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-450263/2/MZ**

Datum: **Linz, 7. August 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. Zeinhofer über die Beschwerde der A S GmbH, vertreten durch s h-m & p rechtsanwälte, W, gegen den Bescheid des Gemeinderates der Stadtgemeinde Kirchdorf an der Krems vom 28.10.2016 wegen der Vorschreibung einer Lustbarkeitsabgabe am Standort S R Platz

zu Recht:

I. Aus Anlass der Beschwerde wird der angefochtene Bescheid behoben.

II. Eine Revision ist unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. a) Mit Dauerabgabebescheid des Bürgermeisters der Stadtgemeinde Kirchdorf an der Krems vom 30.03.2016 wurde der Beschwerdeführerin (in Folge: Bf) gegenüber für den Betrieb von zwei Wettterminals am Standort „C J", ab März 2016 eine monatliche Lustbarkeitsabgabe in der Höhe von je 250,- Euro / Wettterminal, in Summe daher in der Höhe von 500,- Euro, festgesetzt.

b) Mit Bescheid des Gemeinderates der Stadtgemeinde Kirchdorf an der Krems vom 28.10.2016 wurde die Berufung der Bf gegen den og Bescheid wie folgt abgesprochen:
„Gem. § 288 und § 279 Abs. 1 BAO sowie § 95 Oö. Gemeindeordnung 1990, LGBl 91/1990 wird ihre Berufung vom 2. Mai 2016 gegen den Bescheid des Bürgermeisters vom 30. März 2016 abgewiesen und der oben genannte Bescheid des Bürgermeisters bestätigt.

Für den Betrieb von den 4 Wettterminals auf dem Standort S R Platz 3 im Zeitraum von März 2016 bis August 2016 wird je ein Betrag iHv € 250,-- daher für die Monate März, April, Mai, Juni, Juli, August 2016 ein Gesamtbetrag von € 6.000,-- und ab September 2016 wird für den Standort S R Platz eine Abgabe für 3 Wettterminals je € 250,--, daher pro Monat € 750,-- vorgeschrieben. ..."

II. Gegen den in Punkt I.b) genannten Berufungsbescheid richtet sich die rechtzeitige Beschwerde der Bf. Auf die Wiedergabe des Beschwerdeinhaltes kann mangels weiterer Verfahrensrelevanz verzichtet werden.

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

b) Folgender Sachverhalt steht aufgrund des vorgelegten Behördenaktes unstrittig fest:

Die Bf, eine GmbH nach österreichischem Recht, betreibt zumindest seit März 2016 am Standort 4560 Kirchdorf an der Krems, S R Platz 3, auf ihre Rechnung vier Wettterminals.

Dem Beschlussprotokoll der Sitzung des Stadtrates der Stadt Kirchdorf an der Krems vom 20.09.2016 ist zu entnehmen:
„Der Vorsitzende übergibt das Wort an Vizebürgermeister ... und führt dieser aus, dass seitens einiger Betreiber von Spielapparaten und Wettterminals Berufung

gegen die ha. Bescheide bezüglich der Vorschreibung der Lustbarkeitsabgabe (A S, T & C --> Behauptung eines unkonkretisierten Begriffs des Abgabenschuldner, C [sic] online s --> behaupteter Verstoß gegen den Gleichheitssatz) erhoben wurden und sollen deren Berufungen nunmehr – wie im beiliegenden Entwurf dargestellt – abgelehnt werden.

Antrag (Vizebürgermeister ...) und Beschlussfassung:
Der Vorsitzende stellt sodann den Antrag, dem Gemeinderat zu empfehlen, die Berufungen der Betreiber für Wettterminals und Spielapparate ... abzulehnen und die erstinstanzlichen Bescheide nunmehr auch in zweiter Instanz – wie in den Entwürfen dargestellt – vollinhaltlich zu bestätigen.

Die Abstimmung ergibt die vollinhaltliche, einstimmige Annahme mit 6 Ja-Stimmen (Befangenheit: BGM ... wegen Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides) durch Handerheben."

Der Spruch des oben angesprochenen, dem Protokoll beiliegenden Bescheidentwurfes lautet in vollem Wortlaut:
„Gem. § 288 und § 279 Abs. 1 BAO sowie § 95 Oö. Gemeindeordnung 1990, LGBl 91/1990 wird Ihre Berufung vom ..... gegen den Bescheid des Bürgermeisters vom ..... abgewiesen und der oben genannte Bescheid des Bürgermeisters bestätigt."

Dem Auszug aus der Verhandlungsschrift des Gemeinderates der Stadtgemeinde Kirchdorf an der Krems vom 29. September 2016 ist zu entnehmen:
„2. Spielapparate und Wettterminals: Entscheidung hinsichtlich der Berufung gegen die Festsetzung der Lustbarkeitsabgabe
Der Vorsitzende übergibt das Wort sowie den Vorsitz an Vizebürgermeister ... und führt dieser aus, dass seitens einiger Betreiber von Spielapparaten und Wettterminals Berufung gegen die ha. Bescheide bezüglich der Vorschreibung der Lustbarkeitsabgabe erhoben wurden. Explizit wurde von der Fa. A S sowie von der Fa. T & C wegen des nicht konkretisierten Begriffs des Abgabenschuldners sowie von der Fa. c [sic] online s wegen der Behauptung des Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatzes [sic] Berufung erhoben. Es erfolgt eine detaillierte Verlesung der Entwürfe der Berufungsentscheidung, erstellt von Fin.Abt.-L^{in} F O und bilden diese Entwürfe einen integralen Bestandteil des gegenständlichen Protokolls.

Antrag (Vizebürgermeister ...) und Beschlussfassung:
Der Vorsitzende ... stellt sodann den Antrag, der Gemeinderat möge beschließen, die Berufungen der Betreiber für Wettterminals und Spielapparate ... abzulehnen und die erstinstanzlichen Bescheide nunmehr auch in zweiter Instanz – wie in den Entwürfen dargestellt – vollinhaltlich zu bestätigen.

Die Abstimmung ergibt vollinhaltliche Annahme mit 24 Ja-Stimmen ... durch Handheben."

IV. Rechtlich ist auszuführen:

Vom Gemeinderat der Stadtgemeinde Kirchdorf an der Krems wurde in der Sitzung vom 29.09.2016 beschlossen, „die Berufungen der Betreiber für Wettterminals und Spielapparate (A S, ...) abzulehnen und die erstinstanzlichen Bescheide nunmehr auch in zweiter Instanz – wie in den Entwürfen dargestellt – vollinhaltlich zu bestätigen."

Die im ggst Verfahren vorliegende Bescheidausfertigung trägt dem Beschluss des Kollegialorgans jedoch nicht Rechnung, da im Spruch nicht nur die Berufung abgewiesen, sondern darüber hinaus „[f]ür den Betrieb von den 4 Wettterminals auf dem Standort S R Platz 3 im Zeitraum von März 2016 bis August 2016 ... je ein Betrag iHv € 250,--, daher für die Monate März, April, Mai, Juni, Juli, August 2016 ein Gesamtbetrag von € 6.000,-- und ab September 2016 wird für den Standort S R Platz eine Abgabe für 3 Wettterminals je € 250,--, daher pro Monat € 750,-- vorgeschrieben" wird.

Abgesehen davon, dass der Spruch des Bescheides in sich widersprüchlich ist – erstinstanzlich wurde über zwei Wettterminals abgesprochen – muss bei Kollegialorganen wie dem Gemeinderat nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bei der Abstimmung über die bescheidmäßige Erledigung sowohl der Spruch der Entscheidung als auch deren Begründung (zumindest in den Grundsätzen) der Beschlussfassung unterzogen werden, andernfalls der ausgefertigte Bescheid, der eine (eingehende) Begründung enthält, durch den Beschluss des Kollegialorganes nicht gedeckt und damit rechtswidrig ist (VwGH 29.09.2015, 2013/05/0179, 13.12.2016, Ra 2016/05/0076). Liegt einem Bescheid, der einem Kollegialorgan zugerechnet werden soll, kein entsprechender Beschluss dieses Organes zu Grunde, dann ist der Bescheid so zu betrachten, als ob er von einer unzuständigen Behörde erlassen worden wäre (vgl VwGH 5.11.2015, 2013/06/0086, mwN).

Im vorliegenden Fall wurde vom Gemeinderat kein Beschluss gefasst, der über die Abweisung der Berufung hinausgehen würde. Die dem Beschluss widerstreitende Ausfertigung ist daher so zu betrachten, als ob sie von einer unzuständigen Behörde stammen würde, weshalb der angefochtene Bescheid zu beheben ist.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass Sache des Berufungsverfahrens die Vorschreibung der Lustbarkeitsabgabe für zwei Wettterminals ist und eine Ausweitung der Sache auf vier Terminals auch bei entsprechender Beschlussfassung des Gemeinderates mit Rechtswidrigkeit belastet sein würde.

V. Unzulässigkeit der Revision:

Die Revision ist unzulässig, da hinsichtlich des Abweichens der Bescheidausfertigung von der Beschlussfassung des Gemeinderates die obzitierte – soweit ersichtlich einheitliche – Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes besteht und der Beantwortung der Frage, ob eine solche Abweichung im ggst Verfahren gegeben ist, keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt.

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

Gegen diese Entscheidung 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 müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Die Abfassung und Einbringung der Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin oder durch einen bevollmächtigten Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer bzw. eine bevollmächtigte Steuerberaterin oder Wirtschaftsprüferin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Zeinhofer