

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R in der Verwaltungsstrafsache gegen Bf, vertreten durch Dr. Patrick Ruth, Kapuzinergasse 8/4, 6020 Innsbruck, wegen der Verwaltungsübertretung gemäß §§ 14 Abs 2 und 17 Abs 3 iVm § 19 Abs 1 VGSG 2005 idF vor LGBI 2016/63 über die Beschwerde der beschwerdeführenden Partei vom 30.05.2017 gegen das Erkenntnis der belangten Behörde Magistrat der Stadt Wien Rechnungs- und Abgabenwesen als Abgabenstrafbehörde vom 24.04.2017, MA 6/ARP-S-3438/2016, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde insoweit Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe von 700 € auf 250 € und die für den Fall der Uneinbringlichkeit festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Stunden auf 10 Stunden herabgesetzt wird.

Im Übrigen wird das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

Dementsprechend wird auch der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde gemäß § 64 Abs 2 VStG auf 25 € herabgesetzt.

II. Gemäß § 52 Abs 8 VwGVG hat die Beschwerdeführerin keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gemäß Art 133 Abs 4 B-VG ist gegen dieses Erkenntnis eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

## Entscheidungsgründe

Aufgrund einer Anzeige der O GmbH, deren Mitarbeiter A Z im Lokal der Beschwerdeführerin (Bf) am 18.9.2015 Testspiele durchgeführt hat, erfolgte am 26.11.2015 durch die Finanzpolizei die Beschlagnahme eines ASUS PC mit Aurladeterminal. Im Zuge dieser Beschlagnahme gab die Bf als Auskunftsperson an, die beschlagnahmten Geräte stünden seit Juni 2015 im Lokal und gehörten einer slowakischen Firma, mit der sie einmal monatlich abrechne und die ihr erklärt habe, es handle sich dabei um keine Glücksspielgeräte. Sie vermiete den Aufstellplatz um 120 Euro monatlich und habe bisher Gewinne bis ca 100 Euro ausbezahlt.

Daraufhin wurde die Bf vom Magistrat der Stadt Wien aufgefordert, den beschlagnahmten Apparat zur Vergnügungssteuer anzumelden. Dieser aufforderung ist sie nicht

nachgekommen, weshalb ihr die Vergnügungssteuer am 9.3.2016 bescheidmäßig vorgeschrieben wurde.

Dagegen erhab die Bf Beschwerde und machte neben kompetenz- und europarechtlichen Einwendungen insbesondere geltend, es handle sich um keinen Spielapparat sondern um einen gewöhnlichen PC.

Mit Schreiben vom 8.6.2016 wurde die Bf zur Rechtfertigung betreffend den Sachverhalt hinsichtlich der verwaltungsstrafrechtlichen Vorschriften aufgefordert. Dabei verantwortete sie sich wie in der Beschwerde des Abgabenverfahrens, sie habe somit die vorgeworfene Tat nicht begangen.

Mit Straferkenntnis vom 24.4.2017 verhängte die belangte Behörde über die Bf eine Geldstrafe von 700 Euro, weil sie es bis zum 15.3.2016 unterlassen habe, den im Betrieb in Adresse1 ("Lokal") gehaltenen und als Spielapparat mit Gewinnmöglichkeit verwendeten PC für den Monat November 2015 mit dem Betrag von 1.400 Euro zur Vergnügungssteuer anzumelden und diese zu entrichten.

In der dagegen erhobenen Beschwerde führt die Bf die Gründe wie im Steuerverfahren an und macht darüber hinaus geltend, die verhängte Strafe sei drastisch überhöht.

In der mündlichen Verhandlung bringt der Vertreter der Bf vor, sie habe als Arbeiterin ein monatliches Einkommen von 1.200 Euro und versorge ein unterhaltsberechtigtes Kind. Weiters werden die beschlagnahmenden Organe der Finanzpolizei zum Beweis darüber als Zeugen beantragt, dass auf dem Computer keine Spiele spielbar waren, wie aus dem Beschlagnahmeprotokoll hervorgehe.

Die beantragten Zeugen sagten diesbezüglich aus, der Vermerk, ein Probespiel sei nicht möglich gewesen, resultiere daraus, dass das Geld-Ein-Auszahlgerät ausgeschaltet war. Der Bildschirm habe in Betrieb genommen werden können, wobei das letzte durchgeführte Spiel der Seite [www.minkygames.com](http://www.minkygames.com) samt Gewinnmöglichkeit ersichtlich gewesen sei. Bei der Internetseite handle es sich um einen amtsbekannten Veranstalter illegaler Glücksspiele. Das Procedere sei so, dass nach Einwurf von Geld in das Ein-Auszahlgerät von diesem ein Strichcode erzeugt werde, der am Computer eingelesen werden könne. Sodann wird auf der Weboberfläche ein Guthaben erzeugt, mit dem gespielt werden könne. Ein derartiger Strichcode müsse nicht auf dem im Lokal vorhandenen Geld-Ein-Auszahlgerät produziert werden, er könne auf jedem mit Minkygames vernetzten Cashcenter generiert werden.

Der weitere Zeuge A Z beschrieb sein Testspiel, wobei die Geräte bei Ankunft ausgeschaltet waren und nach seiner Bitte an die Kellnerin von dieser eingeschaltet wurden. Nachdem er einen Gewinn erspielt hatte, ließ er sich diesen von der Kellnerin bar auszahlen. Danach seien die Geräte eingeschaltet geblieben.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

Die Bf hat es als Lokalinhaberin bis zum 15.3.2016 unterlassen, den im Betrieb in Adresse1 ("Lokal") gehaltenen und als Spielapparat mit Gewinnmöglichkeit verwendeten

PC mit Aufladeterminal für den Monat November 2015 mit dem Betrag von 1.400 € zur Vergnügungssteuer anzumelden und diese zu entrichten.

Der Sachverhalt gründet sich auf die aktenkundige Niederschrift der Finanzpolizei vom 26.11.2015 mit der Bf sowie auf die Beschlagnahmebescheinigung der Finanzpolizei vom selben Tag und die Zeugenaussagen. Die Bespielung der Apparate durch die beschlagnehmenden Organe war aufgrund vorübergehender technischer Unzulänglichkeiten nicht möglich, nicht aber weil eine Bespielbarkeit gar nicht vorgesehen wäre. Dass auf den von der Bf gehaltenen Spielapparaten Spiele mit Gewinnmöglichkeit angeboten und gespielt werden konnten, ergibt sich aus der aktenkundigen Anzeige der O GmbH und der Aussage des Herrn Z, der Probespiele am 18.9.2015 durchgeführt hat. Der zur Spieldurchführung dienende PC war auch im Streitzeitraum in Betrieb, lediglich das Aufladegerät war im Zeitpunkt der Kontrolle durch die FinPol ausgeschaltet und damit die Möglichkeit, Guthaben auf einen Bon aufzuladen. Mit einem Bon, der an einem Aufladeterminal des Spielbetreibers in einem anderen Lokal erworben worden wäre, hätte auch auf dem Gerät im Lokal der Bf zum Zeitpunkt der Kontrolle und Beschlagnahme ein Spiel durchgeführt werden können. Die Bf hat in der Niederschrift nie bestritten, dass eine Bespielbarkeit des Gerätes samt Aufladeterminal grundsätzlich gegeben ist, schließlich rechnet sie das Gerät mit dem Eigentümer ab und hat auch schon Guthaben ausbezahlt.

In rechtlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass der Begriff des Spielapparates iSd § 6 Abs 1 VGSG 2005 weit zu verstehen ist (vgl die EB zu § 6 VGSG 2005, LGBI 56/2005, Blg 29/2005 mit Verweis auf VwGH 13.12.1985, 85/17/0111). Somit liegt bei einem PC, an dem durch ein Aufladegerät ein Spieleinsatz geleistet werden kann und das Spielen eine Gewinnmöglichkeit vermittelt, ein Spielapparat iSd § 6 Abs 1 VGSG 2005 vor (vgl auch BFG 4.8.2014, RV77400032/2014; 4.11.2015, RV/7400097/2015; 2.10.2017, RV/7500641/2017; VwGH 1.9.2010, 2010/17/0086 zu einem PC mit angeschlossenem Geldeinwurfgerät).

Über die grundsätzliche Zulässigkeit, Vergnügungssteuer neben der Glücksspielabgabe an nichtkonzessionierte Automatenbetreiber vorzuschreiben, hat der VwGH bereits im Erkenntnis vom 17.11.2014, 2012/17/0591, abgesprochen. Die Abgabe ist auch nicht unionsrechtswidrig (vgl VwGH 9.9.2013, 2013/17/0217 mit Verweis auf EuGH 29.11.2001, C-17/00, *De Coster*, Rn 26 f und 17.2.2005, C-134/03, *Viacom*, Rn 37 f).

Die Bf ist Lokalinhaberin und damit Inhaberin des für das Halten des Apparates benutzten Raumes. Damit ist sie gemeinsam mit dem Unternehmer der Veranstaltung und dem Eigentümer des Apparates Gesamtschuldnerin (§ 13 Abs 1 VGSG 2005). Als solche hat sie es verabsäumt, die Vergnügungssteuer für den November 2015 rechtzeitig zu erklären und zu entrichten (§ 17 Abs 1 VGSG 2005).

Sie hat damit die Vergnügungssteuer im Ausmaß von 1.400 Euro verkürzt (§ 19 Abs 1 VGSG). Für die Tatbegehung genügt fahrlässiges Verhalten (§ 5 Abs 1 VStG). Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, entschuldigt nur dann,

wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte (§ 5 Abs 2 VStG).

Ein sorgfältiger Unternehmer hat sich über die Bestimmungen im Zusammenhang mit den in seinem Betrieb durchgeführten oder geduldeten Tätigkeiten kundig zu machen. Die Einholung bloß der Ansicht des Aufstellers des Apparates, es handle sich "um kein Glückspielgerät", ist in diesem Zusammenhang nicht ausreichend.

Aufgrund der Angaben der Bf (1.200 Euro monatlich mit einem unterhaltsberechtigten Kind) war bei der Strafbemessung von unterdurchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen auszugehen. Als erschwerend war kein Umstand zu werten, der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit kam der Bf aufgrund anderer Delikte nicht mehr zu. Einschlägige Vorstrafen sind jedoch keine vorhanden. Der Bf war auch zugute zu halten, dass die verkürzte Abgabe mittlerweile entrichtet wurde.

Bei erstmaliger fahrlässiger Begehung erscheint eine Strafe im Ausmaß von 25 % des Verkürzungsbetrages grundsätzlich und bei durchschnittlichen Vermögensverhältnissen angemessen. In Anbetracht der Situation der Bf erschien ein weiter verminderter Betrag ausreichend, um die Täterin und andere von der weiteren Begehung vergleichbarer Straftaten abzuhalten.

Auch, wenn das VGSG in der im Streitzeitraum anzuwendenden Fassung 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).

### **Kostenentscheidung**

Gemäß § 52 Abs 8 VwG VG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben worden ist.

### **Revision**

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG die ordentliche Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis 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.

Mit dem vorliegenden Erkenntnis weicht das Bundesfinanzgericht nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, sondern folgt der in den oben angeführten Erkenntnissen zum Ausdruck gebrachten Judikaturlinie.

## **Zahlungsaufforderung**

Gemäß § 54b VStG hat die Bf den Strafbetrag sowie den Kostenbeitrag des verwaltungsbehördlichen Verfahrens binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Erkenntnisses zu bezahlen. Für allfällige Ratenvereinbarungen ist der Magistrat zuständig.

## **Rechtsbelehrung und Hinweise**

Beschwerdeführern und den im Beschwerdeverfahren Beigetretenen steht das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen ab Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt beim Verfassungsgerichtshof eingebracht werden.

Den Parteien des Beschwerdeverfahrens steht das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen ab Zustellung dieser Entscheidung eine außerordentliche Revision an den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Revision muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer beim Bundesfinanzgericht eingebracht werden.

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

Ist eine Partei außerstande, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, kann sie Verfahrenshilfe beantragen (§§ 63 ff ZPO). Der Antrag ist im Fall der ordentlichen Revision beim Bundesfinanzgericht, sonst beim angerufenen Höchstgericht einzubringen (§§ 82 Abs 3 VfGG, 61 VwGG). Formulare hierfür finden sich auf den Websites der jeweiligen Gerichte ([www.bfg.gv.at](http://www.bfg.gv.at), [www.vwgh.gv.at](http://www.vwgh.gv.at), [www.vfgh.gv.at](http://www.vfgh.gv.at)). Anträge auf Verfahrenshilfe können persönlich, schriftlich oder elektronisch (siehe dazu die Websites, E-Mail ist keine geeignete Form) eingebracht werden.

Wien, am 17. Mai 2018

