

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

E 1184/2017-13

11. Oktober 2017

## BESCHLUSS

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des  
Präsidenten

Dr. Gerhart HOLZINGER,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. Brigitte BIERLEIN

und der Mitglieder

Dr. Christoph HERBST,

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER und

Dr. Claudia KAHR

als Stimmführer, im Beisein des verfassungsrechtlichen Mitarbeiters

Mag. Matthias PICHLER

als Schriftführer,

in der Beschwerdesache der \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*, \*\*\*\*\* \*\*\*\*\_\*\* \*, \*\*\*\* \*\*\*\*\* , vertreten durch die SHMP Schwartz Huber-Medek Pallitsch Rechtsanwälte OG, Hohenstaufengasse 7, 1010 Wien, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 20. Februar 2017, Z LVwG-450166/7/MZ, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung beschlossen:

- I. Gemäß 139 Abs. 1 Z 2 B-VG wird die Gesetzmäßigkeit des Art. 1 Abs. 2 der "Verordnung des Gemeinderates der Marktgemeinde Haslach an der Mühl vom 10. Dezember 2015, mit der die Lustbarkeitsabgabe gemäß Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015 (Oö. LAbgG 2015) i.d.g.F. festgesetzt wird", von Amts wegen geprüft.
- II. Das Beschwerdeverfahren wird nach Fällung der Entscheidung im Verordnungsprüfungsverfahren fortgesetzt werden.

## **Begründung**

### **I. Sachverhalt, Beschwerde und Vorverfahren**

1. Die beschwerdeführende Gesellschaft betreibt an einem näher bezeichneten Standort im Gemeindegebiet von Haslach an der Mühl ein Wettterminal. Mit Bescheid vom 1. April 2016 schrieb der Bürgermeister der Marktgemeinde Haslach an der Mühl der beschwerdeführenden Gesellschaft für den Betrieb dieses Wettterminals beginnend mit März 2016 eine Lustbarkeitsabgabe von € 250,- pro Monat als Dauerabgabe vor. 1
2. Der Gemeinderat der Marktgemeinde Haslach an der Mühl wies mit Bescheid vom 16. September 2016 die gegen den Bescheid des Bürgermeisters vom 1. April 2016 erhobene Berufung als unbegründet ab. Gegen diesen Bescheid erhob die beschwerdeführende Gesellschaft Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. 2
3. Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde als unbegründet ab. Das Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015, LGBl. 114 ("Oö. LAbgG 2015"), entspreche den verfassungsrecht- 3

lichen Vorgaben an die Determinierung der Gemeindeabgabe, der Abgabetatbestand "Betrieb von Wettterminals" sei in § 1 Abs. 1 Z 2 Oö. LAbgG 2015 durch einen ausdrücklichen Verweis auf § 2 Z 8 Oö. Wettgesetz, LGBl. 72/2015, festgelegt. Durch den Legalverweis sei auch klargestellt, dass als Betreiber von Wettterminals nur jener Personenkreis in Betracht komme, der im Oö. Wettgesetz als Wettunternehmer bezeichnet sei. Damit sei aber der Abgabenschuldner für den Abgabetatbestand "Betrieb von Wettterminals" eindeutig und unmissverständlich festgelegt, die Novelle LGBl. 58/2016 habe bloß klarstellenden Charakter. In der "Verordnung des Gemeinderates der Marktgemeinde Haslach an der Mühl vom 10. Dezember 2015, mit der die Lustbarkeitsabgabe gemäß Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015 (Oö. LAbgG 2015) i.d.g.F. festgesetzt wird" (Lustbarkeitsabgabeordnung der Marktgemeinde Haslach an der Mühl), finde sich keine Festlegung des Abgabenschuldners. Diese habe aber unterbleiben können, weil der Abgabenschuldner ohnehin gesetzlich festgelegt sei.

4. Gegen diese Entscheidung richtet sich die vorliegende, auf Art. 144 B-VG gestützte Beschwerde, in der die Verletzung in den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz gemäß Art. 7 B-VG und Art. 2 StGG, auf Unverletzlichkeit des Eigentums gemäß Art. 5 StGG und Art. 1 1. ZPEMRK und auf Erwerbs(ausübungs)freiheit gemäß Art. 6 StGG sowie in Rechten wegen Anwendung rechtswidriger genereller Normen, nämlich des Oö. Lustbarkeitsabgabegesetzes 2015 und der "Verordnung des Gemeinderates der Marktgemeinde Haslach an der Mühl vom 10. Dezember 2015, mit der die Lustbarkeitsabgabe gemäß Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015 (Oö. LAbgG 2015) i.d.g.F. festgesetzt wird", behauptet und die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses beantragt wird.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich legte die Gerichts- und Verwaltungsakten vor und sah von der Erstattung einer Gegenschrift ab. Der Gemeinderat der Marktgemeinde Haslach an der Mühl legte die Verwaltungs- und Verwaltungsakten vor und sah von der Erstattung einer Gegenschrift ab.

4

## II. Rechtslage

1. §§ 1 bis 3 Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015, LGBl. 114 ("Oö. LAbgG 2015"), lauten:

5

## "§ 1 Gegenstand der Abgabe

(1) Durch dieses Landesgesetz werden die Gemeinden gemäß § 8 Abs. 5 des Finanz-Verfassungsgesetzes 1948 (F-VG 1948) ermächtigt, über eine allenfalls gemäß § 7 Abs. 5 F-VG 1948 bestehende bundesgesetzliche Ermächtigung hinaus für den Betrieb von

1. Spielapparaten im Sinn des Abs. 2 an Orten, die für alle Personen frei oder unter den gleichen Bedingungen zugänglich sind, und
2. Wettterminals im Sinn des § 2 Z 8 des Oö. Wettgesetzes eine Gemeindeabgabe zu erheben.

(2) Spielapparate im Sinn dieses Landesgesetzes sind technische Einrichtungen, die zur Durchführung von Spielen bestimmt sind, einschließlich von Vorrichtungen für die Durchführung von Warenausspielungen im Sinn des § 4 Abs. 3 des Glücksspielgesetzes, BGBl. Nr. 620/1989, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 105/2014. Nicht als Spielapparate im Sinn dieses Landesgesetzes gelten Unterhaltungsgeräte, das sind Kegel- und Bowlingbahnen, Fußballtische, Basketball-, Air-Hockey- und Shuffle-Ball-Automaten, Billardtische, Darts-, Kinderreit- und Musikautomaten sowie Schießanlagen, die ausschließlich sportlichen Zwecken dienen. Ausspielungen gemäß § 2 des Glücksspielgesetzes durch Konzessionäre und Bewilligungsinhaber nach den §§ 5, 14, 21 und 22 des Glücksspielgesetzes dürfen keiner Lustbarkeitsabgabe unterworfen werden.

## § 2 Höhe der Abgabe

(1) Für den Betrieb von Spielapparaten darf die Abgabe höchstens 50 Euro je Apparat für jeden angefangenen Kalendermonat der Aufstellung, in Betriebsstätten mit mehr als acht solchen Apparaten jedoch höchstens 75 Euro je Apparat für jeden angefangenen Kalendermonat betragen.

(2) Für den Betrieb von Wettterminals darf die Abgabe höchstens 250 Euro je Apparat für jeden angefangenen Kalendermonat der Aufstellung betragen.

## § 3 Inkrafttreten und Schlussbestimmungen

(1) Dieses Landesgesetz tritt sechs Monate nach Ablauf des Tages seiner Kundmachung im Landesgesetzblatt für Oberösterreich in Kraft.

(2) Mit dem Inkrafttreten dieses Landesgesetzes tritt das Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 1979, LGBl. Nr. 74/1979, in der Fassung des Landesgesetzes LGBl. Nr. 4/2011, außer Kraft; es ist jedoch weiterhin auf solche Sachverhalte anzuwenden, die sich vor diesem Zeitpunkt ereignet haben.

(3) Die Verpflichtung zur Einhebung einer Abgabe für die Veranstaltung von Lustbarkeiten gemäß dem Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 1979, LGBl. Nr.

74/1979, in der Fassung des Landesgesetzes LGBl. Nr. 4/2011, erlischt mit Ablauf des Tages der Kundmachung dieses Landesgesetzes im Landesgesetzblatt für Oberösterreich."

2. § 1a Oö. LAbgG 2015, LGBl. 114, idF LGBl. 58/2016, lautet:

6

"§ 1a  
Abgabeschuldnerin bzw. Abgabeschuldner

(1) Abgabeschuldnerin bzw. Abgabeschuldner für den Betrieb von Spielapparaten ist die Veranstalterin (Unternehmerin) bzw. der Veranstalter (Unternehmer), auf deren bzw. dessen Rechnung oder in deren bzw. dessen Namen Spielapparate betrieben werden; weiters auch diejenige oder derjenige, die bzw. der den Behörden gegenüber als Veranstalterin (Unternehmerin) bzw. Veranstalter (Unternehmer) auftritt oder sich öffentlich als Veranstalterin (Unternehmerin) bzw. Veranstalter (Unternehmer) ankündigt.

(2) Abgabeschuldnerin bzw. Abgabeschuldner für den Betrieb von Wettterminals ist das den jeweiligen Wettterminal betreibende Wettunternehmen im Sinn des § 2 Z 9 Oö. Wettgesetz."

3. § 2 des Landesgesetzes über den Abschluss von Wetten und das Vermitteln von Wetten und Wettkunden, LGBl. 72/2015 ("Oö. Wettgesetz"), lautet:

7

"§ 2  
Begriffsbestimmungen

Im Sinn dieses Landesgesetzes sind:

1. Aufstellen: physisches Positionieren und Belassen;
2. Buchmacherin, Buchmacher: eine Person, die gewerbsmäßig Wetten abschließt;
3. Totalisateurin, Totalisateur: eine Person, die gewerbsmäßig Wetten vermittelt;
4. Vermittlerin, Vermittler: eine Person, die gewerbsmäßig Wettkunden vermittelt;
5. Wette: Preisvereinbarung zwischen der Wettanbieterin bzw. dem Wettanbieter und den Wetthaltern über den Ausgang eines zum Zeitpunkt des Wettabschlusses in der Zukunft liegenden Sportereignisses;
6. Wettannahmestelle: ortsgebundene oder mobile Betriebsstätte, in der Wetten angeboten bzw. Wettangebote entgegengenommen, Wetten abgeschlossen oder vermittelt werden oder in der Wettkunden vermittelt werden;
7. Wettbedingungen: allgemeine Geschäftsbedingungen, unter denen der Abschluss oder die Vermittlung der Wetten verbindlich zustande kommen;
8. Wettterminal: technische Einrichtung, die der elektronischen Eingabe und Anzeige von Wettdaten oder der Übermittlung von Wettdaten über eine Datenleitung dient;

9. Wettunternehmen: Buchmacherinnen und Buchmacher, Totalisatorinnen und Totalisateure, Vermittlerinnen und Vermittler."

4. Die "Verordnung des Gemeinderates der Marktgemeinde Haslach an der Mühl vom 10. Dezember 2015, mit der die Lustbarkeitsabgabe gemäß Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015 (Oö. LAbgG 2015) i.d.g.F. festgesetzt wird" (Lustbarkeitsabgabeordnung der Gemeinde Haslach an der Mühl), lautet (der in Prüfung gezogene Absatz ist hervorgehoben):

8

#### "Artikel I

- 1) Für den Betrieb von Spielapparaten (gemäß § 1 Abs. 2 Oö. LAbgG 2015) beträgt die Abgabe gemäß § 2 Abs. 1 Oö. LAbgG 2015 je Apparat und angefangenen Kalendermonat der Aufstellung € 50,00.

In Betriebsstätten mit mehr als acht Spielapparaten beträgt die Abgabe € 75,00 je Apparat und angefangenen Kalendermonat.

- 2) Für den Betrieb von Wettterminals beträgt die Abgabe gemäß § 2 Abs. 2 Oö. LAbgG 2015 je Apparat € 250,00 für jeden angefangenen Kalendermonat der Aufstellung.

#### Artikel II

Diese Verordnung tritt mit 1. März 2016 in Kraft. Mit dem gleichen Zeitpunkt treten alle bisherigen Verordnungen betreffend die Lustbarkeitsabgabe außer Kraft."

### III. Bedenken des Gerichtshofes

1. Bei Behandlung der Beschwerde sind im Verfassungsgerichtshof Bedenken ob der Gesetzmäßigkeit des Art. 1 Abs. 2 der "Verordnung des Gemeinderates der Marktgemeinde Haslach an der Mühl vom 10. Dezember 2015, mit der die Lustbarkeitsabgabe gemäß Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015 (Oö. LAbgG 2015) i.d.g.F. festgesetzt wird", entstanden.

9

2. Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass die Beschwerde zulässig ist, dass das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung die in Prüfung gezogene Verordnungsbestimmung zumindest denkmöglich angewendet hat und dass auch der Verfassungs-

10

gerichtshof diese Bestimmung bei seiner Entscheidung über die Beschwerde anzuwenden hätte.

3. Der Verfassungsgerichtshof hegt gegen die hiemit in Prüfung gezogene Bestimmung folgende Bedenken: 11

3.1. Der Verfassungsgerichtshof hat sich in seinem Erkenntnis vom 27. Juni 2017, G 17/2017, V 14/2017, mit dem Tatbestand der Lustbarkeitsabgabe und der Frage, ob das Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015 sämtliche Merkmale der Abgabe (Besteuerungsgegenstand, Bemessungsgrundlage und Steuerschuldnerschaft) in einer verfassungskonformen Weise festlegt, befasst. Dazu heißt es in diesem Erkenntnis: 12

"[...]

2.3. Soweit das antragstellende Gericht gegen die Stammfassung des Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015, LGBl. 114/2015, das Bedenken hegt, dass diese nicht iSd § 8 Abs. 5 F-VG 1948 hinreichend determiniert wäre, ist ihm folgendes entgegenzuhalten:

2.3.1. Gemäß § 7 Abs. 5 F-VG 1948 iVm § 15 Abs. 3 Z 1 FAG 2008 sind die Gemeinden kraft bundesgesetzlicher Ermächtigung berechtigt, Lustbarkeitsabgaben (Vergnügungssteuern) auszuschreiben, die in Hundertteilen des Eintrittsgeldes erhoben werden.

2.3.1.1. Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes erschließt sich der Tatbestand der Lustbarkeitsabgabe historisch-systematisch. Länder und Gemeinden sind bei der Erhebung der ihnen durch das Finanzausgleichsgesetz 'überlassenen' Abgaben an den Begriffsinhalt der jeweiligen Abgabe gebunden. Dabei ist jener Begriffsinhalt maßgebend, den der einfache Gesetzgeber im Zeitpunkt der erstmaligen finanzausgleichsrechtlichen Regelung vorgefunden hat (vgl. *Ruppe*, § 7 F-VG, in: Korinek/Holoubek ua. (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Rz 7 [2016]). Nach diesem Verständnis erfassen die Lustbarkeitsabgaben nicht nur das 'veranstaltete Vergnügen' (vgl. VfSlg. 14.147/1995), sondern auch das Aufstellen bzw. Betreiben von Spielapparaten (vgl. VfSlg. 11.615/1988, 13.927/1994, 14.147/1995, 18.183/2007).

2.3.1.2. Innerhalb dieses durch § 15 Abs. 3 Z 1 FAG 2008 historisch-systematisch vorgegebenen Rahmens kommt den Gemeinden ein Spielraum zur Ausgestaltung der Abgabe zu. Insofern kann sich der Bundesgesetzgeber begnügen, das Besteuerungsobjekt zu benennen. Die weitergehenden wesentlichen Merkmale der Abgabe wie etwa jene der Steuerschuldnerschaft sind in solchen Fällen durch die Gemeinde innerhalb des durch § 15 Abs. 3 Z 1 FAG 2008 eröffneten Rahmens mittels Verordnung festzulegen.

2.3.2. Die bundesgesetzliche Ermächtigung nach § 7 Abs. 5 F-VG 1948 besteht gemäß § 15 Abs. 3 Z 1 FAG 2008 'vorbehaltlich weiter gehender Ermächtigung durch die Landesgesetzgebung'. Eine landesgesetzliche Ermächtigung darf die durch die Bundesgesetzgebung eingeräumte Ermächtigung allenfalls – gestützt auf § 8 Abs. 5 F-VG 1948 – erweitern oder konkretisieren (vgl. zB VfSlg. 10.947/1986, 11.273/1987, 15.583/1999, 19.945/2015), aber keinesfalls einschränken (vgl. VfSlg. 11.294/1987, 15.107/1998).

2.3.3. Mit dem Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015, LGBl. 114/2015, hat der Landesgesetzgeber die bundesgesetzliche Ermächtigung zur Besteuerung von Spielapparaten insofern erweitert, als er die Gemeinden ermächtigt hat, für Lustbarkeiten in Form des Betriebs von Spielapparaten iSd § 1 Abs. 2 iVm § 2 Abs. 1 Oö. LAbgG 2015 Pauschalabgaben einzuheben.

2.3.4. Ermächtigt der Landesgesetzgeber nach § 8 Abs. 5 F-VG 1948 die Gemeinden, bestimmte Abgaben auf Grund eines Beschlusses der Gemeindevertretung zu erheben, muss er die wesentlichen Merkmale dieser Abgaben, insbesondere auch ihr zulässiges Höchstausmaß, bestimmen. Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes sind die 'wesentlichen Merkmale' der Besteuerungsgegenstand, die Bemessungsgrundlage und die Regelung der Steuerschuldnerschaft (vgl. VfSlg. 3853/1960, 4174/1962, 7967/1976, 8188/1980). Keine wesentlichen Merkmale sind hingegen sachliche oder persönliche Steuerbefreiungen, die Form der Entrichtung (VfSlg. 7967/1976) oder der Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld (VfSlg. 14.523/1996).

2.3.5. Zu diesen Vorgaben steht das Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015, LGBl. 114/2015, nicht im Widerspruch: Indem § 1 Abs. 1 Oö. LAbgG 2015 ermächtigt, über eine allenfalls gemäß § 7 Abs. 5 F-VG 1948 bestehende bundesgesetzliche Ermächtigung hinaus für den Betrieb von Spielapparaten eine Gemeindeabgabe zu erheben, knüpft der Landesgesetzgeber an den Begriff der 'Lustbarkeit' iSd vorgefundenen Begriffes der bundesgesetzlichen Ermächtigung an (vgl. 2.3.1.1.), wodurch alle wesentlichen Merkmale der Abgabe – somit auch der Begriff des Abgabeschuldners für den Zeitraum vor LGBl. 58/2016 – mitbestimmt sind."

3.2. Der Verfassungsgerichtshof hat zwar in seinem Erkenntnis VfSlg. 19.638/2012 betreffend das Vorarlberger Kriegsopferabgabegesetz dargelegt, dass es sich bei der Betätigung von Wettterminals nicht um eine Lustbarkeit im Sinne des § 14 Abs. 1 Z 8 und 9 FAG 2008 handelt. Die Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes in seinem Erkenntnis vom 27. Juni 2017, G 17/2017, V 14/2017, zur Frage der Festlegung des Abgabenschuldners können dennoch sinngemäß auf die Besteuerung von Wettterminals gemäß dem Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015 übertragen werden. Nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes ist somit dem Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015 zu unterstellen, dass die Lustbarkeitsabgabe auch das Aufstellen und Betreiben von Wetttermi-

nals erfasst und es den Gemeinden obliegt, innerhalb dieses Rahmens unter anderem den Abgabenschuldner festzulegen.

3.3. Der Verfassungsgerichtshof vermag vorläufig die Auffassung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, wonach der Abgabenschuldner für den Betrieb von Wettterminals im Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015 durch den Verweis auf § 2 Z 8 Oö. Wettgesetz in § 1 Abs. 1 Z 2 Oö. LAbgG 2015 bereits vor Inkrafttreten der Novelle LGBl. 58/2016 hinreichend klargestellt gewesen sei, nicht zu teilen. Die Bedeutung dieses Legalverweises erschöpft sich nach vorläufiger Auffassung des Verfassungsgerichtshofes nämlich darin, dass damit festgelegt wird, was unter einem Wettterminal im Sinne des Oö. Lustbarkeitsabgabegesetzes 2015 zu verstehen ist. Daraus kann aber nach vorläufiger Auffassung des Verfassungsgerichtshofes nicht abgeleitet werden, dass durch diesen Verweis auch der Abgabenschuldner bereits eindeutig festgelegt ist, zumal sich die Legaldefinition des Wettunternehmens nicht in § 2 Z 8 Oö. Wettgesetz, sondern in § 2 Z 9 leg.cit. befindet, weshalb auch eine systematischen Auslegung gegen die vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vertretene Sichtweise spricht.

3.4. Aus diesem Grund dürfte es bis zum Inkrafttreten des § 1a Oö. LAbgG 2015 notwendig gewesen sein, dass die Gemeinde im Hinblick auf die Lustbarkeitsabgabe für Wettterminals nach dem Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015 den Abgabenschuldner mit Verordnung festlegt.

4. Wegen des Fehlens einer entsprechenden Festlegung des Abgabenschuldners in der Lustbarkeitsabgabeordnung der Marktgemeinde Haslach an der Mühl scheint diese Verordnung gegen die Vorgaben des § 8 Abs. 5 F-VG zu verstoßen und daher mit Gesetzwidrigkeit belastet zu sein.

#### **IV. Ergebnis**

1. Der Verfassungsgerichtshof hat daher beschlossen, Art. 1 Abs. 2 der "Verordnung des Gemeinderates der Marktgemeinde Haslach an der Mühl vom 10. Dezember 2015, mit der die Lustbarkeitsabgabe gemäß Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015 (Oö. LAbgG 2015) i.d.g.F. festgesetzt wird", von Amts wegen auf seine Gesetzmäßigkeit zu prüfen.

2. Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und die dargelegten Bedenken zutreffen, wird im Verordnungsprüfungsverfahren zu klären sein. 18
3. Dies konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden. 19

Wien, am 11. Oktober 2017

Der Präsident:

Dr. HOLZINGER

Schriftführer:

Mag. PICHLER