

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Hans Blasina in der Verwaltungsstrafsache gegen Bf, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Fabian Alexander Maschke, Dominikanerbastei 17/11, 1010 Wien, wegen Verwaltungsübertretungen gemäß § 19 Abs 1 VGSG 2005 idF vor LGBI 2016/63, über die Beschwerde der beschwerdeführenden Partei vom 01.12.2016 gegen das Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien Rechnungs- und Abgabenwesen als Abgabenstrafbehörde vom 31.10.2016, (1.) MA 6/ARP-S-1344/2016, (2.) MA 6/ARP-S-1345/2016, (3.) MA 6/ARP-S-1346/2016, (4.) MA 6/ARP-S-1347/2016, (5.) MA 6/ARP-S-1348/2016, (6.) MA 6/ARP-S-1344/2016, im Beisein der Schriftführerin Andrea Newrkla nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 11.10.2017, zu Recht erkannt:

- I. Die Beschwerde wird 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 der Höhe von je 140 Euro, in Summe somit 840 Euro binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Erkenntnisses zu leisten. Als Vollstreckungsbehörde wird gemäß § 25 Abs 2 BFGG der Magistrat der Stadt Wien bestimmt.
- III. Gegen diese Entscheidung ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG eine ordentliche Revision nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Dem Beschwerdeführer (Bf) wird vorgeworfen, er habe es als Geschäftsführer einer GmbH als Lokalinhaberin bis zum 21.1.2016 unterlassen, die im Betrieb in "Adresse" gehaltenen zwei Apparate der Type "KAJOT Single Matic" (zu 1. und 2. des Spruchs) und vier Apparate der Type "KAJOT Double Tronic Skill" (zu 3.-6.) für den Monat September 2015 mit dem Betrag von je 1.400 Euro zur Vergüngungssteuer anzumelden und diese zu entrichten. Dafür wurden gegen ihn sechs Verwaltungsstrafen zu je 700 Euro (je 20 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) verhängt.

In der dagegen erhobenen Beschwerde bringt der Bf vor: Dem VGSG, das die belangte Behörde angewendet wissen will, fehle es an der finanzausgleichsgesetzlichen Ermächtigung. Begründend wird dafür ein Erkenntnis des VfGH zu Brieflosautomaten

(VfSlg 14.592/1996) und zu Wettterminals (VfGH 13.6.2012, G6/12) ins Treffen geführt. So, wie in den jenen Erkenntissen zugrunde liegenden Sachverhalten, sei auch im gegenständlichen Fall die Lustbarkeit nicht in der Betätigung des Apparates zu sehen sondern trete erst nachher auf. Darüber hinaus sei der angefochtene Bescheid mehrfach mangelhaft. Es seien keine Beweise angeführt worden, und die Feststellungen seien nicht erschöpfend bzw ausreichend. Es werde nicht angeführt, um welche Art von Geräten es sich handelt. Wie sich der vorgeschriebene Betrag berechne, gehe ebenfalls nicht aus dem Bescheid hervor. Es werde beantragt, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben, in eventu die Sache zur neuerlichen Entscheidung zurück zu verweisen.

In der mündlichen Verhandlung wird ergänzend vorgebracht:

seitens des Bf, dass es Gutachten über die Eigenschaft der Automaten als Geschicklichkeitsspiele gebe und dass die Besteuerung von Automaten im Rahmen des VGSG einen Strafcharakter habe wegen des Abstellens auf nicht vorliegende Konzessionen, was unsachlich sei;

seitens der belangten Behörde, dass die Unterscheidung in Glücks- und Geschicklichkeitsspiele für die Vergnügungssteuer unbeachtlich sei, weil es auf die Gewinnmöglichkeit ankomme (Verweis auf VwGH 99/15/0046, 2004/15/0030, 89/17/0180) und dass den anderen Gesamtschuldner des selben Verfahrens betreffend mittlerweile ein abweisendes Erkenntnis ergangen sei (BFG 1.9.2017, RV/7500022/2017).

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Über Beschwerden in Verwaltungsstrafsachen hat das Verwaltungsgericht in der Sache selbst zu entscheiden (Art 130 Abs 4 B-VG). Die beantragte Zurückverweisung ist rechtlich nicht vorgesehen. Das Verwaltungsgericht nimmt folgenden Sachverhalt als erwiesen an:

Im strittigen Zeitraum September 2015 war die X GmbH, deren Geschäftsführer der Bf war, Inhaberin eines Lokal in "Adresse". Dort waren im September 2015 zwei Apparate der Type "KAJOT Single Matic" (zu 1. und 2. des Spruchs) und vier Apparate der Type "KAJOT Double Tronic Skill" (zu 3.-6.) betriebsbereit aufgestellt.

Die Geräte dienten dem Abspielen virtueller Walzenspiele. Mit der Durchführung des Spieles konnte nach Einsatz eines Geldbetrages ein Gewinn in Form von Geld erzielt oder der eingesetzte Geldbetrag verloren werden. Der Gewinn oder Verlust hing dabei davon ab, ob mit dem Walzenspiel eine bestimmte gewinnbringende Symbolkombination angezeigt wurde.

Die Durchführung des Spieles erfolgte derart, dass durch Betätigen mechanischer oder virtueller Bildschirmtasten und durch die Eingabe eines Geldbetrages und die Auswahl eines Einsatzbetrages der Lauf des Spieles ausgelöst wurde.

Während des Spieles wurden die am Bildschirm dargestellten Symbole ausgetauscht oder in der Lage verändert, sodass der Eindruck von rotierenden, senkrecht laufenden Walzen entstand. Die Kombinationen wiederholten sich wiederkehrend, bis die Taste losgelassen wurde. Durch Beobachtung und geschickte Reaktion konnte somit ein günstiges Ergebnis herbeigeführt werden, das zu einer Gewinnauszahlung führte.

Vergnügungssteuer ist für diese Apparate weder rechtzeitig angemeldet noch rechtzeitig abgeführt worden.

Diese Feststellungen ergeben sich aus den Erhebungen der Finanzpolizei vom 21.9.2015, der Einsicht in die darauf folgenden u.a. an die H&S GmbH zugestellten Vergnügungssteuerbescheide und in das Firmenbuch, allesamt Aktenbestandteile der belangten Behörde und an das BFG vorgelegt, sowie durch Einsicht in die vom Bf vorgelegten Gutachten.

In rechtlicher Hinsicht folgt aus diesem Sachverhalt: 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, LGBI. für Wien Nr. 56 (LGBI. 56/2005, Beilage 29/2005, Erläuternde Bemerkungen) wird ausgeführt:

Der Begriff des Spielapparates ist in der Judikatur ausreichend definiert, ua 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 Benutzer 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 der Apparate ein Gewinn in Geld erzielt werden konnte und für sie keine Bewilligung oder Konzession nach §§ 5, 14 oder 21 GSpG erteilt wurde, ist der Tatbestand des § 6 Abs 1 VGSG erfüllt.

Wenn sich der Bf in ihrer 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 Abgabenanspruches 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 1.9.2010, 2010/17/0086). Wenn der Bf daher die Geräte am 21.9.2015 spielbereit gehalten hat, so wurde der vergnügungssteuerpflichtige Tatbestand bereits im September 2015 verwirklicht.

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

Es war daher für diesen Monat die Vergnügungssteuer für alle sechs Geräte zu entrichten. Die Pauschalgebühr betrug daher 6x 1.400 Euro, in Summe somit 8.400 Euro.

Der Bf ist als Geschäftsführer der die Apparate haltenden GmbH gemäß § 9 Abs 1 VStG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch die steuerpflichtige Gesellschaft strafrechtlich verantwortlich. Er hätte das Halten der Apparate 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 6 x 1.400 Euro, sohin um 8.400 Euro 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). Eine unverschuldete Unkenntnis der einzuhaltenen Verwaltungsvorschriften (§ 5 Abs 2 VStG) ist nicht zu erblicken.

§ 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 28.9.1995, 93/17/0251). Die fehlende Offenlegung ist somit Tatbestandselement der Verkürzung. Daher ist die zu § 33 FinStrG ergangene Rechtsprechung auch auf § 19 VGSG übertragbar.

Dem Bf ist zumindest eine fahrlässige Unterlassung der Erkundigungspflicht dahingehend vorzuwerfen, dass er es als Eigentümer und Betreiber der Spielapparate und somit als Gesamtschuldner der Vergnügungssteuer (§ 13 Abs 1 VGSG) unterlassen hat, sich an geeigneter Stelle (zB Magistrat, Finanzamt, qualifizierter berufsmäßiger Parteienvertreter) hinsichtlich der damit verbundenen (auch steuerlichen) Pflichten zu erkundigen. 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 Spielapparate mit Gewinnmöglichkeit 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.

Es ist davon auszugehen, dass der Bf die Vergnügungssteuerpflicht zumindest ernstlich in Erwägung gezogen und die Abgabenverkürzung ernstlich für möglich gehalten hat. So er sich auf ein Gutachten beruft, ist ihm entgegenzuhalten, dass eine zur Glücksspieleigenschaft eingeholte Expertise für den weiten Spielautomatenbegriff des VGSG untauglich ist. Auch dies musste ihm als Geschäftsführer einer einschlägig tätigen Gesellschaft die nötige Sorgfalt aufbringend aufgefallen sein. Sein Verhalten in Hinblick auf die Vergnügungssteuerpflicht wird somit vom erkennenden Gericht als zumindest auffallend sorglos gewertet.

Ausgehend von einer grob fahrlässigen Handlungsweise des Bf sah die Strafbehörde erster Instanz zutreffend weder Milderungs- noch Erschwerungsgründe als gegeben an.

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

Unter Zugrundelegung dieser Strafzumessungskriterien erweisen sich nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes die im unteren Bereich des Strafrahmens bemessenen Geldstrafen tat- und schuldangemessen. Gegenteilige Einwendungen zur Strafbemessung hat der Bf nicht vorgebracht.

Geldstrafen in dieser Höhe waren jedenfalls erforderlich, um dem Unrechts- und Schuldgehalt der Verwaltungsübertretungen hinreichend Rechnung zu tragen. 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. Für den Streitzeitraum ist die oben geschilderte alte Rechtslage anwendbar (vgl § 6 Abs 2 leg.cit.).

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

Gemäß § 52 Abs 6 VwGVG sind die §§ 14 und 54b Abs. 1 und 1a VStG sinngemäß anzuwenden. Gemäß § 54b Abs 1 VStG idF BGBI 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 ZollR-DG oder im FinStrG geregelt ist, in seiner Entscheidung zu bestimmen, welche Abgabenbehörde oder Finanzstrafbehörde die Entscheidung zu vollstrecken hat.

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 25. Oktober 2017