

[...]

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Vorsitzende V und die weiteren Senatsmitglieder R, Beisitzer¹, Wirtschaftskammer für Niederösterreich, und Beisitzer², Kammer für Arbeiter und Angestellte Niederösterreich, in der Beschwerdesache NameBf, AdresseBf, vertreten durch Rechtsanwälte Mag. Martin Paar und Mag. Hermann Zwanzger, Wiedner Hauptstraße 46/6, 1040 Wien,

1. über die Beschwerde vom 24. März 2017 gegen den Bescheid der belangten Behörde Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 6, Rechnungs- und Abgabewesen, Dezernat Abgaben und Recht, Referat Landes- und Gemeindeabgaben vom 8.2.2017 MA 6/ARL - 859602/16, MA 6/ARL - 860112/16, MA 6/ARL - 924628/16 und MA 6/ARL - 1015912/16 betreffend Wettterminalabgabe für die Monate **September 2016 bis Dezember 2016**,
 2. über die Beschwerde vom 21. Februar 2018 gegen den Bescheid der belangten Behörde Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 6, Rechnungs- und Abgabewesen, Dezernat Abgaben und Recht, Referat Landes- und Gemeindeabgaben vom 19. Jänner 2018 MA 6/ARL - 14003/2017, MA 6/ARL - 104976/2017, MA 6/ARL - 188567/2017, MA 6/ARL - 292274/2017, MA 6/ARL - 381929/2017, MA 6/ARL - 460544/2017, MA 6/ARL - 572364/2017, MA 6/ARL - 659243/2017, MA 6/ARL - 738561/2017, MA 6/ARL - 832903/2017, MA 6/ARL - 927002/2017 und MA 6/ARL - 34744/2018 betreffend Wettterminalabgabe für die Monate **Jänner 2017 bis Dezember 2017** und
 3. über die Beschwerde vom 7. Dezember 2018 gegen den Bescheid der belangten Behörde Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 6, Rechnungs- und Abgabewesen, Dezernat Abgaben und Recht, Referat Landes- und Gemeindeabgaben vom 22. November 2018, MA 6/ARL - 34880/2018, MA 6/ARL - 136243/2018, MA 6/ARL - 192797/2018, MA 6/ARL - 294618/2018, MA 6/ARL - 418316/2018, MA 6/ARL - 543130/2018, MA 6/ARL - 584587/2018, MA 6/ARL - 761486/2018, MA 6/ARL - 761506/2018, MA 6/ARL - 962767/2018 und MA 6/ARL - 963811/2018 betreffend Wettterminalabgabe für die Monate **Jänner 2018 bis November 2018**
- in der Sitzung am 4. September 2019 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung **zu Recht erkannt:**

Die Bescheide werden abgeändert. Die Anträge auf Festsetzung der Wettterminalabgabe für die Zeiträume September 2016 bis Dezember 2016, Jänner 2017 bis Dezember 2017 und Jänner 2018 bis November 2018 werden als unbegründet abgewiesen. Eine Festsetzung der Wettterminalabgabe für die genannten Zeiträume hat zu unterbleiben.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) zulässig.

Entscheidungsgründe

Die beschwerdeführende Gesellschaft hielt im Streitzeitraum in ihren Betrieben im Gebiet der Stadt Wien Wettterminals, die von ihr zur Wettterminalabgabe angemeldet wurden. Die erklärten Beträge wurden auch entrichtet.

In der Folge beantragte die beschwerdeführende Partei die Rückerstattung der entrichteten Beträge und die Festsetzung der Wettterminalabgabe mit 0,00 Euro, weil ihrer Ansicht nach keine Pflicht bestehe, für die angemeldeten Geräte eine Wettterminalabgabe zu bezahlen.

Mit den angefochtenen Bescheiden schrieb der Magistrat der Stadt Wien die bereits von der beschwerdeführenden Partei als Aufstellerin der in den einzelnen Bescheiden genannten Wettterminals entrichtete Wettterminalabgabe mit der Begründung vor, diese hätte die Steuerpflicht bestritten und die Abgabe nachträglich mit Null erklärt, weshalb die Abgabe nunmehr gemäß § 201 BAO bescheidmäßig festzusetzen sei.

Dagegen richten sich die fristgerecht eingebrachten Beschwerden, die mit Beschwerdevereinsentscheidungen als unbegründet abgewiesen wurden, und deren Vorlage an das Bundesfinanzgericht zur Entscheidung rechtzeitig beantragt wurde.

Die von den Parteien in ihren Schriftsätzen und in der antragsgemäß am 04.09.2019 abgehaltenen mündlichen Verhandlung jeweils vertretenen Standpunkte werden im Folgenden zusammengefasst wiedergegeben:

Rechtsansicht der beschwerdeführenden Partei:

Die beschwerdeführende Partei vertritt den Standpunkt, beim Gesetz über die Einhebung einer Wettterminalabgabe, LGBl. Nr. 32/2016 idgF. (WWAG) handle es sich um eine technische Vorschrift, welche nach den Vorschriften der RL 2015/1535 vom 09.09.2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft (in der Folge: RL 2015/1535) bzw. des Wiener Notifizierungsgesetzes (in der Folge: WNotifG) bei der

Europäischen Kommission notifiziert hätte werden müssen. Dies sei tatsächlich jedoch nicht geschehen.

Im Einzelnen wird dazu Folgendes ausgeführt:

Erst am 13.05.2016 sei mit LGBl. für Wien 2016/26 das neue Wiener Wettengesetz kundgemacht worden. Dieses sei gemäß seinem § 30 Abs. 1 mit dem Ablauf des Tages seiner Kundmachung im Landesgesetzblatt, sohin am 14.05.2016, in Kraft getreten. In § 31 Wiener Wettengesetz werde darauf hingewiesen, dass das Wiener Wettengesetz gemäß der RL 2015/1535 notifiziert worden sei. Ein Wettterminal im Sinne des Wiener Wettengesetzes sei eine technische Einrichtung in einer Betriebsstätte, die über eine Datenleitung einer Person gegen Entrichtung eines Wetteinsatzes unmittelbar den Abschluss einer Buchmacherwette mit dem Bewilligungsinhaber als Buchmacher oder eines vom Wettunternehmen angegebenen Buchmachers zu dessen Bedingungen und Quoten ermögliche (§ 2 Z 8 Wiener Wettengesetz).

Das Wiener Wettterminalabgabegesetz (WWAG), welches am 04.07.2016 kundgemacht worden sei, sei gemäß § 10 WWAG am 01.09.2016 in Kraft getreten. Anders als im Wiener Wettengesetz , werde das Wettterminal im WWAG als Wettannahmestelle an einem bestimmten Standort definiert, die über eine Datenleitung mit einem Buchmacher oder einem Totalisateur verbunden sei und einer Person unmittelbar die Teilnahme an einer Wette ermögliche. Gemäß dem Initiativantrag, der dem WWAG zugrunde liege, sei hinsichtlich der Begriffsbestimmungen bewusst nicht an das Wiener Wettengesetz angeknüpft worden (LG-00689-2016/0001/LAT). Zweck der Besteuerung von Wettterminals sei, wie sich aus dem bezeichneten Initiativantrag ergebe, „*diese Form der Wetten zurückzudrängen*“, weil diese eine erhöhte Suchtgefahr bergen würde.

An diese Begriffsbestimmung knüpfe das WWAG an. Für das Halten von Wettterminals im Gebiet der Stadt Wien sei eine Wettterminalabgabe von 350,00 Euro je Wettterminal und begonnenem Kalendermonat zu entrichten (§§ 1 und 3 WWAG).

Im Gegensatz zum Wiener Wettengesetz sei das WWAG nicht notifiziert worden, obwohl eine diesbezügliche Notifizierungspflicht hinsichtlich des Wettterminalbegriffs bestanden hätte. Bei der Begriffsdefinition des Wettterminals handle es sich um eine „technische Vorschrift“ im Sinne des Art. 1 Abs. 1 lit. f RL 2015/1535 und des korrespondierenden § 2 Z 7 Wiener Notifizierungsgesetz (WNotifG).

Eine solche „technische Vorschrift“ liege - soweit hier von Bedeutung - vor, bei

- „sonstigen Vorschriften“ (Art. 1 Abs. 1 lit. d RL 2015/1535 , § 2 Z 4 WNotifG) oder
- „Vorschriften betreffend Dienste“ (Art. 1 Abs. 1 lit. e RL 2015/1535 . § 2 Z 5 WNotifG),
- welche die Verwendung (des Erzeugnisses) und/oder die Einbringung des Dienstes betreffend und
- rechtlich oder de facto verbindlich zu beachten seien.

WWAG als "sonstige Vorschrift" iSd Art. 1 Abs. 1 lit. d RL 2015/1535 :

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin handle es sich bei den Vorschriften betreffend die Wettterminals um eine „sonstige Vorschrift“, weil die Wettterminalabgabe zum Schutz der Verbraucher erlassen worden sei (Schutz vor Sucht) und den zeitlichen Bereich nach Inverkehrbringen der Wettterminals (Gebrauch) betreffe. Dementsprechend habe auch der EuGH ausgesprochen, dass Bestimmungen, die geeignet seien, die Vermarktung von Glücksspielautomaten zu beeinträchtigen (etwa ein Verbot), als „sonstige Vorschriften“ anzusehen seien (EuGH 19.07.2012, RS C-213/11 u.a., Fortuna Rn 35ff). Gehe man - entsprechend der gesetzgeberischen Intention - davon aus, die Wettterminalabgabe solle Wettterminals zurückdrängen, indem deren Verwendung durch Abgaben unattraktiv gemacht werde, so könne kein Zweifel daran bestehen, dass diese Maßnahme die Vermarktung der Wettterminals erheblich beeinträchtige. Durch die hohe Abgabenlast auf Wettterminals würden in Zukunft kaum mehr Wettterminals verwendet und angeschafft werden, weshalb deren Vermarktung wesentlich erschwert werde.

Die Argumentation des Verfassungsgerichtshofs in seinen Beschlüssen zum WWAG, wonach der primäre Zweck der Wettterminalabgabe in der Beschaffung von Einnahmen bestehe, könne nicht nachvollzogen werden. In den Materialien zum WWAG fänden sich nur Ausführungen dazu, dass die Abgabe zum Schutz der Wettkunden erforderlich sei. Mit keinem einzigen Wort werde die Beschaffung von Einnahmen thematisiert. Vielmehr werde sogar darauf verwiesen, dass es nicht zu beanstanden sei, wenn man statt eines Verbots von Wettterminals, die Abgabenbelastung erhöhe, um eine Verringerung der Anzahl an Wettterminals zu erreichen. Aus dem Umstand, dass nun tatsächlich die Abgabenhöhe nicht mit einem Betrag festgesetzt worden sei, der faktisch ein Verbot von Wettterminals bedeuten würde, könne keine primäre Einnahmenerzielungsabsicht des Landes abgeleitet werden. Offenkundig sei die Abgabenhöhe nämlich mit 350,00 Euro pro Monat und Gerät festgesetzt worden, um allen verfassungsrechtlichen Anforderungen zu genügen. Selbst wenn man aber annehmen wollte, die Wettterminalabgabe diene (auch) der Beschaffung von Einnahmen, so müsse man unter Berücksichtigung der Ausführungen in den Gesetzesmaterialien jedenfalls von einem primären Verbraucherschutzgedanken des Gesetzgebers ausgehen.

Aber auch wenn man wie der Verfassungsgerichtshof davon überzeugt sei, die Wettterminalabgabe diene primär der Einnahmenbeschaffung, so müsse man zumindest davon ausgehen, die Abgabe diene ebenfalls dem Schutz der Verbraucher. Art. 1 Abs. 1 lit. d RL 2015/1535 verlange für das Vorliegen einer „sonstigen Vorschrift“ lediglich, dass der Zweck einer Vorschrift der Schutz der Verbraucher sei. Es werde weder gefordert, dass der alleinige Zweck der Vorschrift der Schutz der Verbraucher sei, noch werde ein gewisses Ausmaß an Absichten des Gesetzgebers gefordert. Mit dem Wort „insbesondere“ in der deutschen Fassung des Art. 1 Abs. 1 lit. d RL 2015/1535 werde nicht zum Ausdruck gebracht, ein bestimmter Zweck müsse vorherrschen, sondern beziehe sich der Begriff auf die Termini „Verbraucher“ und „Umwelt“. Das erhellte sich insbesondere durch einen Vergleich mit anderen Sprachfassungen des Art. 1 Abs. 1

lit. d RL 2015/1535 . So lautet letztere Bestimmung etwa in der französischen Fassung auszugsweise wie folgt:

*„(autre exigence», une exigence, autre qu'une spécification technique, imposée a l'égard d'un produit pour des motifs de protection, **notamment** des consommateurs ou de l'environnement, ..“*

Gleiches Bild zeichne die englische Fassung:

*„‘other requirements’ means a requirement, other than a technical specification, imposed on a product for the purpose of protecting, **in particular**, consumers or the environment,..“*

Für den Fall, das BFG vermöge sich der hier aufgezeigten Auslegung der Beschwerdeführerin nicht anzuschließen rege die Beschwerdeführerin an, das BFG möge dem EuGH folgende Frage zur Vorabentscheidung vorlegen:

„Ist Art. 1 Abs. 1 lit. d RL 2015/1535 dahingehend auszulegen, dass von dieser Definition nur Vorschriften erfasst werden, die primär oder vorwiegend zum Schutz der Verbraucher oder der Umwelt erlassen werden?“

Die Vorschriften betreffend die Wettterminalabgabe betreffen den Lebenszyklus nach Inverkehrbringen der Wettterminals, da die Abgabepflicht an die Aufstellung und das Halten von Wettterminals - also an einen Zeitpunkt, indem das Wettterminal schon im Verkehr sei- anknüpfe. Ein Wettterminal liege überhaupt nur vor, wenn damit einer Person unmittelbar die Teilnahme an einer Wette ermöglicht werde. Ohne Zweifel sei daher durch die Wettterminalabgabe der zeitliche Bereich nach Inverkehrbringen der Wettterminals und nicht jener vor Inverkehrbringen (z.B. Produktion) erfasst.

Der EuGH habe bezüglich Glücksspielautomaten bereits ausgesprochen, dass Bestimmungen, die geeignet seien, die Vermarktung (von Glücksspielautomaten) zu beeinträchtigen (etwa ein Verbot), als „sonstige Vorschriften“ anzusehen seien (EuGH 19.07.2012, Rs C-213/11 ua, Fortuna Rn 35ff). Die Besteuerung von Wettterminals dränge mit Sicherheit die Vermarktung von Wettterminals zurück, zumal deren Verwendung durch die hohe Steuerlast von 350,00 Euro pro Wettterminal und Monat für Wettunternehmer unattraktiv werde. Genau dies sei im Übrigen auch die Intention des Landesgesetzgebers. Wettunternehmer würden aufgrund der hohen Steuerlast in Hinkunft keine Wettterminals mehr kaufen, weshalb deren Vermarktung durch die Wettterminalabgabe negativ beeinflusst werde.

Das BFG sei in einem anderen Fall fälschlich von einer mangelnden Anwendbarkeit der RL 2015/1535 auf das WWAG ausgegangen und habe diesbezüglich auf „§ 6 der EU-Richtlinie 2015/1535“ (gemeint wohl: Art. 1 Abs. 6 RL 2015/1535) verwiesen, der wie folgt laute:

„Diese Richtlinie gilt nicht für Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten im Rahmen der Verträge zum Schutz von Personen, insbesondere der Arbeitnehmer, bei der Verwendung von Erzeugnissen für erforderlich halten, sofern diese Maßnahmen keine Auswirkungen auf die Erzeugnisse haben.“

Anders als das BFG im dortigen Verfahren (ohne nähere Begründung) vermeint habe, sei die Ausnahme des Art. 1 Abs. 6 RL 2015/1535 hier nicht einschlägig. Art. 1 Abs. 6 RL 2015/1535 nehme nämlich nur Maßnahmen, die zum Schutz von Personen bei der Verwendung von Erzeugnissen maßgeblich seien, von der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Richtlinie aus. Die Wettterminalabgabe zielt jedoch nicht auf einen Schutz von Personen bei der Verwendung der Wettterminals ab, sondern möchte die Verwendung der Erzeugnisse insgesamt verhindern. Durch die Wettterminalabgabe solle eben nicht die Bedienung der Wettterminals durch Wettkunden ungefährlicher gemacht werden, sondern sollten diese insgesamt vom Markt verdrängt werden.

Hinzu komme, dass Art. 1 Abs. 6 RL 2015/1535 nur für solche Maßnahmen eine Richtlinienanwendungsausnahme vorsehe, die „keine Auswirkungen auf diese Erzeugnisse“ hätten. Das BFG habe nun bereits in einem vergleichbaren Fall gemeint, die zitierte Wortfolge sei eng dahingehend auszulegen, dass Maßnahmen, welche bloß Auswirkungen auf die Vermarktung, nicht aber auf das Erzeugnis selbst hätten, von der Anwendung der Richtlinie ausgenommen wären. Das BFG habe es freilich unterlassen, darzulegen, wann es überhaupt von einer Auswirkung auf ein Erzeugnis ausgehe. Richtig sei jedoch, dass eine Auswirkung auf ein Erzeugnis im Sinne des Art. 1 Abs. 6 RL 2015/1535 auch dann vorliege, wenn „bloß“ die Vermarktung eines Erzeugnisses erschwert werde. Das ergebe sich schon aus dem Zweck der RL 2015/1535, die der Einfuhr neuer Handelsbeschränkungen durch die Normierung von Informationspflichten zuvorkommen möchte (vgl. dazu VwGH 23.10.2013, 2012/03/0102). Auch jede Erschwerung der Vermarktung eines Erzeugnisses bedeute eine Beschränkung des freien Handels beziehungsweise könne eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung bedeuten.

Des Weiteren sei die bezeichnete Auslegung des Art. 1 Abs. 6 der RL 2015/1535 durch das BFG auch mit der Definition der „sonstigen Vorschrift“ in Abs. 1 lit. d RL 2015/1535 nicht vereinbar. „Sonstige Vorschriften“ wären, wenn man von der engen Auslegung des BFG ausgehe, fast immer vom Anwendungsbereich der RL 2015/1535 ausgenommen, obwohl die sonstige Vorschrift unter anderem sogar darüber definiert werde, dass sie die Vermarktung eines Erzeugnisses beeinflusse. Mit anderen Worten müsste man sich fragen, weshalb Vorschriften für Erzeugnisse zum Schutz von Verbrauchern, welche die Vermarktung eines Erzeugnisses wesentlich beeinflussen können, überhaupt in Abs. 1 lit. d RL 2015/1535 als „sonstige Vorschriften“ (und damit als potentielle notifizierungspflichtige „technische Vorschriften“) genannt würden, wenn sie ohnehin gemäß Art. 1 Abs. 6 der RL 2015/1535 vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen wären.

Sollte das BFG sich nicht ohnehin der hier aufgezeigten Auslegung des Art. 1 Abs. 6 der RL 2015/1535 anschließen, werde angeregt, dieses möge dem EuGH nachstehende Fragen zur Vorabentscheidung vorlegen:

"1.

Ist Art. 1 Abs. 6 der RL 2015/1535 dahingehend auszulegen, dass Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten im Rahmen der Verträge zum Schutz von Personen, nicht von der RL 2015/1535 erfasst sind, wenn diese Maßnahmen die Verwendung der Erzeugnisse durch die zu schützenden Personen betreffen und diese Maßnahmen keine Auswirkungen auf die Erzeugnisse haben? Ist Art. 1 Abs. 6 der RL 2015/1535 dahingehend auszulegen, dass eine monatliche Abgabe für das Halten von Wettterminals in der Höhe von 350,00 Euro pro Wettterminal eine Maßnahme zum Schutz von Personen bei der Verwendung von Erzeugnissen ist?

2.

Ist Art. 1 Abs. 6 der RL 2015/1535 dahingehend auszulegen, dass eine monatliche Abgabe für das Halten von Wettterminals in der Höhe von 350,00 Euro pro Wettterminal keine Auswirkungen auf Wettterminals hat? “

Unrichtig sei weiters die vom BFG in der Vergangenheit bereits einmal vertretene Ansicht, die Wettterminalabgabe erfasse nicht den Lebenszyklus der Wettterminals nach dem Inverkehrbringen.

Mit dem Anknüpfen an den Lebenszyklus eines Erzeugnisses nach Inverkehrbringen stelle der europäische Gesetzgeber lediglich klar, dass Vorschriften über die Herstellung, die Art des Inverkehrbringens, etc., also solche die den zeitlichen Bereich vor dem Inverkehrbringen betreffen, keine „sonstigen Vorschriften“ darstellten. Da im hier vorliegenden Fall der zeitliche Bereich nach dem Inverkehrbringen betroffen sei, liege - entgegen der Ansicht des BFG - eine „sonstige Vorschrift“ vor. Der „Lebenszyklus“ eines Wettterminals sei durch die Wettterminalabgabe auch insoweit „betroffen“, als die Wettterminalabgabe dazu führen könne, dass Wettterminals nicht mehr verwendet, entsorgt oder verändert würden, sodass für sie keine Abgabepflicht mehr bestehe. Die Richtigkeit dieser Ansicht bestätige sich schon dadurch, dass der EuGH in seiner Entscheidung in der Rechtssache Fortuna ebenfalls davon ausgegangen sei, dass ein teilweises Automatenverbot eine Vorschrift darstelle, die den Lebenszyklus eines Erzeugnisses nach seinem Inverkehrbringen betreffe (Rn 35ff). Ein (teilweises) Verwendungsverbot für Automaten habe schließlich dieselben Auswirkungen auf den Lebenszyklus eines Erzeugnisses wie eine erhöhte Abgabenbelastung. Beide Regelungen würden bewirken, dass die Erzeugnisse nach Inverkehrbringen weniger gut verkauft werden könnten, nicht mehr in derselben Weise verwendet oder gar entsorgt oder verändert würden.

Anders als das BFG vermeine, knüpfe die Wettterminalabgabe außerdem sehr wohl an den Gebrauch der Wettterminals durch den Wettunternehmer (nicht jedoch den Wettkunden) an. Der Wettunternehmer „gebrauche“ die Wettterminals dazu, Personen die Teilnahme an einer Wette zu ermöglichen.

Das BFG möge dem Europäischen Gerichtshof nachstehende Frage zur Vorabentscheidung vorlegen:

„Ist Art. 1 Abs. 1 lit. d RL 2015/1535 dahingehend auszulegen, dass eine Abgabepflicht für das Halten von Wettterminals in der Höhe von 350,00 Euro eine Vorschrift im Sinne dieser Bestimmung darstellt, die den Lebenszyklus des Erzeugnisses nach dem Inverkehrbringen betrifft? Steckt die Bezugnahme auf den Lebenszyklus eines Erzeugnisses nach dem Inverkehrbringen nur den zeitlichen Bereich für das Vorliegen einer ‚sonstigen Vorschrift‘ ab, oder kann eine Abgabenvorschrift für das Halten von Wettterminals niemals den Lebenszyklus eines Erzeugnisses betreffen?“

Zusammengefasst handle es sich bei der Pflicht zur Entrichtung einer Wettterminalabgabe für das Halten von Wettterminals um eine „sonstige Vorschrift“, deren Beachtung für die Verwendung des Erzeugnisses zwingend vorgeschrieben sei. Es liege dementsprechend eine notifizierungspflichtige „technische Vorschrift“ vor. Dieser Beurteilung stehe die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Berlington nicht entgegen, weil der EuGH dort nur ganz konkret zu beurteilen gehabt habe, ob eine Steuer für Spielautomaten eine „technische De-facto-Vorschrift“ im Sinne des damaligen Art. 1 Abs. 11 dritter Gedankenstrich darstelle (Rn 22, Frage 6; Rn 94). Das habe der EuGH verneint, weil die zu beurteilenden steuerrechtlichen Vorschriften von keiner technischen Spezifikation oder sonstigen Vorschrift begleitet gewesen seien, deren Einhaltung sie sicherstellen hätten sollen (Rn 97).

Das WWAG samt seiner Definition des Wettterminals sei als Landesgesetz rechtlich verbindlich und zu beachten. Bei Nichtbeachtung drohe eine Verwaltungsstrafe (§ 8 WWAG) und könne die Behörde nicht entrichtete Abgaben zwangsweise einbringlich machen.

Die Wettterminalabgabe, die an das Halten des Wettterminals anknüpfe, betreffe die Verwendung und das Inverkehrbringen des Wettterminals. Mit dem Wettterminalabgabengesetz solle dafür gesorgt werden, dass weniger Wettterminals verwendet und in Verkehr gebracht würden.

WWAG als "Vorschrift betreffend Dienste" iSd Art. 1 Abs. 1 lit. b RL 2015/1535 :

Lege man das Augenmerk auf die an den Wettterminals erbrachte Dienstleistung, so sei das Wiener Wettterminalabgabengesetz unter diesem Gesichtspunkt als „Vorschrift betreffend Dienste“ anzusehen. Der Wettabschluss mit einem Nicht-Buchmacher mittels Wettterminal stelle eine gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf des Empfängers erbrachte Dienstleistung dar (Art. 1 Abs. 1 lit. b RL 2015/1535): Das WWAG treffe Regelungen hinsichtlich des Betriebes des „Dienstes“ Wettabschluss mittels Wettterminals, beziehungsweise über den Erbringer des Dienstes, als im Ergebnis der Wettabschluss mittels Wettterminals besteuert und damit zurückgedrängt werde.

Zusammengefasst handle es sich beim Wiener Wettterminalabgabengesetz und im Besonderen bei der Definition des Wettterminals um eine „sonstige Vorschrift“, deren Beachtung im Rahmen der Verwendung von Wettterminals zwingend vorgeschrieben sei. Es liege dementsprechend eine notifizierungspflichtige „technische Vorschrift“ vor.

Lege man das Augenmerk auf den Wettabschluss mittels Wettterminals, so sei die Wettterminalabgabe bei Erbringung eines Dienstes beachtlich.

Nach Art. 5 Abs. 1 RL 2015/1535 hätten die Mitgliedstaaten die Kommission unverzüglich über jeden Entwurf einer technischen Vorschrift zu unterrichten. Die Verletzung dieser Notifizierungspflicht stelle nach der Rechtsprechung des EuGH einen Verfahrensmangel dar, der zur Unanwendbarkeit der „technischen Vorschrift“ führe. Diese könne dem Einzelnen daher nicht entgegengehalten werden (vgl. zur Vorgängerbestimmung Art. 8 Abs. 1 RL 98/34/EG : EuGH 04.02.2016, Rs C-336/14 , Ince Rz 67 mwN).

Mangels Anwendbarkeit des Wettterminalabgabegesetzes, insbesondere aber der Definition des Wettterminals auf die Antragstellerin, bestehe keine Pflicht zur Entrichtung einer Wettterminalabgabe und seien die entrichteten Abgaben rechtsgrundlos geleistet worden. Da die Notifizierungspflicht im Gesetzgebungsprozess augenscheinlich nicht erkannt worden sei, sei das WWAG im Übrigen auch gemessen an § 5 Abs. 2 WNoFitG verfassungswidrig.

Rechtsansicht des Magistrates der Stadt Wien:

Der Magistrat der Stadt Wien vertritt zusammengefasst folgende Rechtsansicht:

Sinn und Zweck der RL 2015/1535:

Die RL 2015/1535 sei nach ihrem Wortlaut insbesondere auf die Artikel 114, 337 und 43 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) gestützt. Der Zweck der Richtlinie sei u.a. in den Erwägungsgründen der Richtlinie niedergelegt. Dessen zufolge sei das Notifizierungsverfahren ein Instrument zur Gewährleistung eines funktionierenden Binnenmarktes in der Union.

Es sei anzumerken, dass der Europäischen Union im Bereich der Steuern nur in Randbereichen ein Harmonisierungsauftrag zukomme.

Art. 114 Abs. 2 AEUV , auf den sich die RL 2015/1535 explizit stütze, nehme explizit Steuern aus, weshalb diese damit grundsätzlich auch nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie (EU) 2015/1535 fielen. Vom Harmonisierungsauftrag nach Art. 114 AEUV sei die gegenständliche Wettterminalabgabe sohin nicht umfasst.

Die Regelung der Wettterminalabgabe im WWAG berühre keine Kompetenz der Union, da sie keine Binnenmarktregelung sei und auch keine technische Vorschrift darstelle, sondern eine reine Steuermaßnahme, sohin die Besteuerung bestehender Sachverhalte vorsehe, ohne diese selbst zu regeln. Dass Steuern immer wirtschaftliche Auswirkungen haben (können), mache diese nicht per se zu Handelshemmnissen iSd der RL 2015/1535 bzw. werde mit ihnen nicht per se die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit verletzt.

Das Steuerrecht sei in der Europäischen Union grundsätzlich eine Angelegenheit der Mitgliedstaaten und gehöre zu den Kernbereichen staatlicher Souveränität. Das Kapitel

„Steuerliche Vorschriften“ enthalte ein Verbot steuerlicher Diskriminierung (Art. 110 AEUV) und einen Harmonisierungsauftrag für die Umsatzsteuern, die Verbrauchsabgaben und die sonstigen indirekten Steuern (Art. 113 AEUV), soweit diese Harmonisierung für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes und die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen notwendig sei. Die indirekten Abgaben seien produktbezogen und damit unmittelbar preiswirksam. Nach Ansicht der Vertragsverfasser seien es in erster Linie die produktbezogenen Abgaben, die Marktfreiheiten beeinträchtigen und den Wettbewerb verzerren könnten.

Der Binnenmarkt umfasse die Marktfreiheiten und den Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen. Eine Wettbewerbsverfälschung auf dem Binnenmarkt liege vor, wenn staatliche Maßnahmen die Produktions- und Absatzbedingungen im Binnenmarkt derart beeinflussen, dass Unternehmen gegenüber ihren Konkurrenten besonders bevorteilt würden. Nicht jede Verfälschung löse allerdings eine zu vermeidende Verzerrung aus. Vorausgesetzt werde eine (potenzielle) spürbare Störung des Wettbewerbs im Binnenmarkt. Auslöser dieser Störung müsse eine Unterschiedlichkeit nationaler Normen sein. Die Verzerrung müsse besonders schwerwiegend sein. Die Gravität werde zB dann gegeben sein, wenn eine Regelung tatsächlich in merklichem Umfang Einfluss auf die Standortentscheidung von Unternehmen nehme. Die direkten Steuern seien in den Harmonisierungsauftrag des Art. 113 AEUV nicht einbezogen; ihre Angleichung sei aber auf der Grundlage von Art. 115 AEUV sowie auch auf Grund der Art. 116 und 352 AEUV möglich und auch teilweise in Angriff genommen worden.

Art. 115 AEUV knüpfe die Rechtsangleichungskompetenz an eine unmittelbar/direkte Auswirkung von nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften auf die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarktes an. Es müsse sich um eine spürbare Einflussnahme innerstaatlicher Vorschriften auf den Binnenmarkt handeln. Die Unterschiedlichkeit der nationalen Normen bleibe im Übrigen unangetastet.

So halte der EuGH bspw. in seinem Urteil vom 8.9.2010, C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional und Bwin International, Rn. 69, fest, dass der Sektor der (über das Internet angebotenen) Glücksspiele in der Gemeinschaft nicht harmonisiert sei, weshalb die Mitgliedstaaten das Schutzniveau selbst bestimmen könnten, woraus sich zwangsläufig unterschiedliche Marktbedingungen ergeben könnten.

Da es zur Besteuerung von Wettterminals keine Harmonisierung gebe bzw. keine Richtlinie ergangen sei, verbleibe die diesbezügliche Regelungsbefugnis bei den Mitgliedstaaten. Dies folge etwa aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 7 AEUV), Art. 1 Abs. 2 und 3 der RL 2008/118/EG über das allgemeine Verbrauchsteuersystem (SystemRL) und Art. 401 der RL 2006/112/EG über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (MehrwertsteuersystemRL). Gemäß Art. 401 RL 2006/112/EG hindere diese RL unbeschadet anderer gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften einen Mitgliedstaat nicht daran, Abgaben auf Versicherungsverträge, Spiele und Wetten, Verbrauchsteuern, Grunderwerbsteuern sowie ganz allgemein alle Steuern, Abgaben und Gebühren, die nicht den Charakter von Umsatzsteuern

haben, beizubehalten oder einzuführen, sofern die Erhebung dieser Steuern, Abgaben und Gebühren im Verkehr zwischen den Mitgliedstaaten nicht mit Formalitäten beim Grenzübertritt verbunden sei.

Das Steuersystem der Mitgliedstaaten falle nicht in den Anwendungsbereich der RL 2015/1535 . Die Mitgliedstaaten seien daher nicht verpflichtet, der Europäischen Kommission nach der RL 2015/1535 alle ihre Steuervorschriften vorab zu melden, sondern nur technische Vorschriften, die aber gegenständlich nicht vorlägen.

Zur Legaldefinition des Wettterminals im § 2 Z 1 WWAG :

Mit der Legaldefinition des Begriffes „Wettterminal erfolge keine technische Festlegung von Produktmerkmalen, Dienstleistungsmerkmalen oder dergleichen. Es handle sich nicht um eine gesetzliche Regelung der Produktgestaltung, -vermarktung etc., sondern um eine tatbestandsmäßige Anknüpfung an bestehende, in der Realität vorliegende Sachverhaltselemente, nämlich das Halten von Geräten zum Zwecke der Ermöglichung von Wettvermittlungen/Wettabschlüssen, wobei die Geräte selbst im WWAG eben nicht technisch spezifiziert, sondern lediglich einer Steuer unterworfen würden.

Es erfolge mit dem WWAG weder eine Einschränkung auf die Verwendung bestimmter Geräte, noch eine Einschränkung hinsichtlich der Verwendung der Geräte zu einem ausschließlichen Zweck.

Die Begriffsbestimmungen seien per definitionem keine technische Vorschrift (für Wettterminals). Auch das Wiener Wettengesetz sei nicht wegen seiner Begriffsbestimmungen sondern wegen seinem Wettreglement samt Verboten, Schutzbestimmungen und Bewilligungspflichten (vgl. §§ 3 , 4 und 25 Wiener Wettengesetz) notifiziert worden.

Eine Notifizierungspflicht für das WWAG als Steuervorschrift sei von Wien nach eingehender Prüfung mangels Vorliegens einer technischen Vorschrift als nicht erforderlich erachtet worden.

Die Wettterminalabgabe diene primär der Einnahmenbeschaffung, wie dies auch der Verfassungsgerichtshof mit Beschluss E 3958/2018 ausgesprochen habe. Dieses Kriterium sei ein Wesen jeder Abgabe. Mit einer Abgabe könnten von Verfassungs wegen auch - sohin zusätzlich zur fiskalischen Zielsetzung - andere Zwecke (z.B. Lenkungszwecke) verfolgt werden.

Die mit jeder Steuer verbundene Eingriffswirkung, die sich auch in einer Zurückdrängung der Geräte bemerkbar machen könne (weil sie z.B. aus Sicht des jeweiligen Unternehmers u.U. nicht mehr finanziell lukrativ genug seien) - sei gegenständlich vom Gesetzgeber als sachlich gerechtfertigt gewertet worden (unter Rückgriff auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Vergnügungssteuer bei Spielautomaten, wie aus dem Initiativantrag zum WWAG erkennbar sei). Die Zurückdrängung der Wettterminals sei jedoch nicht der Hauptzweck der Abgabe, sondern eine eventuell eintretende Nebenfolge und hänge dies auch von den jeweiligen wirtschaftlichen Dispositionen und Vorstellungen

des jeweiligen Steuerschuldners ab. Auch müsse die Anzahl der Wettterminals bzw. deren Schwankungen nicht zwingend (ausschließlich) mit der Abgabehöhe zu tun haben (siehe z.B. den Initiativantrag zur letzten Novelle des OÖ Lustbarkeitsabgabegesetzes 2015).

Hauptzweck der Einführung der Wettterminalabgabe sei die Ausschöpfung des Abgabenerfindungsrechtes der Länder im Hinblick auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 19.638/2012 und die damit verbundene Abdeckung eines Teils des bestehenden Finanzbedarfes der Stadt Wien insbesondere nach dem Wegfall der Vergnügungssteuer für legale Spielautomaten durch die Novelle LGBl. für Wien Nr. 63/2016 gewesen.

Die Einführung einer neuen Abgabe sei sowohl dem Grunde nach als auch hinsichtlich der Ausgestaltung am Gleichheitssatz gemessen worden. Die Ausführungen im Initiativantrag bezögen sich auf die sachliche Rechtfertigung der Abgabe in Bezug auf die Wahl des Steuergegenstandes (Halten eines Wettterminals in Ergänzung zur Vergnügungssteuer auf Geldspielapparate in Konsequenz des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 19.538/2012) und dessen Höhe.

Aus dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, VfSlg. 19.638/2012, seien vom Wiener Landesgesetzgeber auch die Argumente für die sachliche Rechtfertigung der Abgabe und deren Höhe entnommen worden. Weitere Argumente seien aus den anderen Bundesländerregelungen übernommen worden.

Das Land Wien habe somit wie andere Bundesländer auch von seinem Abgabenerfindungsrecht Gebrauch gemacht und überdies einen zum Zeitpunkt der Beschlussfassung der Abgabe wesentlich geringeren Steuersatz als die anderen Bundesländer in Bezug auf die Besteuerung von Wettterminals und im Vergleich zur Wiener Glücksspielautomatenabgabe gewählt.

Mit der Erlassung des WWAG sei gerade kein Verbot oder eine Erdrosselung der Steuerquelle beabsichtigt gewesen, wie dies auch der Verfassungsgerichtshof mit Beschluss E 3958/2018 ausgesprochen habe.

Die Wiener Wettterminalabgabe sei weder zum Zeitpunkt ihrer Einführung noch sei sie derzeit die höchste Bundesländerbesteuerung von Wettterminals in Österreich. Derzeit betrage die Steuer je Apparat und Kalendermonat in der Steiermark 175 Euro (§ 3 Stmk Wettterminalabgabegesetz 2018), in OÖ höchstens 250 Euro (§ 2 Abs. 2 OÖ Lustbarkeitsabgabegesetz 2015) und in Vorarlberg 700 Euro (§ 3 Abs. 4 Gesetz über die Einhebung einer Kriegsopferabgabe im Lande Vorarlberg). In der Datenbank der Europäischen Kommission zu Notifizierungen habe keine Notifizierung dieser Abgaben aufgefunden werden können.

Auch der Verfassungsgerichtshof spreche in seinem Beschluss E 3958/2018 im Ergebnis von keiner prohibitiven Höhe des WWAG und erkenne keine Verletzung der geltend gemachten Grundrechte.

Der Finanzbedarf sei vom Wiener Gesetzgeber als gegeben betrachtet und bekannt vorausgesetzt worden, weshalb sich dazu auch keine expliziten Ausführungen im Initiativantrag fänden. Dies ändere aber nichts daran, dass es sich um eine Abgabe zur Deckung des Finanzbedarfes von Wien handle. Initiativanträge wiesen überdies zumeist keine bis nur geringe Erläuterungen auf, gegenständlich v.a. zu den in Betracht kommenden Gleichheitsfragen.

Steuerobjekt sei nicht der Wettabschluss/die Wettvermittlung, sondern das Halten eines Gerätes (§ 1 WWAG). Der Steuersatz sei mit fixen Monatsbeträgen festgesetzt, sohin unabhängig von der tatsächlichen Intensität der Inanspruchnahme und unabhängig vom Abschluss/von der Vermittlung der einzelnen Wetten (§ 3 WWAG).

Technische Spezifikation iSd § 2 Z 2 WNotifG :

Bei der Legaldefinition des Wettterminals im WWAG handle es sich nicht um eine technische Vorschrift, da sie keine Erzeugnismerkmale vorschreibe. Vielmehr würden lediglich die Abgabepflicht bzw. in Zusammenschau mit dem Abgabentatbestand des § 1 WWAG die Voraussetzungen für die Abgabepflicht festgelegt. Es handle sich somit um Abgabenvorschriften. Die Wettterminaldefinition stelle keine Zulassungs-, Verwendungs- oder Vermarktungsvorschrift dar. Daher ergäben sich auch keine Einschränkungen des freien Warenverkehrs. Da keine Erzeugnismerkmale normiert würden, handle es sich auch nicht um eine technische De-facto-Vorschrift. Selbst bei Annahme einer solchen wäre diese nicht mit steuerlichen oder finanziellen Maßnahmen verbunden, die die Einhaltung einer technischen Spezifikation oder Vorschriften betreffend Dienste förderten.

Das WWAG diene als Spielerschutzfördernde Regelung und unterliege daher der Ausnahme für Systeme sozialer Sicherheit.

Die Wettterminalabgabe besteuere nur eine bestimmte Art und Weise des Absatzes einer Wettdienstleistung, lege jedoch keine vorgeschriebenen Merkmale eines Wettterminals selbst fest.

Der Begriff „technische Spezifikation“ setze nach der Rechtsprechung voraus, dass sich die nationale Maßnahme auf das Erzeugnis oder seine Verpackung als solche beziehe und daher eines der Merkmale für Erzeugnis vorschreibe (EuGH Rs M. und S.). Wenn eine nationale Maßnahme Voraussetzungen für die Gründung von Unternehmen - wie Bestimmungen, die die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit von einer vorherigen Erlaubnis abhängig machten - vorsehe, stellten diese Voraussetzungen keine technischen Spezifikationen dar (EuGH Rs Lindberg).

Nachdem weder die Legaldefinition des § 2 Z 1 WWAG noch die Regelung des Abgabentatbestand in § 1 WWAG eine Zulassungs-, Verwendungs- oder Vermarktungsvorschrift darstellten, ergäben sich auch keine Einschränkungen des freien Warenverkehrs (VwGH 2011/07/0012 zum Altlastenbeitrag als Abgabe, der nicht den Lebenszyklus eines Erzeugnisses nach dem Inverkehrbringen betreffe).

Mit der Wettterminaldefinition erfolge keine technische Festlegung von Produktmerkmalen, Dienstleistungen oder dergleichen. Es handle sich nicht um eine gesetzliche Regelung der Produktgestaltung, -vermarktung etc., sondern um eine tatbestandsmäßige Anknüpfung an bestehende, in der Realität vorliegende Sachverhaltselemente, nämlich das Halten von Geräten zum Zweck von Wettvermittlungen bzw. Wettabschlüssen, wobei die Geräte selbst nicht technisch spezifiziert, sondern lediglich einer Steuer unterworfen würden. Es erfolge daher weder eine Einschränkung auf die Verwendung bestimmter Geräte, noch eine Einschränkung hinsichtlich der Verwendung der Geräte zu einem ausschließlichen Zweck. Es gehe sohin nicht um die Frage der Regelung eines Bewilligungs- bzw. Konzessionssystems bzw. einer behördlichen Regelung einer Tätigkeit, sondern ausschließlich um eine Besteuerung einer Tätigkeit.

Vorschrift betreffend Dienste iSd § 2 Z 2 und Z 5 WNotifG :

Die Wettterminaldefinition im WWAG stelle keine Regelung betreffend Dienste dar. Die Legaldefinition des § 2 Z 1 WWAG und der Abgabentatbestand des § 1 WWAG zielten weder auf den Zugang zu den Diensten, noch stellten sie auf spezielle Bedingungen für deren Betreiben ab. Eine speziell auf die Dienste der Informationsgesellschaft abzielende Regelung liege somit nicht vor. Wenn überhaupt eine Auswirkung auf die Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne der RL 2015/1535 vorliege, wäre diese lediglich indirekt und im Sinne eines Nebeneffekts auf diese Dienste zu sehen, die nicht vom Anwendungsbereich der RL 2015/1535 erfasst seien. Der Magistrat der Stadt Wien verweise in diesem Zusammenhang auf das Erkenntnis des EuGH Rs Ince.

Nach der Rechtsprechung des EuGH werde nicht einmal die Normierung einer Erlaubnispflicht oder sonstiger Voraussetzungen für die Niederlassung oder die Erbringung von Dienstleistungen als Vorschrift betreffend Dienste gewertet (EuGH Rs M. und S.). Aufgrund der Anzahl der in Wien gehaltenen Wettterminals liege auch keine wesentliche Beeinflussung in Bezug auf die Art und die Vermarktung dieser Erzeugnisse vor.

Da keine Dienste der Informationsgesellschaft besteuert würden, liege keine technische Vorschrift vor. Es werde nicht der Zugang zu Diensten oder deren Betrieb geregelt. Die Steuer ziele darauf auch nicht ab, sie bezwecke nicht die Förderung von Diensten der Informationsgesellschaft oder etwa deren Zurückdrängung.

Steuerobjekt sei nicht der Wettabschluss bzw. die Wettvermittlung, sondern das Halten eines Gerätes. Der Steuersatz sei mit fixen Monatsbeträgen festgesetzt, sohin unabhängig von der Intensität der Inanspruchnahme und unabhängig vom Abschluss bzw. von der Vermittlung der einzelnen Wetten.

Die Wettterminalabgabe diene primär der Einnahmenbeschaffung. Dieses Kriterium sei das Wesen einer jeden Abgabe. Mit einer Abgabe könnten verfassungsrechtlich zulässig zusätzlich zur fiskalischen Zielsetzung auch noch andere Zwecke (zB Lenkungs Zwecke) verfolgt werden. Die mit jeder Steuer verbundene Eingriffswirkung, die sich auch in einer

Zurückdrängung der Geräte bemerkbar machen könne, weil die Geräte etwa aus Sicht des jeweiligen Unternehmers nicht mehr finanziell lukrativ genug seien, sei vom Gesetzgeber gegenständlich als sachlich gerechtfertigt gewertet worden. Die Zurückdrängung der Wettterminals sei jedoch nicht der Hauptzweck der Abgabe gewesen, sondern eine eventuell eintretende Nebenfolge und hänge dies auch von den jeweiligen wirtschaftlichen Dispositionen und Vorstellungen des jeweiligen Steuerschuldners ab. Hauptzweck sei die Ausschöpfung des Abgabenerfindungsrechtes der Länder (VfSlg 19.638/2012) und die damit verbundene Abdeckung des bestehenden Finanzbedarfs der Stadt Wien gewesen.

Die Einführung einer neuen Abgabe sei sowohl dem Grunde nach als auch hinsichtlich der Ausgestaltung am Gleichheitssatz zu messen. Die Ausführungen im Initiativantrag bezögen sich auf die sachliche Rechtfertigung der Abgabe in Bezug auf die Wahl des Steuergegenstandes (Halten eines Wettterminals in Ergänzung zur Vergnügungssteuer auf Geldspielapparate in Konsequenz des Erkenntnisses VfSlg 19.638/2012) und dessen Höhe. Aus dem genannten Erkenntnis seien vom Wiener Landesgesetzgeber auch die Argumente für die sachliche Rechtfertigung der Abgabe und deren Höhe entnommen worden. Weitere Argumente seien aus den anderen Bundesländerregelungen übernommen worden. Das Land Wien habe somit wie andere Bundesländer auch von seinem Abgabenerfindungsrecht Gebrauch gemacht und überdies einen geringeren Steuersatz als andere Bundesländer in Bezug auf die Besteuerung von Wettterminals und im Vergleich zur Wiener Glücksspielsautomatenabgabe gewählt. Der Finanzbedarf sei wie bei jeder Steuer vom Wiener Landesgesetzgeber als gegeben betrachtet und bekannt vorausgesetzt worden, weshalb sich dazu auch keine expliziten Ausführungen im Initiativantrag fänden. Dies ändere aber nichts daran, dass es sich um eine Abgabe zur Deckung des Finanzbedarfs Wiens handle. Initiativanträge wiesen zudem zumeist keine oder nur geringe Erläuterungen auf, gegenständlich vor allem zu Gleichheitsfragen.

Sonstige Vorschrift iSd § 2 Z 4 WNotifG :

Eine nationale Maßnahme könne nur dann als „sonstige Vorschrift“ eingestuft werden, wenn sie eine „Vorschrift“ darstelle, die die Zusammensetzung, die Art oder die Vermarktung des betreffenden Erzeugnisses wesentlich beeinflussen könne (EuGH Rs Fortuna ua). Es sei jedoch zu überprüfen, ob eine solche Maßnahme als „Vorschrift“ für den Gebrauch des betreffenden Erzeugnisses einzustufen sei oder ob es sich vielmehr um eine nationale Maßnahme handle, die zur in Art. 1 Nr. 11 der RL 98/34 angeführten Kategorie technischer Vorschriften gehöre. Welcher der beiden Kategorien technischer Vorschriften eine nationale Maßnahme angehöre, hänge von der Tragweite des Verbotes ab, das durch diese Maßnahme ausgesprochen werde (EuGH Rs Lindberg).

Es handle sich mangels Normierung von Erzeugnismerkmalen auch nicht um eine sonstige Vorschrift, da diese nicht den Lebenszyklus eines Erzeugnisses nach dem Inverkehrbringen betreffe, wie Vorschriften für Gebrauch, Wiederverwertung, Wiederverwendung oder Beseitigung.

Selbst wenn dies der Fall wäre, würde die Normierung einer Abgabe weder die Zusammensetzung noch die Art eines Erzeugnisses oder seine Vermarktung wesentlich beeinflussen (können).

Der Magistrat der Stadt Wien habe die Wettterminalabgabe keineswegs als sonstige Vorschrift nach den Notifizierungsbestimmungen qualifiziert. Eine Notifizierungspflicht sei nach eingehender Prüfung mangels Vorliegens einer technischen Vorschrift als nicht erforderlich erachtet worden.

Ein Vorabentscheidungsersuchen sei gegenständlich schon deshalb nicht erforderlich, weil es nach der bereits vorliegenden Rechtsprechung des EuGH dem nationalen Gericht obliege, zu prüfen, ob die „Vorschriften“ die Art und die Vermarktung der Erzeugnisse wesentlich beeinflussen können (in diesem Sinne EuGH 19.7.2012, C-213/11 ua, Fortuna, Rn 37; EuGH 21.4.2005, C-267/05, Lindberg, Rn 77).

Eine Regelung falle somit zusammengefasst dann unter § 2 Z 4 WNotifG, wenn sie eine Vorschrift darstelle, die die Vermarktung des betreffenden Erzeugnisses (Wettterminals) wesentlich beeinflussen könne. Es obliege dem nationalen Gericht zu prüfen, ob die Maßnahme (die Wettterminalabgabe) geeignet sei, die Vermarktung (von Wettterminals) wesentlich zu beeinflussen. Dieses Kriterium der wesentlichen Beeinflussung der Vermarktung der Wettterminals sei nicht erfüllt.

Die Wettterminalabgabe betrage 350 Euro pro Wettterminal und Monat (§ 3 WWAG) und somit rund 11,50 Euro pro Tag und Wettterminal bei täglichem Betrieb. Dies sei eine relativ geringe Abgabenbelastung, insbesondere wenn die Abgabe auf den einzelnen Kundenvorgang herabgebrochen werde (vgl. z.B. die Wiener Glücksspielautomatenabgabe; die Tarifpost A 11 des Wiener Gebrauchsabgabengesetzes über die tageweise, längstens vierzehntägige Aufstellung von nicht ortsfesten Verkaufsständen aller Art und von nicht ortsfesten pratermäßigen Volksbelustigungsständen aller Art oder die Wiener Parkometerabgabe für das Abstellen von mehrspurigen Kraftfahrzeugen in Kurzparkzonen nach § 25 StVO 1960). Dies habe auch der Verfassungsgerichtshof mit seinem Beschluss E 3958/2018 im Ergebnis ausgesprochen.

So falle bspw. die Wiener Parkometerabgabe auf den Tag betrachtet im Ergebnis höher aus (siehe §§ 3 und 4 der Verordnung des Wiener Gemeinderats, mit der für das Abstellen von mehrspurigen Kraftfahrzeugen in Kurzparkzonen die Entrichtung einer Abgabe vorgeschrieben wird - Parkometerabgabeverordnung).

Rückgänge bei der Anzahl der Wettterminals könnten verschiedene (subjektive und objektive) Ursachen haben und müssten nicht zwingend ausschließlich in der Einführung und der Höhe der Wettterminalabgabe begründet sein. Eine Ursache könne z.B. das im Wesentlichen zeitgleich eingeführte strengere Wettregime nach dem Wiener Wettengesetz sein.

Nach Ansicht der belangten Behörde sei die Wettterminalabgabe nicht geeignet, die Vermarktung von Wettterminals wesentlich zu beeinflussen. Eine sonstige Vorschrift iSd § 2 Z 4 WNotifG liege somit nicht vor.

Technische De-facto-Vorschrift iSd § 2 Z 7 WNotifG :

Es handle sich beim WWAG und der Wettterminaldefinition des § 2 Z 1 WWAG auch nicht um eine technische De-facto-Vorschrift. Selbst bei Annahme einer solchen wäre diese nicht mit steuerlichen oder finanziellen Maßnahmen verbunden, die die Einhaltung einer technischen Spezifikation oder sonstigen Vorschrift oder Vorschrift betreffend Dienste förderten. Insbesondere sollten mit der Wettterminalabgabe nicht die Einhaltung der Bestimmungen des Wiener Wettengesetzes gefördert werden. Im Gegenteil würden mit der Wettterminalabgabe sämtliche Wettterminals belastet, unabhängig davon, ob diese nach dem Wiener Wettengesetz genehmigt worden oder genehmigungsfähig seien. Die Abgabepflicht regle keine technischen Erzeugnismerkmale der Wettterminals. Im Übrigen diene das WWAG auch als spielerschutzfördernde Regelung und unterliege somit der Ausnahme für Systeme der sozialen Sicherheit.

Der EuGH habe festgestellt (EuGH Rs Berlington), dass dem Wortlaut der Bestimmung zufolge der Ausdruck „technische De-facto-Vorschriften“ nicht die steuerlichen Maßnahmen selbst bezeichne, sondern die damit verbundenen technischen Spezifikationen oder sonstigen Vorschriften. Folglich könnten steuerrechtliche Vorschriften, die von keinen technischen Spezifikationen oder sonstigen Vorschriften begleitet würden, deren Einhaltung sie sicherstellen sollten, nicht als „technische De-facto-Vorschriften“ bzw. nicht als „technische Vorschriften“ eingestuft werden.

Die Wettterminalabgabe knüpfe nicht an eine bestimmte technische Spezifikation bzw. sonstige Vorschriften an.

Rechts- und Verwaltungsvorschriften iSd § 2 Z 5 WNotifG :

Das WWAG enthalte keine Erzeugnismerkmale und kein Verbot der Betreibung oder Nutzung von Diensten der Informationsgesellschaft. Die Nutzung der Wettterminals werde selbst bei Nichteinhaltung der Abgabepflicht oder bei Verhängung einer Verwaltungsstrafe wegen Verletzung abgabenrechtlicher Vorschriften nicht verboten, verhindert oder behindert.

Mit der Wettterminalabgabe werde das Halten eines Wettterminals und nicht ein Dienst bzw. eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft oder eine sonstige Dienstleistung (zB der Abschluss eines Wettvertrages) besteuert. Besteuert werde die Ermöglichung zur unmittelbaren Wettteilnahme durch Halten eines Wettterminals. Es gehe nicht darum, dass Wettkunden auch in die Lage versetzt würden, den Wettgegenstand und Wetteinsatz für den Buchmacher oder Totalisateur rechtsverbindlich festzulegen und diesen zu verpflichten, die vom Kunden offerierte Wette anzunehmen (VwGH 2013/17/0409).

Das Halten von Wettterminals unterliege einer Steuer. Die Steuer stelle kein Verbot des Haltens dieser Geräte dar, auch nicht bezüglich ihrer finanziellen Auswirkungen.

Steuern stellten immer vermögensrechtliche Eingriffe dar, welche allerdings nicht per se unzulässig oder notifizierungspflichtig seien, zumal das Steuerrecht grundsätzlich, bis auf einige Ausnahmen (z.B. im Bereich der indirekten Steuern wie der Mehrwertsteuer), unter Wahrung des Unionsrechts (z.B. Verbot der steuerlichen Diskriminierung, Grundfreiheiten des AEUV) Angelegenheit der Mitgliedstaaten sei. Ebenso wenig stellten Strafbestimmungen, die die Einhaltung der Steuerpflicht gewährleisten sollten, ein Verbot der besteuerten Tätigkeit, des Haltens eines Wettterminals, dar.

Verbots- und Konzessionsregelungen bzw. potentielle Beschränkungen der Waren- und Dienstleistungsfreiheit seien allenfalls im Wiener Wettengesetz enthalten, welches jedoch notifiziert worden sei.

Das WWAG knüpfe aus Steuergerechtigkeitsüberlegungen nicht an den Begriff des Wiener Wettengesetzes an. Es wäre nicht sachgerecht, nur Wettterminals zu besteuern, welche einer Konzession oder sonstigen Bedingungen nach dem Wiener Wettengesetz bedürften bzw. unterlägen, nicht hingegen jene, die nach dem Wiener Wettengesetz illegal oder verboten seien. In den meisten Fällen würden sich die vom WWAG und vom Wiener Wettengesetz erfassten Wettterminals jedoch ohnehin sachverhältnismäßig decken.

Überdies sei eine Auslegung nach Sinn und Zweck der RL 2015/1535 vorzunehmen, um nicht eine uferlose Anwendung und damit verbundene Rechtsunsicherheit zu bewirken, zumal in der heutigen Wirtschaft fast kaum ein Bereich ohne Bezug zu Diensten der Informationsgesellschaft bestehe und jede Steuer finanzielle Auswirkungen habe. Dieser Gedanke liege auch der engen Formulierung des Begriffes „Vorschrift betreffend Dienste (der Informationsgesellschaft)“ in der RL zugrunde (Art. 1 Abs. 1 Buchst. e RL 2015/1535). In der Rechtssache M. und S. habe der Generalanwalt bezüglich der Notifizierungsrichtlinie vor dem Hintergrund der negativen Folgen einer Unanwendbarkeit mehrfach für die Notwendigkeit einer einschränkenden Interpretation der Notifizierungsvorschriften im Hinblick auf die sonst übermäßige Rechtsunsicherheit, welche Maßnahmen tatsächlich notifizierungspflichtig seien, plädiert. Die Richtlinie sei keine Einladung, der Kommission absolut alles zu notifizieren. Diese Überlegungen gälten auch für den Streitfall.

Die Wettterminalabgabe besteuere somit zusammengefasst nur eine bestimmte Art und Weise des Absatzes einer Wettdienstleistung bzw. das Halten von Wettterminals, lege jedoch keine vorgeschriebenen Merkmale eines Wettterminals selbst fest. Aufgrund der Anzahl der in Wien gehaltenen Wettterminals nach dem WWAG liege auch keine (wesentliche) Beeinflussung in Bezug auf die Zusammensetzung, die Art und die Vermarktung dieser Erzeugnisse vor.

Die vom WWAG erfassten Lebenssachverhalte, die Besteuerung des Haltens von Wettterminals, seien im Ergebnis auch in gleichgelagerten Abgabenregelungen im Vorarlberg und der Steiermark enthalten, welche beim VfGH und beim VwGH angefochten

worden seien. Beide Höchstgerichte hätten jedoch eine fehlende Notifizierung nicht moniert.

Eine Notifizierung diene nicht einem Selbstzweck, sondern der Gewährleistung eines Binnenmarktes ohne Handelshemmnisse, somit der Gewährleistung der Grundfreiheiten (Erwägungsgründe der RL 2015/1535). Seien diese Grundfreiheiten bzw. der Binnenmarkt nicht betroffen oder verletzt, könne auch keine Notifizierungspflicht bestehen.

In der antragsgemäß durchgeführten mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat wurde zunächst von beiden Parteien übereinstimmend angegeben, dass die in den Festsetzungsbescheiden angeführten Beträge gemeldet und bezahlt wurden.

Von der Vertreterin der MA 6 wurde auf zwei Parallelverfahren verwiesen, in denen die Beschwerden vom Bundesfinanzgericht abgewiesen wurden, sowie auch auf die Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes, in denen dieser die Behandlung der Beschwerden abgelehnt und dezidiert ausgeführt habe, dass kein Verstoß gegen das Notifizierungsgesetz vorliege.

Ergänzend wurde von der Amtsvertreterin ausgeführt, dass in den Gesetzesmaterialien zum Wettterminalabgabengesetz zwar der Zweck des Verbraucherschutzes enthalten sei, es sich diesbezüglich aber um Erwägungen zum Gleichheitsgrundsatz handle. Das Wettterminalabgabengesetz sei primär als Abgabengesetz vom Landtag beschlossen worden.

Der Vertreter der beschwerdeführenden Partei wies darauf hin, dass der Verbraucherschutz dennoch in den Gesetzesmaterialien angeführt sei. Selbst wenn der primäre Zweck des Gesetzes darin zu sehen sei, eine Abgabe vorzuschreiben, könne trotzdem noch der Zweck des Wettkundenschutzes verfolgt werden. Die Richtlinie ziele nicht darauf ab, dass der primäre Zweck des Gesetzes nicht ein anderer sein könne.

Dazu wies er auf die Abgabenschuldigkeiten der Jahre 2016 bis 2018 hin, aus denen sich eine erhebliche Reduzierung der Abgabenschuld ergebe, womit davon auszugehen sei, dass das Wettterminalabgabengesetz zu einer Verringerung der Anzahl der Wettterminals geführt habe.

Die Vertreterin der MA 6 erklärte, dass sich aus den Voranschlägen und Rechnungsabschlüssen der Stadt Wien ergebe, dass im Jahr 2016 1,700.000 Euro vereinnahmt worden seien, wobei das Gesetz erst am 1. September 2016 in Kraft getreten sei. In den folgenden Jahren seien 4,800.000 Euro bis 5.000.000 Euro Abgabe festgesetzt worden .

Der steuerlicher Vertreter der beschwerdeführenden Partei bestritt diese Angaben mit dem Hinweis, dass die jeweiligen Wettterminalhalter festgestellt hätten, dass es durch die Einführung des WWAG zu einem Rückgang von Wettterminals gekommen sei.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Zum Sachverhalt wird auf die angefochtenen Bescheide verwiesen. Der in diesen Bescheiden festgestellte Sachverhalt ist unstrittig.

Rechtlich folgt daraus :

Die für den Streitfall maßgeblichen Bestimmungen des WWAG lauten:

„Abgabengegenstand

§ 1. Für das Halten von Wettterminals im Gebiet der Stadt Wien ist eine Wettterminalabgabe zu entrichten.

Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Sinne dieses Gesetzes bedeuten:

- 1. Wettterminal: eine Wettannahmestelle an einem bestimmten Standort, die über eine Datenleitung mit einer Buchmacherin bzw einem Buchmacher oder einer Totalisatorin bzw einem Totalisator verbunden ist und einer Person unmittelbar die Teilnahme an einer Wette ermöglicht.*
- 2. Buchmacherin oder Buchmacher: wer gewerbsmäßig Wetten abschließt.*
- 3. Totalisatorin oder Totalisator: wer gewerbsmäßig Wetten vermittelt.*

Höhe der Abgabe

§ 3. Die Abgabe für das Halten von Wettterminals beträgt je Wettterminal und begonnenem Kalendermonat 350 Euro.

Abgabepflicht und Haftung

§ 4. (1) Abgabepflichtig ist die Unternehmerin oder der Unternehmer. Unternehmerin oder Unternehmer im Sinne dieses Gesetzes ist jede bzw jeder, in deren bzw dessen Namen oder auf deren bzw dessen Rechnung das Wettterminal gehalten wird. Sind zwei oder mehrere Unternehmerinnen bzw Unternehmer (Mitunternehmerinnen bzw Mitunternehmer) vorhanden, so sind sie als Gesamtschuldnerinnen bzw Gesamtschuldner abgabepflichtig. Die Inhaberin oder der Inhaber des für das Halten des Wettterminals benützten Raumes oder Grundstückes und die Eigentümerin oder der Eigentümer des Wettterminals gelten als Gesamtschuldnerinnen bzw Gesamtschuldner.

[...]

Anmeldung

§ 5. (1) Das Halten von Wettterminals ist spätestens einen Tag vor deren Aufstellung beim Magistrat anzuzeigen. Die Anmeldung hat sämtliche für die Bemessung der Abgabe in Betracht kommenden Angaben und den Ort des Haltens zu enthalten. Änderungen sind dem Magistrat spätestens einen Werktag vor dem Halten anzuzeigen. Die Anmeldung haben alle Gesamtschuldnerinnen bzw Gesamtschuldner (§ 4 Abs 1) gemeinsam vorzunehmen und dabei auch die Unternehmerin bzw den Unternehmer festzulegen, die oder der die Zahlungen zu leisten hat.

[...]

Festsetzung und Fälligkeit der Abgabenschuld

§ 6. (1) Die Anmeldung von Wettterminals (§ 5 Abs 1) gilt als Abgabenerklärung für die Dauer der Abgabepflicht. Die Abgabe ist erstmals zum Termin für die Anmeldung und in der Folge jeweils bis zum Letzten eines Monats für den Folgemonat zu entrichten.

(2) Die Verpflichtung zur Entrichtung der Abgabe endet erst mit Ablauf des Kalendermonates, in dem die Abmeldung des Wettterminals erfolgt oder die Abgabenbehörde sonst davon Kenntnis erlangt, dass der Apparat nicht mehr gehalten wird.

[...]

Strafbestimmungen

§ 8. (1) Handlungen oder Unterlassungen, durch welche die Abgabe verkürzt wird, sind als Verwaltungsübertretungen mit Geldstrafen bis 42.000 Euro zu bestrafen; für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe ist eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen festzusetzen. Die Verkürzung dauert so lange an, bis die bzw der Abgabepflichtige die Selbstbemessung nachholt oder die Abgabenbehörde die Abgabe bescheidmäßig festsetzt.

(2) Übertretungen des § 5 Abs 1 und 3 sind als Verwaltungsübertretungen mit Geldstrafen bis zu 420 Euro zu bestrafen; für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe ist eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu zwei Wochen festzusetzen.

(3) Mit der Strafe kann gleichzeitig der Verfall der Gegenstände, die mit der Straftat im ursächlichen Zusammenhang stehen, ausgesprochen werden.

[...]“

Die für den Streitfall maßgeblichen Bestimmungen des WNotifG lauten:

„ I. Allgemeines

Geltungsbereich

§ 1. (1) Entwürfe von Gesetzen und Verordnungen, die technische Vorschriften zum Gegenstand haben, sind nach Maßgabe unionsrechtlicher oder völkerrechtlicher Verpflichtungen entsprechend den Bestimmungen dieses Gesetzes einem Notifizierungsverfahren zu unterziehen, bevor die Erlassung des Gesetzes oder der Verordnung erfolgt.

(2) Dieses Gesetz gilt nicht für

[...]

Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Sinne dieses Gesetzes bedeutet:

1. Erzeugnis: Alle Erzeugnisse, die gewerblich hergestellt werden, sowie alle landwirtschaftlichen Erzeugnisse einschließlich Fischprodukte.

2. Dienst: Eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, das heißt jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf einer Empfängerin bzw eines Empfängers erbrachte Dienstleistung.

Im Sinne dieser Definition bezeichnet der Ausdruck:

a) im Fernabsatz erbrachte Dienstleistung: eine Dienstleistung, die ohne gleichzeitige physische Anwesenheit der Vertragsparteien erbracht wird, wobei Dienste, bei deren Erbringung die Erbringerin bzw der Erbringer oder die Empfängerin bzw der Empfänger gleichzeitig physisch anwesend sind, selbst wenn dabei elektronische Geräte benutzt werden, nicht unter diese Bestimmung fallen;

b) elektronisch erbrachte Dienstleistung: eine Dienstleistung, die mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung, einschließlich digitaler Kompression, und Speicherung von Daten am Ausgangspunkt gesendet und am Endpunkt empfangen und vollständig über Draht, über Funk, auf optischem oder anderem elektromagnetischem Wege gesendet, weitergeleitet und empfangen wird, wobei Dienste, die zwar mit elektronischen Geräten, aber in materieller Form erbracht werden, nicht unter diese Bestimmung fallen;

c) auf individuellen Abruf einer Empfängerin bzw eines Empfängers erbrachte Dienstleistung: eine Dienstleistung, die durch die Übertragung von Daten auf individuelle Anforderung erbracht wird, wobei Dienste, die im Wege einer Übertragung von Daten ohne individuellen Abruf gleichzeitig für eine unbegrenzte Zahl von einzelnen Empfängerinnen und Empfängern erbracht werden (Punkt-zu-Mehrpunkt-Übertragung), nicht unter diese Bestimmung fallen.

3. Technische Spezifikation: Spezifikation, die in einem Schriftstück enthalten ist, das Merkmale für ein Erzeugnis vorschreibt, wie Qualitätsstufen, Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit oder Abmessungen, einschließlich der Vorschriften über Verkaufsbezeichnung, Terminologie, Symbole, Prüfungen und Prüfverfahren, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung des Erzeugnisses sowie über Konformitätsbewertungsverfahren.

4. Sonstige Vorschrift: Eine Vorschrift für ein Erzeugnis, die keine technische Spezifikation ist und insbesondere zum Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher oder der Umwelt erlassen wird und die den Lebenszyklus des Erzeugnisses nach dem Inverkehrbringen betrifft, wie Vorschriften für Gebrauch, Wiederverwertung, Wiederverwendung oder Beseitigung, sofern diese Vorschriften die Zusammensetzung oder die Art des Erzeugnisses bzw seine Vermarktung wesentlich beeinflussen können.

5. Vorschrift betreffend Dienste: Eine allgemein gehaltene Vorschrift über den Zugang zu den in Z 2 genannten Diensten und über deren Betreibung, insbesondere Bestimmungen über die Erbringerin bzw den Erbringer von Diensten, die Empfängerin bzw den

Empfänger von Diensten und über die Dienste selbst, nicht jedoch Vorschriften, die nicht speziell auf diese Dienste abzielen.

Im Sinne dieser Definition gilt eine Vorschrift als speziell auf Dienste der Informationsgesellschaft abzielend, wenn sie nach ihrer Begründung und ihrem Wortlaut insgesamt oder in Form einzelner Bestimmungen ausdrücklich und gezielt auf die Regelung dieser Dienste abstellt.

Im Sinne dieser Definition ist eine Vorschrift nicht als speziell auf Dienste der Informationsgesellschaft abzielend zu betrachten, wenn sie sich lediglich indirekt oder im Sinne eines Nebeneffekts auf diese Dienste auswirkt.

6. Technische Vorschrift: Technische Spezifikationen, sonstige Vorschriften oder Vorschriften betreffend Dienste einschließlich der einschlägigen Verwaltungsvorschriften, deren Beachtung rechtlich oder de facto (technische De-facto-Vorschrift) für das Inverkehrbringen von Produkten und deren Verwendung, die Erbringung eines Dienstes oder die Niederlassung einer Erbringerin bzw eines Erbringers von Diensten im Land Wien verbindlich ist, sowie die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, mit denen die Herstellung, die Einfuhr, das Inverkehrbringen oder die Verwendung eines Erzeugnisses oder die Erbringung oder die Nutzung eines Dienstes oder die Niederlassung als Erbringerin oder Erbringer von Diensten verboten werden.

7. Technische De-facto-Vorschriften sind insbesondere:

a) die Rechts- oder Verwaltungsvorschriften, in denen entweder auf technische Spezifikationen, sonstige Vorschriften oder Vorschriften betreffend Dienste oder auf Berufskodizes bzw Verhaltenskodizes, die ihrerseits einen Verweis auf technische Spezifikationen, sonstige Vorschriften oder Vorschriften betreffend Dienste enthalten, verwiesen wird und deren Einhaltung eine Konformität mit den durch die genannten Rechts- oder Verwaltungsvorschriften festgelegten Bestimmungen vermuten lässt;

b) freiwillige Vereinbarungen, bei denen das Land Wien Vertragspartei ist und die im öffentlichen Interesse die Einhaltung von technischen Spezifikationen, sonstigen Vorschriften oder Vorschriften betreffend Dienste, mit Ausnahme der Vergabevorschriften im öffentlichen Beschaffungswesen, bezwecken;

c) die technischen Spezifikationen, sonstigen Vorschriften oder Vorschriften betreffend Dienste, die mit steuerlichen oder finanziellen Maßnahmen verbunden sind, die auf den Verbrauch der Erzeugnisse oder die Inanspruchnahme der Dienste Einfluss haben, indem sie die Einhaltung dieser technischen Spezifikationen, sonstigen Vorschriften oder Vorschriften betreffend Dienste fördern; dies gilt nicht für technische Spezifikationen, sonstige Vorschriften oder Vorschriften betreffend Dienste, die die nationalen Systeme der sozialen Sicherheit betreffen.

8. Entwurf einer technischen Vorschrift: Text einer technischen Spezifikation, einer sonstigen Vorschrift oder einer Vorschrift betreffend Dienste einschließlich Verwaltungsvorschriften, der ausgearbeitet worden ist, um diese als technische Vorschrift

festzuschreiben oder letztlich festschreiben zu lassen, und der sich in einem Stadium der Ausarbeitung befindet, in dem noch wesentliche Änderungen möglich sind.

II. Informationsverfahren

Notifizierungen (Mitteilungen)

§ 3. (1) Entwürfe von Gesetzen und Verordnungen, die technische Vorschriften zum Gegenstand haben, sind dem Bund zwecks Übermittlung an die Europäische Kommission mitzuteilen (Notifizierung). Sofern eine vollständige Übertragung einer internationalen oder europäischen Norm erfolgen soll, reicht die Mitteilung aus, um welche Norm es sich handelt. Bestehen nach anderen völkerrechtlichen Verpflichtungen weitere Notifizierungspflichten, so ist auch diesen nachzukommen.

[...]

Anhörungsfristen und Sofortmaßnahmen

§ 4. (1) Die Anhörungsfrist beginnt mit Eingang der Notifizierung bei der Europäischen Kommission und beträgt drei Monate.

[...]

Zuständigkeit

§ 5. (1) Geschäftsstelle für die Notifizierung technischer Vorschriften ist das Amt der Wiener Landesregierung.

(2) (Verfassungsbestimmung) Gesetzesvorlagen, die einer Notifizierungspflicht unterliegen, sind vom Präsidenten des Landtages dem zuständigen Ausschuß oder einer vom Landtag hiefür gewählten Kommission mit Hinweis auf diesen Umstand zur Behandlung zuzuweisen. Der Ausschuß oder die Kommission hat - falls nicht schon eine Notifizierung erfolgt ist - vor Fassung eines Beschlusses, der eine Verhandlung im Landtag ermöglicht, die Gesetzesvorlage dem Amt der Landesregierung zu erforderlichen Notifizierung zu übermitteln. Eine Weiterleitung an den Landtag ist erst nach Ablauf der Anhörungsfristen zulässig.

(3) Die Geschäftsstelle hat das vom Bund bestätigte Eingangsdatum der internationalen Notifizierung sowie rücklangende Bemerkungen oder Bekanntgaben in Evidenz zu halten und dem Ausschuß oder der Kommission oder dem für die Erlassung der Verordnung zuständigen Organ bekanntzugeben.

[...]“

In Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft (RL 2015/1535) heißt es:

" Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck:

[...]“

b) 'Dienst' eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, d. h. jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung.

Im Sinne dieser Definition bezeichnet der Ausdruck

i) 'im Fernabsatz erbrachte Dienstleistung' eine Dienstleistung, die ohne gleichzeitige physische Anwesenheit der Vertragsparteien erbracht wird;

ii) 'elektronisch erbrachte Dienstleistung' eine Dienstleistung, die mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung (einschließlich digitaler Kompression) und Speicherung von Daten am Ausgangspunkt gesendet und am Endpunkt empfangen wird und die vollständig über Draht, über Funk, auf optischem oder anderem elektromagnetischem Wege gesendet, weitergeleitet und empfangen wird;

iii) 'auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung' eine Dienstleistung die durch die Übertragung von Daten auf individuelle Anforderung erbracht wird.

Eine Beispielliste der nicht unter diese Definition fallenden Dienste findet sich in Anhang I;

c) 'technische Spezifikation' eine Spezifikation, die in einem Schriftstück enthalten ist, das Merkmale für ein Erzeugnis vorschreibt, wie Qualitätsstufen, Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit oder Abmessungen, einschließlich der Vorschriften über Verkaufsbezeichnung, Terminologie, Symbole, Prüfungen und Prüfverfahren, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung des Erzeugnisses sowie über Konformitätsbewertungsverfahren.

Unter den Begriff 'technische Spezifikation' fallen ferner die Herstellungsmethoden und -verfahren für die landwirtschaftlichen Erzeugnisse gemäß Artikel 38 Absatz 1 Unterabsatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), für die Erzeugnisse, die zur menschlichen und tierischen Ernährung bestimmt sind, für die Arzneimittel gemäß Artikel 1 der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (5) sowie die Herstellungsmethoden und -verfahren für andere Erzeugnisse, sofern sie die Merkmale dieser Erzeugnisse beeinflussen;

d) 'sonstige Vorschrift' eine Vorschrift für ein Erzeugnis, die keine technische Spezifikation ist und insbesondere zum Schutz der Verbraucher oder der Umwelt erlassen wird und den Lebenszyklus des Erzeugnisses nach dem Inverkehrbringen betrifft, wie Vorschriften für Gebrauch, Wiederverwertung, Wiederverwendung oder Beseitigung, sofern diese Vorschriften die Zusammensetzung oder die Art des Erzeugnisses oder seine Vermarktung wesentlich beeinflussen können;

e) 'Vorschrift betreffend Dienste' eine allgemein gehaltene Vorschrift über den Zugang zu den Aktivitäten der unter Buchstabe b genannten Dienste und über deren Betreibung, insbesondere Bestimmungen über den Erbringer von Diensten, die Dienste und den Empfänger von Diensten, unter Ausschluss von Regelungen, die nicht speziell auf die unter dieser Nummer definierten Dienste abzielen.

Im Sinne dieser Definition

- i) gilt eine Vorschrift als speziell auf Dienste der Informationsgesellschaft abzielend, wenn sie nach ihrer Begründung und ihrem Wortlaut insgesamt oder in Form einzelner Bestimmungen ausdrücklich und gezielt auf die Regelung dieser Dienste abstellt;*
- ii) ist eine Vorschrift nicht als speziell auf die Dienste der Informationsgesellschaft abzielend zu betrachten, wenn sie sich lediglich indirekt oder im Sinne eines Nebeneffekts auf diese Dienste auswirkt;*
- f) 'technische Vorschrift' technische Spezifikationen oder sonstige Vorschriften oder Vorschriften betreffend Dienste, einschließlich der einschlägigen Verwaltungsvorschriften, deren Beachtung rechtlich oder de facto für das Inverkehrbringen, die Erbringung des Dienstes, die Niederlassung eines Erbringers von Diensten oder die Verwendung in einem Mitgliedstaat oder in einem großen Teil dieses Staates verbindlich ist, sowie - vorbehaltlich der in Artikel 7 genannten Bestimmungen - die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, mit denen Herstellung, Einfuhr, Inverkehrbringen oder Verwendung eines Erzeugnisses oder Erbringung oder Nutzung eines Dienstes oder die Niederlassung als Erbringer von Diensten verboten werden.*

Technische De-facto-Vorschriften sind insbesondere:

- i) die Rechts- oder Verwaltungsvorschriften eines Mitgliedstaats, in denen entweder auf technische Spezifikationen oder sonstige Vorschriften oder auf Vorschriften betreffend Dienste oder auf Berufskodizes oder Verhaltenskodizes, die ihrerseits einen Verweis auf technische Spezifikationen oder sonstige Vorschriften oder auf Vorschriften betreffend Dienste enthalten, verwiesen wird und deren Einhaltung eine Konformität mit den durch die genannten Rechts- oder Verwaltungsvorschriften festgelegten Bestimmungen vermuten lässt;*
- ii) die freiwilligen Vereinbarungen, bei denen der Staat Vertragspartei ist und die im öffentlichen Interesse die Einhaltung von technischen Spezifikationen oder sonstigen Vorschriften oder von Vorschriften betreffend Dienste mit Ausnahme der Vergabevorschriften im öffentlichen Beschaffungswesen bezwecken;*
- iii) die technischen Spezifikationen oder sonstigen Vorschriften oder die Vorschriften betreffend Dienste, die mit steuerlichen oder finanziellen Maßnahmen verbunden sind, die auf den Verbrauch der Erzeugnisse oder die Inanspruchnahme der Dienste Einfluss haben, indem sie die Einhaltung dieser technischen Spezifikationen oder sonstigen Vorschriften oder Vorschriften betreffend Dienste fördern; dies gilt nicht für technische Spezifikationen oder sonstige Vorschriften oder Vorschriften betreffend Dienste, die die nationalen Systeme der sozialen Sicherheit betreffen.*

Dies betrifft die technischen Vorschriften, die von den durch die Mitgliedstaaten benannten Behörden festgelegt werden und in einer von der Kommission ausgearbeiteten und gegebenenfalls aktualisierten Liste im Rahmen des Ausschusses nach Artikel 2 aufgeführt sind.

Änderungen dieser Liste werden nach demselben Verfahren vorgenommen;

g) 'Entwurf einer technischen Vorschrift' den Wortlaut einer technischen Spezifikation oder einer sonstigen Vorschrift oder einer Vorschrift betreffend Dienste einschließlich Verwaltungsvorschriften, der ausgearbeitet worden ist, um diese als technische Vorschrift festzuschreiben oder letztlich festschreiben zu lassen, und der sich im Stadium der Ausarbeitung befindet, in dem noch wesentliche Änderungen möglich sind."

Art. 5 der RL 2015/1535 bestimmt:

"(1) Vorbehaltlich des Artikels 7 übermitteln die Mitgliedstaaten der Kommission unverzüglich jeden Entwurf einer technischen Vorschrift, sofern es sich nicht um eine vollständige Übertragung einer internationalen oder europäischen Norm handelt; in diesem Fall reicht die Mitteilung aus, um welche Norm es sich handelt. Sie unterrichten die Kommission gleichzeitig in einer Mitteilung über die Gründe, die die Festlegung einer derartigen technischen Vorschrift erforderlich machen, es sei denn, die Gründe gehen bereits aus dem Entwurf hervor."

Art. 6 RL 2015/1535 sieht vor:

"(1) Die Mitgliedstaaten nehmen den Entwurf einer technischen Vorschrift nicht vor Ablauf von drei Monaten nach Eingang der Mitteilung gemäß Artikel 5 Absatz 1 bei der Kommission an."

[...]

(7) Die Absätze 1 bis 5 gelten nicht, wenn ein Mitgliedstaat

a) aus dringenden Gründen, die durch eine ernste und unvorhersehbare Situation entstanden sind und sich auf den Schutz der Gesundheit von Menschen und Tieren, die Erhaltung von Pflanzen oder die Sicherheit und im Falle von Vorschriften betreffend Dienste auch auf die öffentliche Ordnung, insbesondere auf den Jugendschutz beziehen, gezwungen ist, ohne die Möglichkeit einer vorherigen Konsultation in kürzester Frist technische Vorschriften auszuarbeiten, um sie unverzüglich zu erlassen und in Kraft zu setzen, oder

b) aus dringenden Gründen, die durch eine ernste Situation entstanden sind und sich auf den Schutz der Sicherheit und der Integrität des Finanzsystems, insbesondere auf den Schutz der Einleger, der Anleger und der Versicherten, beziehen, gezwungen ist, unverzüglich Vorschriften betreffend die Finanzdienstleistungen zu erlassen und in Kraft zu setzen.

Der Mitgliedstaat begründet in der in Artikel 5 genannten Mitteilung die Dringlichkeit der betreffenden Maßnahmen. Die Kommission äußert sich binnen kürzester Frist zu dieser Mitteilung. Bei missbräuchlicher Anwendung dieses Verfahrens trifft sie die erforderlichen Maßnahmen. Das Europäische Parlament wird von der Kommission regelmäßig unterrichtet."

Art. 7 Abs. 4 der RL 2015/1535 lautet:

"Artikel 6 gilt nicht für technische Spezifikationen oder sonstige Vorschriften oder für Vorschriften betreffend Dienste im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 Buchstabe f Unterabsatz 2 Ziffer iii."

Zunächst wird festgehalten, dass im Allgemeinen übereinstimmend von folgendem Verständnis der zitierten Normen ausgegangen wird:

Der Begriff technische Vorschrift iSd § 2 Z 6 WNotifG bzw. Art. 1 Abs. 1 Buchst. f der RL 2015/1535 (entspricht Art. 1 Nr. 11 der RL 98/34) umfasst vier Kategorien von Maßnahmen (zB EuGH 4.2.2016, C-336/14, Ince, Rn 69), nämlich

- erstens „technische Spezifikationen“ iSd § 2 Z 3 WNotifG bzw. Art. 1 Abs. 1 Buchst. c RL 2015/1535 (entspricht Art. 1 Nr. 3 der RL 98/34),
- zweitens „sonstige Vorschriften“ gemäß der Definition in § 2 Z 4 WNotifG bzw. Art. 1 Abs. 1 Buchst. d der RL 2015/1535 (entspricht Art. 1 Nr. 4 der RL 98/34),
- drittens „Vorschriften betreffend Dienste“ nach § 2 Z 5 WNotifG bzw. Art. 1 Abs. 1 Buchst. e der RL 2015/1535 (entspricht Art. 1 Nr. 5 der RL 98/34)

alle drei jeweils einschließlich der einschlägigen Verwaltungsvorschriften, deren Beachtung rechtlich oder de facto (technische De-facto-Vorschrift) für das Inverkehrbringen von Produkten und deren Verwendung, die Erbringung eines Dienstes oder die Niederlassung einer Erbringerin bzw. eines Erbringers von Diensten im Land Wien verbindlich ist und

- viertens „Rechts- und Verwaltungsvorschriften, mit denen die Herstellung, die Einfuhr, das Inverkehrbringen oder die Verwendung eines Erzeugnisses oder die Erbringung oder die Nutzung eines Dienstes oder die Niederlassung als Erbringer von Diensten verboten werden.

Einleitend wird darauf hingewiesen, dass der EuGH bereits betreffend eine ungarische Abgabe auf den Betrieb von Geldspielautomaten in Spielhallen ausgesprochen hat, dass es sich dabei nicht um „technische Vorschriften“ im Sinn des Art. 1 Nr. 11 der RL 98/34 (entspricht Art. 1 Abs. 1 Buchst. f der RL 2015/1535 bzw. § 2 Z 6 WNotifG) handelt (EuGH 11.06.2015, C - 98/14, Berlington, Rn 100).

Wenn die beschwerdeführende Partei dieses Urteil des EuGH darauf eingeschränkt sehen will, dass in diesem Fall der EuGH nur zu beurteilen gehabt hätte, ob eine Steuer auf Spielautomaten eine "technische De-facto-Vorschrift" im Sinne des Art. 1 Nr. 11 dritter Gedankenstrich der RL 98/34 darstelle, so ist dem der Wortlaut in Rn 100 des Urteiles des EuGH vom 11.06.2015, C - 98/14, entgegenzuhalten, dem zufolge *"nationale Rechtsvorschriften, die den Betrag einer Pauschalsteuer auf den Betrieb von Geldautomaten verünfachen und darüber hinaus eine Proportionalsteuer auf diese Tätigkeit einführen, keine 'technischen Vorschriften' im Sinne der Bestimmung des Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie 98/34 sind"*. Eine Einschränkung auf "technische De-facto-Vorschriften" ist daraus nicht zu erkennen.

Die beschwerdeführende Partei macht geltend, dass es sich bei den Vorschriften des WWAG um "Sonstige Vorschriften" iSd § 2 Z 4 WNotifG bzw. Art 1 Abs. 1 Buchst d

der RL 2015/1535 und um "Vorschriften betreffend Dienste" iSd § 2 Z 5 WNotifG bzw. Art. 1 Abs. 1 Buchst. e der RL 2015/1535 handle. Dazu ist Folgendes festzuhalten:

Sonstige Vorschrift:

Die beschwerdeführende Partei bringt vor, bei den Bestimmungen des WWAG handle es sich aus den oben näher dargestellten Gründen um eine sonstige Vorschrift iSd § 2 Z 4 WNotifG. Dazu wird im Wesentlichen behauptet, durch die durch das WWAG eingeführte Besteuerung werde der Markt für Wettterminals verkleinert und daher deren Lebenszyklus verkürzt.

Bei einer „sonstigen Vorschrift“ handelt es sich gemäß § 2 Z 4 WNotifG bzw. Art. 1 Abs. 1 Buchst. d der RL 2015/1535 (entspricht Art. 1 Nr. 4 der RL 98/34) um eine Vorschrift für ein Erzeugnis, die keine technische Spezifikation ist und insbesondere zum Schutz der Verbraucher oder der Umwelt erlassen wird und die den Lebenszyklus des Erzeugnisses nach dem Inverkehrbringen betrifft, wie beispielsweise Vorschriften für Gebrauch, Wiederverwertung, Wiederverwendung oder Beseitigung, sofern diese Vorschriften die Zusammensetzung oder die Art des Erzeugnisses bzw. seine Vermarktung wesentlich beeinflussen können.

Der Begriff sonstige Vorschrift stellt auf den Lebenszyklus eines Erzeugnisses nach seinem Inverkehrbringen ab (EuGH 4.2.2016, Rs. C-336/14, Ince, Rn 72).

Eine nationale Maßnahme kann nur dann als „sonstige Vorschrift“ im Sinne von Art. 1 Nr. 4 der Richtlinie 98/34 (entspricht Art. 1 Abs. 1 Buchst. d der RL 2015/1535) eingestuft werden, wenn sie eine „Vorschrift“ darstellt, die die Zusammensetzung, die Art oder die Vermarktung des betreffenden Erzeugnisses wesentlich beeinflussen kann. Es ist jedoch zu überprüfen, ob eine solche Maßnahme als „Vorschrift“ für den Gebrauch des betreffenden Erzeugnisses einzustufen ist oder ob es sich vielmehr um eine nationale Maßnahme handelt, die zur in Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie 98/34 aufgeführten Kategorie technischer Vorschriften gehört. Welcher der beiden Kategorien technischer Vorschriften eine nationale Maßnahme angehört, hängt von der Tragweite des Verbots ab, das durch diese Maßnahme ausgesprochen wird (EuGH 13.10.2016, C-303/15, M. und S., Rn 21 mwN; EuGH 21.4.2005, C-267/03, Lindberg, Rn 72 ff).

Es obliegt dem Gericht zu prüfen, ob die „Vorschriften“ die Art und die Vermarktung der Erzeugnisse wesentlich beeinflussen können (in diesem Sinne EuGH 19.7.2012, C-213/11 ua, Fortuna, Rn 37; EuGH 21.4.2005, C-267/03, Lindberg, Rn 77).

Eine Regelung gilt zusammengefasst nur dann als „sonstige Vorschrift“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Buchst. d der RL 2015/1535 und fällt somit auch nur dann unter § 2 Z 4 WNotifG, wenn sie eine Vorschrift darstellt, die die Vermarktung des betreffenden Erzeugnisses (= Wettterminals) wesentlich beeinflussen kann. Es obliegt dem nationalen Gericht zu prüfen, ob die Maßnahme (= die Wettterminalabgabe) geeignet ist, die Vermarktung (von Wettterminals) wesentlich zu beeinflussen.

Eine wesentlichen Beeinflussung der Vermarktung der Wettterminals durch das WWAG kann vom erkennenden Senat nicht nachvollzogen werden. Wie die Vertreterin des Magistrates der Stadt Wien in der mündlichen Verhandlung dargetan hat, ist die Anzahl von Wettterminals in Wien im Wesentlichen konstant. Darüber hinaus hat auch der Verfassungsgerichtshof dazu in seinen Beschlüssen, in denen er die Behandlung der Beschwerden abgelehnt hat, Folgendes festgehalten (vgl. bspw. VfGH 01.12.2018, E 1854/2018):

"Der primäre Zweck der Abgabe nach dem Wiener Wettterminalabgabengesetz (WWAG), LGBl. für Wien 32/2016, liegt in der Beschaffung von Einnahmen: Auch wenn nach den Materialien zum WWAG die Besteuerung im Hinblick auf die besonderen Umstände, die in der einfachen und anonymen Bedienungsmöglichkeit von Wettterminals und der damit einhergehenden hohen Akzeptanz bei potentiellen Kundinnen und Kunden liegen, erfolgt und es vor diesem Hintergrund "zweckmäßig [ist], Wettterminals einer besonderen Besteuerung zu unterziehen, um diese Form der Wetten zurückzudrängen, zumal auch dieser Bereich unter dem Aspekt der Spielsucht mit all seinen negativen gesellschaftlichen Folgen zu betrachten ist" (IA, LG - 00689-2016/0001/LAT), vermag der Verfassungsgerichtshof entgegen dem Beschwerdevorbringen nicht zu erkennen, dass die Abgabe einem Verbot des Haltens von Wettterminals gleichkäme. Ein solches Verbot ist im WWAG weder angeordnet noch kann ein solches faktisch aus der Höhe der Abgabenbelastung, die bei € 11,50 am Tag liegt, oder sonstigen Regelungen des WWAG abgeleitet werden (vgl. auch VfSlg. 19580/2011).

Im Übrigen vermag der Verfassungsgerichtshof auch nicht zu erkennen, dass Bestimmungen des Wiener Notifizierungsgesetzes, LGBl. für Wien 28/1996, idF LGBL für Wien 32/2003, verletzt wurden."

Dieser Aussage kann sich der erkennende Senat nur anschließen, zumal auch dem Urteil des EuGH in der Rechtssache C-98/14 zu entnehmen ist, dass eine nationale Vorschrift, die eine Pauschalsteuer auf das Halten von Wettterminals einführt, keine "technische Vorschrift" im Sinn der RL 2015/1535 ist, sondern nur jene nationalen Vorschriften, welche die Verwendung von elektrischen, elektromechanischen oder elektronischen Spielen an öffentlichen oder privaten Orten mit Ausnahme von Spielcasinos verbieten, als technische Vorschriften im Sinne der RL 2015/1535 zu qualifizieren sind (vgl. auch EuGH 19.07.2012, C-213/11 , C-214/11 und C-2017/11, Rn 24 und 40).

Schon aufgrund der Höhe der Wettterminalabgabe von 350 Euro pro Wettterminal und Monat und (somit rund 11,50 EUR pro Tag und Wettterminal bei täglichem Betrieb) würde sich das WWAG als untaugliches Mittel darstellen, den Betrieb von Wettterminals einzuschränken oder zu verunmöglichen.

Die diesbezüglich von der beschwerdeführenden Partei formulierte Frage zur Vorabentscheidung an den EuGH, ob von Art. 1 Abs. 1 lit. d RL 2015/1535 nur jene Vorschriften erfasst werden sollen, die primär oder vorwiegend zum Schutz der Verbraucher oder der Umwelt erlassen werden, kann schon deshalb dahingestellt bleiben,

weil ein Einfluss auf den Lebenszyklus der Wettterminals durch das WWAG nicht festgestellt werden kann.

Auch zu den weiteren Fragen, die nach Meinung der beschwerdeführenden Partei dem EuGH vorgelegt werden sollen, ist festzuhalten, dass der EuGH bereits wiederholt die Aussage getroffen hat, dass nationale Bestimmungen nur dann als "sonstige Vorschrift[en]" im Sinne von Art. 1 Nr. 4 der Richtlinie 98/34 (entspricht Art. 1 Abs. 1 Buchst. d der RL 2015/1535) eingestuft werden können, wenn sie "Vorschriften" darstellen, die die Zusammensetzung, die Art oder die Vermarktung des betreffenden Erzeugnisses wesentlich beeinflussen können (vgl. EuGH 19.07.2012, C-213/11 , C-214/11 und C-2017/11, Rn 35).

Soweit sich die Fragen aber auf die Auslegung von Art. 1 Abs. 6 der RL 2015/1535 beziehen, ist festzuhalten, dass sich der erkennende Senat in seiner Begründung für die Nichtanwendbarkeit der RL 2015/1535 im gegenständlichen Fall nicht auf Art. 1 Abs. 6 der RL 2015/1535 beruft, weil es nicht naheliegend erscheint, dass mit "Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten im Rahmen der Verträge zum Schutz von Personen, insbesondere der Arbeitnehmer, bei der Verwendung von Erzeugnissen für erforderliche halten" auch Spielerinnen und Spieler im Hinblick auf eine mögliche Spielsucht geschützt werden sollen.

Vorschrift betreffend Dienste:

Die beschwerdeführende Partei bringt weiters vor, beim Halten eines Wettterminals handle es sich aus den oben näher dargestellten Gründen um einen Dienst bzw. eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft.

Der Magistrat der Stadt Wien vertritt den Standpunkt, nicht der Wettabschluss bzw. die Vermittlung des Wettabschlusses selbst sei Gegenstand der Wettterminalabgabe, sondern das Halten eines Wettterminals. Darunter zu verstehen sei das Bereithalten eines funktionstüchtigen Wettterminals, welches auch dann steuerpflichtig sei, wenn überhaupt keine Vermittlung eines Wettabschlusses erfolge.

Die beschwerdeführende Partei vertritt hingegen die Ansicht, bereits das Halten eines Wettterminals selbst stelle eine Dienstleistung (der Informationsgesellschaft) dar.

„Dienst“ iSd WNotifG bedeutet gemäß § 2 Z 2 WNotifG eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, das heißt jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf einer Empfängerin bzw. eines Empfängers erbrachte Dienstleistung.

Eine Vorschrift betreffend Dienste ist gemäß § 2 Z 5 WNotifG bzw. Art. 1 Abs. 1 Buchst. e der RL 2015/1535 (entspricht Art. 1 Nr. 5 der RL 98/34) eine allgemein gehaltene Vorschrift über den Zugang zu den in § 2 Z 2 WNotifG bzw. Art. 1 Abs. 1 Buchst. b der RL 2015/1535 (entspricht Art. 1 Nr. 2 der RL 98/34) genannten Dienstleistungen der Informationsgesellschaft und über deren Betreibung, insbesondere

Bestimmungen über den Erbringer oder den Empfänger von Diensten und über die Dienste selbst, nicht jedoch eine Vorschrift, die nicht speziell auf diese Dienste abzielt.

Danach gilt eine Vorschrift als speziell auf Dienste der Informationsgesellschaft abzielend, wenn sie nach ihrer Begründung und ihrem Wortlaut insgesamt oder in Form einzelner Bestimmungen ausdrücklich und gezielt auf die Regelung dieser Dienste abstellt.

Hingegen ist eine Vorschrift nicht als speziell auf Dienste der Informationsgesellschaft abzielend zu betrachten, wenn sie sich lediglich indirekt oder im Sinn eines Nebeneffekts auf diese Dienste auswirkt.

Bestimmungen können als „Vorschriften betreffend Dienste“ qualifiziert werden, wenn sie eine „Dienstleistung der Informationsgesellschaft“ betreffen. Dazu zählen das Verbot des Anbietens von Glücksspielen im Internet, die Ausnahmen von diesem Verbot, die Beschränkungen der Möglichkeit, Sportwetten über Telekommunikationsmittel anzubieten sowie das Verbot der Werbung für Glücksspiel im Internet oder über Telekommunikationsmittel. Hingegen stellen Bestimmungen, in denen die Erlaubnispflicht für die Veranstaltung oder die Annahme von Sportwetten und die Unmöglichkeit der Erteilung einer solchen Erlaubnis an private Anbieter normiert werden, keine „Dienstleistung der Informationsgesellschaft“ und somit keine „technischen Vorschriften“ dar. Nationale Bestimmungen, die lediglich die Voraussetzungen für die Niederlassung oder die Erbringung von Dienstleistungen der Unternehmen vorsehen, wie Bestimmungen, die die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit von einer vorigen Erlaubnis abhängig machen, sind nämlich keine technischen Vorschriften (EuGH 4.2.2016, Rs C-336/14 , Ince, Rn 75 f).

Bei der Vermittlung von Wettabschlüssen an den streitgegenständlichen Wettterminals handelt es sich offensichtlich um Dienstleistungen der Informationsgesellschaft im gegenständlichen Sinn. Denn die Vermittlung der Wettabschlüsse erfolgt gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz auf individuellen Abruf.

Betrachtet man im Sinne des Vorbringens der beschwerdeführenden Partei das Halten eines Wettterminals iSd WWAG als einen Dienst bzw. eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft iSd § 2 Z 2 WNotifG , so zeigt sich folgendes Bild:

Weder enthalten die §§ 1 und 2 Z 1 WWAG Vorschriften über den Zugang zu diesem Dienst (Halten eines Wettterminals), noch über dessen Betreibung. Sie enthalten weder Bestimmungen über den Erbringer noch den Empfänger dieses Dienstes, und auch keine Vorschriften über diesen Dienst selbst.

Das WWAG stellt seinem Wortlaut und seiner Begründung nach nicht ausdrücklich und gezielt darauf ab, diesen Dienst (Halten eines Wettterminals) zu regeln.

Der Steuersatz ist mit fixen Monatsbeträgen festgesetzt, sohin unabhängig von der Intensität der Inanspruchnahme und unabhängig vom Abschluss bzw. von der Vermittlung der einzelnen Wetten. Auch dann, wenn in einem ganzen Monat kein einziger Wettabschluss erfolgt, besteht die Steuerpflicht.

Das WWAG definiert lediglich den Steuergegenstand der Wettterminalabgabe und wirkt sich damit lediglich indirekt bzw. im Sinn eines Nebeneffekts insofern auf diesen Dienst (Halten eines Wettterminals) aus, als das WWAG durch die finanziellen Auswirkungen der Abgabe auf die kaufmännische Entscheidung Einfluss nimmt, ob das Halten eines Wettterminals begonnen, fortgesetzt oder beendet werden soll.

Damit zielen die Vorschriften der §§ 1 und 2 Z 1 WWAG jedoch nicht speziell auf diesen Dienst (Halten eines Wettterminals) ab.

Es handelt sich daher bei der Regelung der §§ 1 und 2 Z 1 WWAG bzw. allgemein beim WWAG nicht um eine Vorschrift betreffend Dienste iSd § 2 Z 5 WNotifG bzw. Art. 1 Abs. 1 Buchst. e der RL 2015/1535 (so auch BFG 28.08.2018, RV/7400062/2017).

Die beschwerdeführende Partei behauptet zwar nicht, dass bei den gesetzlichen Bestimmungen des WWAG eine der anderen Kategorien an "technischen Vorschriften" iSd § 2 Z 6 WNotifG bzw. Art. 1 Abs. 1 Buchst. f der RL 2015/1535 vorliegt, dennoch erscheint es notwendig (wie auch das Bundesfinanzgericht in seinem Erkenntnis vom 28.08.2018, RV/7400062/2017), auch dazu folgende Überlegungen anzustellen:

Technische Spezifikation:

Eine „technische Spezifikation“ ist gemäß § 2 Z 3 WNotifG bzw. Art. 1 Abs. 1 Buchst. c der RL 2015/1535 (entspricht Art. 1 Nr. 3 der RL 98/34) eine Spezifikation, die in einem Schriftstück enthalten ist, das „Merkmale für ein Erzeugnis vorschreibt, wie Qualitätsstufen, Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit oder Abmessungen, einschließlich der Vorschriften über Verkaufsbezeichnung, Terminologie, Symbole, Prüfungen und Prüfverfahren, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung des Erzeugnisses“ sowie über Konformitätsbewertungsverfahren.

Nach der Rechtsprechung des EuGH setzt der Begriff „technische Spezifikation“ voraus, dass sich die nationale Maßnahme auf das Erzeugnis oder seine Verpackung als solche bezieht und daher eines der Merkmale für ein Erzeugnis festlegt (vgl. z.B. EuGH 13.10.2016, C-303/15, M. und S., Rn 19; EuGH 4.2.2016, Rs C-336/14, Ince, Rn 71; EuGH 19.7.2012, C-213/11 ua, Fortuna, Rn 29; EuGH 21.4.2005, C-267/03, Lindberg, Rn 57).

Wenn eine nationale Maßnahme hingegen Voraussetzungen für die Gründung von Unternehmen – wie Bestimmungen, die die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit von einer vorherigen Erlaubnis abhängig machen – vorsieht, stellen diese Voraussetzungen keine technischen Spezifikationen dar (EuGH 13.10.2016, C - 303/15, M.und S., Rn 19).

Eine Vorschrift, die für die Ausübung einer Betätigung auf dem Gebiet der Roulettespiele, Kartenspiele, Würfelspiele und Automaten Spiele eine Konzession zum Betrieb eines Spielkasinos verlangt, stellt keine „technische Spezifikation“ dar, da sie sich nicht auf das Erzeugnis oder seine Verpackung als solche bezieht und nicht eines der Merkmale für ein Erzeugnis vorschreibt (EuGH 13.10.2016, C - 303/15, M. und S., Rn 23).

Das WWAG bestimmt, dass für das Halten von Wettterminals im Gebiet der Stadt Wien eine Abgabe (die Wettterminalabgabe) zu entrichten ist (§ 1 WWAG).

In den Begriffsbestimmungen des § 2 WWAG wird in Z 1 definiert, was unter einem Wettterminal iSd WWAG zu verstehen ist. Danach ist ein Wettterminal eine Wettannahmestelle an einem bestimmten Standort, die über eine Datenleitung mit einer Buchmacherin bzw. einem Buchmacher oder einer Totalisatorin bzw. einem Totalisator verbunden ist und einer Person unmittelbar die Teilnahme an einer Wette ermöglicht.

Ebenso werden in § 2 die Begriffe Buchmacher(in) und Totalisator(in) definiert.

Die Definition des § 2 Z 1 WWAG erfasst sowohl Wettterminals, die nach dem Wiener Wettengesetz über eine entsprechende Bewilligung verfügen, sowie auch Wettterminals, welche über keine derartige Bewilligung verfügen bzw. keine solche Bewilligung erhalten können.

Das WWAG macht dabei keine Vorgaben über die technische Ausgestaltung eines Wettterminals. Jedes Wettterminal unterliegt der Abgabepflicht nach dem WWAG .

Die Wettterminaldefinition des § 2 Z 1 WWAG beschreibt vielmehr Wettterminals lediglich in einer allgemeinen Weise (vgl. in diesem Sinne auch EuGH 10.7.2014, C-307/13 , Ivansson, Rn 22), ohne Merkmale wie Qualitätsstufen, Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit oder Abmessungen, einschließlich der Vorschriften über Verkaufsbezeichnung, Terminologie, Symbole, Prüfungen und Prüfverfahren, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung eines Wettterminals vorzuschreiben und legt damit lediglich den Steuergegenstand des WWAG fest.

Das WWAG bezieht sich zwar auf „Erzeugnisse“ (Wettterminals), die bei der Tätigkeit zum Einsatz kommen (vgl. etwa EuGH 4.2.2016, Ince, C—336/ 14, Rn. 71). Konkrete Merkmale betreffend Wettterminals werden im WWAG - anders als im Wiener Wettengesetz - aber nicht geregelt. Im WWAG wird lediglich beschrieben, welche Funktion das Wettterminal erfüllt; es handelt sich insoweit wohl um „beschreibende Elemente“ (vgl. hierzu EuGH 13.10.2016, M. und S., 0303/15, Rn. 28), nicht um „Vorschriften“.

Die Definition eines Wettterminals in § 2 Z 1 WWAG sowie das WWAG allgemein stellen daher keine „technische Spezifikation“ iSd § 2 Z 3 WNotifG bzw. Art. 1 Abs. 1 Buchst c der RL 2015/1535 dar (vgl. BFG 28.08.2018, RV/7400062/2017).

Verbot:

Technische Vorschriften sind gemäß § 2 Z 6 WNotifG bzw. Art. 1 Abs. 1 Buchst. f der RL 2015/1535 (entspricht Art. 1 Nr. 11 der RL 98/34) [...] die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, mit denen die Herstellung, die Einfuhr, das Inverkehrbringen oder die Verwendung eines Erzeugnisses oder die Erbringung oder die Nutzung eines Dienstes oder die Niederlassung als Erbringer von Diensten verboten werden.

Die dritte Kategorie technischer Vorschriften in Art 1 Nr 11 der RL 98/34, die ein Verbot insbesondere der Verwendung betrifft, setzt voraus, dass die in Rede stehenden

nationalen Vorschriften in ihrer Tragweite klar über eine Begrenzung bestimmter möglicher Verwendungen des in Rede stehenden Erzeugnisses hinausgehen und seine Verwendung nicht bloß beschränken. Diese dritte Kategorie technischer Vorschriften betrifft nämlich speziell solche nationalen Maßnahmen, die bloß eine marginale und keine andere Verwendung, wie man sie für das betreffende Erzeugnis vernünftigerweise erwarten kann, zulassen (EuGH 19.7.2012, C-213/11 ua, Fortuna, Rn 31 f; EuGH 21.4.2005, C-267/03, Lindberg, Rn 76).

Das WWAG normiert kein Verbot des Haltens eines Wettterminals, da es weder die Herstellung, die Einfuhr, das Inverkehrbringen oder die Verwendung eines Erzeugnisses oder die Erbringung oder die Nutzung eines Dienstes oder die Niederlassung als Erbringer von Diensten verbietet (EuGH 10.10.2014, Rs C-307/13, Ivansson, Rn 17). Denn die Wettterminalabgabe lässt nicht bloß eine marginale und keine andere Verwendung, wie man sie für das betreffende Erzeugnis (= Wettterminal) vernünftigerweise erwarten kann, zu.

Da das WWAG somit keinerlei Verbot im Sinne von § 2 Z 6 WNotifG bzw. Art. 1 Abs. 1 Buchst. f der RL 2015/1535 enthält, fällt dieses Gesetz nicht unter diese Kategorie. Insbesondere sieht auch § 8 WWAG kein Verbot der genannten Tätigkeiten vor, sondern lediglich eine Bestrafung für den Fall der Abgabenverkürzung oder für den Fall der unterlassenen Anmeldung.

Es liegt somit kein Verbot iSd § 2 Z 6 WNotifG aE bzw. Art. 1 Abs. 1 Buchst. f der RL 2015/1535 vor.

Technische De-facto-Vorschrift

Technische De-facto-Vorschriften im für den Streitfall relevanten Sinn sind gemäß § 2 Z 7 lit. c WNotifG bzw. Art. 1 Abs. 1 Buchst. f lit iii der RL 2015/1535 (entspricht Art. 1 Nr. 11 dritter Gedankenstrich der RL 98/34) technische Spezifikationen, sonstige Vorschriften oder Vorschriften betreffend Dienste, die mit steuerlichen oder finanziellen Maßnahmen verbunden sind, die auf den Verbrauch der Erzeugnisse oder die Inanspruchnahme der Dienste Einfluss haben, indem sie die Einhaltung dieser technischen Spezifikationen, sonstigen Vorschriften oder Vorschriften betreffend Dienste fördern; dies gilt nicht für technische Spezifikationen, sonstige Vorschriften oder Vorschriften betreffend Dienste, die die nationalen Systeme der sozialen Sicherheit betreffen.

„Technische De-facto-Vorschriften“ sind „technische Spezifikationen oder sonstige Vorschriften oder ... Vorschriften betreffend Dienste, die mit steuerlichen oder finanziellen Maßnahmen verbunden sind, die auf den Verbrauch der Erzeugnisse oder die Inanspruchnahme der Dienste Einfluss haben, indem sie die Einhaltung dieser technischen Spezifikationen oder sonstigen Vorschriften oder Vorschriften betreffend Dienste fördern“. Dem Wortlaut dieser Bestimmung zufolge bezeichnet der Ausdruck „technische De-facto-Vorschriften“ nicht die steuerlichen Maßnahmen selbst, sondern die damit verbundenen technischen Spezifikationen oder sonstigen Vorschriften.

Folglich können steuerrechtliche Vorschriften, die von keiner technischen Spezifikation oder sonstigen Vorschrift begleitet werden, deren Einhaltung sie sicherstellen sollen, nicht als „technische De-facto-Vorschriften“ eingestuft werden (EuGH 11.6.2015, C-98/14, Berlington, Rn 95 ff).

Wie der EuGH in seinem Urteil vom 11.6.2015, Berlington Hungary, C-98/14, Rn 100, festhält, ist Art. 1 Nr. 11 der RL 98/34 dahin auszulegen,

- dass nationale Rechtsvorschriften, die den Betrag einer Pauschalsteuer auf den Betrieb von Geldspielautomaten in Spielhallen verfünffachen und darüber hinaus eine Proportionalsteuer auf diese Tätigkeit einführen, keine „technischen Vorschriften“ im Sinne dieser Bestimmung sind und
- dass nationale Rechtsvorschriften, die den Betrieb von Geldspielautomaten außerhalb von Spielkasinos verbieten, „technische Vorschriften“ im Sinne dieser Bestimmung sind, die als Entwurf gemäß Art 8 Abs. 1 Unterabs. 1 dieser Richtlinie übermittelt werden müssen.

Der Ausdruck „technische De-facto-Vorschriften“ bezeichnet somit nicht die steuerlichen Maßnahmen selbst, sondern die damit verbundenen technischen Spezifikationen oder sonstigen Vorschriften. Folglich können steuerrechtliche Vorschriften, die von keinen technischen Spezifikationen oder sonstigen Vorschriften begleitet werden, deren Einhaltung sie sicherstellen sollen, nicht als „technische De-facto-Vorschriften“ bzw. nicht als „technische Vorschriften“ eingestuft werden.

Das WWAG dient auch nicht dazu, die Einhaltung des Wiener Wettengesetzes zu fördern, weil es für die Abgabepflicht keine Rolle spielt, ob die Wettterminals dem Wiener Wettengesetz entsprechen bzw. ob eine Bewilligung nach dem Wiener Wettengesetz vorliegt, da mit der Wettterminalabgabe sämtliche Wettterminals belastet werden, unabhängig davon, ob diese nach dem Wiener Wettengesetz genehmigt worden oder genehmigungsfähig sind.

Da das WWAG gerade keinen Verweis auf andere Vorschriften - insbesondere nicht auf das Wiener Wettengesetz - beinhaltet, handelt es sich auch nicht um eine technische De-facto-Vorschrift.

Ergebnis:

Der Verfassungsgerichtshof hält in seinem Beschluss vom 01.12.2018, E 1854/2018, fest, der primäre Zweck der Abgabe nach dem Wiener Wettterminalabgabegesetz (WWAG), LGBl. für Wien 32/2016, liege in der Beschaffung von Einnahmen: Auch wenn nach den Materialien zum WWAG die Besteuerung im Hinblick auf die besonderen Umstände, die in der einfachen und anonymen Bedienungsmöglichkeit von Wettterminals und der damit einhergehenden hohen Akzeptanz bei potentiellen Kundinnen und Kunden lägen, erfolge und es vor diesem Hintergrund "zweckmäßig sei, Wettterminals einer besonderen Besteuerung zu unterziehen, um diese Form der Wetten zurückzudrängen, zumal auch dieser Bereich unter dem Aspekt der Spielsucht mit all seinen negativen gesellschaftlichen Folgen zu betrachten ist" (IA, LG—OO689-2016/0001/LAT), vermöge

er nicht zu erkennen, dass die Abgabe einem Verbot des Haltens von Wettterminals gleichkäme. Ein solches Verbot sei im WWAG weder angeordnet noch könne ein solches faktisch aus der Höhe der Abgabenbelastung, die bei € 11,50 am Tag liege, oder sonstigen Regelungen des WWAG abgeleitet werden (vgl. auch VfSlg. 19.580/2011).

Im Übrigen vermöge der Verfassungsgerichtshof auch nicht zu erkennen, dass Bestimmungen des Wiener Notifizierungsgesetzes, LGBl. für Wien 28/1996, idF LGBl. für Wien 32/2003, verletzt worden seien.

Zusammengefasst steht damit für den erkennenden Senat fest, dass es sich bei den Regelungen des WWAG nicht um eine technische Vorschrift iSd WNotifG bzw. der RL 2015/1535 handelt. Es bestand daher für das WWAG keine Notifizierungspflicht. Damit liegt weder die geltend gemachte Verfassungswidrigkeit des WWAG noch ein Verstoß gegen die RL 2015/1535 vor.

Dies hat zur Folge, dass der beschwerdeführenden Partei entgegen dem Vorbringen in den Beschwerden das WWAG sehr wohl entgegengehalten werden darf. Die Beschwerden erweisen sich damit als unbegründet.

Hinsichtlich der Festsetzung der Abgaben durch den Magistrat der Stadt Wien ist aber Folgendes festzuhalten:

Gemäß § 6 Abs. 1 WWAG gilt die Anmeldung von Wettterminals (§ 5 Abs. 1 WWAG) als Abgabenerklärung für die Dauer der Abgabepflicht. Die Wettterminalabgabe ist jeweils bis zum Letzten eines Monats für den Folgemonat zu entrichten.

Gemäß § 201 Abs. 1 BAO kann nach Maßgabe des § 201 Abs. 2 BAO und muss nach Maßgabe des § 201 Abs. 3 BAO auf Antrag des Abgabepflichtigen oder von Amts wegen eine erstmalige Festsetzung der Abgabe mit Abgabenbescheid erfolgen, wenn die Abgabenvorschriften die Selbstberechnung einer Abgabe durch den Abgabepflichtigen anordnen oder gestatten und der Abgabepflichtige, obwohl er dazu verpflichtet ist, keinen selbst berechneten Betrag der Abgabenbehörde bekannt gibt oder wenn sich die bekanntgegebene Selbstberechnung als nicht richtig erweist.

Die Festsetzung einer Selbstberechnungsabgabe setzt nach § 201 Abs. 1 BAO stets voraus,

- dass sich die bekannt gegebene Selbstberechnung als nicht richtig erweist oder
- dass der Abgabepflichtige, obwohl er hiezu verpflichtet ist, keinen selbstberechneten Betrag der Abgabenbehörde bekannt gibt.

Die beschwerdeführende Partei hat im gegenständlichen Fall die Wettterminalabgabe selbst berechnet und entrichtet und erst danach die Anträge gestellt, die Abgabe mit Null festzusetzen. Da sich aber nach Ansicht des erkennenden Senates die selbstberechneten Beträge als richtig erweisen, sind die Voraussetzungen für eine bescheidmäßige Festsetzung nicht gegeben. Die Anträge auf Festsetzung der Abgabe mit Null sind daher vielmehr als unbegründet abzuweisen.

Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die 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.

Zur Frage, ob das WWAG notifizierungspflichtig ist, liegt noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vor. Die Revision ist daher zulässig.

Wien, am 25. September 2019