC*** KG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch die steuerpflichtige Gesellschaft strafrechtlich verantwortlich. Der dem Straferkenntnis zugrundeliegende Sachverhalt sei durch die Finanzpolizei im Zuge der Amtshandlung vom 15.12.2015 erwiesen. Der Beschwerdeführer sei der Verpflichtung zur Anmeldung der Geräte und Zahlung der Vergnügungssteuer zumindest fahrlässig nicht nachgekommen. Eine Verkürzung der Vergnügungssteuer liege vor, wenn die Abgabe unter Verletzung der Anmeldepflicht nicht zu den vorgesehenen Terminen entrichtet werde.

Bei der Strafbemessung sei das Ausmaß der Verkürzungsbeträge sowie als Milderungsgrund die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit berücksichtigt worden. Die Strafbemessung sei unter Annahme durchschnittlicher wirtschaftlicher Verhältnisse erfolgt.

In der Beschwerde vom 04.09.2017 brachte der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, dass es sich bei den genannten Geräten um keine Spielapparate, sondern um PCs mit Internetzugang handeln würde. Die Ausführungen des VwGH im Erkenntnis vom 1.9.2010, 2010/17/0086 seien hervorzuheben, wonach Geräte dann zu Spielapparaten iSd Vergnügungssteuergesetzes zählten, wenn bei ihnen eine feste Verlinkung zu einer Internetseite mit Glücksspielangebot bestünde. Dies sei jedoch gegenständlich nicht der Fall.

Bei den Geräten würde es sich um handelsübliche PCs bei denen die Nutzung des Internets im Vordergrund stünde, handeln. Es könnten mit den PCs selbstverständlich sämtliche im Internet angebotenen Seiten aufgerufen werden. Bei den PCs habe allerdings keine feste Verlinkung zu irgendeiner Internetseite mit Glücksspielangebot bestanden.

Dem Bundesfinanzgericht wurden seitens der Finanzpolizei diverse Schriftstücke und Unterlagen vorgelegt. Diese wurden dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer zur Wahrung des Parteiengehörs übermittelt. In der dazu ergangenen Stellungnahme wurde im Wesentlichen ergänzend ausgeführt, aus dem vorgelegten Gedächtnisprotokoll der Finanzpolizei ergebe sich, dass die Mitarbeiter der Finanzpolizei selbst die Internetseite www.minkygames.com in den Browser der 3 PCs eingegeben hätten. Es sei demnach keine feste Verlinkung zu einer Internetseite mit Glücksspielangeboten gegeben gewesen. Das Bundesfinanzgericht (RV/7500020/2017) habe in einer ähnlichen Konstellation das Vorliegen eines vergnügungssteuerlichen Tatbestandes aufgrund des Fehlens einer

festen Verlinkung zu einer Internetseite mit Spielmöglichkeit verneint. Des Weiteren sei der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses mangelhaft und widerspreche dem Bestimmtheitsgebot des §§ 44a VStG. Der Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und Einstellung des Verfahrens werde aus all diesen Gründen aufrechterhalten.

Mit E-Mail vom 1. Juni 2018 wurde vom Magistrat der Stadt Wien darauf hingewiesen, dass der auf dem M-Card Gutschein aufgedruckte QR Code, der offenkundig anlässlich der gegenständlichen Amtshandlung erstellt worden sei, direkt auf die Seite www.minkygames.com führen würde. Der Ausdruck des QR-Codes sei einer Verlinkung am Bildschirm gleichzuhalten.

In der mündlichen Verhandlung vor dem BFG, die in Anwesenheit des Vertreters des Beschwerdeführers und des Amtsvertreters, jedoch in Abwesenheit des Beschwerdeführers stattfand, wies der Vertreter der Behörde erneut auf den ausgedruckten QR-Code hin und legte einen Ausdruck (Beilage ./4) vor, der das von ihm durchgeführte Scan Ergebnis zeigen soll.

Der Vertreter des Beschwerdeführers führte im Wesentlichen ergänzend aus: Der Beschwerdeführer bestreite, dass mit dem gegenständlichen Gerät überhaupt ein QR-Code gescannt werden könne. Dies habe das gegenständliche Beweisverfahren auch nicht ergeben. Der vom Magistrat vorgelegte Auszug „Scanergebnis“ (. /4) bedeute auch nicht, dass tatsächlich dort virtuelle Walzenspiele gespielt werden könnten. Das Beweisverfahren habe ergeben, dass es gegenständlich keine feste Verlinkung zu einer im Internet verfügbaren Glückspielseite gegeben habe. Die Geräte seien sohin nach der Rechtsprechung des VwGH nicht als Spielapparate iSd Vergnügungssteuergesetzes zu qualifizieren. Sofern das Bundesfinanzgericht wider Erwarten die Geräte als Spielapparate qualifizieren würde, hätte nicht der Beschuldigte die Steuer verkürzt sondern die ABC*** KG zumal sie „Unternehmer“ gemäß § 13 VGSG war und sie zur Anmeldung der Geräte verpflichtet gewesen wäre. Da der Tatvorwurf aber dem Beschwerdeführer persönlich gemacht worden sei, sei das Straferkenntnis auch aus diesem Grund aufzuheben.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in die Verwaltungsakten der belangten Behörde (Nachschauprotokoll – Spielapparate MA vom 15.12.2015, Aktenvermerk MA vom 16.12.2015, GSp33 (Aktenvermerk FinPol) vom 15.12.2015 Bescheid über die Vorschreibung der Vergnügungssteuer, Aufforderung zur Rechtfertigung, Rechtfertigung), in den Akt des Verwaltungsgerichts Wien (VGW 002/084/12192/2016), insbesondere in das Verhandlungsprotokoll vom 12.5.2007 und das Urteil vom 29.1.2018, sowie dem Bundesfinanzgericht vorgelegte weitere Schriftstücke und Unterlagen (insbesondere Gedächtnisprotokoll / Bildermappe der FinPol, Kopie der verwendeten M-Card), ins Firmenbuch, sowie durch die in der öffentlichen mündlichen Verhandlung erfolgten Beweisaufnahmen (Zeugenaussage E***E***, Urkundenvorlagen) vor dem Bundesfinanzgericht.

Danach steht folgender **Sachverhalt** fest:

Die ABC*** KG betrieb am Standort Wien***, das Café und hielt dort als Lokalinhaberin, in einem eigenen, vom Gastraum getrennten Raum im Dezember 2015 drei PCs mit Internetzugang (Computerterminals), zwei davon mit der Gerätebezeichnung „iiyama“ und einen mit der Gerätebezeichnung „lenovo“. Die PCs waren jeweils mit Strichcode-Lesern, nicht aber mit QR-Code-Lesern ausgestattet. Nicht festgestellt werden kann, ob QR-Codes anderweitig (zB über Apps) ausgelesen werden konnten. Weiters war ein E-Kiosk (Ein-/Auszahlungsgerät) aufgestellt.

Der Beschwerdeführer war unbeschränkt haftender Gesellschafter und Geschäftsführer der ABC*** KG.

Mit den PCs konnten auch Spiele, darunter auch virtuelle Walzenspiele, abgespielt werden.

Die Geräte wurden betriebsbereit gehalten und zumindest seit November 2015 am genannten Standort betrieben. Potentiell Interessierten war die Inbetriebnahme jederzeit möglich.

Für die Geräte bestand keine Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz.

Um gegen Geld zu spielen, war es erforderlich, am E-Kiosk (Ein-/Auszahlungsterminal)

Münzen einzuwerfen bzw einen Geldschein einzuführen. Das Guthaben wurde am unteren Terminal des E-Kiosks angezeigt. Anschließend wurde ein Bon (betitelt als „M-Card Gutschein für Internet, Einkauf und Zahlungen“) mit dem jeweiligen Wert ausgeworfen. Auf diesem Bon befanden sich ein PIN-Code, ein Strichcode (Barcode) und ein QR-Code.

Auf allen drei Computerterminals war zum Zeitpunkt der Kontrolle die Seite www.google.at geöffnet. Es kann nicht festgestellt werden, ob diese Seite auch standardmäßig als Startseite eingestellt war.

Um im Internet zu surfen musste vorab ein Disclaimer bestätigt werden, mit welchem der jeweilige Benutzer zu erklären hatte, keine Seiten mit pornographischem Inhalt oder illegalem Glücksspiel zu besuchen. Bei Ankreuzen der Schaltfläche „Nichtakzeptieren“ war es nicht möglich, in das Internet zu gelangen.

Um zu einer Seite mit Spielen, wie etwa www.minkygames.com zu gelangen, war es erforderlich die jeweilige Internetadresse händisch einzugeben.

Nicht festgestellt werden kann, ob es möglich gewesen wäre, den Strichcode oder den QR-Code direkt auf der Startseite einzulesen und ob gegebenenfalls dadurch unmittelbar eine Internetseite mit Spielangebot zu öffnen gewesen wäre. Ebenso wenig kann festgestellt werden, ob ein etwaiger einschlägiger Browserverlauf auf der Startseite ein in diese Richtung gesteuertes Einsteigen auf Spielseiten eröffnet hätte.

Das Guthaben auf der M-Card (Bon) konnte als Surfguthaben für das Internet verwendet werden.

Nach Aufrufen der Seite www.minkygames.com und Einlesen des Strichcodes oder Eintippen des PIN-Codes wurde man dort automatisch eingeloggt und konnte mit dem auf dem Bon befindlichen Guthaben sofort spielen.

Das Guthaben auf dem Bon, welches sich auf anderen Internetseiten mit Zeitablauf verbrauchte, sodass man sich nach Ablauf des Guthabens wieder auf dem Startbildschirm mit dem Disclaimer befand, wurde beim Spielen auf der Seite „www.minkygames.com“ nur scheinbar durch Zeitablauf verbraucht. Das Guthaben verringerte sich zwar, jedoch kurz bevor es 0 erreichte, sprang es wieder auf das ausgewählte Guthaben zurück und verbrauchte sich immer wieder. Solange man auf der „minkygames“ Seite war, surfte man somit gratis und konnte das Guthaben als Einsatz für die Glücksspiele verwenden. Auf minkygames konnten ua virtuelle Walzenspiele gespielt werden. Diese virtuellen Walzenspiele zB „Mystery of Ra“ liefen nach Generierung des Spielguthabens so ab, dass nach Auswahl eines Einsatzbetrages durch ein Symbol am Touchscreen und dem Auslösen des Spieles durch eine weitere Touchscreen-Taste die am Bildschirm dargestellten Symbole auf den virtuellen Walzen ausgetauscht oder in ihrer Lage verändert wurden, sodass der optische Eindruck von rotierenden, senkrecht ablaufenden Walzen entstand. Nach ein bis zwei Sekunden kam der „Walzenlauf“ zum Stillstand. Während des Spiels (des Laufes der Walzen) hatte der Spieler keine Möglichkeit, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen zu nehmen. Der Ausgang des gewählten Glücksspieles hing vom Zufall ab. Zusammengefasst kann daher festgestellt werden, dass auf allen drei Computerterminals die Möglichkeit bestand, gegen Entgelt Spiele, die der Unterhaltung dienten zu spielen.

Zum Auszahlen eines allfälligen Gewinnes wurde wieder der ursprüngliche Bon benötigt. Dieser wurde auf dem Ein-/Auszahlungsterminal gescannt, woraufhin das Guthaben angezeigt und der entsprechende Geldbetrag ausgezahlt wurde. Der E-Kiosk (Ein-/Auszahlungsterminal) wurde als extern angeordnetes Kassensystem für die Durchführung der auf der Seite „www.minkygames.com“ (oder auf anderen Seiten) angebotenen Glücksspiele bzw zur Herstellung eines Zeitguthabens für Spielen und Surfen im verwendet. Beim Ein-/Auszahlungsterminal (E-Kiosk) konnte man auch andere Karten kaufen, zB Wertkarten von Telefonanbietern. Mit dem auf der M-Card befindlichen Guthaben konnte man auf jedem internetfähigen Gerät auf der Seite „www.minkygames.com“ spielen. Die Auszahlung eines allfälligen Gewinnes konnte aber nur auf einem Ein-/Auszahlungsterminal erfolgen.

Im Lokal war kein Hinweis auf Glücksspielmöglichkeiten angebracht.

Es kann nicht festgestellt werden, ob eine feste Verlinkung zu Internetseiten mit Spielangeboten bestand. Ebenso wenig kann festgestellt werden, dass das Surfverhalten interessierter Anwender auf andere Art und Weise (oder ob zB eine Spieleordner am Desktop installiert war) derart in Richtung von Internetseiten mit Spielangeboten gesteuert worden wäre, dass das einer Verlinkung gleichgehalten werden könnte.

Diese Feststellungen gründen sich auf die nachstehende **Beweiswürdigung**:

Die Feststellung, dass die ABC*** KG an dem genannten Standort ein Café betrieb und im Dezember 2015 gegenständliche Computerterminals, sowie einen E-Kiosk als Lokalinhaberin hielt, beruht auf den aktenkundigen Erhebungsergebnissen der Finanzpolizei anlässlich der Kontrolle am 15.12.2015 und dem Auszug aus dem Firmenbuch. Dass der Beschwerdeführer unbeschränkt haftender Gesellschafter und Geschäftsführer der KG war, ist durch den Auszug aus dem Firmenbuch und die Verwaltungsstrafanzeige des Magistrats der Stadt Wien erwiesen und ist unstrittig.

Die Feststellungen, dass die Geräte in einem Extraraum aufgestellt waren, um welche Geräte es sich handelte sowie deren Funktion, dass diese betriebsbereit waren und die Inbetriebnahme potentiell Interessierten jederzeit möglich war, basieren auf den Erhebungsergebnissen der Finanzpolizei vom 15.12.2015 über die vorläufige Beschlagnahme der Geräte anlässlich der durchgeführten Amtshandlung, dem über die Amtshandlung erstellten Aktenvermerk der Finanzpolizei vom 15.12.2015, dem Gedächtnisprotokoll / Bildermappe vom 29.12.2015 sowie der Zeugenaussage des Leiters der Amtshandlung in der mündlichen Verhandlung.

Dass kein QR-Code Leser vorhanden war, ergibt sich aus der Aussage des Zeugen, wonach dokumentiert worden wäre wenn ein QR-Code Leser einer vorhanden gewesen, und dieser gegebenenfalls beschlagnahmt worden wäre. Zudem hat er auch angegeben, keinen QR-Code Leser wahrgenommen. Auch auf der Bilddokumentation ist auf keinem der Bilder ein derartiges Lesegerät auszumachen. Ob es sonst in irgendeiner Weise möglich wäre, den QR-Code vom Bon direkt einzulesen, oder ob gegebenenfalls durch Einlesen des Strichcodes auf der geöffneten Startseite sich eine Spielseite geöffnet hätte, konnte nicht festgestellt werden, da ein derartiger Versuch bei der Amtshandlung nicht durchgeführt wurde. Es wurde vielmehr bei der Kontrolle die bekannte Spielseite zuerst händisch (auf der geöffneten Seite www.google.at) eingetippt. Erst danach – dh auf der Seite www.minkygames.com - wurde, wie vom Zeugen erläutert, der Bon mittels Strichcode-Leser eingegeben.

Dass die Geräte betriebsbereit gehalten waren, wird auch durch die Angestellte des Lokals bestätigt und ist auch dadurch erwiesen, dass anlässlich der Kontrolle ohne weiteres Testspiele durchgeführt werden konnten.

Unstrittig ist, dass der Beschwerdeführer keine Bewilligung oder Konzession für das Halten von Spielapparaten nach dem Glücksspielgesetz oder für das Veranstellen von elektronischen Lotterien besaß.

Gleichfalls ergibt sich aus den angeführten Schriftstücken, zusammen mit der Zeugenaussage, dass es für die Möglichkeit gegen Geld zu spielen, erforderlich war, am E-Kiosk einen Bon (M-Card) zu kaufen und einen derartigen Bon einzulesen/-geben.

Dass www.google.at die geöffnete Seite war, ist auf Bild Nr 03 der vorliegenden Bilddokumentation über die Amtshandlung zu erkennen und wurde vom Zeugen, der das

Bild in der mündlichen Verhandlung auch auf seinem dienstlichen Laptop betrachtete, zweifelsfrei bestätigt.

Die Feststellung, dass kein Hinweis auf Glücksspiele, welcher Art auch immer angebracht war, ergibt sich aus der Bilddokumentation und der Aussage des Zeugen, wonach ein derartiger Hinweis, wäre er vorhanden gewesen, ganz sicher fotografiert und so in die Bilddokumentation Eingang gefunden hätte. Darüber hinaus wäre nach der Zeugenaussage ein derartiger Hinweis auch in der Niederschrift festgehalten worden. Daher konnte auch diesbezüglich nicht von einem Steuern des Surfverhaltens in Richtung Internetspiele ausgegangen werden.

Unstrittig und vom Zeugen bestätigt ist auch die Tatsache, dass ein „Disclaimer“, wie auf einer von der Verteidigerin vorgelegten Kopie eines Screenshots (Akt des Magistrats, Seite 44) ersichtlich, vorhanden war. Das für die weitere Benutzung des Terminals obligatorische Anklicken der Schaltfläche „Akzeptieren“ (Einverständniserklärung, ua keine Seiten mit illegalem Glücksspiel zu besuchen) ist kein geeigneter Nachweis dafür, dass das Gerät nicht auch dazu diente, Spiele gegen Entgelt durchzuführen. Spieler, die Glücksspiele auf der Seite www.minkygames.com durchführen wollen und die einen Bon (M-Card) mit dem entsprechenden Guthaben erworben haben, lassen sich durch einen Disclaimer nicht abhalten. Beim „Disclaimer“ handelt es sich demnach nicht um eine ernst gemeinte Einrichtung zur Verhinderung illegaler Glücksspiele. Ein solcher Disclaimer dient üblicherweise dazu, um bei allfälligen Kontrollen entsprechend argumentieren zu können.

Vom Zeugen in der Verhandlung bestätigt und auch den Aktenvermerken und dem Gedächtnisprotokoll zu entnehmen ist, dass man zu Internetseiten mit Spielangeboten nur durch das Eingeben der jeweiligen Internetadresse gelangen konnte. Versuche auf andere Weise zu derartigen Seiten zu gelangen sind nicht dokumentiert, werden auch von den Kontrollorganen oder dem Magistrat nicht behauptet und es gibt auch sonst keinerlei Hinweise darauf.

Die Möglichkeit, die M-Card (Bon) für Internet, Einkauf und Zahlungen zu verwenden, ergibt sich aus dem Hinweis darauf auf der M-Card und wird auch durch die Zeugenaussage bestätigt.

Dass auf der Seite www.minkygames.com virtuelle Walzenspiele gegen Entgelt angeboten und gespielt werden können, der Umstand, dass sich das Guthaben beim Spielen nur scheinbar verbraucht und der Ablauf dieser Walzenspiele ist durch die Zeugenaussagen über den Ablauf der Testspiele in der mündlichen Verhandlung vor dem BFG, den Aktenvermerk der Finanzpolizei und die vorgelegte Bilddokumentation, wonach das virtuelle Walzenspiel „Mystery of Ra“ als Testspiel ausgewählt wurde, erwiesen.

Dass nicht festgestellt werden kann, dass eine Verlinkung zu Spielseiten bestand, noch dass sonst das Surfverhalten in Richtung Spielseiten gesteuert wurde, folgt aus den oa Umständen insbesondere daraus, dass die auf den gegenständlichen Geräten geöffnete Seite erwiesenermaßen www.google.at (bekanntermaßen eine Internetsuchseite)

lautete. Ein gesteuertes Internetsurfverhalten (wie zB ein einschlägiger Browserverlauf) war ebenso wenig erweisbar wie ein allenfalls am Desktop installierter Spieleordner.

Rechtlich folgt daraus:

Gemäß § 1 Abs des Vergnügungssteuergesetzes 2005 (idF VGSG) unterliegen folgende im Gebiet der Stadt Wien veranstaltete Vergnügungen einer Steuer nach Maßgabe dieses Gesetzes: „...3. *Halten von Spielapparaten und von Musikautomaten.*“ ...

Gemäß § 6 Abs 1 VGSG beträgt die Steuer für das Halten von Spielapparaten, durch deren Betätigung ein Gewinn in Geld oder Geldeswert erzielt werden kann und für die keine Bewilligung oder Konzession ... erteilt wurde, 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 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.

Betreffend die Qualifizierung von Internetterminals als Spielapparate iSd VGSG ist auf die Judikatur des VwGH zu verweisen, wonach Spielapparate Apparate sind, 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 (VwGH 21.01.2010, 2009/17/0158). Die beispielsweise Aufzählung der unter § 6 Abs 1 VGSG fallenden Apparate lässt das Bestreben des Gesetzgebers erkennen, in möglichst umfassender Weise die durch die technische Entwicklung gegebene Möglichkeit des Spiels mit Apparaten zu erfassen. Davon ausgehend ist dem Begriff "Apparat" im gegebenen Bedeutungszusammenhang ein dahingehender weiter Wortsinn zuzumessen.

Unter einem Apparat ist ein aus mehreren Bauelementen zusammengesetztes technisches Gerät zu verstehen, das bestimmte Funktionen erfüllt bzw eine bestimmte Arbeit leistet. Auch ein mit einer Spieldiskette betriebener Computer ist dem Begriff des Spielapparates zu subsumieren (vgl VwGH 05.07.1991, 88/17/0105, VwGH 14.10.1993, 93/17/0271, VwGH 25.03.1994, 93/17/0407, sowie VfGH 25.09.1996, V 6/96). Aber auch jene Apparate sind erfasst, bei denen der Benutzer die Auswahl zwischen verschiedenen Spielmöglichkeiten hat und die zu wählenden Spiele unterschiedlichen Steuertatbeständen zu subsumieren sind (VwGH 19.12.2006, 2004/15/0092 mwN).

Im Erkenntnis vom 01.09.2010, 2010/17/0086, teilte der VwGH die Ansicht der belangten Behörde, wonach die feste Verlinkung (nicht etwa mit einer der üblichen Suchmaschinen), sondern mit den genannten Spielmöglichkeiten die in diesem Fall gegenständlichen

Geräte zu Spielapparaten im Sinne des VGSG macht, steht dabei doch offensichtlich gerade die Spielmöglichkeit, nicht aber etwa die Internetsuche (mit zufälligem Aufruf einer Spielmöglichkeit) im Vordergrund. Das alleinige Anbieten eines unbeschränkten Internetzuganges kann noch nicht als vergnügungsteuerpflichtiger Tatbestand des Haltens von Spieleapparaten verstanden werden.

Diese Rechtsauffassung wird im Erkenntnis VwGH 25.09.2012, 2009/17/0126, bekräftigt, wo die Auffassung der belangten Behörde geteilt wird, die Abgabenschuld entstehe durch die gezielte Verlinkung der Website mit den Spielen. Es komme darauf an, dass von den Startseiten der Computer die Spiele aufgerufen und gespielt werden konnten („der Weg zu den Spielen eröffnet war“).

Weder für noch gegen die Qualifizierung der Computerterminals als Spielapparate oder nicht spricht, dass mit dem E-Kiosk auch andere Karten erworben werden können. Dass im Falle des Bespielens der genannten Seite das Guthaben auf dem Bon (M-Card) nicht als Zeitguthaben für das Surfen im Internet, sondern als Spielguthaben für die virtuellen Walzenspiele dient und das Zeitguthaben nicht verbraucht wird, erleichtert zwar das möglicherweise gewünschte Verhalten und zwar in erster Linie zu spielen und ist ein Indiz dafür, dass das Spielen im Vordergrund gestanden ist. Es stellt sich auch die Frage, welchen anderen Zweck die Auszahlungsfunktion des E-Kiosk haben sollte, als allfällige Spielguthaben auszuzahlen. Das Entstehen von Surfguthaben aus normalem Internetsurfen ist schwer vorstellbar. Es bestehen auch Zweifel, ob überhaupt Bedarf an reinen, überdies kostenpflichtigen Internetsurfstationen besteht ist, da nahezu jedes Handy über Internetzugang verfügt und, zumindest in Wien fast flächendeckend ein kostenloser Internetzugang (insbesondere an öffentlichen Plätzen) angeboten wird.

Im vorliegenden Fall konnte nicht mit Sicherheit festgestellt werden, dass eine derartige feste Verlinkung bestanden hat. Es konnte daher nicht erwiesen werden, dass die gegenständlichen Computerterminals spielbereit gehalten wurden.

Aus diesen Erwägungen heraus kann schon die objektive Tatseite der Verkürzung der Vergnügungssteuer nicht als erwiesen angesehen werden. Der Beschwerde war daher schon aus diesem Grund Folge zu geben.

Auf die weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach der Beschwerdeführer die Steuer verkürzt hätte, sondern die ABC*** KG, zumal sie „Unternehmer“ gemäß § 13 VGSG gewesen sei und daher sie zur Anmeldung der Geräte verpflichtet gewesen wäre, bzw. wonach der Spruch des Straferkenntnisses den Anforderungen des § 44a VStG entspreche, braucht daher nicht mehr eingegangen zu werden.

Rechtsmittelbelehrung und Hinweise

Der beschwerdeführenden Partei steht das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen ab Zustellung dieses Erkenntnisses eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde ist direkt beim Verfassungsgerichtshof (Freyung 8, 1010 Wien) einzubringen. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlichen Ausnahmen - durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin oder einen bevollmächtigten Rechtsanwalt eingebracht werden. Personen mit geringem Einkommen und Vermögen können einen Antrag auf Gebührenbefreiung und/oder auf kostenlose Beigebung einer Rechtsanwältin oder eines Rechtsanwaltes stellen. Der Verfahrenshilfeantrag selbst ist gebührenfrei und muss nicht von einer Rechtsanwältin oder einem Rechtsanwalt eingebracht werden. Es muss aber die Rechtssache, für die Verfahrenshilfe begehrt wird, angegeben und bekannt gegeben werden, ob die beschwerdeführende Partei von der Entrichtung der Eingabengebühr befreit werden will und/oder ob ihr eine Rechtsanwältin oder ein Rechtsanwalt beigestellt werden soll. Das Antragsformular samt Vermögensbekenntnis kann beim Verfassungsgerichtshof elektronisch, postalisch oder persönlich eingebracht werden. Das Formular für postalische oder persönliche Einbringung liegt in der Geschäftsstelle des Verfassungsgerichtshofes auf; es kann auch von der Website des Verfassungsgerichtshofes (www.vfgh.gv.at ; im Bereich Kompetenzen und Verfahren / Verfahrenshilfe) heruntergeladen werden. Die Einbringung per E-Mail ist keine zulässige Form der elektronischen Einbringung. Zur Vorgangsweise für die elektronische Einbringung und zu weiteren Informationen wird auf die Website des Verfassungsgerichtshofes verwiesen.

Den Parteien steht das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen ab Zustellung dieser Entscheidung eine ordentliche (§ 28 Abs. 1 VwGG, soweit zugelassen) oder eine außerordentliche (§ 28 Abs. 3 VwGG) Revision an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben. Die Revision ist schriftlich innerhalb von sechs Wochen ab Zustellung der Entscheidung gemäß § 24 Abs. 1 VwGG beim Bundesfinanzgericht einzubringen. Sie ist - abgesehen von den gesetzlichen Ausnahmen - durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin oder einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und einzubringen. Bei entsprechend ungünstiger Einkommens- und Vermögenslage kann Verfahrenshilfe gewährt werden. Wird die Verfahrenshilfe bewilligt, entfällt die Eingabengebühr und es wird eine Rechtsanwältin oder ein Rechtsanwalt bestellt, die oder der den Schriftsatz verfasst. Der Antrag ist im Falle der ordentlichen Revision beim Bundesfinanzgericht einzubringen. Das Antragsformular ist elektronisch auf der Website des Bundesfinanzgerichtes (https://www.bfg.gv.at/verfahren/Muster_Antrag_auf_Verfahrenshilfe.pdf) erhältlich. Zur Erhebung einer außerordentlichen Revision ist der Antrag auf Verfahrenshilfe unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof (Postfach 50, 1016 Wien) einzubringen; bereits der Antrag hat diesfalls eine Begründung zu enthalten, warum die Revision für zulässig erachtet wird. Das

Antragsformular für postalische oder persönliche Einbringung ist im Servicecenter des Verwaltungsgerichtshofes (Judenplatz 11, 1010 Wien) oder elektronisch auf der Website des Verwaltungsgerichtshofes (www.vwgh.gv.at ; im Bereich Verfahren / Verfahrenshilfe) erhältlich, auf welche auch zur Vorgangsweise für die elektronische Einbringung und zu weiteren Informationen verwiesen wird.

Die für eine allfällige Beschwerde oder Revision zu entrichtenden Eingabengebühren ergeben sich aus § 17a Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 und § 24a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985.

Wien, am 10. Juli 2018