

# TE Vwgh Erkenntnis 2019/4/3 Ro 2018/15/0018

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 03.04.2019

## **Index**

L36054 Kriegsopferabgabe Behindertenabgabe Oberösterreich

L37034 Lustbarkeitsabgabe Vergnügungssteuer Oberösterreich

30/01 Finanzverfassung

30/02 Finanzausgleich

## **Norm**

FAG 2008 §14 Abs1 Z8

FAG 2008 §15 Abs3 Z1

FAG 2017 §16 Abs1 Z9

FAG 2017 §17 Abs3 Z1

F-VG 1948 §7 Abs5

F-VG 1948 §8 Abs5

LustbarkeitsabgabeG OÖ 1979

LustbarkeitsabgabeG OÖ 2015

## **Beachte**

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):Ro 2018/15/0019

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Zorn und die Hofrätin Dr. Büsser sowie die Hofräte MMag. Maislinger, Mag. Novak und Dr. Sutter als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Engenhart, über die Revisionen der H GmbH & Co KG in L, vertreten durch die Kerschbaum Partner Rechtsanwälte GmbH in 1030 Wien, Am Heumarkt 7/91, gegen die Erkenntnisse des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich 1. vom 27. November 2017, Zl. LVwG-450286/2/HW/HEK, betreffend Lustbarkeitsabgabe März bis Dezember 2016, und 2. vom 23. April 2018, LVwG-450312/4/HW, betreffend Lustbarkeitsabgabe Jänner bis April 2017 und Juni bis September 2017 (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Stadtsenat der Landeshauptstadt Linz), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Die Revisionen werden als unbegründet abgewiesen.

Die Revisionswerberin hat der Landeshauptstadt Linz Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

1 Nach den - in den Revisionen nicht bestrittenen - Sachverhaltsannahmen des Verwaltungsgerichts führte die Revisionswerberin im Zeitraum März 2016 bis Oktober 2017 einen Gastronomiebetrieb in der Betriebsart einer Diskothek. Zutritt zur Diskothek erhielten Besucher entweder durch den Erwerb einer so genannten "Bonuskarte" oder durch den Erwerb einer 1-Euro-Eintrittskarte. In beiden Fällen wurde beim Eintritt eine Karte im Scheckkartenformat überreicht, auf welcher jedes in der Diskothek konsumierte Getränk verbucht wurde; vor Verlassen der Diskothek waren die verbuchten Getränke zu bezahlen. Der Preis für die Bonuskarten variierte (bis zu 7 EUR). Bei Erwerb einer Bonuskarte konnte der Erwerber in der Diskothek die Getränke zu in etwa regional branchenüblichen Preisen konsumieren, bei Erwerb einer 1- Euro-Eintrittskarte war hingegen der doppelte Getränkepreis zu entrichten. Die Besucher der Diskothek konnten im Eingangsbereich wählen, ob sie eine Bonuskarte oder eine 1-Euro-Eintrittskarte erwerben wollten. Im verfahrensgegenständlichen Zeitraum nahmen ca. 5% der Besucher eine 1-Euro-Eintrittskarte. Über die beiden Alternativen informierten Plakate vor dem Eingang der Diskothek, weiters auf Nachfrage auch das Personal.

2 Der Magistrat der Landeshauptstadt Linz setzte die Lustbarkeitsabgabe für die Monate März bis Dezember 2016, Jänner bis April 2017 sowie Juni bis September 2017 fest. Als Bemessungsgrundlage setzte er dabei die gesamten Nettoerlöse (Erlös abzüglich Umsatzsteuer und Lustbarkeitsabgabe) aus dem Verkauf der Bonuskarten und der 1-Euro-Eintrittskarten an.

3 Die Revisionswerberin erhob gegen diese Bescheide Berufungen. Sie machte geltend, als Bemessungsgrundlage für die Lustbarkeitsabgabe sei jeweils nur ein Eintrittsgeld von 1 EUR anzusetzen.

4 Mit Bescheiden vom 8. Juni 2017 und vom 5. Dezember 2017 wies der StadtSenat der Landeshauptstadt Linz die Berufungen als unbegründet ab.

5 Die Revisionswerberin erhob gegen diese Bescheide Beschwerden.

6 Mit den angefochtenen Erkenntnissen wies das Verwaltungsgericht die Beschwerden als unbegründet ab. Es sprach aus, dass eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig ist.

7 Das Verwaltungsgericht führte im Wesentlichen aus, für die Zulassung zur Lustbarkeit habe der Besucher entweder eine 1-Euro-Eintrittskarte oder eine so genannte "Bonuskarte" erwerben müssen. Das Eintrittsgeld im Sinne der §§ 3 und 8 Abs. 2 der Lustbarkeitsabgabeverordnung umfasse den gesamten Betrag, der für die jeweilige Eintrittskarte zu zahlen gewesen sei. Dass für einen Besucher, der sich für den Erwerb einer "Bonuskarte" entschieden habe, theoretisch auch die Möglichkeit bestanden hätte, stattdessen eine 1-Euro-Eintrittskarte zu erwerben, ändere daran nichts. Die Bonuskarte berechtige im Übrigen wirtschaftlich betrachtet auch nicht zum Bezug von sonstigen bzw. besonderen Leistungen, es seien vielmehr trotz der Bonuskarte für Getränke regional branchenübliche Preise zu zahlen.

8 Die Revision sei zulässig, da keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage vorliege, welche Bemessungsgrundlage nach der Lustbarkeitsabgabeverordnung 2016 heranzuziehen sei, wenn der Zutritt zu einer Diskothek nach Wahl der Besucher zu unterschiedlichen Preisen möglich sei, wobei nur bei Wahl der teureren Alternative in weiterer Folge im Lokal Getränke zu regional branchenüblichen Preisen konsumiert werden könnten.

9 Die Revisionswerberin erhob gegen diese Erkenntnisse zunächst Beschwerden an den Verfassungsgerichtshof. Mit Beschlüssen vom 12. Juni 2018, E 162/2018-14 und E 2258/2018-4, hat der Verfassungsgerichtshof die Behandlung der Beschwerden abgelehnt und die Beschwerden dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten. In der Begründung führte der Verfassungsgerichtshof insbesondere aus, die Beschwerden behaupteten die Verletzung in Rechten wegen Anwendung des als gesetzwidrig angesehenen § 8 Abs. 2 und 3 der Verordnung des Gemeinderates der Landeshauptstadt Linz vom 28. Jänner 2016, mit der die Lustbarkeitsabgabeverordnung der Landeshauptstadt Linz neu erlassen worden sei ("LuAO 2016"). Ihr Vorbringen lasse die behaupteten Rechtsverletzungen, aber auch die Verletzung in einem anderen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder die Verletzung in einem sonstigen Recht wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung als so wenig wahrscheinlich erkennen, dass sie keine hinreiche Aussicht auf Erfolg hätten: Aus der Sicht der Beschwerdefälle beständen keine Bedenken gegen die Definition des Begriffes "Eintrittsgeld" in § 8 Abs. 2 und 3 LuAO 2016 (als Bemessungsgrundlage für die Lustbarkeitsabgabe).

10 In den Revisionen wird geltend gemacht, die angefochtenen Erkenntnisse verletzten die Revisionswerberin in ihrem Recht auf Nichtfestsetzung der Lustbarkeitsabgabe auf Erlöse für Bonuskarten.

11 Der Stadtsenat der Landeshauptstadt Linz hat jeweils eine Revisionsbeantwortung eingebracht.

12 Der Verwaltungsgerichtshof hat - nach Verbindung der beiden Revisionen zu gemeinsamer Beratung und Entscheidung - erwogen:

13 Gemäß § 7 Abs. 5 F-VG kann die Bundesgesetzgebung Gemeinden ermächtigen, bestimmte Abgaben auf Grund eines Beschlusses der Gemeindevertretung auszuschreiben.

14 Nach § 14 Abs. 1 Z 8 Finanzausgleichsgesetz 2008 (FAG 2008)

und § 16 Abs. 1 Z 9 Finanzausgleichsgesetz 2017 (FAG 2017) sind Lustbarkeitsabgaben (Vergnügungssteuern) ohne Zweckwidmung des Ertrages ausschließliche Landes(Gemeinde)abgaben.

15 Gemäß § 15 Abs. 3 Z 1 FAG 2008 und § 17 Abs. 3 Z 1 FAG 2017 werden die Gemeinden ermächtigt, durch Beschluss der Gemeindevertretung vorbehaltlich weiter gehender Ermächtigung durch die Landesgesetzgebung u.a. Lustbarkeitsabgaben (Vergnügungssteuern) gemäß § 14 Abs. 1 Z 8 FAG 2008 (§ 16 Abs. 1 Z 9 FAG 2017), die in Hundertteilen des Eintrittsgeldes erhoben werden, allgemein bis zum Ausmaß von 25 %, bei Filmvorführungen bis zum Ausmaß von 10 % des Eintrittsgeldes mit Ausschluss der Abgabe auszuschreiben.

16 Eine (allgemeine) landesgesetzliche Regelung betreffend Vergnügungssteuern sah das OÖ. Lustbarkeitsabgabegesetz 1979, LGBl. Nr. 74/1979 (zuletzt in der Fassung LGBl. Nr. 4/2011), vor. Dieses trat mit Ablauf des Februar 2016 außer Kraft (vgl. § 3 Abs. 2 OÖ. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015, LGBl. Nr. 114/2015). Mit dem Lustbarkeitsabgabegesetz 2015 werden die Gemeinden gemäß § 8 Abs. 5 F-VG ermächtigt, über eine allenfalls gemäß § 7 Abs. 5 F-VG bestehende bundesgesetzliche Ermächtigung hinaus für den Betrieb von Spielapparaten und Wettterminals eine Gemeindeabgabe zu erheben.

17 Mit Verordnung des Gemeinderates der Landeshauptstadt Linz vom 28. Jänner 2016 (Amtsblatt Nr. 3/2016) wurde - gestützt auf § 15 Abs. 3 Z 1 FAG 2008 und das OÖ. Lustbarkeitsabgabegesetz 2015 - die Lustbarkeitsabgabeordnung der Landeshauptstadt Linz neu erlassen. Diese lautet auszugsweise (hinzuweisen ist darauf, dass eine nähere Untergliederung durch Ziffern - etwa in § 3 oder § 8 Abs. 2 - offenbar erst in Zusammenhang mit der Änderung der Verordnung vom 6. April 2017 erfolgte):

#### "§ 1 Gegenstand der Abgabe

(1) Der Lustbarkeitsabgabe unterliegen nach Maßgabe dieser Verordnung alle im Gemeindegebiet der Landeshauptstadt Linz durchgeführten öffentlichen Veranstaltungen und Vergnügungen, welche geeignet sind, Teilnehmende zu unterhalten oder sonst wie zu erfreuen, sofern ein Eintrittsgeld zu entrichten ist, um zur Lustbarkeit zugelassen zu werden. (...)

#### § 3 Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Verordnung bedeutet: (...) „Eintrittsgeld“: finanzielle Gegenleistung für die Zulassung zur Lustbarkeit;

,Zulassung‘: der Besuch, die Benützung oder die Teilnahme (an) der Lustbarkeit;

,Teilnehmende‘: Besucherin/Besucher, Benutzerin/Benutzer oder

Teilnehmerin/ Teilnehmer (...)

#### § 8 Bemessungsgrundlage

(1) Die Lustbarkeitsabgabe wird vom Eintrittsgeld erhoben, sofern für die Zulassung zur Lustbarkeit ein Eintrittsgeld, in welcher Form auch immer, vereinnahmt wird.

(2) Zum Eintrittsgeld im Sinne einer Kartenabgabe zählen:

das tatsächlich von den Teilnehmerinnen/Teilnehmern entrichtete Entgelt für den Preis der Eintrittskarte,

andere der Höhe nach von vornherein festgelegte Entgelte wie z.B. die ohne Ausgabe von Eintrittskarten festgelegten Eintrittsgelder,

Bonusgelder, die geleistet werden, um im Rahmen der Lustbarkeit besondere Begünstigungen wie z.B. Tischreservierungen zu erhalten,

Entgelte, die aufgrund von entgeltlich abgegebenen Eintrittskarten (Vorteilscards oder ähnliche Karten), welche die Teilnahme an zwei oder mehreren Lustbarkeiten ermöglichen, vereinnahmt werden und Bonuskarten, Festabzeichen, Stempelabdrucke oder sonstige Kennzeichnungen oder Eintrittsausweise, welche als Voraussetzung für die Zulassung zur Lustbarkeit entgeltlich abgegeben werden.

(3) Berechtigt das Eintrittsgeld nicht nur zum Zutritt, sondern auch zum Bezug sonstiger Leistungen, wie z.B. Konsumation, Bücher, Damenspende, oder müssen, um zur Lustbarkeit zugelassen zu werden, neben der Eintrittskarte auch sonstige Leistungen entgeltlich bezogen werden, so gilt die Summe des Gesamtpreises der Eintrittskarte und der sonstigen Leistungen als Eintrittsgeld.

(4) Nicht zur Steuerbemessungsgrundlage zählen:

die Lustbarkeitsabgabe,

die Umsatzsteuer und

die vereinnahmten Kosten des Versands der Eintrittskarten.

Unentgeltlich ausgegebene Karten, wie Gästekarten oder Freikarten, sind abgabefrei, wenn sie als solche im Vorhinein kenntlich gemacht werden. (...)"

18 Die Lustbarkeitsabgabe beträgt grundsätzlich 10 % der Bemessungsgrundlage (§ 9 Abs. 1 der Verordnung), für Tanzveranstaltungen betrug sie zunächst 12 % (§ 9 Abs. 2 Z 9 der Verordnung), mit Verordnung vom 6. April 2017 (ABl. Nr. 8/2017) wurde der Prozentsatz mit Wirkung ab 1. Mai 2017 auf 10 % geändert.

19 Bei der gegenständlichen Lustbarkeitsabgabe handelt es sich um eine Abgabe, die vom Bundesgesetzgeber als Gemeindeabgabe qualifiziert ist. Die Gemeinden sind demnach befugt, die für die Abgabenerhebung erforderlichen materiell-rechtlichen Grundlagen im Wege von Verordnungen zu schaffen; eine allfällige landesgesetzliche Regelung darf diese bundesgesetzlich erteilte Ermächtigung nur konkretisieren oder erweitern, nicht aber einschränken (vgl. VwGH 21.9.2006, 2004/15/0016, mwN; vgl. auch - u.a. zur Lustbarkeitsabgabeverordnung der Landeshauptstadt Linz - VfGH 27.6.2017, G 17/2017, V 14/2017, VfSlg. 20175).

20 Da ab März 2016 insoweit (anders als zu Spielapparaten oder Wetterminals) keine konkretisierenden oder erweiternden landesgesetzlichen Regelungen vorhanden sind, ergibt sich die Abgabe aus der Verordnung der Gemeinde in Zusammenhang mit den Regelungen des Finanzausgleichsgesetzes.

21 Nach § 3 der Verordnung bedeutet "Eintrittsgeld" im Sinne der Verordnung eine finanzielle Gegenleistung für die Zulassung zur Lustbarkeit. Nach § 8 Abs. 2 der Verordnung zählt zum Eintrittsgeld im Sinne einer Kartenabgabe insbesondere das tatsächlich von den Teilnehmerinnen/Teilnehmern entrichtete Entgelt für den Preis der Eintrittskarte. Auch Bonusgelder, die geleistet werden, um im Rahmen der Lustbarkeit besondere Begünstigungen wie z.B. Tischreservierungen zu erhalten, zählen zum Eintrittsgeld.

22 Nach den - nicht bestrittenen - Sachverhaltsannahmen des Verwaltungsgerichtes erhielten die Besucher Zutritt zur Diskothek entweder durch den Erwerb einer so genannte Bonuskarte (deren Preis variierte und bis zu 7 EUR betrug) oder durch den Erwerb einer 1-Euro-Eintrittskarte. Demnach wurden aber von den Besuchern, um die Zulassung zur Lustbarkeit zu erreichen, unterschiedliche Beträge (entweder 1 EUR oder der jeweils zu entrichtende Betrag für eine "Bonuskarte") "tatsächlich entrichtet".

23 Diese tatsächlich entrichteten Entgelte für die Eintrittsberechtigung sind nach § 8 Abs. 2 der Verordnung als Bemessungsgrundlage für die Lustbarkeitsabgabe anzusetzen.

24 Bei wirtschaftlicher Betrachtung kann im Übrigen - wie auch das Verwaltungsgericht zutreffend darlegte - nicht davon ausgegangen werden, dass durch den Erwerb einer "Bonuskarte" im vorliegenden Fall "besondere Begünstigungen" erworben worden seien. Das Recht, Getränke zu nicht überhöhten (regional branchenüblichen) Preisen zu erwerben, kann nicht als Begünstigung beurteilt werden. Es liegt vielmehr umgekehrt nahe, dass die bei

Erwerb der 1-Euro-Eintrittskarten zu entrichtenden überhöhten Getränkepreise tatsächlich einen nicht ausgewiesenen Anteil betreffend Eintritt zur Veranstaltung enthielten. Ob auch dieser Anteil in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen wäre, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Revisionsverfahrens und war daher nicht zu prüfen.

25 Der Verfassungsgerichtshof ist davon ausgegangen, dass aus der Sicht der Beschwerdefälle keine Bedenken gegen die Definition des Begriffes "Eintrittsgeld" in § 8 Abs. 2 und 3 der Verordnung als Bemessungsgrundlage für die Lustbarkeitsabgabe bestehen. Auch beim Verwaltungsgerichtshof sind insoweit keine Bedenken entstanden. Es ist also davon auszugehen, dass die Definition des Begriffes "Eintrittsgeld" in § 8 Abs. 2 und 3 der Verordnung als Bemessungsgrundlage für die Lustbarkeitsabgabe nicht in Widerspruch steht zum Begriff "Eintrittsgeld" in § 15 Abs. 3 Z 1 FAG 2008 und § 17 Abs. 3 Z 1 FAG 2017.

26 Zu den in den Revisionen zur Stützung des Standpunktes der Revisionswerberin angeführten Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes ist zunächst zu bemerken, dass diese jeweils andere Rechtsgrundlagen betrafen.

27 Das Erkenntnis vom 9. Juli 1971, 0889/70, behandelte Vergnügungssteuer nach dem Wiener Vergnügungssteuergesetz 1963, LGBI. 11. Wenn darin ausgeführt wird, unter Eintrittsgeld sei ein von vornherein festgelegtes Entgelt zu verstehen, so ergibt sich daraus kein Widerspruch zum vorliegenden Fall. Auch hier war das Entgelt von vornherein festgelegt, wenngleich zwei verschiedene Kategorien von Eintrittsgeldern bestanden.

28 Das Erkenntnis vom 28. Februar 2011, 2010/17/0208, betraf das Tiroler Kriegsopfer- und Behindertenabgabegesetz. In jenem Erkenntnis wurde dargelegt, dass - auf dem Boden jenes Gesetzes - Entgelte für Zusatzkarten, die keine Voraussetzung für den Zutritt zur Veranstaltung gebildet hatten, nicht in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen seien. Im vorliegenden Fall waren hingegen die "Bonuskarten", die von den Teilnehmern erworben wurden, Voraussetzung für die Zulassung zur Veranstaltung. Dass die Zulassung zur Veranstaltung auch bei Erwerbung einer günstigeren Eintrittskarte möglich gewesen wäre, ist unbeachtlich, da der Abgabenerhebung der tatsächlich verwirklichte Sachverhalt, nicht ein hypothetisch möglicher anderer Ablauf zugrunde zu legen ist. Im Übrigen betraf dieses Gesetz gerade keine Lustbarkeitsabgaben iSd § 14 Abs. 1 Z 8 FAG 2008, sondern Lustbarkeitsabgaben mit Zweckwidmung des Ertrages iSd § 14 Abs. 1 Z 9 FAG 2008 (vgl. etwa die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur Änderung des Tiroler Kriegsopfer- und Behindertenabgabegesetzes , LGBI. Nr. 189/2014, LT-Materialien 447/14), sodass aus diesem Erkenntnis nichts zur Interpretation des Begriffes Eintrittsgeld iSd § 15 Abs. 3 Z 1 FAG 2008 (bzw. § 17 Abs. 3 Z 1 FAG 2017) abgeleitet werden könnte.

29 Die Revisionen waren daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

30 Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 20

14.

Wien, am 3. April 2019

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2019:RO2018150018.J00

**Im RIS seit**

12.07.2019

**Zuletzt aktualisiert am**

12.07.2019

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>