

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

29.07.2015

**Geschäftszahl**

2013/17/0020

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Holeschovsky, die Hofrätinnen Mag. Dr. Zehetner, Mag.a Nussbaumer-Hinterauer und Dr. Leonhartsberger sowie Hofrat Mag. Brandl als Richterinnen bzw Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag.a Schubert-Zsilavec, über die Beschwerde des A K in W, vertreten durch Prof. Dr. Friedrich Wennig, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Schauflegasse 6, gegen den Bescheid der Oberösterreichischen Landesregierung vom 3. Dezember 2012, IKD(Gem)-524.698/2-2012-Wa/Ta, betreffend Lustbarkeitsabgabe in der Landeshauptstadt Linz für den Zeitraum 1. September 2011 bis 30. September 2011 (mitbeteiligte Partei: Landeshauptstadt Linz, Hauptplatz 1), zu Recht erkannt:

**Spruch****Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Die beschwerdeführende Partei hat dem Land Oberösterreich Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Mit Bescheid des Magistrats der Landeshauptstadt Linz vom 13. September 2011 wurde dem Beschwerdeführer für sechs näher bezeichnete elektronische Spielapparate an einem bestimmt bezeichneten Standort in Linz für den Zeitraum 1. bis 30. September 2011 gemäß §§ 2 und 17 der Lustbarkeitsabgabeordnung der Stadt Linz eine Lustbarkeitsabgabe in Höhe von insgesamt EUR 258,-- vorgeschrieben.

Die dagegen erhobene Berufung wurde mit Bescheid des Stadtsenats der Landeshauptstadt Linz vom 10. September 2012 als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer erhob dagegen Vorstellung.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid wurde die Vorstellung von der Oberösterreichischen Landesregierung als unbegründet abgewiesen. Bei der Formulierung des Besteuerungstatbestands des Betriebs eines "Schau-, Scherz-, Spiel-, Geschicklichkeits- oder ähnlichen Apparates" in § 17 Abs 1 Z 2 des Oö Lustbarkeitsabgabegesetzes 1979 bzw in § 17 Abs 1 Z 1 der Lustbarkeitsabgabeordnung der Stadt Linz handle es sich um eine demonstrative Aufzählung, die es ermögliche, bestimmte, noch näher zu bezeichnende, in der Praxis in Erscheinung tretende Apparatformen und -typen unter diesen Abgabentatbestand zu subsumieren. Bei den Spiel- oder ähnlichen Apparaten nach dem Oö Lustbarkeitsabgabegesetz komme es nicht auf die technische Beschreibung an, sondern nur darauf, ob mit diesen Apparaten ein Spiel in Gang gesetzt und als zweckfreie Beschäftigung aus Freude am Spiel selbst oder zur Unterhaltung, Entspannung oder zum Zeitvertreib durchgeführt werden könne. Es mache auch keinen Unterschied, ob die Entscheidung über Gewinn und Verlust durch den Apparat selbst oder zentralseitig erfolge. Entgegen dem Vorstellungsvorbringen stelle weder die zentrale Steuerungseinheit alleine noch die Steuereinheit zusammen mit allen Endgeräten einen (einheitlichen) Spielapparat dar, sondern jedes einzelne Terminal für sich, welches die Teilnahme an den Spielen ermögliche. Es müssten auch nicht alle für die Ermittlung des Spielergebnisses erforderlichen technischen Vorgänge an ein und demselben Ort erfolgen. Selbst die Vernetzung von Endgeräten mit Rechnern in einem anderen Bundesland (oder im Ausland) hindere die Qualifikation der Endgeräte als Spielapparate nach der oberösterreichischen Rechtslage nicht. Hinsichtlich des Einwands, dass damit auch eine Rechenleistung besteuert würde, die in einem anderen Bundesland erbracht werde, führte die Landesregierung aus, dies sei verfassungsrechtlich unbedenklich, da durch die Spielmöglichkeit am Terminal im Bundesland Oberösterreich im gegenständlichen Fall der in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes geforderte inhaltliche Bezug zum räumlichen Geltungsbereich der Abgabennorm ausreichend vorhanden sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher der Beschwerdeführer beantragt, den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts, in eventu wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die Landesregierung Oberösterreich legte die Verwaltungsakten vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Auch die Landeshauptstadt Linz brachte eine Gegenschrift mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde ein.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Beschwerdefall sind gemäß § 79 Abs 11 VwGG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl I Nr 122/2013 die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen des VwGG weiter anzuwenden.

Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen des Oberösterreichischen Lustbarkeitsabgabegesetzes 1979 (Oö Lustbarkeitsabgabegesetz), LGBl Nr 74/1979 in der hier anzuwendenden Fassung LGBl Nr 4/2011, haben folgenden Wortlaut:

## **"I. ALLGEMEINE BESTIMMUNGEN**

### **§ 2**

#### **Lustbarkeiten, die der Abgabe unterliegen**

(1) Alle im Gemeindegebiet veranstalteten Lustbarkeiten unterliegen einer Abgabe nach den Bestimmungen dieses Gesetzes.

(2) Lustbarkeiten sind Veranstaltungen, welche geeignet sind, die Besucher bzw. Benützer zu unterhalten und zu ergötzen. Dies wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Veranstaltung auch gleichzeitig erbauenden, belehrenden oder anderen nicht als Lustbarkeit anzusehenden Zwecken dient, oder dass der Unternehmer nicht die Absicht hat, eine Lustbarkeit zu veranstalten.

...

### **§ 17**

#### **Pauschalabgabe für den Betrieb von Apparaten**

(1) Für den Betrieb

1. eines Fußballtisches, Fußball- oder Hockeyspielapparates, Billards oder sonstigen mechanischen Spiel- oder Sportapparates ohne elektronische oder elektromechanische Bauteile sowie von Kinderreit- oder Kinderschaukelapparaten oder anderen für Kinder bestimmten Apparaten,

2. eines anderen Schau-, Scherz-, Spiel-, Geschicklichkeits- oder ähnlichen Apparates,

3. ...

an öffentlichen Orten, in Gast- und Schankwirtschaften sowie in sonstigen jedermann zugänglichen Räumen ist die Pauschalabgabe durch den Gemeinderat mit jeweils einheitlichen Abgabesätzen nach Maßgabe des Abs. 2 festzusetzen.

(2) Die Abgabe beträgt für jeden angefangenen Betriebsmonat

a) ...

b) für die im Abs. 1 Z 2 bezeichneten Apparate mindestens 22 Euro und höchstens 43 Euro je Apparat, in Betrieben mit mehr als 8 solchen Apparaten jedoch mindestens 29 Euro und höchstens 73 Euro je Apparat,

..."

Die maßgeblichen Bestimmungen der Lustbarkeitsabgabeordnung der Stadt Linz, ABl Sondernummer vom 27. März 1950, idF des Beschlusses des Gemeinderates vom 20. September 2001, ABl Nr 19/2001, lauten:

#### **"1. Allgemeine Bestimmungen**

### **§ 1**

(1) Alle im Gemeindegebiet der Stadt Linz veranstalteten Lustbarkeiten unterliegen einer Abgabe nach den Bestimmungen dieser Ordnung.

(2) Lustbarkeiten sind Veranstaltungen, welche geeignet sind, die Besucher bzw. Benützer zu unterhalten und zu ergötzen. Dies wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Veranstaltung auch gleichzeitig erbauenden, belehrenden oder anderen nicht als Lustbarkeit anzusehenden Zwecken dient, oder dass der Unternehmer nicht die Absicht hat, eine Lustbarkeit zu veranstalten.

(3) Veranstaltungen, die ausschließlich religiösen, politischen, weltanschaulichen, wissenschaftlichen, belehrenden Zwecken oder Zwecken der Wirtschaftswerbung dienen, sind keine Lustbarkeiten.

...

## § 17

Pauschalabgabe für den Betrieb von Apparaten

## (1) Für den Betrieb

1. eines Schau-, Scherz-, Spiel-, Geschicklichkeits- oder ähnlichen Apparates mit elektromechanischen oder elektronischen Bauteilen

## 2. ...

an öffentlichen Orten, in Gast- und Schankwirtschaften sowie in sonstigen jedermann zugänglichen Räumen ist eine Pauschalabgabe zu entrichten.

## (1) Die Abgabe beträgt für jeden angefangenen Betriebsmonat

a) für die im Abs. 1 Z. 1 bezeichneten Apparate 43 Euro je Apparat, in Betrieben mit mehr als 8 solchen Apparaten jedoch 72,60 Euro je Apparat;

..."

Der Beschwerdeführer bringt vor, dass es sich bei den gegenständlichen Geräten um reine Eingabe- und Auslesestationen handle, durch die eine selbsttätige Programmentcheidung nicht herbeigeführt werde. Die Entscheidung über Gewinn und Verlust werde nicht durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung durch den Apparat selbst zur Verfügung gestellt, sondern auf einem in der Steiermark befindlichen Geldspielapparat generiert und von der Software des gegenständlichen Geräts nur visualisiert. Dieses Sachvorbringen sei von der belangten Behörde nicht bestritten, sondern als Sachverhalt herangezogen worden.

Es handle sich bei der Betätigung der gegenständlichen Geräte um keine Lustbarkeit iSd des Oö Lustbarkeitsabgabegesetzes. Bei der Beurteilung von Brieflosautomaten habe der Verfassungsgerichtshof darauf abgestellt, ob die Betätigung eines Apparates selbst die Eignung besitze, den Benutzer zu unterhalten, ob also die von ihm ausgeübte Tätigkeit im Wesentlichen einem Spiel, also einer bloß dem Vergnügen und Zeitvertreib dienenden Vorgangsweise gleichkomme. Im Hinblick darauf habe er das Betätigen eines Brieflosautomaten dem Erwerb eines Gegenstandes aus einem Warenautomaten gleichgestellt und dessen Vergnügungscharakter verneint. Das für den Erwerber spannende aleatorische Moment trete erst nach dem Loserwerb in Erscheinung, sodass das mit einem Münzeinwurf verbundene Betätigen eines Ausgabeautomaten als eines technischen Hilfsmittels zum Loserwerb grundsätzlich gleich zu werten sei wie der Kauf eines Loses in einer Verkaufsstelle.

Dieser Judikaturlinie sei der Verfassungsgerichtshof auch in seiner Entscheidung zum Vorarlberger Kriegsopferabgabegesetz betreffend Wettannahmeterminals gefolgt. Bei einem Wettterminal, dessen Funktion nicht über jene einer dezentralen elektronischen Wettannahmestelle hinausgehe, trete das spannende und unterhaltende Element erst nach Vertragsschluss in dem Zeitpunkt ein, in dem das Sportereignis, auf das die Wette abgeschlossen worden sei, stattfinde. Daraus folge, dass es sich bei der bloßen Betätigung des Wettterminals um keine Lustbarkeit iSd § 14 Abs 1 Z 8 und 9 FAG 2008 handle, die der Landesgesetzgeber einer entsprechenden Abgabe unterwerfen dürfe.

Bei den gegenständlichen Terminals trete das spannende aleatorische Element nicht bereits durch die Betätigung dieser Geräte ein, sondern erst (später und an einem anderen Ort) mit Ablauf des Spieles in der Steiermark (am dort situierten Zentralrechner), sodass auch dieses Terminal nicht unter den Begriff der Lustbarkeit iSd § 14 Abs 1 Z 8 und 9 FAG 2008 zu subsumieren sei.

Das Oö Lustbarkeitsabgabegesetz umschreibe die steuerpflichtigen Lustbarkeiten und präzisiere diese unter anderem in § 17 Abs 1 Z 2. Dort sei der Steuertatbestand mit den Worten "eines anderen Schau-, Scherz-, Spiel-, Geschicklichkeits- oder ähnlichen Apparates" umschrieben. Auch bei diesen Apparaten müsse es sich aber um solche handeln, die nach § 1 Oö Lustbarkeitsabgabegesetz geeignet seien, die Benutzer zu unterhalten und zu ergötzen. Die Besteuerung und somit auch die Auslegung des Lustbarkeitsbegriffs müsse sich im Rahmen der Ermächtigung des § 14 Abs 1 Z 8 und 9 FAG 2008 halten, weil sie sonst den finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben widerspreche. Dies treffe ebenso auf den Lustbarkeitsbegriff der Lustbarkeitsabgabeordnung der Stadt Linz zu. Auch wenn der Abgabentatbestand des § 17 Abs 1 Z 1 der Lustbarkeitsabgabeordnung auf den Betrieb eines "Schau-, Scherz-, Spiel-, Geschicklichkeits- oder ähnlichen Apparates *mit elektromechanischen oder elektronischen Bauteilen*" (Hervorhebung nicht im Original) abstelle und den Tatbestand somit weiter umschreibe als das Oö Lustbarkeitsabgabegesetz, so sei dieser doch so zu interpretieren, dass er nicht über die Ermächtigung des § 14 Abs 1 Z 8 FAG 2008 und die Definition des Lustbarkeitsbegriffs des § 2 Oö Lustbarkeitsabgabegesetz hinausgehe.

Dem Beschwerdeführer ist dahingehend zuzustimmen, dass, soweit der Landesgesetzgeber auf der kompetenzrechtlichen Grundlage des § 14 Abs 1 Z 8 FAG 2008 eine Steuerpflicht für die Vergnügung des Haltens von Spielapparaten festlegt, davon nur Spielapparate umfasst sind, denen nach ihrer Funktion ein ausreichender Unterhaltungswert (eine Vergnügungskomponente) im Sinne des finanzausgleichsrechtlichen Begriffsverständnisses innewohnt (vgl VwGH vom 17. September 2014, 2013/17/0593). Der Verfassungsgerichtshof legt den finanzausgleichsrechtlichen Begriff der Vergnügung bzw Lustbarkeit dahingehend aus, dass zwar nicht zwingend eine Veranstaltung vorliegen, aber seitens des Anbieters eine

Art von Unterhaltung geboten werden müsse. Bei der Betätigung eines Apparates sei darauf abzustellen, ob diese Betätigung selbst die Eignung besitze, den Benutzer zu unterhalten, ob also die von ihm ausgeübte Tätigkeit im Wesentlichen einem Spiel, also einer bloß dem Vergnügen und Zeitvertrieb dienenden Vorgangsweise, gleichkomme (vgl VfGH vom 13. Juni 2012, G 6/12).

Daher hat der gegenüber § 17 Abs 1 Z 2 Oö Lustbarkeitsabgabegesetz mit § 17 Abs 1 Z 1 Lustbarkeitsabgabeordnung der Stadt Linz eingefügte Zusatz "mit elektromechanischen oder elektronischen Bauteilen" nicht die Bedeutung, dass jeder Apparat, sofern er nur elektromechanische oder elektronische Bauteile beinhaltet, der Abgabepflicht unterfällt. Vielmehr ist für die Abgabepflicht Voraussetzung, dass der Betrieb des Apparates geeignet ist, die Benutzer zu unterhalten und zu ergötzen (siehe § 2 Abs 2 Oö Lustbarkeitsabgabegesetz und § 1 Abs 2 Lustbarkeitsabgabeordnung der Stadt Linz). Im Übrigen handelt es sich bei dieser Ergänzung nicht - wie der Beschwerdeführer offenbar meint - um eine Erweiterung des Abgabentatbestandes. § 17 Abs 1 Z 1 Oö Lustbarkeitsabgabegesetz bezieht sich unter anderem auf mechanische Spielapparate ohne elektronische oder elektromechanische Bauteile, sodass die in Z 2 leg cit erfolgte Anknüpfung an "andere Schau-, Scherz-, Spiel-, Geschicklichkeits- oder ähnliche Apparate" durchaus Spielapparate mit elektronischen oder elektromechanischen Bauteilen, somit "andere" Apparate, beinhalten kann.

Dass die hier gegenständlichen Terminals - entgegen der Beurteilung der belangten Behörde - keine elektronischen oder elektromechanischen Bauteile enthalten, wird in der Beschwerde nicht vorgebracht.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 10. August 2010, 2010/17/0061, zum Oö Lustbarkeitsabgabegesetz festgehalten hat, besteht die Funktion eines Spielapparates darin, durch seine Inbetriebnahme ein "Spiel" - das ist eine zweckfreie Beschäftigung aus Freude an ihr selbst und/oder ihren Resultaten, zur Unterhaltung, Entspannung oder zum Zeitvertreib - zu ermöglichen, wobei das Spiel selbst unter Zuhilfenahme der technischen Funktionen des Apparates ablaufen muss.

In dem genannten Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof zu einer Sachlage wie der vorliegenden, nämlich dass über ein Endgerät ("Terminal") eine Spielauswahl erfolgt, die konkrete Abwicklung des Spiels aber nicht durch das Terminal selbst, sondern über eine Verbindung zu einer dislozierten Einheit abgewickelt wird, weiters ausgesprochen, dass weder eine zentrale Steuerungseinheit allein noch die Steuereinheit zusammen mit allen Endgeräten einen (einheitlichen) Spielapparat darstellt, sondern jedes einzelne Terminal für sich, welches mit Hilfe von Software die Teilnahme an den Spielen (mögen diese auch auf einem Zentralrechner ablaufen und nur das Ergebnis an das jeweilige Terminal übermittelt werden) ermöglicht. Die Terminals sind insofern nicht bloß Hilfsmittel, die "lediglich zur Bedienung" eines Spielapparats dienen. Sie stellen vielmehr eine für die Durchführung des Spiels erforderliche Vorrichtung dar, deren technische (sowohl hardwaremäßige als auch softwaremäßige) Einrichtung erst die Spielabwicklung ermöglicht. Im Falle der Nutzung der Möglichkeiten der Computertechnologie für die Durchführung von Spielen an verschiedenen Endgeräten sind diese Endgeräte jeweils für sich als ein Spielapparat im Sinne des § 17 Abs 1 Z 2 Oö Lustbarkeitsabgabegesetz zu verstehen. Entscheidend für das Vorliegen eines "Spielapparates" im Sinne des Oö Lustbarkeitsabgabegesetzes ist die Ermöglichung eines Spiels durch eine den Apparatbegriff erfüllende Vorrichtung, sodass es irrelevant ist, ob das Spiel "zentralseitig abläuft" oder nicht.

Dem Umstand, dass die auf den Terminals ausgewählten Spiele selbst auf einem Zentralrechner ablaufen und nicht im Terminal selbst, kommt aus den genannten Erwägungen auch im gegenständlichen Fall keine Bedeutung zu.

Die Auffassung des Beschwerdeführers, bei diesen Apparaten trete das spannende, aleatorische Element nicht bereits durch die Betätigung des Terminals ein, sondern erst mit Ablauf des Spiels an einem Zentralrechner, übersieht, dass für den Spieler nicht erkennbar ist, wie und wo das von ihm veranlasste Spiel technisch abgewickelt wird. Es kann für den Unterhaltungswert daher auch nicht darauf ankommen, wo in technischer Hinsicht das Spiel abläuft. Visualisiert wird es jedenfalls am Endgerät, wo der Spieler das Spiel verfolgt und das Spielergebnis erfährt, sodass der Betätigung dieses Gerätes ein Unterhaltungswert nicht abgesprochen werden kann. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt von jenen Sachverhalten, die den Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes zu Brieflosautomaten (VfSlg 14.592/1996) und Wetterterminals (VfSlg 19.638/2012) zugrunde lagen.

Soweit als Verfahrensmangel geltend gemacht wird, dass die belangte Behörde das für die Beurteilung der Rechtsfrage wesentliche Sachverhaltssubstrat "nur mittelbar" ihrer Entscheidung zu Grunde gelegt und schon gar nicht die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen dargelegt habe, zeigt der Beschwerdeführer damit keinen wesentlichen Verfahrensmangel auf. Wie der Beschwerdeführer nämlich zutreffend zum Ausdruck bringt, bezieht sich die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde erkennbar auf das Vorbringen des Beschwerdeführers zur technischen Beschaffenheit der verfahrensgegenständlichen Geräte und zur Spielabwicklung im Verbund mit anderen Apparaten. Inwieweit der Beschwerdeführer dadurch an der Verfolgung seiner rechtlichen Interessen bzw der Verwaltungsgerichtshof an der nachprüfenden Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Bescheides gehindert wäre, wird nicht aufgezogen und ist auch nicht erkennbar.

Die Beschwerde war daher aus den dargelegten Erwägungen gemäß § 42 Abs 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Kostenersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm § 3 Z 1 VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl II Nr 518/2013, idF BGBl II Nr 8/2014.

Wien, am 29. Juli 2015