

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

28.06.2016

Geschäftszahl

2013/17/0415

Beachte**Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

2013/17/0417

2013/17/0422

2013/17/0418

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Holeschofsky, die Hofrätinnen Mag. Dr. Zehetner, Mag.a Nussbaumer-Hinterauer und Dr. Leonhartsberger sowie den Hofrat Mag. Berger als Richterinnen und Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag.a Kratschmayr, über die Beschwerden der H GmbH in G, vertreten durch die Schwartz Huber-Medek & Partner Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Stubenring 2, gegen die Bescheide der Vorarlberger Landesregierung jeweils vom 3. Mai 2013, 1. IIIa-241.108 (hg 2013/17/0415), 2. IIIa-

241.119 (hg 2013/17/0417), 3. IIIa-241.129 (hg 2013/17/0418) und

4. IIIa-241.160 (hg 2013/17/0422), betreffend Kriegsofferabgabe für (insgesamt) den Zeitraum März bis August 2011, zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.**

Die beschwerdeführende Partei hat dem Land Vorarlberg Aufwendungen in der Höhe von insgesamt EUR 782,80 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1.1. Der Bürgermeister der Gemeinde A als Abgabenbehörde erster Instanz setzte mit Bescheiden vom 20. April, 19. Mai, 17. Juni und 27. September 2011 auf Grundlage der §§ 2 Abs 4, 3 Abs 4 und 6 Abs 6 Vorarlberger Kriegsofferabgabegesetz (im Folgenden kurz: KOAbG) die von der S P GmbH zu entrichtende Kriegsofferabgabe für das Aufstellen bzw den Betrieb eines Wettterminals am Standort B in den Monaten März, April und Mai 2011 mit jeweils EUR 700,-- sowie Juni bis August 2011 mit EUR 2.100,-- (= 3 mal EUR 700,--), zuzüglich 2 % Säumniszuschlag, fest.

1.2. Die S P GmbH erhob gegen die Bescheide Berufungen und brachte vor, sie habe am konkreten Standort über das von ihr angemietete Terminal Wetten zunächst durch die R S GmbH und dann durch die A S GmbH im Rahmen deren Gewerbeberechtigungen an ihren Sitz (die Zentrale) in Wien vermittelt erhalten, wo sie (die S P GmbH) die Wetten als Buchmacherin abgeschlossen habe. Eine Bewilligung nach dem Vorarlberger Wettengesetz (im Folgenden: WettengG) sei nicht vorgelegen und habe auch nicht vorliegen müssen, sodass keine Abgabepflicht nach dem KOAbG bestehe.

Zur behaupteten Vermittlung von Wettkunden und zur Funktion des Terminals führte die S P GmbH aus, sie mache zunächst einen Standort ausfindig und schließe den Aufstellungsvertrag mit dem dortigen Eigentümer ab. Dann übernehme die A S GmbH die weitere Abwicklung, wobei deren Aufgabe darin bestehe, den Gewerbeschein zur Verfügung zu stellen und den Standort beim Gewerbeamt anzuzeigen, ferner sei sie

Dienstleisterin für die S P GmbH hinsichtlich der Lieferung von Quoten etc für den Wettbetrieb. Das Terminal sei mit der Zentrale der S P GmbH in Wien verbunden, der Kunde stelle die Wette am Gerät (selbst) zusammen und definiere den Einsatz, das Wettangebot werde nach Wien übermittelt, wo die S P GmbH über die Annahme entscheide, im Fall der Annahme werde ein Wettschein ausgedruckt.

Die S P GmbH wendete ferner ein, die Abgabepflicht sei verfassungswidrig, weil durch die exzessive Besteuerung die Berufsausübung für einen ganzen Berufszweig unmöglich gemacht werde. Die Besteuerung verstoße zudem gegen das Finanz-Verfassungsgesetz (F-VG) und den Gleichheitssatz.

2. Mit Verschmelzungsvertrag und Generalversammlungsbeschluss vom 21. September 2012, im Firmenbuch eingetragen am 1. November 2012, wurde die S P GmbH als übertragende Gesellschaft mit der beschwerdeführenden Partei (im Folgenden: Beschwerdeführerin) als übernehmender Gesellschaft verschmolzen. Die S P GmbH ist damit erloschen und die Beschwerdeführerin als Gesamtrechtsnachfolgerin in deren Rechtsstellung eingetreten (vgl VwGH vom 19. März 2013, 2012/17/0593 ua).

3.1. Mit den nunmehr angefochtenen Bescheiden gab die belangte Behörde den Berufungen der S P GmbH gegen die Abgabenbescheide des Bürgermeisters keine Folge.

3.2. Sie ging dabei von nachstehenden Feststellungen aus:

Die S P GmbH habe bis zum 31. Dezember 2010 über eine Bewilligung nach den §§ 2 Abs 1 und 2, 3 Abs 5 WettenG (für den konkreten Standort) verfügt. Im Abgabenzeitraum habe sie zwar eine Bewilligung zum gewerbsmäßigen Abschluss von Wetten für einen Standort in Wien aufgewiesen, nicht jedoch für einen Standort in Vorarlberg. Sie habe für einen dortigen Standort auch über keine Gewerbeberechtigung zur Vermittlung von Kunden zu Buchmachern/Wettbüros unter Ausschluss der Wettannahme verfügt.

Die R S GmbH habe bis zum 6. April 2011 über eine Gewerbeberechtigung zur Vermittlung von Kunden zu Buchmachern/Wettbüros unter Ausschluss der Tippannahme für den konkreten Standort verfügt. Die A S GmbH habe seit 2007 eine Gewerbeberechtigung (Stammgewerbe) zur Vermittlung von Wettabschlüssen unter Ausschluss der Totalisateurtätigkeit und seit dem 5. April 2011 eine derartige Berechtigung auch für den konkreten Standort aufgewiesen.

Die S P GmbH habe Kooperationsverträge über die Vermittlung von Wetten am 1. November 2008 mit der R S GmbH und am 28. März 2011 mit der A S GmbH (samt Provisionsvereinbarung vom 29. März 2011, wonach 1 % Provision vom Einsatz abzüglich Gewinn gebühre) abgeschlossen.

3.3. In der - mit weiteren Feststellungen und mit der Beweiswürdigung verbundenen - rechtlichen Würdigung führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus:

3.3.1. Der Einwand der Beschwerdeführerin, sie sei nicht die Abgabenschuldnerin, weil sie die Wettabschlüsse nur vermittelt erhalten habe, wofür sie keine Bewilligung nach dem WettenG benötigt habe, sodass sie auch keiner Abgabepflicht nach dem KOAbG unterliege, sei nicht berechtigt.

Laut dem Aufstellungsvertrag vom 17. Februar/20. März 2009 sei die S P GmbH Aufstellerin und Eigentümerin (später wurde klargestellt, dass die A G I GmbH Eigentümerin und die S P GmbH nur Mieterin sei) sowie mittels des (Vertrags)Partners auch Betreiberin des Wetterinals am konkreten Standort gewesen. Im Aufstellungsvertrag sei festgehalten, dass sie über eine Buchmacherkonzession (am Sitz in Wien) verfüge, die es ihr ermögliche, Sportwetten anzubieten bzw entgegenzunehmen; sie habe dafür ein System zur dezentralen Entgegennahme der Wetten über ein Terminal entwickelt, an dem die Kunden Quoten abrufen und Wetten an die Zentrale weiterleiten könnten. Im Vertrag heiße es weiter, dass der (Vertrags)Partner an der Aufstellung und am Betrieb des Terminals (durch die S P GmbH) interessiert sei, er übernehme das Terminal zu treuen Händen, Sorge für Strom und Beispielbarkeit und zahle die Gewinne im Namen der S P GmbH aus. Uneingeschränkter Eigentümer des Terminals und des Kassensinhalts sei jedoch die S P GmbH, die auch für die nötigen Anmeldungen und Genehmigungen für den Betrieb zu sorgen habe. Als Entgelt für die Gestattung der Aufstellung und die erbrachten Dienstleistungen erhalte der Partner 40 % vom kalkulatorischen Gewinn.

Aus den Kooperationsverträgen gehe die behauptete Vermittlung von Wetten an die S P GmbH nicht hervor. Dort sei lediglich festgehalten, dass die R S GmbH und die A S GmbH zu den führenden Anbietern von Wettdienstleistungen gehörten und unter anderem Inhaber eines Gewerbescheins seien, der es ihnen ermögliche, das Gewerbe der Vermittlung von Wettabschlüssen unter Ausschluss der Totalisateurtätigkeit auszuüben. Die Hauptleistungspflicht der beiden liege darin, einen neuen Standort der Gewerbebehörde anzuzeigen und die Gewerbeberechtigung zur Verfügung zu stellen. Über eine Vermittlung von Wettkunden sei in den Verträgen nichts festgehalten. Auch nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerin sei einzige Aufgabe der A S GmbH gewesen, den Gewerbeschein zur Verfügung zu stellen und die Standorte beim Gewerbeamt anzuzeigen; sie sei daher nicht als Vermittlerin von Wettkunden aufgetreten.

Die S P GmbH habe nach ihrem Vorbringen direkt - ohne Dazwischentreten eines Vermittlers - im Wege der angemieteten Terminals Wettverträge mit den Kunden abgeschlossen, wobei sich diese die Wette am Terminal zusammenstellen und den Einsatz definieren könnten, das Wettangebot sei nach Wien übermittelt worden, wo die S P GmbH über eine Buchmacherbewilligung verfüge und über die Annahme entschieden habe, bei Annahme sei ein Wettschein ausgedruckt worden. Unter diesen Umständen könne aber keine Rede davon sein, dass die S P GmbH nur von der ihr durch die R S GmbH bzw die A S GmbH zur Verfügung gestellten

Gewerbeberechtigung, mit der sie lediglich Wettkunden an Buchmacher oder Totalisateure hätte vermitteln dürfen, Gebrauch gemacht habe. Sie habe auch nicht vorgebracht, dass sie die Wettkunden bloß vermittelt habe, was notwendiger Weise nur an dritte Personen geschehen könnte. Aus dem Vorbringen und den Verträgen ergebe sich vielmehr, dass sie die Kunden allein an sich selbst als Buchmacherin "vermittelt" habe, was jedoch nicht möglich sei, weil es an einem dazwischen tretenden Vermittler fehle. Eine solche Tätigkeit sei daher nicht als Vermittlung von Wettkunden zu erachten, sondern sei bereits Teil der Tätigkeit eines Buchmachers oder Totalisateurs. Auf die Entscheidung über die Wettannahme in Wien komme es nicht an.

Folglich hätte aber die S P GmbH eine Bewilligung nach § 2 WettenG benötigt und unterliege deshalb der Abgabepflicht nach dem KOAbG.

3.3.2. Dem Einwand der Verfassungswidrigkeit wegen exzessiver Besteuerung sowie wegen Verletzung des F-VG und des Gleichheitssatzes komme ebenso keine Berechtigung zu.

Der Verfassungsgerichtshof habe im Erkenntnis vom 13. Juni 2012, G 6/12, ausgesprochen, dass die §§ 2 Abs 4, 3 Abs 4, 5 Abs 1 Satz 2 und 6 Abs 6 KOAbG, idF LGBl Nr 9/2011, nicht als verfassungswidrig aufgehoben würden, eine gleichheitswidrige Besteuerung nicht vorliege, die Höhe der Besteuerung von EUR 700,-- monatlich pro Wettterminal unbedenklich sei und ein Missbrauch der Abgabenform nicht vorliege, weil der Landesgesetzgeber das Aufstellen der Geräte überhaupt verbieten könnte.

3.4. Insgesamt sei daher der Beschwerdeführerin für das aufgestellte Wettterminal im Abgabenzeitraum zu Recht eine Kriegsoferabgabe von monatlich EUR 700,-- zuzüglich Säumniszuschlag vorgeschrieben worden.

4. Gegen diese Berufungsbescheide wenden sich die Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts mit einem Aufhebungsantrag.

Die belangte Behörde legte die Akten der Verwaltungsverfahren vor und erstattete eine - gemeinsame - Gegenschrift, in der sie die Abweisung der Beschwerden sowie die Zuerkennung von Schriftsatz- und Vorlageaufwand beantragte.

5. Der Verwaltungsgerichtshof hat die Rechtssachen zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbunden und erwogen:

5.1. In den Beschwerdefällen sind gemäß § 79 Abs 11 VwGG idF BGBl I Nr 122/2013 die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen des VwGG weiter anzuwenden.

5.2. Die §§ 2, 3 und 6 Vorarlberger Kriegsoferabgabengesetz, LGBl Nr 40/1989, in der hier anzuwendenden Fassung LGBl Nr 9/2011, lauten auszugsweise wie folgt:

"§ 2 Abgabepflichtige und einhebepflichtige Personen

...

(4) Für das Aufstellen oder den Betrieb von Wettterminals ist jene Person abgabepflichtig, die hierfür eine Bewilligung nach dem Wettengesetz hat oder haben müsste. (...)

§ 3 Höhe der Abgabe

...

(4) Die Abgabe für das Aufstellen oder den Betrieb von Wettterminals beträgt für jeden einzelnen Wettterminal 700 Euro für jeden Kalendermonat, in dem der Wettterminal aufgestellt ist oder betrieben wird.

§ 6 Abgabenerklärung, Abgabentrachtung

...

(6) Die Abgabe für das Aufstellen oder den Betrieb von Wettterminals ist von der abgabepflichtigen Person für jeden Kalendermonat bis zum 15. des Folgemonats an die Gemeinde abzuführen."

5.3. Die §§ 1 und 2 Vorarlberger Wettengesetz, LGBl Nr 18/2003, in der hier anzuwendenden Fassung LGBl Nr 1/2008, lauten auszugsweise wie folgt:

"§ 1 Allgemeines

(1) Dieses Gesetz regelt den Abschluss und die Vermittlung von Wetten durch Buchmacher und Totalisateure.

(2) Buchmacher ist, wer Wetten gewerbsmäßig abschließt, Totalisateur ist, wer Wetten gewerbsmäßig vermittelt.

...

§ 2 Bewilligungs- und Anzeigepflicht

(1) Die Tätigkeit eines Buchmachers oder eines Totalisateurs an einem oder mehreren Standorten im Land bedarf einer Bewilligung der Behörde.

(2) Die Bewilligung kann nur für die Ausübung der Tätigkeit an einem oder mehreren Standorten (...) erteilt werden: (...)

(3) Im Falle einer Ausübung der Tätigkeit über ein elektronisches Medium gilt als Standort jener Ort, von dem aus der Buchmacher oder Totalisateur die Daten für das Medium bereitstellt. Im Falle einer Ausübung der Tätigkeit über Wettautomaten gilt jedoch der Aufstellungsort als Standort.

..."

6.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, es liege kein Wettterminal vor, weil eine unmittelbare Wettteilnahme, bei der die Kunden direkt - ohne Dazwischentreten einer anderen Person - wetten könnten, nicht möglich sei.

6.2. Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertritt (vgl etwa die Erkenntnisse vom 21. August 2014, Ro 2014/17/0033, und vom 30. Juni 2015, 2013/17/0847), liegt das wesentliche Merkmal eines Wettterminals in seiner Eignung, die unmittelbare Teilnahme an einer Wette zu ermöglichen. Der Kunde muss an der technischen Einrichtung den Wettgegenstand und den Wetteinsatz unmittelbar, das heißt grundsätzlich ohne Dazwischentreten einer anderen Person, bestimmen können. Dies ist etwa dann nicht der Fall, wenn das Terminal ausschließlich durch Personal des Wettunternehmers bedient wird oder in einem Bereich aufgestellt ist, der für die Kunden nicht bestimmt und nicht zugänglich ist. Weist ein Terminal die Eigenschaften auf, die eine Wettteilnahme durch den Kunden selbst ermöglichen, so handelt es sich um ein Wettterminal im aufgezeigten Sinn; dabei reicht schon die abstrakte Eignung zur Wettteilnahme, um eine Umgehung durch ein technisch nicht erforderliches Dazwischentreten einer anderen Person zu vermeiden.

6.3. Vorliegend konnten - laut dem eigenen Vorbringen der S P GmbH - die Kunden selbst ohne Dazwischentreten einer anderen Person die Wetten am Terminal zusammenstellen und den Einsatz definieren. Da die Kunden somit den Wettgegenstand und den Wetteinsatz selbständig, ohne Dazwischentreten einer anderen Person bestimmen konnten - vor allem fand keine ausschließliche Bedienung des Terminals durch das Personal und auch keine Beschränkung des Zutritts der Kunden statt -, ist die am konkreten Standort unstrittig aufgestellte technische Vorrichtung als Wettterminal zu qualifizieren.

7.1. Die Beschwerdeführerin releviert, das gegenständliche Terminal werde nur zur Vermittlung von Wettkunden genutzt, diese könnten damit keinen Wett- oder Totalisateurvertrag abschließen, es komme bloß ein Vermittlungsvertrag - also ein Vertrag mit einer Person, die zwischen Kunden und Buchmacher trete - zustande. Die bloße Vermittlung von Wettkunden ergebe sich auch aus der Zurverfügungstellung des Gewerbescheins (durch die R S GmbH und die A S GmbH). Für die Vermittlungstätigkeit spreche weiters, dass die Wettverträge nicht am konkreten Standort, sondern erst nach Übermittlung der Angebote am Sitz der S P GmbH in Wien abgeschlossen würden. Das Geschäftsmodell sei vom Geschäftsführer der Beschwerdeführerin (zugleich auch Geschäftsführer der A S GmbH) erläutert worden, aus den Bescheiden sei aber nicht ersichtlich, warum seinen Angaben nicht gefolgt worden sei; es liege daher ein Begründungsmangel vor.

7.2. Wie der Oberste Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertritt (vgl RIS-Justiz RS0118755), entzieht sich die Vermittlungstätigkeit selbst einer gesetzlichen Definition, weil die an sie zu stellenden Anforderungen je nach Geschäftszweig und Lage des Falls sehr variieren. Selbstverständlich ist jedoch, dass der Begriff "Vermitteln" bedeutet, zwei potenzielle Vertragspartner zusammenzubringen und zum Geschäftsabschluss zu bewegen.

7.3. Vorliegend hat die S P GmbH direkt - ohne Dazwischentreten einer dritten Person, insbesondere ohne Mitwirkung der R S GmbH und der A S GmbH - die Wettangebote der Kunden im Wege des von ihr angemieteten am konkreten Standort aufgestellten Wettterminals dezentral entgegengenommen und darüber am Sitz in Wien als Buchmacherin entschieden, wobei im Fall der Annahme ein Wetschein ausgedruckt wurde. Demnach sind aber die S P GmbH und die Wettkunden im Wege des Terminals selbst unmittelbar als potenzielle Vertragspartner miteinander in Kontakt gekommen und wurden von keinem Vermittler zusammengebracht und zum Geschäftsabschluss bewegt. Das Wettterminal wurde nicht zur Vermittlung von Wettkunden bzw zum Abschluss eines Vermittlungsvertrags, sondern zur Entgegennahme der Angebote und zum Abschluss der Wettverträge durch die Beschwerdeführerin als Buchmacherin verwendet.

7.4. Da eine Vermittlung von Wettkunden nicht stattgefunden hat, kommt auch der Zurverfügungstellung einer diesbezüglichen Gewerbeberechtigung durch die R S GmbH und die A S GmbH keine Bedeutung zu. Die S P GmbH hat von der zur Verfügung gestellten Gewerbeberechtigung keinen Gebrauch gemacht, hätte sie damit doch bloß als Vermittlerin agieren und nicht selbst Wettverträge abschließen dürfen.

Dass über die Annahme der Wettangebote nicht am konkreten Standort, sondern am Sitz der S P GmbH in Wien entschieden wurde, steht weder dem Vorliegen eines Wettterminals (vgl VwGH vom 26. März 2015, 2013/17/0409) noch der Qualifizierung des Handelns als Buchmachertätigkeit (vgl § 1 Abs 2 WettenG) und damit dem Abschluss einer Vermittlungstätigkeit entgegen. Es ist einem Buchmacher jedenfalls unbenommen, Wettangebote - wie hier - dezentral entgegenzunehmen, sie an seinen Sitz weiterzuleiten und erst dort über die Annahme zu entscheiden.

7.5. Die Angaben des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin stehen mit den bisherigen Ausführungen nicht im Widerspruch. Ein diesbezüglicher wesentlicher Begründungsmangel ist daher nicht gegeben.

8.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, selbst bei Bejahung einer Abgabepflicht für die (vermeintliche) Wettvermittlung wäre nicht sie, sondern allenfalls die A S GmbH abgabepflichtig, weil diese die Vermittlung

auf Grund ihrer gewerberechtlichen Bewilligung von ihrer Betriebsstätte (Standort des Terminals) aus bewirkt habe.

8.2. Wie schon erörtert wurde, ist eine Vermittlung von Wettkunden an die S P GmbH nicht erfolgt, dem aufgezeigten Vorbringen kommt schon deshalb keine Berechtigung zu.

An der Eigenschaft der Beschwerdeführerin als Abgabenschuldnerin kann indessen kein Zweifel bestehen. Da sie das Wettterminal am konkreten Standort aufgestellt und betrieben hat, indem sie die Wettangebote der Kunden entgegengenommen und darüber (am Sitz in Wien) gewerbsmäßig als Buchmacherin entschieden hat, benötigte sie für den konkreten Standort eine Bewilligung nach § 2 WettenG und unterliegt damit gemäß § 2 Abs 4 KOABG der Abgabepflicht.

9. Da eine Vermittlung von Wettkunden nicht stattgefunden hat, sind auch die diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Bedenken (wonach eine Tätigkeit im Bereich der Angelegenheiten des Gewerbes bzw der öffentlichen Agentien und Privatgeschäftsvermittlung im Sinn des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG vorliege und daher die Kompetenz zur Gesetzgebung und Vollziehung dem Bund zukomme, bzw wonach die exzessive Besteuerung eine - Zwischenzolllinien vergleichbare - Verkehrsbeschränkung im Sinn des Art 4 B-VG bedeute) unbeachtlich.

Im Übrigen hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in anderen Fällen ausgesprochen, dass die Argumentation keinen Anlass für die Erhebung eines Gesetzesprüfungsantrags beim Verfassungsgerichtshof bietet (vgl etwa VwGH vom 26. März 2015, 2013/17/0409, mwN).

10. Die Beschwerde war daher insgesamt als unbegründet abzuweisen (§ 42 Abs 1 VwGG).

10.1. Von der beantragten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte nach § 39 Abs 2 Z 6 VwGG abgesehen werden. In der Beschwerde wurden keine Rechts- oder Tatsachenfragen von einer solchen Art aufgeworfen, dass deren Lösung eine mündliche Verhandlung erfordert hätte (vgl VwGH vom 8. Oktober 2013, 2012/08/0197).

10.2. Der Ausspruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2008, BGBl II Nr 455, die gemäß § 3 VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2014, BGBl II Nr 518/2013, idF BGBl II Nr 8/2014, weiter anzuwenden ist.

Wien, am 28. Juni 2016