OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: (0732) 7075-18004 / Fax: (0732) 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / http://www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-450261/3/MB/SA

Datum:
Linz, 6. Juni 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde der A GmbH, vertreten durch S OG, S 2, W, gegen den Berufungsbescheid des Gemeinderates der Stadtgemeinde Schwanenstadt vom 17.2.2017, GZ: Fin 920-6-2017/LU/1/B1/WA, wegen der Vorschreibung einer Lustbarkeitsabgabe,

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird hinsichtlich Spruchpunkt I als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerde wird hinsichtlich Spruchpunkt II stattgegeben und der Bescheid der belangten Behörde behoben.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

1. Mit Berufungsbescheid des Gemeinderates der Stadtgemeinde Schwanenstadt (im Folgenden: belangte Behörde) vom 17.2.2017, GZ Fin 920-6-2017/LU/1/B1/WA, wurde über die Beschwerdeführerin (in Folge: Bf) wie folgt abgesprochen:

„Der Gemeinderat hat sich in der Sitzung am 16.02.2017 mit Ihrer Berufung ohne ausgewiesenes Datum, eingelangt beim Stadtamt Schwanenstadt am 17.11.2016 auseinandergesetzt und es ergeht aufgrund des hierbei gefassten Gemeinderatsbeschlusses folgender

Spruch:

Gem. §§ 212a, 288 und 279 Abs. 1 BAO sowie § 95 Oö. Gemeindeordnung 1990, LGB1 91/1990 wird Ihre unter Punkt I. eingebrachte Berufung ohne ausgewiesenes Datum, eingelangt beim Stadtamt Schwanenstadt am 17.11.2016 gegen den Bescheid des Bürgermeisters, AZ: Fin 920-6-2016/LU/l/WA vom 14.10.2016 abgewiesen, sowie dem unter Punkt II. beantragten Aussetzungsantrag nicht stattgegeben und der oben genannte Bescheid des Bürgermeisters bestätigt.“

Begründend führte die belangte Behörde Nachstehendes aus:

„Der Dauerbescheid, mit dem die Lustbarkeitsabgabe für Wettterminals festgesetzt wurde, wurde mit Berufung ohne ausgewiesenes Datum, eingelangt beim Stadtamt Schwanenstadt am 17.11.2016 angefochten.

In der Berufung wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:
1. Dem Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz (Oö. LAbgG) fehle ein wesentliches Merkmal einer Abgabe. Aus diesem Gesetz gehe nicht hervor, wer Steuerschuldner der Lustbarkeitsabgabe sei. Die Be-zeichnung des Steuerschuldners sei ein wesentliches Merkmal einer Abgabe. Beim Oö. LAbgG sei unklar, wer Steuerschuldner der Abgabe sei. Dieses Gesetz sei daher nicht ausreichend bestimmt und daher verfassungswidrig.
2. Die aufgrund des OÖ. Lustbarkeitsabgabegesetztes beschlossene Verordnung des Gemeinderates sei gesetzwidrig. Begründet wird dies damit, weil dieses Gesetz keinen Abgabenschuldner festlege und entgegen dem Gesetz die Lustbarkeitsabgabeverordnung aber einen Abgabenschuldner festlege. Durch die Festlegung eines Abgabenschuldners in der Abgabenverordnung könne das Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz nicht saniert werden. Die Verordnung der Gemeinde sei daher gesetzwidrig. Es wurde beantragt, eine mündliche Verhandlung durchzuführen und den angefochtenen Bescheid aufzuheben.

Darüber hat der Gemeinderat wie folgt entschieden:

1. Zur Behauptung der Verfassungswidrigkeit des Oö. Lustbarkeitsabgabegesetzes:

Landesgesetze, welche die Gemeinden ermächtigen Abgaben zu erheben, müssen die wesentliche Merkmale dieser Abgaben beinhalten. Dieses sind Besteuerungsgegenstand, Bemessungsgrundlage, Steuerpflicht und Höchstausmaß der Abgabe. Der Betrieb von Wettterminals und Spielapparate beschreibt die Steuerpflicht. Durch die Festlegung des Abgabengegenstandes in § 1 Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015, das ist der Betrieb von Wettterminals im Sinn des ua §2 Z 8 des Oö. Wettgesetzes, in Verbindung mit der ua Bestimmung des § 6 Abs. 1 des Oö. Wettgesetzes, wonach Wettterminals nur durch Wettunternehmen betrieben werden dürfen, ist eindeutig klargestellt, dass das Wettunternehmen der Abgabenschuldner ist.

Daher erfüllt das Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz alle Voraussetzungen für die Einhebung der Lustbarkeitsabgabe und ist daher kerne Verfassungswidrigkeit gegeben.

Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz

§ 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. Wetterminals im Sinn des § 2 Z 8 des Oö. Wettgesetzes eine Gemeindeabgabe zu erheben.
Oö. Wettgesetz § 1 Wettterminals
Dieses Landesgesetz regelt den Betrieb von Wettunternehmen. § 2 Begriffsbestimmungen Im Sinne dieses Landesgesetzes sind

8. Wettterminal: technische Einrichtung, die der elektronischen Eingabe und Anzeige von Wettdaten oder Übermittlung von Wettdaten über eine Datenleitung dient;

§ 6 Wettterminals
(1) Wettterminals dürfen nur in Wettannahmestellen aufgestellt und betrieben werden. 2. Zur Behauptung der Gesetzwidrigkeit der Verordnung:
Der Gesetzgeber lässt die Definition des „Betreibers" als Abgabenschuldner offen. In der Lustbarkeitsabgabeverordnung der Stadtgemeinde Schwanenstadt ist der Abgabenschuldner bei Wettterminals das Wettunternehmen als Betreiber angeführt.

Laut ständiger Rechtsprechung wird als abgabepflichtiger „Betreiber" von Spielapparaten und Wettterminals der Veranstalter oder wer als solcher auftritt oder sich dazu bereiterklärt, -der Unternehmer der Veranstaltung bzw der gewerbliche Betriebsinhaber - der Unternehmer, auf dessen Rechnung veranstaltet wird anerkannt.

Überlässt der Landesgesetzgeber die Definition des Abgabenpflichtigen bzw. des Abgabenschuldners einerseits den Abgabenvorschriften und verweist damit im weitesten Sinne sowohl auf das Landesabgabengesetz als auch auf die kommunalen

Abgabenverordnungen und prägt er andererseits mit dem „Betreiber" einen sehr weiten Terminus, der durch die Abgabenverordnungen der Städte und Gemeinden näher definiert werden kann, ist dem Postulat des § 8 Abs. 5 F-VG 1948 ausreichend Rechnung getragen.

Die Behörde hat zudem diese vom Gemeinderat beschlossene, gehörig kundgemachte und daher rechtswirksame Verordnung ihrer Entscheidung zugrunde zu legen und war daher verpflichtet, die Lustbarkeitsabgabe entsprechend dieser Verordnung mit Bescheid vorzuschreiben.

Unabhängig von der Verpflichtung der Abgabenbehörde rechtswirksame Verordnungen anzuwenden, ist auch die Festlegung des Abgabenschuldners entsprechend obiger Ausführungen gesetzes-konform erfolgt.

Die Möglichkeit, eine mündliche Verhandlung zu beantragen besteht nur im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht nicht aber bei der Berufungsentscheidung durch den Gemeinderat im Rahmen einer Gemeinderatssitzung.
Ihrem Antrag auf Aussetzung wird gemäß § 212a BAO nicht stattgegeben. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. In der gegen genannten Bescheid rechtzeitig erhobenen Beschwerde führt die Bf wie folgt aus:
„1. ALLGEMEINES

1.1. Beschwerdeführerin

Die A GmbH (‚A") ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach österreichischem Recht. Ihren Sitz hat sie in A-G, N. Straße 5. Die Gesellschaft ist zur FN x ins Firmenbuch des Landesgerichts W eingetragen.

1.2. Tätigkeit der Beschwerdeführerin

Derzeit betreiben wir an folgenden Standorten in der Stadtgemeinde Schwanenstadt Wetterminals: A-S, G Straße 21 und S Straße 41.

1.3. Beschwerdegegenständlicher Bescheid

Mit dem beschwerdegegenständlichen Bescheid (vgl Big. II) wird unsere Berufung vom 16.11.2016 als unbegründet abgewiesen und der berufungsgegenständliche Bescheid bestätigt. Berufungsgegenständlich war ein Abgabenbescheid des Bürgermeisters der Stadtgemeinde Schwanenstadt, der für den Betrieb von einem Wetterminal am Standort A-S, G Straße 21, ab 01.07.2016 monatlich eine Lustbarkeitsabgabe vorschrieb.

Die Lustbarkeitsabgabe beträgt EUR 250,00 und ist „am 15. jeden Monats für den unmittelbar vorausgegangenen Monat zur Zahlung" fällig und zu entrichten. Für den Betrieb von einem Terminal wurde daher eine Abgabe in Höhe von EUR 250,00 vorgeschrieben.

2. RECHTZEITIGKEIT DER BESCHWERDE

Der beschwerdegegenständliche Bescheid wurde unserem rechtsfreundlichen Vertreter am 28.02.2017 zugestellt. Die Frist zum Erheben der Beschwerde beträgt gemäß § 245 Abs 1 BAO einen Monat. Die Beschwerde ist somit rechtzeitig.

3. BESCHWERDEGRÜNDE ZU SPRUCHPUNKT I 3.1. Allgemeines

Der beschwerdegegenständliche Bescheid ist rechtswidrig. Er wurde aufgrund einer gesetzwidrigen Verordnung erlassen. Das zugrundeliegende „Landesgesetz über eine Gemeindeabgabe für Lustbarkeiten" (LGB1114/2015; „OöLAbgG") ist seinerseits rechtswidrig, weil es gegen verfassungsrechtliche Vorgaben verstößt.

3.2. Finanzverfassungsrechtliche Zuständigkeitsverteilung

3.2.1. Finanzverfassungsrechtliche Zuständigkeitsverteilung

Die Zuständigkeitsverteilung zwischen dem Bund und den Ländern auf dem Gebiet des Abgabenwesens wird gemäß Art 13 Abs 1 B-VG mittels eines eigenen Bundesverfassungsgesetzes geregelt; die Zuständigkeit wird im sog „Bundesverfassungsgesetz über die Regelung der finanziellen Beziehungen zwischen dem Bund und den übrigen Gebietskörperschaften" (BGBl 45/1948 idF BGBl 151/2012; „F-VG") festgelegt

Das F-VG unterteilt die Abgaben in Haupt- und Unterformen, etwa in Bundes-, Landes-, Gemeindeabgabe sowie geteilte Abgaben (§ 6 Abs 1 F-VG). Mit einfachem Bundesgesetz, dem „Bundesgesetz, mit dem der Finanzausgleich für die Jahre 2008 bis 2016 geregelt wird und sonstige finanzausgleichsrechtliche Bestimmungen getroffen werden" (BGBl I 66/2008 idF BGBl 1118/2015; „FAG 2008"), werden die einzelnen Abgabentatbestände daraufhin den Abgabenformen zugeordnet.

3.2.2. .Spielapparate und Wettterminals

Die Besteuerung von Spielapparaten ist eine Lustbarkeitsabgabe iSd § 14 Abs 1 Z 8 und Z 9 FAG 2008 und als solche eine ausschließliche Landes(Gemeinde-)abgabe. Hingegen fällt die Besteuerung von Wettterminals in keinen Tatbestand des FAG 2008.

Allerdings sind die Länder nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs dazu ermächtigt, neue Abgabenarten zu erfinden; dies immer dann, wenn der Bundesgesetzgeber eine Abgabenquelle nicht selbst erschlossen hat (Frank in Prügy [Hrsg], Das Recht der Länder U/2 [2012] Abgaberecht Rz4 mwN)- Die Besteuerung von Wettterminals ist dem sog Abgabenerfindungsrecht der Länder zuzuordnen. Es ist mithin an sich zulässig, dass der Landesgesetzgeber mit dem OöLAbgG den Gemeinden die Möglichkeit einräumt, Wettterminals zu besteuern.

3.3. Fehlender Steuerschuldner!

3.3.1. Allgemeines

Gemäß § 8 Abs 5 F-VG sind die Gemeinden berechtigt, aufgrund eines Landesgesetzes (wie hier: des Oö LAbgG) bestimmte Abgaben einzuheben. Diese Abgaben sind auf Grund eines Beschlusses der Gemeindevertretung festzusetzen.

Die Landesgesetze, aufgrund derer die Gemeinde zur Einhebung gewisser Abgaben ermächtigt werden, müssen gemäß § 8 Abs 5 F-VG jedoch hinreichend bestimmt sein; sie müssen alle wesentlichen Merkmale der Abgaben vorgeben.

Zu diesen - verfassungsrechtlich geforderten - wesentlichen Merkmalen einer Abgabe zählen (i) der Besteuerungsgegenstand, (ii) die Bemessungsgrundlage sowie (iii) die Regelung der Steuerschuldnerschaft (Kuppe in Korinek/Holoubek [Hrsg], Österreichisches

Bundesverfassungsrecht11 [2013] § 8 F-VG Rz32 mwN). Überdies fordert § 8 Abs 5 F-VG ausdrücklich, dass das zulässige Höchstmaß der Abgabe zu regeln ist.

3.3.2. Oö LAbgG

Diesen Anforderungen genügt das Oö LAbgG nicht: Zwar ermächtigt es in seinem § 1 Abs 1 die oberösterreichischen Gemeinden zum Einheben von Gemeindeabgaben für den Betrieb von Wetttterminals. Auch enthält es Bestimmungen hinsichtlich des Besteuerungsgegenstands („Betrieb von Wetttterminals"), der Bemessungsgrundlage („Abgabe je Apparat") und der zulässigen Höchstabgabe („höchstens 250 Euro"). Allerdings geht aus dem Oö LAbgG nicht hervor, wer der Steuerschuldner der Lustbarkeitsabgabe sein soll.

Die Bezeichnung des Steuerschuldners . ist ein wesentliches Merkmal einer. Abgabe (VwGH 26.01.1996, 92/17/0188). Im vorliegenden Fall ist unklar, ob der Wettteilnehmer, der Buchmacher oder Totalisateur, der Eigentümer der Geräte, der Wettvermittler oder der Betreiber des Standorts Steuerschuldner ist. Mangels einer solchen Festlegung ist das Oö LAbgG nicht ausreichend bestimmt und sohin verfassungswidrig.

3.3.3. Lustbarkeitsabgabeverordnung der Stadtgemeinde Schwanenstadt

In § 3 Abs 1 der Lustbarkeitsabgabeverordnung der Stadtgemeinde Schwanenstadt wird festgelegt, dass Abgabenschuldner „bei Wetttterminals das Wettunternehmen" ist.

Diese Festsetzung erfolgte ohne gesetzliche Grundlage. Das Oö LAbgG enthält nämlich - wie bereits gezeigt werden konnte - keine Bestimmung über den Abgabenschuldner. Dieser grundsätzliche Mangel kann auch nicht durch den Gemeinderat der Stadtgemeinde Schwanenstadt durch Festsetzung der Haftung in der Lustbarkeitsabgabeverordnung „saniert" werden. Die Lustbarkeitsabgabeverordnung der Stadtgemeinde Schwanenstadt ist mithin gesetzwidrig.

3.4. Oö Lustbarkeitsabgabegesetz-Novelle 2016

Aufgrund eines Initiativantrags der „Abgeordneten des Oberösterreichischen Landtags betreffend das Landesgesetz, mit dem das Oö. Lustbarkeitsgesetz 2015 geändert wird (Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz-Novelle 2016)", hat der Oberösterreichische Landtag am 07.07.2016 beschlossen, das Oö Lustbarkeitsabgabegesetz 2015 zu ändern. Aufgenommen wurde ein § la, welcher in seinem Abs 2 nun ausdrücklich den Abgabenschuldner bezeichnet. Danach ist Abgabenschuldner „das den Wetttterminal betreibende Wettunternehmen im Sinne des § 2 Z 9 Oö. Wettgesetz"; damit wird implizit zugestanden, dass die bisherige Regelung nicht ausreichend bestimmt war und sohin verfassungswidrig ist. Die Lustbarkeitsabgabegesetz-Novelle 2016 ist mit 28.09.2016 in Kraft getreten.

Der berufungsgegenständliche Dauerabgabenbescheid ist rechtswidrig, weil er auf einer gesetzwidrigen Verordnung beruht, die ihrerseits wiederum auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruht.

3.5. Anregung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass das Oö LAbgG nicht ausreichend bestimmt und sohin verfassungswidrig ist. In Hinblick darauf erstatten wir die nachstehende

Anregung,

das zuständige Verwaltungsgericht möge sein Verfahren unterbrechen und beim Verfassungsgerichtshof einen Antrag auf Verordnungsprüfung gemäß Art 89 Abs 2 iVm Art 139 Abs 1 lit a B-VG sowie Gesetzesprüfung gemäß Art 89 Abs 2 iVm Art 140 Abs 1 lit a

B-VG stellen. Darin soll insb beantragt werden, dass der Verfassungsgerichtshof sowohl die Lustbarkeitsabgabeverordnung der Stadtgemeinde Schwanenstadt als auch das Oö LAbgG zur Gänze als verfassungswidrig aufheben möge.

3.6. Anträge

Der beschwerdegegenständliche Bescheid beruht auf einer gesetzwidrigen Verordnung, die ihrerseits wiederum auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruht. Wir stellen sohin die

Anträge,

das zuständige Verwaltungsgericht möge

1. eine mündliche Verhandlung durchführen und
2. den angefochtenen Bescheid aufheben.

4. BESCHWERDEGRUND ZU SPRUCHPUNKT II

4.1. Allgemeines

Des Weiteren ist der beschwerdegegenständliche Bescheid auch deshalb rechtswidrig, weil hinsichtlich des Antrags auf Aussetzung gern § 212a BAO die unzuständige Behörde entschieden hat. Dies deshalb, weil über Anträge gern § 212a BAO in erster Instanz der Bürgermeister zu entscheiden hat.

4.2. Zuständigkeit nach der Oö Gemeindeordnung 1990

4.2.1. Allgemeines

Dem Bürgermeister obliegt gern § 58 Abs 2 Z 1 der Oö Gemeindeordnung (LGB191/1990 idF LGB1 41/2015; kurz: „Oö GemO") die Besorgung der behördlichen Aufgaben des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde. Nach § 95 GemO „entscheidet der Gemeinderat über Berufungen gegen Bescheide anderer Gemeindeorgane in den Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde". Eine Ausnahme dazu sieht § 56 Abs 2 Z 9 Oö GemO vor. Danach hat in erster Instanz der Gemeindevorstand (nicht der Bürgermeister) über die Bewilligung von Zahlungserleichterungen zu entscheiden.

4.2.2. Zahlungserleichterungen iSd Bundesabgabenordnung

Nach § 212 BAO kann auf Ansuchen des Abgabenpflichtigen Zahlungserleichterung begehrt werden. Diese kann in zwei Formen gewährt werden, entweder in Form einer Stundung oder in Form einer Ratenzahlung.

4.2.3. Antrag auf Aussetzung gern § 212a BAO als Zahlungserleichterung?

Nach § 212a BAO kann auf Antrag die Einhebung einer Abgabe ausgesetzt werden. Die Wirkung eines solchen Antrags besteht gem § 212a Abs 5 BAO in einem Zahlungsaufschub. Somit ist der Aussetzungsantrag nicht unter den Begriff der Zahlungserleichterung zu subsumieren und daher der Bürgermeister in erster Instanz zuständig.

4.3. Abweisung des Aussetzungsantrags durch den Gemeinderat

In unserer Berufung vom 16.11.2016 gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Vöcklabruck vom 14.10.2016, GZ: Fin 920-6-2016/LU/l/WA, stellten wir gleichzeitig den Antrag auf Aussetzung gern § 212 BAO. Nach § 58 Abs 2 Z 1 der Oö GemO hat der Bürgermeister in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs über Aussetzungsanträge zu entscheiden. Im Berufungsbescheid des Gemeinderats vom

17.02.2017, GZ: Fin 920-6-2017/LU/1/B1/WA, wurde unser Antrag auf Aussetzung allerdings vom Gemeinderat abgewiesen.

Der Bescheid ist mit Rechtswidrigkeit behaftet, weil der Spruchpunkt II von einer unzuständigen Behörde erlassen wurde.

4.4. Antrag

Spruchpunkt II des beschwerdegegenständlichen Bescheides wurde von einer unzuständigen Behörde erlassen. Wir stellen sohin den

Antrag,

das zuständige Verwaltungsgericht möge Spruchpunkt II des angefochtenen Bescheides aufheben.

II.

1. AUSSETZUNG DER EINHEBUNG

1.1. Allgemeines

Gemäß § 212a Abs 1 BAO ist die Einhebung einer Abgabe, deren Höhe unmittelbar oder mittelbar von der Erledigung einer Beschwerde abhängt, auf Antrag des Abgabenpflichtigen auszusetzen. Dies insoweit, als eine Nachforderung unmittelbar oder mittelbar auf einem Bescheid, der von einem Anbringen abweicht, zurückzuführen ist. Weiters auch dann, wenn die Einhebung auf einem Bescheid beruht, dem kein Anbringen zugrunde liegt. Die Einhebung ist höchstens bis zu jenem Betrag auszusetzen, der sich bei einer dem Begehren des Abgabepflichtigen Rechnung tragenden Beschwerdeerledigung ergeben würde.

Das vorstehend Gesagte gilt sinngemäß, wenn mit einer Beschwerde die Inanspruchnahme für eine Abgabe angefochten wird. Die Aussetzung der Einhebung ist nur dann nicht zu bewilligen, wenn die Beschwerde nach Lage des Falles wenig erfolgversprechend erscheint. Überdies auch insofern nicht, als mit der Beschwerde ein Bescheid in Punkten angefochten wird, in denen er nicht von einem Anbringen des Abgabenpflichtigen abweicht. Dem Antrag ist auch dann nicht stattzugeben, wenn das Verhalten des Abgabenpflichtigen auf eine Gefährdung der Einbringlichkeit der Abgabe gerichtet ist (§ 212a Abs 2 BAO).

1.2. Erfüllen der Voraussetzungen

Bei Vorliegen der Voraussetzungen besteht ein Rechtsanspruch auf Bewilligung der Aussetzung der Einhebung der Abgaben. Im gegenständlichen Fall liegen alle Voraussetzungen für die Gewährung der Aussetzung vor. Im Einzelnen:
a. Die Höhe der zu leistenden Abgabe hängt zumindest mittelbar von der Erledigung der Beschwerde ab; dies deshalb, weil im Falle einer unserem Begehren Rechnung tragenden Beschwerdeerledigung die Abgabe entfallen wird.
b. Unsere Beschwerde kann auch keinesfalls als „wenig erfolgversprechend" angesehen werden. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs käme eine Abweisung eines Antrags auf Aussetzung der Einhebung aus diesem Grund nur dann in Betracht, wenn die Erfolglosigkeit des Rechtsmittels „offenkundig" ist, wenn also die Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels für jede mit der Sache vertraut gemachte urteilsfähige und objektiv urteilende. Person erkennbar ist (vgl zB VwGH 17.05.2001, 2000/16/0383 oder 21.03.2005, 2004/17/0237 mwN).

Das liegt nach den vorstehenden Ausführungen nicht vor. Wir konnten darlegen, dass der Bescheid rechtswidrig ist; er beruht auf einer rechtswidrigen Verordnung; die Verordnung ist rechtswidrig, weil das Gesetz (auf dem sie beruht) verfassungswidrig ist. Das Öo LAbgG erfüllt nämlich nicht die verfassungsrechtlichen Anforderungen des § 8 Abs 5 F-VG 1948. Unsere Beschwerde kann sohin keinesfalls als „wenig erfolgversprechend" angesehen werden, zumal nun auch das Oö LAbgG mit 07.07.2016 vom Oö Landtag novelliert wurde und nun dezidiert der Abgabenschuldner in § la der Oö Lustbarkeitsabgabegesetz-Novelle geregelt wird; damit wird implizit zugestanden, dass die bisherige Regelung nicht ausreichend war. Die Lustbarkeitsabgabegesetz-Novelle 2016 ist mit 28.09.2016 in Kraft getreten.
c. Der beschwerdegegenständliche Bescheid entspricht auch keinem bisherigen Anbringen von uns. Dies deshalb nicht, weil dem Bescheid kein Anbringen von uns zugrunde liegt.
Schließlich liegt auch in concreto kein Verhalten von uns vor, das auf eine Gefährdung der Einbringlichkeit der Abgabe gerichtet ist.

2. ANTRAG

Wie vorstehend gezeigt wurde, erfüllen wir alle Voraussetzungen für die Gewährung der Aussetzung der Einhebung gemäß § 212a Abs 1 BAO. Wir stellen sohin den

Antrag,

die Abgabenbehörde möge die Einhebung der festgesetzten Abgabe bis zur Entscheidung über unsere Beschwerde zur Gänze aussetzen.“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde ohne Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 15. Mai 2017 vorgelegt. Dieses entscheidet gemäß § 272 Abs 1 BAO durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt. Nach der am 18. Mai 2017 per Mail eingebrachten Zurückziehung der Verhandlungsanträge der Bf erübrigte sich die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung.

II.

Folgender S a c h v e r h a l t steht unstrittig fest:

Die Bf, eine GmbH nach österreichischem Recht mit Sitz in G, N.straße 5, betreibt am Standort S, G Straße 21 einen Wettterminal.

III.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

1. Die einschlägigen Bestimmungen des Landesgesetzes über eine Gemeindeabgabe für Lustbarkeiten (Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015 – Oö. LAbgG 2015), LGBl 2015/114, lauten:

„§ 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.“

2. Mit dem Landesgesetz LGBl 2016/58, in Kraft getreten am 28.9.2016, wurde im Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015 folgende Bestimmung eingefügt:

„§ 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. Die einschlägige Bestimmung des Landesgesetzes über den Abschluss von Wetten und das Vermitteln von Wetten und Wettkunden, LGBl 2015/72, lautet:

„§ 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, Totalisateurinnen und Totalisateure, Vermittlerinnen und Vermittler."

4. Die einschlägigen Bestimmungen der Lustbarkeitsabgabeordnung der Stadtgemeinde Schwanenstadt vom 19.5.2016 lauten:

„§ 1
Gegenstand der Abgabe

Lustbarkeiten sind alle im Gemeindegebiet durchgeführten öffentlichen Vergnügungen, welche geeignet sind, Benutzerinnen/Benutzer oder Teilnehmerinnen/Teilnehmer zu unterhalten oder sonst wie zu erfreuen.

Öffentlich sind Lustbarkeiten, die für alle Personen oder allen Personen eines bestimmten Personenkreises frei oder unter denselben Bedingungen zugänglich sind.

Die Abgabenpflicht wird eingeschränkt auf
1. Spielapparate an Orten, die für alle Personen frei oder unter den gleichen Bedingungen zugänglich sind.

2. Wettterminals im Sinne des § 2 Z. 8 des OÖ. Wettgesetzes

Spielapparate im Sinne dieser Verordnung sind technische Einrichtungen, die zur Durchführung von Spielen bestimmt sind, einschließlich von Vorrichtungen für die Durchführung von Warenausspielungen im Sinne des § 4 Abs. 3 des Glücksspielgesetzes, BGBl. Nr. 620/1989 in der geltenden Fassung.

Nicht als Spielapparate im Sinne 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.

Wettterminals sind technische Einrichtungen, die der elektronischen Eingabe und Anzeige von Wettdaten oder der Übermittlung von Wettdaten über eine Datenleitung dienen.

§ 2
Ausnahmen

Ausgenommen von der Abgabenpflicht sind Ausspielungen gemäß § 2 Glücksspielgesetz durch Konzessionäre und Bewilligungsinhaber nach den §§ 5, 14, 21 und 22 Glücksspielgesetz.

§ 3
Abgabenschuldner

Abgabepflichtig ist
(1) bei Wettterminals das Wettunternehmen als Betreiber.
(2) bei Spielapparaten der Betreiber.

Betreiber ist derjenige, der sich öffentlich als Betreiber ankündigt oder den Behörden gegenüber als solcher auftritt.

§ 4
Abgabesatz

(1) Für den Betrieb von Spielapparaten beträgt die Abgabe € 50,00 je Apparat für jeden angefangenen Kalendermonat der Aufstellung; in Betriebsstätten (unabhängig vom Veranstalter) mit mehr als acht solcher Apparate € 75,00 je Apparat für jeden angefangenen Kalendermonat.
(2) Für den Betrieb von Wettterminals beträgt die Abgabe € 250,00 je Apparat für jeden angefangenen Kalendermonat der Aufstellung.

§ 5
Anmeldung

Der Betreiber von Spielapparaten und von Wettterminals hat die Inbetriebnahme drei Werktage vorher der Abgabenbehörde schriftlich zu melden; über die Anmeldung ist auf Antrag eine Bescheinigung auszustellen.

Sofern der Betreiber zusätzliche Spielapparate oder Wettterminals in Betrieb nimmt oder eben solche von der Aufstellung ausnimmt, hat er dies ebenfalls drei Werktage vorher der Abgabenbehörde schriftlich mitzuteilen.

§ 6
Sicherheitsleistung

Um einer Gefährdung oder wesentlichen Erschwerung der Einbringung der Abgabe vorzubeugen, kann die Abgabenbehörde in begründeten Fällen die Leistung einer Sicherheit in der voraussichtlichen Höhe der Abgabenschuld bescheidmäßig vorschreiben; die Abgabenbehörde darf die Lustbarkeit untersagen, solange die Sicherheit nicht gewährleistet ist.

§ 7
Entstehen der Abgabenschuld, Abfälligkeit und Abgabenvorschreibung bei Spielapparaten und Wettterminals

(1) Die Abgabenschuld entsteht zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme des Spielapparates bzw. des Wettterminals.
(2) Die Abgabenbehörde hat die Abgabenschuld bescheidmäßig vorzuschreiben (festzusetzen). Sofern die Abgabe (auch) für einen in der Zukunft gelegenen Abgabenzeitraum festzusetzen ist und die Abgabenhöhe monatlich in gleicher Höhe erfolgt, hat die Gemeinde bei der Festsetzung der Abgabenschuld im Abgabenbescheid festzulegen, dass diese Abgabenfestsetzung auch für die folgenden Kalendermonate gilt (Dauerabgabenbescheid).
Andern sich die rechtlichen und/oder tatsächlichen Voraussetzungen, ist ein neuer Abgabenbescheid zu erlassen.
(3) Die Abgabe ist am 15. eines Monats für den unmittelbar vorangegangenen Monat zur Zahlung fällig und zu entrichten.

§ 8
Abgabenkontrolle

(1) Der Betreiber hat der Abgabenbehörde auf Verlangen unverzüglich alle Auskünfte zu erteilen, die zur Abgabenerhebung erforderlich sind.
(2) Die Abgabenbehörde ist berechtigt, die Einhaltung der Bestimmungen der Lustbarkeitsabgabeordnung zu überwachen, Einsicht in die Geschäftsbücher zu nehmen und insbesondere Erhebungen an Ort und Stelle der Vergnügung unentgeltlich vorzunehmen.

§ 9
Haftung

(1) Für die Entrichtung der Abgabe haften neben dem Betreiber die
1. Inhaber der für die Lustbarkeit benützten Räume bzw. Grundstücke sowie
2. Inhaber der Spielapparate.

(2) Inhaber im Sinne dieser Verordnung ist der Eigentümer, der Besitzer und der sonstige Verfügungsberechtigte.
(3) Die abgabenrechtliche Geheimhaltungspflicht steht der im Rahmen eines Haftungsverfahrens erteilten Auskunft über festgesetzte bzw. entrichtete Steuerbeträge an die im Abs. 1 genannten Personen nicht entgegen.

§ 10
In-Kraft-Treten

(1) Diese Verordnung tritt mit dem auf Ablauf der Kundmachungsfrist folgenden Monatsersten Kraft.“

5. Zu Recht führt die Bf ins Treffen, dass Landesgesetze, die Gemeinden dazu ermächtigen, bestimmte Abgaben auf Grund eines Beschlusses der Gemeindevertretung zu erheben, gemäß § 8 Abs 5 F-VG 1948 die wesentlichen Merkmale dieser Abgaben bestimmen müssen. Dazu gehören der Besteuerungsgegenstand, die Bemessungsgrundlage, die Regelung der Steuerschuldnerschaft und das zulässige Höchstausmaß der Abgabe.

Entgegen dem Vorbringen der Bf entspricht jedoch das Oö. Lustbarkeits-abgabegesetz idF LGBl 2015/114 (und auch idgF) den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Determinierung der Gemeindeabgabe. Insbesondere hinsichtlich der Festlegung des Abgabenschuldners ist aufgrund folgender Überlegungen zu diesem Schluss zu kommen:

Der Abgabetatbestand "Betrieb von Wettterminals" ist im § 1 Abs 1 Z 2 Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz idF LGBl 2015/114 durch eine ausdrückliche Bezugnahme auf § 2 Z 8 des Oö. Wettgesetzes festgelegt. Damit wird nämlich nicht nur die Umschreibung des technischen Begriffs "Wettterminal" umfasst – dabei handelt es sich bei der zitierten Bestimmung zufolge um eine „technische Einrichtung, die der elektronischen Eingabe und Anzeige von Wettdaten oder der Übermittlung von Wettdaten über eine Datenleitung dient“ –, sondern es wird durch den Legalverweis darüber hinaus auch klargestellt, dass als Betreiber von Wettterminals nur jener Personenkreis in Betracht kommt, der im Oö. Wettgesetz als Wettunternehmen, das sind Buchmacher, Totalisateure und Vermittler, bezeichnet ist. Somit ist – entgegen der Rechtansicht der Bf – auch der Abgabeschuldner für den Abgabetatbestand "Betrieb von Wettterminals" eindeutig und unmissverständlich festgelegt.

Im Ergebnis war daher bereits vor dem Landesgesetz LGBl 2016/58 das Tatbestandselement des Abgabenschuldners klar umrissen und hat die mit 28.9.2016 in Kraft getretene Novelle zum Oö. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015 – wie auch den Gesetzesmaterialien zu entnehmen ist – bloß klarstellenden Charakter (s BlgOöLT 218/2016, 28. GP, 2). Die Lustbarkeitsabgabeverordnung der Gemeinde Schwanenstadt regelt diesbezüglich nichts Abweichendes.

6. Außer Streit steht, dass die Bf am in Rede stehenden Standort auf ihre Rechnung (zumindest) ab März 2014 einen Wettterminal betreibt. Hinsichtlich der diesbezüglichen konkreten Vorschreibung wurden von der Bf keine Bedenken vorgebracht und sind beim Landesverwaltungsgericht auch keine solchen entstanden.

7. Die Beschwerde hinsichtlich Spruchpunkt I ist daher als unbegründet abzuweisen.

8. Hinsichtlich Spruchpunkt II des Bescheides der belangten Behörde ist zu erkennen, dass § 212a Abs. 1 BAO vorsieht, dass die Abgabenbehörde im Falle der Erhebung einer Bescheidbeschwerde diesen Antrag zu erledigen hat. Im Hinblick auf den zweigliedrigen Instanzenzug der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde ist vor diesem Hintergrund zu erkennen, dass als Abgabenbehörde gem. § 212a Abs. 1 BAO die Abgabenbehörde I. Instanz zu sehen ist.

Daher war der Beschwerde hinsichtlich Spruchpunkt II. stattzugeben und der Bescheid zu beheben. Der Antrag gem. § 212a Abs. 1 BAO ist weiterhin beim Bürgermeister der Gemeinde Schwanenstadt anhängig.

IV.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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 Eingabegebühr 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. B r a n d s t e t t e r