

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Senat im Beisein der Schriftführerin in der Beschwerdesache Bf., Anschrift, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Erich Jungwirth, Trautsongasse 6A/39, 1080 Wien, über die Beschwerden vom 21.09.2017 gegen den Bescheid der belangten Behörde Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 6, Rechnungs- und Abgabenwesen, Dezernat Abgaben und Recht, Referat Landes- und Gemeindeabgaben, vom 14.08.2017, MA 6/ARL - XY, betreffend Festsetzung von Wettterminalabgaben gemäß §§ 1 und 3 WWAG sowie Rückzahlung gemäß § 239 BAO zu Recht erkannt:

Die Beschwerden werden gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.
Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

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

Entscheidungsgründe

Mit Eingaben vom 18.7.2017 beantragte die Beschwerdeführerin (Bf.) die Festsetzung mit € 0,00 und Rückerstattung der Wettterminalabgaben 09/2016 – 06/2017 und brachte begründend vor, dass sie eine zu FN N-1 beim Landesgericht Korneuburg protokollierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Anschrift, sei.

Sie sei Eigentümerin von Wettterminals Modell-1, die sie unter anderem an die G-1 und G-2, nunmehr G-3, vermietet gehabt habe. Mit diesen Geräten seien über eine Standleitung Wettverträge mit der G-4 mit Sitz in A-1, Malta, und der G-5 mit Sitz in A-2, Malta, abgeschlossen worden.

Für die in Wien aufgestellten Wettterminals habe sie eine Wettterminalabgabe in der Höhe von € 350,00 pro Monat pro Gerät entrichtet:

Monat	Geräteanzahl	Wettterminalabgabe in €
09/2016	237	82.950,00
10/2016	233	81.550,00

11/2016	233	81.550,00
12/2016	220	77.000,00
01/2017	220	77.000,00
02/2017	220	77.000,00
03/2017	205	71.750,00
04/2017	185	64.750,00
05/2017	29	10.150,00
06/2017	27	9.450,00
gesamt		633.150,00

Die Bf. habe also für den Zeitraum 09/2016 – 06/2017 bisher insgesamt € 633.150,00 an Wettterminalabgabe entrichtet. Den entrichteten Betrag fordere sie nunmehr zurück, zumal ihrer Ansicht nach keine Pflicht bestehe, für die genannten Geräte eine Wettterminalabgabe zu bezahlen.

Zulässigkeit des Antrags

Ein Antrag auf Rückerstattung bereits entrichteter Abgaben sei unter anderem dann zulässig, wenn sich die bekanntgegebene Selbstberechnung einer Abgabe als unrichtig erweise (VwGH 13.9.2004, 2000/17/0245). Setze die Entscheidung über einen Rückerstattungsantrag voraus, dass die Behörde die Rechtsfrage der Abgabenschuldigkeit beantworte, dann sei ein solcher Antrag auch als Begehren auf bescheidmäßige Festsetzung der Abgabe zu werten (VwGH 17.10.2012, 2009/16/0044). Wenn über die Richtigkeit der Selbstbemessung Meinungsverschiedenheit bestehe, habe der Antragsteller einen Rechtsanspruch auf bescheidmäßige Festsetzung der Abgabe (VwGH 23.11.2004, 2000/15/0148).

Die Bf. sei der Ansicht, dass sie tatsächlich keine Abgabepflicht nach dem WWAG treffe. Die Selbstbemessungsabgabe sei von ihr also unrichtig berechnet worden.

Mangelnde Notifizierung des Wettterminalbegriffs

Am 13.5.2016 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 14.5.2016, in Kraft getreten. In § 1 Wiener Wettengesetz werde darauf hingewiesen, dass das Wiener Wettengesetz gemäß der EU-Richtlinie 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 4.7.2016 kundgemacht worden sei, sei gemäß § 10 WWAG am 1.9.2016 in Kraft getreten. Anders als im Wiener Wettengesetz werde das Wettterminal im Wiener Wettterminalabgabegesetz als Wettannahmestelle an einem bestimmten Standort, die über eine Datenleitung mit einem Buchmacher oder Totalisateur verbunden sei und einer Person unmittelbar die Teilnahme an einer Wette ermögliche, definiert. Gemäß dem Initiativantrag, der dem Wiener Wettterminalabgabegesetz 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 Wette zurückzudrängen*“, weil diese eine erhöhte Suchtgefahr berge.

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

Im Gegensatz zum Wiener Wettengesetz sei das Wiener Wettterminalabgabegesetz nicht notifiziert worden, obwohl eine diesbezügliche Notifizierungspflicht hinsichtlich des Wettterminalbegriffs bestanden habe. 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.

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 Erbringung des Dienstes betreffen und rechtlich oder de facto verbindlich zu beachten seien.

Nach Ansicht der Bf. 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 Glücksspielabgaben zu beeinträchtigen (etwa ein Verbot), als „sonstige Vorschriften“ anzusehen seien (EuGH 19.7.2012, Rs C-213/11 ua, *Fortuna* Rz 35 ff). 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 von Wettkundenvermittlern kaum mehr Wettterminals verwendet und angeschafft werden, weshalb deren Vermarktung wesentlich erschwert werde.

Lege man das Augenmerk auf die an den Wettterminals erbrachte Dienstleistung (Wettabschluss), so sei das Wiener Wettterminalabgabegesetz unter diesem Gesichtspunkt als „Vorschrift betreffend Dienste“ anzusehen. Der Wettabschluss mit einem nicht anwesenden Buchmacher mittels Wettterminals 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 Wiener Wettterminalabgabegesetz treffe Regelungen hinsichtlich des Betriebes des „Dienstes“ Wettabschluss mittels Wettterminals bzw. über den Erbringer des Dienstes, als im Ergebnis der Wettabschluss mittels Wettterminals besteuert und damit zurückgedrängt werde.

Das Wiener Wettterminalabgabegesetz 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 Wiener Wettterminalabgabegesetz solle dafür gesorgt werden, dass weniger Wettterminals verwendet und in Verkehr gebracht würden. Lege man – wie oben dargetan – das Augenmerk auf den Wettabschluss mittels Wettterminals, so sei die Wettterminalabgabe bei Erbringung eines Dienstes beachtlich.

Zusammengefasst handle es sich beim Wiener Wettterminalabgabegesetz 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.

Nach Art. 5 Abs. 1 RL 2015/1535 hätten die Mitgliedstaaten der Kommission unverzüglich jeden Entwurf einer technischen Vorschrift zu übermitteln und diese über den Grund der Festlegung der technischen Vorschrift zu unterrichten. Die Verletzung dieser Notifizierungspflicht stelle nach der Rechtsprechung des EuGH einen Verfahrensmangel dar, der zur Unanwendbarkeit der „technischen Vorschrift“ führe. Dies könne dem Einzelnen nicht entgegengehalten werden (vgl. zur Vorgängerbestimmung Art. 8 Abs. 1 RL 98/34/EG: EuGH 4.2.2016, Rs C-336/14, *Ince* Rz 67 mwN).

Mangels Anwendbarkeit des Wiener Wettterminalabgabegesetzes, insbesondere aber die Definition des Wettterminals, auf die Bf., bestehe keine Pflicht zur Entrichtung einer Wettterminalabgabe und seien € 633.150,00 rechtsgrundlos geleistet worden.

Da die Notifizierungspflicht im Gesetzgebungsprozess augenscheinlich nicht erkannt worden sei, sei das Wiener Wettterminalabgabegesetz im Übrigen auch gemessen an § 5 Abs. 2 Wiener Notifizierungsgesetz (WNotifG) verfassungswidrig.

Aufgrund der obigen Ausführungen stelle die Bf. die Anträge, die Wettterminalabgaben für die Monate 09/2016 – 06/2017 mit jeweils € 0,00 festzusetzen und ihr den gesamt entrichteten Betrag von € 633.150,00 zurückzuerstatten.

Mit Bescheid vom 14.8.2017 setzte der Magistrat der Stadt Wien MA 6 1) für den Zeitraum 09/2016 – 07/2017 gemäß § 3 WWAG eine Wettterminalabgabe in Höhe von insgesamt € 634.200,00 fest. Die Abgabe sei bereits fällig gewesen und entrichtet worden. 2) Wies der Magistrat die Anträge auf Rückzahlung der bereits entrichteten Wettterminalabgabe gemäß § 239 Abs. 1 BAO mangels Guthabens ab.

Begründend wurde ausgeführt, dass 1) die Bf. im Zeitraum 09/2016 – 07/2017 in ihren Betrieben im Gebiet der Stadt Wien Wettterminals gehalten habe, die von ihr zur Wettterminalabgabe angemeldet worden seien.

Mit Schreiben vom 18.7.2017 sei die Steuerpflicht für die Wettterminalabgabe für die Monate September 2016 bis Juli 2017 bestritten und die Abgabe nachträglich mit Null erklärt worden, weswegen die Abgabe gemäß § 201 BAO bescheidmäßig festzusetzen sei. Als Grundlage für die Festsetzung hätten die von der Bf. vorgenommenen Anmeldungen der Wettterminals an den jeweiligen Standorten gedient.

Gemäß § 4 Abs. 1 WWAG sei der Unternehmer abgabepflichtig. Unternehmer im Sinne dieses Gesetzes sei jeder, in dessen Namen oder auf dessen Rechnung das Wettterminal gehalten werde. Seien zwei oder mehrere Unternehmer (Mitunternehmer) vorhanden, so seien sie als Gesamtschuldner abgabepflichtig. Der Inhaber des für das Halten des Wettterminals benützten Raumes oder Grundstückes und der Eigentümer des Wettterminals würden als Gesamtschuldner gelten.

Gemäß § 3 WWAG betrage die Abgabe für das Halten von Wettterminals je Wettterminal und begonnenem Kalendermonat € 350,00.

Die Wettterminalabgabe für die in Wien gehaltenen Wettterminals betrage für den Monat 07/2017 daher insgesamt € 634.200,00.

Zusammenfassend sei anzumerken, dass die Wettterminalabgabe nur eine bestimmte Art und Weise des Absatzes einer Wettdienstleistung besteuere, jedoch keine vorgeschriebenen Merkmale eines Wettterminals selbst festlege. Aufgrund der Anzahl der in Wien gehaltenen Wettterminals nach dem WWAG liege auch keine wesentliche Beeinflussung dieser Regelung in Bezug auf die Art und die Vermarktung dieser Erzeugnisse vor.

2) Ein Guthaben entstehe erst dann, wenn auf einem Abgabenkonto die Summe der Gutschriften die Summe aller Lastschriften übersteige, wenn somit auf ein und demselben Abgabenkonto per Saldo ein Überschuss zu Gunsten des Abgabepflichtigen bestehe (VwGH 24.6.1999, 96/15/0100).

Dagegen brachte die Bf. am 21.9.2017 das Rechtsmittel der Beschwerde ein und führte aus, dass sie durch die rechtsgrundlose Vorschreibung einer Abgabe in ihren Rechten verletzt worden sei. So insbesondere in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Eigentumsrecht und in ihrem Recht, nur bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen

mit einer Abgabe belastet zu werden. Die Beschwerde richte sich gegen die Festsetzung der Wettterminalabgabe für den Zeitraum 09/2016 – 06/2017 in Höhe von € 350,00 pro Wettterminal und Monat, sohin insgesamt € 633.150,00, und gegen die Abweisung des Antrages auf Rückzahlung der bereits entrichteten Wettterminalabgabe. Der angefochtene Bescheid werde sohin in sämtlichen Punkten bekämpft.

Im Anschluss führte die Bf. ihr bisheriges Vorbringen im Antrag vom 18.7.2017 erneut aus. Um Wiederholungen zu vermeiden, werden daher lediglich die ergänzenden Ausführungen wiedergegeben:

Es sei unrichtig, wenn die belangte Behörde ausführe, die Wettterminalabgabe besteuere „*nur eine bestimmte Art und Weise des Absatzes einer Wettdienstleistung, jedoch keine vorgeschriebenen Merkmale eines Wettterminals selbst.*“ Richtigerweise bedürfe es nämlich nicht erst des Absatzes einer Wettdienstleistung, also des Abschlusses von Wettverträgen, damit eine Abgabepflicht entstehe. Diese bestehe beim Halten eines Wettterminals unabhängig davon, ob mit diesem Wettterminal auch Wettverträge abgeschlossen würden.

Die Ausführungen der belangten Behörde, weshalb die Anzahl an in Wien gehaltenen Wettterminals keine Beeinflussung der Art und Vermarktung dieser Erzeugnisse bedeuten solle, seien nicht nachvollziehbar. Alleine aus der verfahrensgegenständlichen Höhe der für die jeweiligen Monate entrichteten Abgabe werde evident, dass die Anzahl der gehaltenen Wettterminals in kürzester Zeit von 237 Geräten im September 2016 auf 220 Geräte im Dezember 2016 und weiters auf 185 Geräte im April 2017 reduziert worden sei.

Abschließend stellte die Bf. die Anträge, das Bundesfinanzgericht möge gemäß § 274 Abs. 1 Z 1 lit. a BAO eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen, in Senatsbesetzung entscheiden (§ 272 Abs. 2 Z 1 lit. a BAO) und den angefochtenen Bescheid dahingehend abändern, dass die Wettterminalabgabe für die Monate 09/2016 – 06/2017 mit EUR 0,00 festgesetzt und der Bf. der Betrag von € 633.150,00 zurückerstattet werde.

Außerdem stelle sie den Antrag, die Erlassung einer Beschwerdeverentscheidung durch die belangte Behörde möge unterbleiben (§ 262 Abs. 2 lit. a BAO).

Mit Bericht vom 28.9.2017 legte der Magistrat der Stadt Wien MA 6 die Beschwerde ohne Erlassung einer Beschwerdeverentscheidung dem Bundesfinanzgericht vor und nahm dazu Stellung wie folgt:

Eingangs sei auf die Erläuterungen zum WWAG zu verweisen, die wie folgt lauteten:

„Die einfache und anonyme Bedienungsmöglichkeit von Wettterminals führt zu einer hohen Akzeptanz bei den potentiellen Kundinnen und Kunden, die noch durch Zusatzangebote der Aufstellerinnen und Aufsteller gesteigert werden kann. Im Hinblick auf diese besonderen Umstände ist es daher zweckmäßig, 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.

Wettterminals weisen im Vergleich zu persönlichen Wettannahmestellen eine erhöhte Suchtgefahr auf. Dies liegt vor allem daran, dass durch den mangelnden persönlichen Kontakt die Hemmschwelle zur Wettteilnahme abgebaut und somit die Wettteilnahme erleichtert wird. Die Wettteilnahme über ein Wettterminal führt insgesamt zu einem erhöhten Wettverhalten. Dies liegt auch daran, dass den Wettkundinnen und Wettkunden aufgrund der technischen Möglichkeiten über Wettterminals ein viel größeres Wettangebot zur Verfügung gestellt werden kann. Gleichzeitig ermöglichen Wettterminals, dass mehrere Wetten in eher kurzen Zeitabständen hintereinander abgeschlossen werden können.

Für das Halten von Wettterminals im Gebiet der Stadt Wien soll daher eine Wettterminalabgabe in Höhe von 350 Euro je Wettterminal und begonnenem Kalendermonat eingeführt werden.“

Zu den einzelnen Bestimmungen:

Zu § 1 und § 2:

Den Gegenstand der Abgabe bilde das Halten von Wettterminals. Wettterminal im Sinn dieses Gesetzes sei eine Wettannahmestelle an einem bestimmten Standort, die über eine Datenleitung mit einem Buchmacher oder einem Totalisateur verbunden sei und einer Person unmittelbar die Teilnahme an einer Wette ermögliche. Mit der Formulierung „*unmittelbar die Teilnahme an einer Wette ermöglicht*“ solle klargestellt werden, dass jene technischen Geräte, wo ausschließlich Personal des jeweiligen Unternehmens für den Kunden Wetten eingeben könne, keine Wettterminals im Sinn des Gesetzes darstellten (so z.B. in Trafiken, wo die Eingabe der Wette ausschließlich durch das Verkaufspersonal erfolge und der Annahmeschalter für Kunden nicht frei zugänglich sei).

Aus den Begriffsbestimmungen sei abzuleiten, dass der Steuergegenstand nicht an den Begriff des Wettterminals und die sonstigen Begriffsbestimmungen des im Entwurf vorliegenden Wiener Wettengesetzes anknüpfe und sich von jenem nach dem Gebührengesetz 1957 dahingehend unterscheide, dass nicht der Abschluss eines Wettvertrages, sondern das Halten von Wettterminals besteuert werde.

Wenn ein Wettterminal ohne entsprechende Bewilligungen nach dem Wiener Wettengesetz aufgestellt oder betrieben werde, dann sei auch jene Person abgabepflichtig, die diese Tätigkeit verbotenerweise ohne Bewilligung ausübe. Damit solle verhindert werden, dass illegale Betreiber in steuerlicher Hinsicht gegenüber jenen Personen begünstigt seien, die Wettterminals mit der entsprechenden Bewilligung aufstellten oder betrieben. Ebenso würden nach dem Wiener Wettengesetz verbotene Wettterminals im Sinne der Steuergerechtigkeit besteuert.

Zu § 3:

Die Abgabe für Wettterminals werde mit 350 Euro je Wettterminal und begonnenem Kalendermonat festgelegt. Diese Abgabe sei auch dann in voller Höhe pro Monat zu entrichten, wenn das Wettterminal nur vorübergehend und nicht einen ganzen Monat aufgestellt oder betrieben werde.

Bezüglich der Abgabenhöhe werde auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 5.12.2011, B 533/11, VfSlg. 19.580/2011, hingewiesen. In diesem Erkenntnis sei unter anderem festgestellt worden, dass dem Gesetzgeber nicht entgegenzutreten sei, wenn er statt eines Verbotes des Aufstellens von Geldspielautomaten eine Eindämmung der Automatenaufstellung oder des Spielens mit Hilfe einer Erhöhung der Abgabenbelastung erreichen möchte. Sollten damit potenzielle Spielerinnen und Spieler wegen mangelnder Attraktivität vom Spielen abgehalten werden, liege das genau in der - verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden - Absicht des Gesetzgebers. Dieser Gedankengang sei auf die Wettterminalabgabe übertragbar.

Der Begriff „technische Vorschrift“ umfasse vier Kategorien von Maßnahmen, nämlich erstens „technische Spezifikationen“ (iSv Art. 1 Nr. 3 der RL 98/34 bzw. Art. 1 Abs. 1 lit. c der RL 2015/1535), zweitens „sonstige Vorschriften“ (gemäß der Definition in Art. 1 Nr. 4 der RL 98/34 bzw. Art. 1 Abs. 1 lit. d der RL 2015/1535), drittens „Vorschriften betreffend Dienste“ nach Art. 1 Nr. 5 der RL 98/34 bzw. Art. 1 Abs. 1 lit. e der RL 2015/1535 und viertens „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“ würden, im Sinne von Art. 1 Nr. 11 der RL 98/34 bzw. Art. 1 Abs. 1 lit. f der RL 2015/1535 (vgl. Urteil vom 4.2.2016, *Ince*, C-336/14, Rn 70).

Nach dem Urteil in der Rs C-303/15 (Rn 19 und 20) setze der Begriff „technische Spezifikation“ voraus, dass sich die nationale Maßnahme auf das Erzeugnis oder seine Verpackung als solche beziehe und daher eines der Merkmale für ein Erzeugnis vorschreibe. Wenn eine nationale Maßnahme hingegen 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 (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 21.4.2005, *Lindberg*, C-267/03, Rn 57 und 59 und die dort angeführte Rechtsprechung). Eine nationale Maßnahme könne nur dann als „sonstige Vorschrift“ im Sinne von Art. 1 Nr. 4 der Richtlinie 98/34 eingestuft werden, wenn sie eine „Vorschrift“ darstelle, die die Zusammensetzung, die Art oder die Vermarktung des betreffenden Erzeugnisses wesentlich beeinflussen könne (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 19.7.2012, *Fortuna* ua, C-213/11, C-214/11 und C-217/11, Rn 35 und die dort angeführte Rechtsprechung). 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 Richtlinie 98/34 aufgeführten Kategorie technischer Vorschriften gehöre. Welcher der beiden Kategorien technischer Vorschriften eine nationale Maßnahme angehöre, hänge von der Tragweite des Verbots ab, das

durch diese Maßnahme ausgesprochen wird (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 21.4.2005, *Lindberg*, C-267/03, Rn 73 und 74).

Gegenständlich handle es sich bei der Legaldefinition des Wettterminals im § 2 Z 1 WWAG nicht um eine technische Spezifikation, da sie keine Erzeugnismerkmale (Art. 1 Abs. 1 lit. c RL 2015/1535) vorschreibe, sondern lediglich in Zusammenschau mit dem Abgabentatbestand des § 1 WWAG die Abgabepflicht festlege. Es handle sich somit um Abgabenvorschriften. Nachdem weder die Legaldefinition des § 2 Z 1 WWAG noch die Regelung des Abgabentatbestandes in § 1 WWAG eine Zulassungs-, Verwendungs- oder Vermarktungsvorschrift darstellten, ergäben sich auch keine Einschränkungen des freien Warenverkehrs (vgl. VwGH 2011/07/0012 zum Altlastenbeitrag als Abgabe, der nicht den Lebenszyklus eines Erzeugnisses nach dem Inverkehrbringen betreffe).

Es handle sich mangels Normierung von Erzeugnismerkmalen bei dieser Regelung auch nicht um eine sonstige Vorschrift, da sie nicht den Lebenszyklus eines Erzeugnisses nach dem Inverkehrbringen, wie Vorschriften für Gebrauch, Wiederverwertung, Wiederverwendung oder Beseitigung darstelle. 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).

Es handle sich beim WWAG und der Definition des § 2 Z 1 WWAG auch nicht um eine technische De-facto-Vorschrift (Art. 1 Abs. 1 lit. f RL 2015/1535). 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. Wie ausgeführt regle die Abgabepflicht keine technischen Erzeugnismerkmale der Wettterminals. Im Übrigen diene das WWAG, wie aus den Erläuterungen zum WWAG zu entnehmen sei, auch als spielerschutzfördernde Regelung und unterliege somit der Ausnahme für Systeme der sozialen Sicherheit.

Der EuGH habe in seiner Entscheidung Rs C-98/14 festgestellt, 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 (im Ausgangsverfahren C-98/14: nationale Rechtsvorschriften, die den Betrag einer Pauschalsteuer auf den Betrieb von Geldspielautomaten in Spielhallen verfünffachten und darüber hinaus eine Proportionalsteuer auf diese Tätigkeit einführten), die von keiner technischen Spezifikation oder sonstigen Vorschrift begleitet würden, deren Einhaltung sie sicherstellen sollten, nicht als „technische De-facto-Vorschriften“ bzw. nicht als „technische Vorschriften“ im Sinne des Art. 1 Nr. 11 der RL 98/34 (der Vorgänger-RL 2015/1535) eingestuft würden (Rn 96, 97 und 100).

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

Sofern in der Beschwerde die Wettterminaldefinition im WWAG als Vorschrift betreffend Dienste gesehen werde, sei festzuhalten, dass die Legaldefinition des Wettterminals im WWAG keine Regelung dieser Dienste darstelle (Art. 1 Abs. 1 lit. e RL 2015/1535). Die Legaldefinition des § 2 Z 1 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 iSd RL 2015/1535 vorliege, wären diese lediglich indirekt oder im Sinne eines Nebeneffekts auf diese Dienste zu sehen, die nicht vom Anwendungsbereich der RL 2015/1535 erfasst seien.

Diese Ansicht werde u.a. durch die Entscheidung des EuGH in der Rs C-336/14 (Rn 75, Rn 76) zur Frage einer Notifizierungspflicht u.a. als „Vorschriften betreffend Dienste“ iSv Art. 1 Nr. 2 der RL 98/34 bestätigt:

„75 Dazu ist festzustellen, dass, wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, einige der Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrags als „Vorschriften betreffend Dienste“ qualifiziert werden können, da sie eine „Dienstleistung der Informationsgesellschaft“ im Sinne von Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 98/34 betreffen. Zu diesen Bestimmungen gehören das in § 4 Abs. 4 GlüStV vorgesehene Verbot des Anbietens von Glücksspielen im Internet, die in § 25 Abs. 6 GlüStV aufgezählten Ausnahmen von diesem Verbot, die Beschränkungen der Möglichkeit, Sportwetten über Telekommunikationsmittel anzubieten, nach § 21 Abs. 2 GlüStV sowie das Verbot der Werbung für Glücksspiele im Internet oder über Telekommunikationsmittel gemäß § 5 Abs. 3 GlüStV.

76 Dagegen stellen die übrigen Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrags, die keine „Dienstleistung der Informationsgesellschaft“ im Sinne von Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 98/34 betreffen, wie die 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 „technischen Vorschriften“ im Sinne von Art. 1 Nr. 11 dieser Richtlinie dar. Nationale Bestimmungen, die lediglich die Voraussetzungen für die Niederlassung oder die Erbringung von Dienstleistungen durch Unternehmen vorsehen, wie Bestimmungen, die die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit von einer vorherigen Erlaubnis abhängig machen, sind nämlich keine technischen Vorschriften im Sinne des besagten Art. 1 Nr. 11 (vgl. in diesem Sinne Urteil Lindberg, C-267/03, Rn 87).“

Die Abgabevorschriften des WWAG stellten somit keine Vorschriften betreffend Dienste dar. 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 vom EuGH gewertet (vgl. auch Urteil in der Rs C-303/15 u.a.).

Das WWAG enthalte keine Erzeugnismerkmale und kein Verbot der Erbringung 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.

Im Zusammenhang mit den vom WWAG erfassten Wettterminals könne auch nicht von einem Dienst der Informationsgesellschaft iSd Art. 1 Abs. 1 lit. b der RL 2015/1535 in Bezug auf die dort festgelegten Tatbestandselemente („im Fernabsatz erbrachte Dienstleistung“, „elektronisch erbrachte Dienstleistung“ und „auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“) gesprochen werden. Bei der Frage nach dem Vorliegen eines Dienstes der Informationsgesellschaft gehe es um die Beurteilung der zu Grunde liegenden Vertragsverhältnisse bzw. Sachverhalte bezüglich der Wettteilnahme bzw. der Wettteilnahmeermöglichung, sohin um die Frage, wer welche Leistung erbringe, und die Bestimmung des Ortes einer Dienstleistung und die dabei zu beachtenden Grundsätze, die verallgemeinerungsfähig seien (vgl. die Rechtsprechung des EuGH zur Vermittlung von Wettdienstleistungen - z.B. Urteil in den Rs C-260/04 und C-464/10). Es stelle sich insbesondere aus dem Blickwinkel einer Dienstleistung die Frage, ob die Wettterminals bzw. deren Halter in ein anderes Unternehmen integrierte unselbständige Hilfspersonen und deshalb die Wettterminals Niederlassungen eines anderen Unternehmens seien. Entstehe nur zwischen dem Wettkunden und dem Halter des Wettterminals ein Vertrag, nicht jedoch zwischen dem Wettkunden und dem Buchmacher oder Totalisateur (agiere der Halter des Wettterminals bezüglich der Wettaufgabe im eigenen Namen, wenn auch auf fremde Rechnung; vgl. Urteile des EuGH in den Rs C-260/04 und 464/10 im Zusammenhang mit der Mehrwert-RL bezüglich Wettdienstleistungen und deren Zuordnung), so seien beide Vertragsparteien gleichzeitig physisch anwesend und es liege gar kein Fernabsatz vor (vgl. auch Anhang I der RL 2015/1535, insbesondere Punkt 1. lit. d sowie Punkt 2 im Fall der Ausstellung eines Wettscheines; die Datenleitung könne auch aus einem Sprachtelefondienst bestehen).

Wie in den Erläuterungen zum WWAG ausgeführt, werde mit der Wettterminalabgabe das Halten von einem Wettterminal (auch wenn diese nicht den ganzen Kalendermonat betrieben werde) und nicht ein Dienst der Informationsgesellschaft bzw. eine sonstige Dienstleistung z.B. 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 (vgl. auch VwGH 2013/17/0409).

Das Halten von Wettterminals unterliege einer Steuer. Die Steuer stelle auch kein Verbot des Haltens dieser Geräte dar, auch nicht bezüglich seiner finanziellen Auswirkungen. Steuern stellten immer vermögensrechtliche Eingriffe dar, die 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 Unionsrechtes (wie 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 (Halten eines Wettterminals) dar.

Verbots- und Konzessionsregelungen bzw. potentielle Beschränkungen der Waren- und Dienstleistungsfreiheit enthalte allenfalls das zeitgleich mit dem WWAG beschlossene Wiener Wettengesetz, welches jedoch nach der RL 2015/1535 notifiziert worden sei.

Das WWAG knüpfe aus Steuergerechtigkeitsüberlegungen nicht an die Begriffe des Wiener Wettengesetzes an. Es sei nämlich nicht sachgerecht, nur Wettterminals zu besteuern, die 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 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 Informationsgesellschaften bestehe. Diese Gedanken lägen auch der engen Formulierung des Begriffes Dienste der Vorschrift betreffend die Informationsgesellschaft in der RL zu Grunde (Art. 1 Abs. 1 lit. e RL 2015/1535).

Der Generalanwalt habe in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache C-303/15 bezüglich der Notifizierungsrichtlinie gerade mehrfach für die Notwendigkeit einer einschränkenden Interpretation der Notifizierungsvorschriften im Hinblick auf die ansonsten übermäßige Rechtsunsicherheit, welche Maßnahmen tatsächlich notifizierungspflichtig seien (Rn 57) vor dem Hintergrund der negativen Folgen einer Unanwendbarkeit plädiert. Die Richtlinie sei keine Einladung der Kommission, absolut alles zu notifizieren. Diese Gedankengänge würden auch für den vorliegenden Fall gelten.

Zusammenfassend sei anzumerken, dass die Wettterminalabgabe nur eine bestimmte Art und Weise des Absatzes einer Wettdienstleistung bzw. das Halten von Wettterminals besteuere, jedoch keine vorgeschriebenen Merkmale eines Wettterminals selbst festlege. Auf Grund der Anzahl der in Wien gehaltenen Wettterminals nach dem WWAG liege auch keine (wesentliche) Beeinflussung dieser Regelung in Bezug auf die Art und die Vermarktung dieser Erzeugnisse vor. Die Rechtsansicht der belangten Behörde werde (wie in der Zusammenfassung ausgeführt) auch durch die Judikatur gedeckt.

Abschließend sei anzumerken, dass die vom WWAG erfassten Lebenssachverhalte
- Besteuerung des Haltens von Wettterminals - auch in im Ergebnis gleichgelagerten Abgabenregelungen in Vorarlberg und der Steiermark enthalten seien, welche beim VfGH und VwGH angefochten worden seien. Beide Höchstgerichte hätten jedoch eine fehlende Notifizierung nicht moniert.

Eine Notifizierung diene auch nicht einem Selbstzweck, sondern laut den Erwägungsgründen der RL 2015/1535 der Gewährleistung eines Binnenmarktes ohne Handelshemmnisse, sohin der Gewährleistung der Grundfreiheiten. Seien diese Grundfreiheiten bzw. der Binnenmarkt - wie gegenständlich – nicht betroffen oder verletzt, könne auch keine Notifizierungspflicht bestehen.

Der am 22.3.2018 durchgeführten mündlichen Verhandlung blieb die Amtspartei trotz ausgewiesener Zustellung der Ladung unentschuldigt fern.

Der rechtliche Vertreter der Bf. beantragte die Unterbrechung des Verfahrens und legte ein Schreiben vor, in dem er in rechtlicher Hinsicht darauf hinwies, dass das WWAG verfassungswidrig sei:

§ 5 Abs. 2 WNotifG bestimme, dass Gesetzesvorlagen, die einer Notifizierungspflicht unterlägen, vor Beschlussfassung im Landtag, dem Amt der Landesregierung zur erforderlichen Notifizierung zu übermitteln seien. Eine Weiterleitung an den Landtag sei erst nach Ablauf der Anhörungsfristen zulässig. Die Anhörungsfrist betrage in der Regel drei Monate und beginne mit Eingang der Notifizierung bei der Europäischen Kommission.

§ 5 Abs. 2 WNotifG sei eine Verfassungsbestimmung und sehe spezielle Vorschriften vor. Nachdem die technische Vorschrift § 2 Z 1 WWAG nicht gemäß § 5 Abs. 2 WNotifG notifiziert worden sei, liege ein beachtlicher Verfahrensmangel vor und sei das Gesetz mit Verfassungswidrigkeit behaftet.

Er rege daher an, das Bundesfinanzgericht möge das anhängige Verfahren unterbrechen und beim VfGH einen Antrag auf Gesetzesprüfung gemäß Art. 89 Abs. 2 iVm Art. 140 Abs. 1 lit. a B-VG stellen. Darin solle insbesondere beantragt werden, dass der VfGH das WWAG zur Gänze als verfassungswidrig aufheben möge.

Aus unionsrechtlichen Erwägungen rege er weiters an, das BFG möge gemäß Art. 267 AEUV einen Antrag auf Vorabentscheidung folgender Fragen an den EuGH stellen:

„Stellt eine Vorschrift, welche die Definition eines Wettterminals enthält, an dessen Halten der Gesetzgeber eine Abgabepflicht knüpft, eine technische Vorschrift dar, die gemäß Art. 5 der ‚Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9.9.2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft‘ notifiziert werden muss?

Darf die in Frage 1 erwähnte Definition eines Wettterminals, an dessen Halten der Gesetzgeber eine Abgabepflicht knüpft, im Falle der Verletzung der Notifizierungspflicht dem Einzelnen entgegengehalten werden?“

Der Senat hat sich den Anregungen des rechtlichen Vertreters nicht angeschlossen. Eine Verfassungs- oder EU-Rechtswidrigkeit liegt nach Ansicht des Senates nicht vor.

Über die Beschwerden wurde erwogen:

I. Wettterminalabgabe

Auszug aus den Bestimmungen des Wiener Wettterminalabgabegesetzes (WWAG):

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

Gemäß § 2 WWAG bedeuten im Sinne dieses Gesetzes:

1. Wettterminal: eine Wettannahmestelle an einem bestimmten Standort, die über eine Datenleitung mit einer Buchmacherin bzw. einem Buchmacher oder einer Totalisatorin bzw. einem Totalisateur verbunden ist und einer Person unmittelbar die Teilnahme an einer Wette ermöglicht.

2. Buchmacherin oder Buchmacher: wer gewerbsmäßig Wetten abschließt.

3. Totalisatorin oder Totalisateur: wer gewerbsmäßig Wetten vermittelt.

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

Abgabepflichtig ist gemäß § 4 Abs. 1 WWAG 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.

Das Halten von Wettterminals ist gemäß § 5 Abs. 1 WWAG 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.

Die Anmeldung von Wettterminals (§ 5 Abs. 1) gilt gemäß § 6 Abs. 1 WWAG 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.

Auszug aus dem Gesetz über internationale Informationsverfahren und Notifizierungen auf dem Gebiet technischer Vorschriften (Wiener Notifizierungsgesetz – WNotifG):

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

Entwürfe von Gesetzen und Verordnungen, die technische Vorschriften zum Gegenstand haben, sind gemäß § 3 Abs. 1 WNotifG dem Bund zwecks Übermittlung an die Europäische Kommission mitzuteilen (Notifizierung).

Die Bf. monierte, das WWAG sei nicht notifiziert und daher nicht anwendbar bzw. EU-rechtswidrig. Die Wettterminalabgaben für 09/2016 bis 06/2017 seien mit € 0,00 festzusetzen und der bereits in Höhe von € 633.150,00 entrichtete Betrag sei zurückzuzahlen.

Die Notifizierungspflicht für das WWAG hätte nach Ansicht der Bf. bestanden, da

1. § 2 Z 1 WWAG den Begriff des Wettterminals definiere, weshalb
2. eine „technische Vorschrift“ iSd § 2 Z 6 WNotifG, nämlich
 - a) sowohl eine „sonstige Vorschrift“ iSd § 2 Z 4 WNotifG
 - b) als auch eine „Vorschrift betreffend Dienste“ iSd § 2 Z 5 WNotifG, bzw.
3. eine „technische de-facto-Vorschrift“ iSd § 2 Z 7 WNotifG vorliege.

ad 1. Begriffsdefinition „Wettterminal“:

Dazu brachte die Bf. vor, dass auch das am 14.5.2016 in Kraft getretene Wiener Wettengesetz, das ordnungsgemäß notifiziert worden sei, eine Begriffsdefinition für Wettterminals enthalte:

Gemäß § 2 Z 8 Wiener Wettengesetz ist ein Wettterminal im Sinne dieses Gesetzes eine technische Einrichtung in einer Betriebsstätte, die über eine Datenleitung einer Person, gegen Entrichtung eines Wetteinsatzes unmittelbar den Abschluss einer Buchmacherwette mit der Bewilligungsinhaberin als Buchmacherin, mit dem Bewilligungsinhaber als Buchmacher oder einer oder eines vom Wettunternehmen angegebenen Buchmacherin oder Buchmachers zu deren oder dessen Bedingungen und Quoten ermöglicht.

Da das am 1.9.2016 in Kraft getretene WWAG nicht an die Begriffsbestimmungen des Wiener Wettengesetzes anknüpfe, sondern den Begriff des Wettterminals in § 2 Z 1 selbst

und anders als dort definiere, handle es sich um eine notifizierungspflichtige „technische Vorschrift“.

Dieser Rechtsansicht ist zu entgegnen, dass auch das Wiener Wettengesetz nicht wegen seiner Begriffsbestimmungen notifizierungspflichtig war, sondern wegen der Bewilligungspflicht der Tätigkeit als Wettunternehmer sowie für jede Betriebsstätte:

Die Tätigkeit als Wettunternehmerin oder Wettunternehmer darf gemäß § 3 Wiener Wettengesetz nur nach Erteilung einer Bewilligung durch die Behörde ausgeübt werden.

Für jede einzelne Betriebsstätte ist gemäß § 4 Abs. 1 Wiener Wettengesetz eine Standortbewilligung erforderlich. Die Standortbewilligung darf nur einer Inhaberin oder einem Inhaber einer Bewilligung für die Tätigkeit als Wettunternehmerin oder Wettunternehmer erteilt werden.

Wie der Magistrat der Stadt Wien MA 6 in seinem Vorlagebericht zutreffend feststellte, wird nach den §§ 1 und 3 WWAG bereits das Halten von in § 2 Z 1 WWAG definierten Wettterminals besteuert, erfasst somit auch ohne Bewilligung nach den §§ 3 und 4 Abs. 1 Wiener Wettengesetz aufgestellte Wettterminals.

Mit den Begriffsdefinitionen in § 1 Z 8 Wiener Wettengesetz und § 2 Z 1 WWAG wurden entgegen der Rechtsmeinung der Bf. jedoch keine „technische Vorschriften“ erlassen, da Begriffsbestimmungen bereits per definitionem keine Vorschriften für die Herstellung oder den Betrieb von Wettterminals sein können.

Es war daher nunmehr zu prüfen, ob es sich bei der Steuerpflicht für das Halten von Wettterminals iSd §§ 1 und 3 WWAG um eine notifizierungspflichtige „technische Vorschrift“, die eine „technische Spezifikation“ (das Nichtvorliegen wurde nach dem Beschwerdebegehren außer Streit gestellt), eine „sonstige Vorschrift“ oder eine „Vorschrift betreffend Dienste“ bzw. eine „technische de-facto-Vorschrift“ sein könnte, handelt.

ad 2. „technische Vorschrift:

§ 2 Z 6 WNotifG:

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.

ad 2. a) „sonstige Vorschrift“:

Dazu führte die Bf. aus, dass die Wettterminalabgabe zum Schutz der Verbraucher, insbesondere vor Sucht, erlassen worden sei. Diese Vorschrift sei auch geeignet, die Vermarktung der Wettterminals zu beeinträchtigen.

§ 2 Z 4 WNotifG:

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.

Dem Vorbringen der Bf. kann insofern gefolgt werden, als laut den vom Magistrat der Stadt Wien MA 6 im Vorlagebericht dargelegten Erläuterungen zu WWAG hervorgeht, dass durch die Besteuerung des Haltens von Wettterminals diese Form der Wetten zum Schutz der Spieler vor der damit einhergehenden Sucht zurückgedrängt werden sollen, weshalb das Vorliegen einer „sonstigen Vorschrift“ gemäß § 2 Z 4 WNotifG („zum Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher“) denkbar wäre.

Allerdings lautet § 6 der EU-Richtlinie 2015/1535 vom 9.9.2015:

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 diese Erzeugnisse haben.

Gleichlautend auch § 1 Abs. 2 WNotifG:

Dieses Gesetz 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 diese Erzeugnisse haben.

Diese Ausnahmebestimmung von der Pflicht zur Notifizierung von Gesetzen, die „sonstige Vorschriften“ enthalten, soll aber gemäß § 6 der EU-RL 2015/1535 bzw. § 1 Abs. 2 WNotifG dann nicht gelten, wenn diese Schutzmaßnahmen Auswirkungen auf die Erzeugnisse haben.

Daraus lässt sich für die Bf. jedoch nichts gewinnen, weil die Besteuerung allenfalls Auswirkungen auf die Vermarktung, nicht aber auf das Erzeugnis (Wettterminal) selbst haben kann.

Nach den vorgenannten Bestimmungen liegt somit keine Notifizierungspflicht vor.

Weiters berief sich die Bf. auf das EuGH-Erkenntnis vom 19.7.2012, C-213/11 ua, dessen Tenor wie folgt lautet:

„Art 1 Nr. 11 der Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft in der durch die Richtlinie 2006/96/EG des Rates vom 20. November 2006 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass nationale Bestimmungen wie jene des Glücksspielgesetzes vom 19. November 2009, welche die Durchführung von Automatenspielen mit niedrigen Gewinnen an anderen Orten als in Kasinos und Spielsalons beschränken oder sogar unmöglich machen können, „technische Vorschriften“ im Sinne dieser Bestimmung darstellen können, deren Entwürfe nach Art. 8 Abs. 1 Unterabs. 1 dieser Richtlinie übermittelt werden müssen, sofern feststeht, dass die genannten Bestimmungen Vorschriften darstellen, welche die Art oder die Vermarktung des betreffenden Erzeugnisses wesentlich beeinflussen können, was das vorlegende Gericht zu prüfen hat.“

Aus dem Zusammenhalt mit den Randnummern 35 ff. dieses Urteils geht hervor, dass der EuGH unter den im Tenor genannten „technischen Vorschriften“ „sonstige Vorschriften“ iSd Art. 1 Nr. 4 der RL 98/34 (gleichlautend wie Art. 1 Abs. 1 lit. d der RL 2015/1535) verstanden wissen will.

Als „sonstige Vorschriften“ gelten demnach (wie auch nach § 2 Z 4 WNotifG) Vorschriften für ein Erzeugnis, 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.

Diese wesentliche Beeinflussung sieht die Bf. in der erheblichen Beeinträchtigung der Vermarktung ihrer Wettterminals durch die Einhebung der Wettterminalabgabe, die auf die Kunden überwältzt werden müsse und bereits gravierende Rückgänge der Anzahl der aufgestellten Terminals verzeichnen habe lassen.

Diese Verminderung der Anzahl der von der Bf. gehaltenen Wettterminals ist zwar zutreffend, da im September 2016 noch 237 Geräte aufgestellt waren, im Juni 2017 nach einer stetigen Abnahme jedoch nur mehr 27, jedoch lässt sich für die Bf. daraus nichts gewinnen, weil die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 Z 4 WNotifG iVm Art. 1 Abs. 1 lit. d RL 2015/1535 im Hinblick darauf, dass die Vorschrift den Lebenszyklus des Erzeugnisses nach dem Inverkehrbringen betrifft, nicht erfüllt sind (vgl. VwGH 23.4.2015, 2011/07/0012, zum Altlastenbeitrag), da die gegenständlichen Abgabenvorschriften keine Vorschriften für den Gebrauch, die Wiederverwertung, Wiederverwendung oder Beseitigung der Wettterminals darstellen. Im Übrigen enthält die Beschwerde auch keine näheren Angaben, weshalb die Wettterminalabgabe den Lebenszyklus der betreffenden Geräte betreffen sollte.

Fazit: Auch „sonstige Vorschriften“, die eine Notifizierungspflicht bedeuten könnten, liegen hier nicht vor.

ad 2. b) „**Vorschrift betreffend Dienste**“:

Die Bf. brachte auch vor, dass es sich unter dem Gesichtspunkt des Wettabschlusses als erbrachte Dienstleistung bei der bekämpften Abgabe auch um eine „Vorschrift betreffend Dienste“ handle.

§ 2 Z 5 WNotifG :

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.

§ 2 Z 2 WNotifG :

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 (Anmerkung: gemeint wohl „und“) 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.

Unstrittig liegt bei den Wettabschlüssen mittels Wettterminals gemäß § 2 Z 5 WNotifG iVm § 2 Z 2 WNotifG eine gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz (ohne gleichzeitige physische Anwesenheit der Vertragsparteien) und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung der Informationsgesellschaft vor.

Allerdings scheint die Bf. zu übersehen, dass mit dem Wettterminalabgabegesetz nicht der einzelne Wettabschluss, sondern lediglich das Halten der Terminals besteuert werden soll, unabhängig davon, wie viele bzw. ob überhaupt Wetten abgeschlossen werden.

Besteuert wird die Ermöglichung zur unmittelbaren Wettteilnahme durch Halten eines Wettterminals. Es geht nicht darum, dass Wettkunden auch in die Lage versetzt werden, den Wettgegenstand und Wetteinsatz für den Buchmacher oder Totalisateur rechtsverbindlich festlegen und diesen verpflichten zu können, die vom Kunden offerierte Wette anzunehmen (vgl. VwGH 26.3.2015, 2013/17/0409, zur Kriegsopferabgabe).

Da das WWAG weder auf den Zugang zu den Diensten abzielt noch auf spezielle Bedingungen für deren Betreiben iSd § 2 Z 5 WNotifG abstellt, liegt hier entgegen der Rechtsansicht der Bf. auch keine „Vorschrift betreffend Dienste“ vor. Selbst wenn eine Auswirkung auf die Dienste der Informationsgesellschaft vorläge, wäre diese lediglich indirekt oder im Sinne eines Nebeneffekts auf diese Dienste zu sehen, die nicht vom Anwendungsbereich der RL 2015/1535 (Art. 1 lit. e sublit. ii) erfasst wäre.

ad 3. „technische de-facto-Vorschrift:

Die Bf. wies in ihrer Beschwerde lediglich darauf hin, dass „technische Vorschriften“ nicht nur rechtlich, sondern auch de-facto bestünden, ohne diesen Einwand näher auszuführen.

§ 2 Z 7 WNotifG:

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.

Dazu ist festzustellen, dass durch die Besteuerung des Haltens von Wettterminals nicht die Einhaltung von technischen Spezifikationen, sonstigen Vorschriften oder Vorschriften betreffend Dienste bezweckt oder gefördert werden soll, da solche Vorschriften nach den vorangegangenen Ausführungen gar nicht vorliegen.

Auch soll mit der Wettterminalabgabe nicht die Einhaltung der Bestimmungen des Wiener Wettengesetzes gefördert werden. Im Gegenteil werden mit der Wettterminalabgabe sämtliche Wettterminals belastet, unabhängig davon, ob diese nach dem Wiener Wettengesetz genehmigt wurden oder überhaupt genehmigungsfähig sind.

Darüber hinaus bestimmt die RL 2015/1535 in Art. 5 Abs. 1 letzter Satz, dass sich in Bezug auf die „technischen Spezifikationen“ oder „sonstigen Vorschriften“ oder „Vorschriften betreffend Dienste“ nach Art. 1 Abs. 1 lit. f sublit. iii (wortgleich mit § 2 Z 7 lit. c WNotifG) die Bemerkungen oder ausführlichen Stellungnahmen der Kommission oder der Mitgliedstaaten nur auf diejenigen Aspekte beziehen, die möglicherweise ein Handelshemmnis – oder in Bezug auf Vorschriften betreffend Dienste – ein Hindernis für den freien Dienstleistungsverkehr oder die Niederlassungsfreiheit von Betreibern darstellen, nicht aber auf den steuerlichen oder finanziellen Aspekt der Maßnahme.

„Technische de-facto-Vorschriften“ liegen daher ebenfalls nicht vor.

Zusammenfassend wird daher festgehalten, dass mangels Vorliegens von Vorschriften im Sinne der EU-RL 2015/1535 und des WNotifG eine Notifizierungspflicht für das WWAG nicht bestand, deren Verletzung eine Anwendung des WWAG verfassungs- oder EU-rechtswidrig machen hätte können.

Den Ausführungen des Magistrates der Stadt Wien MA 6, dass eine Notifizierung nicht einem Selbstzweck diene, sondern laut den Erwägungsgründen der RL 2015/1535 der Gewährung eines Binnenmarktes ohne Handelshemmnisse, sohin der Gewährleistung der Grundfreiheiten, schließt sich das Bundesfinanzgericht vorbehaltlos an. Sind diese Grundfreiheiten bzw. der ungehemmte Binnenmarkt – wie gegenständlich – nicht betroffen oder verletzt, kann auch keine Notifizierungspflicht bestehen.

Die von der belangten Behörde mit Bescheid vom 14.8.2017 vorgenommene Besteuerung der von der Bf. in den jeweiligen Voranmeldungszeiträumen 01/2016 bis 06/2017 in Wien gehaltenen und selbst gemeldeten Wettterminals erfolgte daher zu Recht, zumal auch seitens der Bf. die Anzahl der Wettterminals und der Zeitraum ihrer Aufstellung sowie die darauf gemäß § 3 WWAG pro Gerät und (angefangenen) Kalendermonat in Höhe von € 350,00 entfallende Wettterminalabgabe nicht bestritten wurden.

II. Rückzahlung

Ein sich aus der Gebarung (§ 213 BAO) unter Außerachtlassung von Abgaben, deren Einhebung ausgesetzt ist, ergebendes Guthaben eines Abgabepflichtigen ist gemäß § 215 Abs. 1 BAO zur Tilgung fälliger Abgabenschuldigkeiten zu verwenden, die dieser Abgabepflichtige bei derselben Abgabenbehörde hat; dies gilt nicht, soweit die Einhebung der fälligen Schuldigkeiten ausgesetzt ist.

Das nach einer gemäß Abs. 1 erfolgten Tilgung von Schuldigkeiten bei einer Abgabenbehörde des Bundes verbleibende Guthaben ist gemäß § 215 Abs. 2 BAO zur Tilgung der dieser Behörde bekannten fälligen Abgabenschuldigkeiten zu verwenden, die der Abgabepflichtige bei einer anderen Abgabenbehörde des Bundes hat; dies gilt nicht, soweit die Einhebung der fälligen Schuldigkeiten ausgesetzt ist.

Soweit Guthaben nicht gemäß Abs. 1 bis 3 zu verwenden sind, sind sie gemäß § 215 Abs. 4 BAO nach Maßgabe der Bestimmungen des § 239 zurückzuzahlen oder unter sinngemäßer Anwendung dieser Bestimmungen über Antrag des zur Verfügung über das Guthaben Berechtigten zugunsten eines anderen Abgabepflichtigen umzubuchen oder zu überrechnen.

Die Rückzahlung von Guthaben (§ 215 Abs. 4 BAO) kann gemäß § 239 Abs. 1 BAO auf Antrag des Abgabepflichtigen oder von Amts wegen erfolgen.

Ein Guthaben im Sinne des § 215 BAO stellt sich als Ergebnis der Gebarung auf dem Abgabenkonto dar.

Strittig ist, ob die mit Bescheid vom 14.8.2017 in Höhe von € 634.200,00 festgesetzten und in Höhe von € 633.150,00 entrichteten Wettterminalabgaben 09/2016-06/2017 antragsgemäß an die Bf. zurückzuzahlen sind.

Dazu ist festzustellen, dass die Bf. die gegenständlichen selbstberechneten Wettterminalabgaben laufend in der bekanntgegebenen Höhe entrichtete, sodass sämtliche betreffenden Abgabenkonten derzeit einen Saldo von € 0,00 aufweisen.

Da weder zum Zeitpunkt der Antragstellung noch derzeit ein rückzahlbares Guthaben im Sinne des § 215 BAO ausgewiesen wurde bzw. wird, war dem Rückzahlungsantrag der Erfolg zu versagen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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.

Die Entscheidung ergab sich aus den eindeutigen gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1 und 3 WWAG, weshalb nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes auch ohne Vorliegen von höchstgerichtlicher Judikatur zum WWAG, insbesondere zur eingewendeten Notifizierungspflicht, die Entscheidung nicht von einer ungelösten Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung abhing.

Wien, am 22. März 2018