OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-450253/9/MZ

Datum:
Linz, 6. November 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Zeinhofer über die Beschwerde der P GmbH, vertreten durch RA Dr. P, I, gegen den Bescheid des Stadtsenates der Landeshauptstadt Linz vom 07.04.2017, GZ: 0014348/2017 MDion RM, betreffend die Vorschreibung einer Lustbarkeitsabgabe nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als die Lustbarkeitsabgabe für den Betrieb eines Afric2Go-Apparates am Standort L, Straße, im Zeitraum von 01.07.2015 bis 30.06.2016 mit 544 Euro festgesetzt wird. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.a) Mit Bescheid des Magistrates der Landeshauptstadt Linz wurde der Beschwerdeführerin (in Folge: Bf) „für die vom 01.01.2014 bis 30.06.2016 in der Straße veranstaltete(n) Lustbarkeit(en) (Afric2go) die Lustbarkeitsabgabe … im Wege der Schätzung mit 1.318 Euro festgesetzt."

b) Mit Bescheid des Stadtsenates der Landeshauptstadt Linz (in Folge: belangte Behörde) vom 07.04.2017, GZ: 0014348/2017 MDion RM, wurde der gegen den og Bescheid erhobenen Berufung „teilweise stattgegeben und die Lustbarkeitsabgabe von 01.01.2015 bis 30.06.2016 mit 802 Euro festgesetzt."

Begründend führt die belangte Behörde aus, von der Bf sei bei der Abgabenbehörde erster Instanz der Betrieb eines Afric2go-Apparates ab 02.05.2016 gemeldet worden. Der Apparat sei jedoch von einem Mitarbeiter der Abgabenbehörde schon Monate zuvor gesehen und dies auch von einem Mitarbeiter der Bf in einem Telefonat bestätigt worden. Dass es sich beim gegenständlichen Apparat um einen steuerlich anders zu behandelnden Musikautomaten handle, sei von der Bf trotz Aufforderung nicht ausreichend belegt worden.

II. Gegen den in Punkt I.b) genannten Bescheid erhob die Bf rechtzeitig das Rechtsmittel der Beschwerde. Hierin wird im Wesentlichen vorgebracht, beim gegenständlichen Afric2go – Apparat handle es sich lediglich um einen nicht der Lustbarkeitsabgabe unterliegenden Musikautomaten. Hinsichtlich des Abgabenzeitraumes wird ausgeführt, dass sich „ein Gerät erst im Frühjahr 2016 in der Tankstelle in Betrieb" befunden habe.

III.a) Die belangte Behörde hat die Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt. Dieses entscheidet gemäß § 272 Abs. 1 BAO durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter.

b) Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt und die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 22.08.2017.

c.1) Folgender Sachverhalt wird festgestellt:

Die Bf, eine GmbH nach österreichischem Recht, betrieb zumindest von Juli 2015 bis Juni 2016 am Standort Tankstelle J St GmbH, L, Straße, einen Afric2Go-Glückspielautomaten. Mit Schreiben vom 01.06.2016 wurde von der Bf bei der Abgabenbehörde eine seit 02.05.2016 in Betrieb seiende „Afric2go Musicbox"

gemeldet. Die Zuordnung am Meldeformular erfolgte in der Kategorie „Anzahl der (Spiel)Apparate mit elektron. od. elektromechan. Teilen nach § 17 (1) Z. 1 leg.cit.“ und nicht in der Kategorie „Anzahl der Musikboxen“.

c.2) Soweit der Sachverhalt strittig ist, ergibt sich dieser aufgrund folgender Beweiswürdigung:
Die belangte Behörde ging von einem Spielapparatebetrieb von Jänner 2015 bis Juni 2016 aus. Dieser Zeitraum vermochte im Beschwerdeverfahren jedoch nicht belegt zu werden. Vielmehr ist aufgrund der von der Firma J St GmbH vorgelegten Buchhaltungsunterlagen von og Zeitraum auszugehen; dieser Zeitraum stimmt im Wesentlichen auch mit der Aussage des Zeugen G überein, der angab, etwa im August / September 2016 die Information erhalten zu haben, dass der in Rede stehende Apparat sich seit ca. einem Jahr auf der Tankstelle befinde.

Die Angabe der Bf, beim ggst Afric2Go-Apparat handle es sich lediglich um einen Musikautomaten, bei welchem der Glücksspielmodus durch eine softwaregesteuerte Änderung der Funktionsweise deaktiviert worden sei und der zudem erst ab dem „Frühjahr 2016“ in Betrieb gewesen sei, wird vom Landesverwaltungsgericht als Schutzbehauptung angesehen. Hinsichtlich des Betriebes des Automaten ist wiederum auf die Buchhaltung der Firma J St GmbH zu verweisen. Es wäre zudem lebensfremd davon auszugehen, dass auf einer Tankstelle, bei welcher zweifellos die begrenzte Fläche des Geschäftslokals maximal genutzt wird, über einen längeren Zeitraum ein nicht in Betrieb befindlicher Automat herum steht. Bezüglich der Deaktivierung der Glücksspielfunktion ist festzuhalten, dass die Afric2Go-Apparate grundsätzlich – wie dem Landesverwaltungsgericht aus einer Vielzahl von Verfahren nach dem GSpG bekannt – als Glücksspielapparate konzipiert sind, und dies auch der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entspricht (siehe insb. VwGH 20.4.2016, Ro 2015/17/0020 mwN). Es entspricht zudem der allgemeinen Lebenserfahrung, dass Tankstellenkunden einen derartigen Apparat wohl weder zum Musikkonsum noch um Geld zu wechseln (wofür?) nutzen würden. Zudem obläge es im abgabenrechtlichen Verfahren der Bf entsprechende Belege beizubringen, dass gerade der ggst Apparat vom Grundkonzept „Spielapparat“ abweicht. Die Bf hat jedoch im gesamten Verfahren lediglich behauptet, die Spielfunktion sei durch eine Softwareänderung deaktiviert worden, ohne auch nur ansatzweise weitere Erklärungen hierfür zu liefern. Schließlich spricht auch die Meldung vom 01.06.2016 durch die Bf selbst bei der Abgabenbehörde, seit 02.05.2016 einen „(Spiel)Apparat[…] mit elektron. od. elektromechan. Teilen nach § 17 (1) Z. 1 leg.cit.“ zu betreiben, für den oben festgestellten Sachverhalt.

IV. Rechtliche Beurteilung:

a.1) Die einschlägigen Bestimmungen der Lustbarkeitsabgabeordnung der Landeshauptstadt Linz, Amtsblatt der Landeshauptstadt Linz vom 27.03.1950, Sondernummer idF ABl 2001/19 (in Folge: LUAO 2002) lauten:

„§ 2
Lustbarkeiten, die der Abgabe unterliegen

Lustbarkeiten im Sinne des § 1 sind insbesondere folgende Veranstaltungen:
...
5. der Betrieb von … Apparaten gemäß § 17; …

§ 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.
(2) Die Abgabe beträgt für jeden angefangenen Betriebsmonat
a) für die im Abs. 1 Z 1 bezeichneten Apparate 43 Euro je Apparat …“

a.2) Die einschlägigen Bestimmungen der Lustbarkeitsabgabeordnung der Landeshauptstadt Linz, Amtsblatt 2016/3 (in Folge: LUAO 2016) lauten:

„§ 1
Gegenstand der Abgabe

...
(2) Der Lustbarkeitsabgabe unterliegt auch der Betrieb von
1. Spielapparaten an Orten, die für alle Personen frei oder unter gleichen Bedingungen zugänglich sind, …

§ 3
Begriffsbestimmungen

...
13. „Spielapparat“: Spielapparat iSd § 1 Abs. 1 Z 1 Oö. LAbgG 2015;
...

§ 10
Abgabensatz bei Pauschalabgabe

Die Pauschalabgabe beträgt für jeden angefangenen Kalendermonat der Aufstellung
1. EUR 50,00 für den Betrieb jedes Spielapparates ….“

a.3) Die einschlägigen Bestimmungen des Oö. Lustbarkeitsabgabegesetzes 2015, LGBl 2015/114, lauten:

„§ 1
Gegenstand der Abgabe
(1) Durch dieses Landesgesetz werden die Gemeinden … ermächtigt, …für den Betrieb von
1. Spielapparaten im Sinn des Abs. 2 an Orten, die für alle Personen frei oder unter gleichen Bedingungen zugänglich sind, und
2. …
eine Gemeindeabgabe zu erheben.
(2) Spielapparate im Sinn dieses Landesgesetzes sind technische Einrichtungen, die zur Durchführung von Spielen bestimmt sind, … . …“

b) Dass der verfahrensgegenständliche Afric2Go-Automat sowohl einen Apparat im Sinne des § 17 Abs. 1 Z 1 LUAO 2002 wie auch im Sinne des § 1 Abs. 2 Z 1 LUAO 2016 darstellt, braucht unter Verweis auf Punkt III.c.2) ebenso wenig näher erläutert werden wie die Tatsache, dass es sich beim Standort desselben – einer Tankstelle – um einen solchen handelt, für alle Personen frei ist. Der Automat unterliegt somit grundsätzlich der Lustbarkeitsabgabe.

c) Konkret ist für den Zeitraum Juli 2015 bis Februar 2016 ein Betrag in der Höhe von 8 x 43 Euro, dh 344 Euro, und für den Zeitraum März 2016 bis Juni 2016 ein Betrag in der Höhe von 4 x 50 Euro, dh 200 Euro, in Summe also ein Betrag in der Höhe von 544 Euro festzusetzen.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da es sich bei der Beurteilung, ob der verfahrensgegenständliche Apparat einen Spielapparat darstellt und wie lange der Aufstellungszeitraum war, um eine nicht zur Verallgemeinerung geeignete Einzelfallbeurteilung handelt und die Rechtslage für die Festsetzung einer Lustbarkeitsabgabe bei Spielapparaten eindeutig ist.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof

beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Zeinhofer