

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

31.08.2000

**Geschäftszahl**

98/16/0296

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Mag. Meinel und die Hofräte Dr. Steiner, Dr. Fellner, Dr. Höfinger und Dr. Kail als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Valenta, über die Beschwerde der R GmbH in F, vertreten durch Dr. Erich Janovsky, Rechtsanwalt in Schwaz, Innsbrucker Straße 9, gegen den Bescheid der Tiroler Landesregierung vom 13. August 1998, Zl. Ib-8302/3-1998, betreffend Zahlungsaufschub für Getränkesteuer (mitbeteiligte Partei: Gemeinde Stans, vertreten durch den Bürgermeister), zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Tirol hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 15.000,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Kostenmehrbegehren wird abgewiesen.

**Begründung**

Der Bürgermeister der mitbeteiligten Gemeinde setzte mit insgesamt sechs Bescheiden die Getränkesteuer für die Monate Juli bis Dezember 1997 fest. In den dagegen von der Beschwerdeführerin jeweils erhobenen Berufungen wurde die Festsetzung der Getränkesteuer mit "0,--" wegen EU-Widrigkeit der Getränkesteuer sowie deshalb bekämpft, weil es sich bei Restaurant-Leistungen um Dienstleistungen und nicht um Lieferungen im Sinne des UStG handle. Weiters wurde jeweils Zahlungsaufschub gemäß § 199 Abs. 2 TLAO begehrt. Die letztgenannten Anträge wurden jeweils mit Bescheiden des Bürgermeisters der mitbeteiligten Gemeinde vom 5. Februar, 16. Februar und 31. März 1998 abgewiesen; dagegen erhobene Berufungen wurden mit Berufungsvorentscheidungen des Bürgermeisters gleichfalls abgewiesen.

Mit Bescheid vom 24. Juni 1998 wies der Gemeinderat die Berufungen betreffend die Nichtgewährung von Zahlungsaufschüben hinsichtlich der Bescheide für Juli bis Dezember 1997 als unbegründet ab. In seiner Begründung verwies der Gemeinderat auf das Legalitätsprinzip und auf §§ 5 und 7 Abs. 5 des Finanzverfassungsgesetzes 1948. Eine entgegenstehende Judikatur des Verfassungsgerichtshofes oder des Verwaltungsgerichtshofes bzw. des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften liege nicht vor. Vor diesem Hintergrund hätten die Berufungen offensichtlich keine hinreichende Aussicht auf Erfolg.

In ihrer dagegen erhobenen Vorstellung berief sich die Beschwerdeführerin auf das vom Verwaltungsgerichtshof eingeleitete Vorabentscheidungsverfahren beim Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Außerdem habe sie nicht nur die EU-Widrigkeit der Getränkesteuer geltend gemacht, sondern auch ausgeführt, dass die beschwerdeführende Restaurantbetreiberin auch nach österreichischer Gesetzeslage keine getränkesteuerpflichtigen Lieferungen verwirkliche.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde die Vorstellung als unbegründet ab. Die Berufungen hätten offensichtlich keine hinreichende Aussicht auf Erfolg gehabt, weil schlüssige Argumente, die durch eine Literaturangabe untermauert wurden, gegen eine EU-Widrigkeit der Getränkesteuer sprächen.

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit der die Beschwerdeführerin beantragt, den angefochtenen Bescheid wegen Verletzung des Rechtes auf Gewährung eines Zahlungsaufschubes bei Vorliegen der hierfür erforderlichen Voraussetzungen aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und erstattete eine Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 199 Tiroler Landesabgabenordnung (LGBl. Nr. 34/1984, TLAO)  
lautet:

"(1) Soweit im Abs. 2 nichts anderes bestimmt ist, wird durch die Einbringung einer Berufung die Wirksamkeit des angefochtenen Bescheides, insbesondere die Einhebung und zwangsweise Einbringung einer Abgabe, nicht gehemmt.

(2) Wird gegen einen Abgabenbescheid, auf Grund dessen ein Abgabebetrag von mehr als 4.000,- Schilling zu entrichten ist, eine Berufung eingebracht, so hat diese zugleich die Wirkung eines Zahlungsaufschubes, soweit

- a) ein Zahlungsaufschub in der Berufung oder in einer sonstigen innerhalb der Berufungsfrist eingebrachten Eingabe verlangt,
- b) der Abgabebetrag, auf den sich der Zahlungsaufschub erstrecken soll, ziffernmäßig bezeichnet und
- c) der Zahlungsaufschub nicht nach Abs. 4 ausgeschlossen wird.

(3) Kommt einer Berufung die Wirkung eines Zahlungsaufschubes nach Abs. 2 zu, so tritt im Umfang des Abs. 2 lit. b die Verpflichtung zur Entrichtung des Abgabetrages nicht ein und es dürfen bis zum Ablauf eines Monats nach dem rechtskräftigen Abschluss des Berufungsverfahrens oder bis zur Bekanntgabe eines Bescheides nach Abs. 4 Einbringungsmaßnahmen nicht eingeleitet oder fortgesetzt werden.

(4) Die Abgabenbehörde hat den Zahlungsaufschub auszuschließen, wenn

- a) die Berufung offensichtlich keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat oder
- b) Umstände vorliegen, die geeignet sind, die Einbringung einer Abgabe zu gefährden oder zu erschweren."

Entscheidend ist hier allein die Frage, ob die Berufungen offensichtlich keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hatten. Zur vergleichbaren Bestimmung des § 160a WAO hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 24. November 1997, Zl. 93/17/0063, ausgeführt, es müsse die Frage, ob eine Berufung im Sinne dieser Bestimmung wenig erfolgversprechend ist, nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Entscheidung über den Aussetzungsantrag durch die Behörde erster Instanz geprüft werden. Aus der Warte des anhängigen Berufungsverfahrens sind die Erfolgsaussichten an Hand des Berufungsvorbringens zu prüfen.

Hier hat der Bürgermeister mit Bescheiden vom 5. Februar, 16. Februar und 31. März 1998 über die Aufschiebungsanträge entschieden.

Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 18. Dezember 1997, Zl. 97/16/0221 und 97/16/0021, den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Vorabentscheidung darüber angerufen, ob Art. 33 Abs. 1 der sechsten Richtlinie des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern und Art. 3 Abs. 2 bzw. Abs. 3 zweiter Satz der Richtlinie des Rates vom 25. Februar 1992 (Verbrauchssteuerrichtlinie) der Beibehaltung einer Abgabe entgegensteht, die auf die entgeltliche Lieferung u.a. von Getränken erhoben wird. Über dieses Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichtshofes wurde auch in den Medien berichtet (siehe beispielsweise "Die Presse" vom 9. Jänner 1998, Tiroler Tageszeitung vom 23. Jänner 1998).

Eine Abweisung nach § 212a Abs. 2 lit. a BAO kommt nur dann in Betracht, wenn die Erfolglosigkeit eines Rechtsmittels offenkundig ist, wenn also die Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels für jede mit der Sache vertraut gemachte urteilsfähige und objektiv urteilende Person erkennbar ist (Stoll, BAO, 2273). Nichts anderes kann für den hier anzuwendenden Tatbestand des § 199 Abs. 4 lit. a TLAO gelten: Eine Berufung hat "offensichtlich" keine hinreichende Aussicht auf Erfolg, wenn die Aussichtslosigkeit für jede mit der Sache vertraut gemachte Person erkennbar ist. Im Hinblick darauf, dass die Vereinbarkeit der Getränkesteuer mit zwei EU-Richtlinien Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens war, kann keine Rede davon sein, dass eine Geltendmachung der Unvereinbarkeit "offensichtlich aussichtslos" war. Die herangezogene Bestimmung erfordert ja nicht eine Abwägung der Erfolgchancen eines Rechtsmittels, sondern erfasst als Ausschluss des Zahlungsaufschubes nur den Fall der offenkundigen Aussichtslosigkeit. Dies verkennt die belangte Behörde mit ihren Erwägungen in der Gegenschrift, wenn sie die Argumente aufzählt, die für die Übereinstimmung der Getränkesteuer mit der Mehrwertsteuerrichtlinie und der Verbrauchsteuerrichtlinie sprechen.

Da somit auch die belangte Behörde die Berufungen als offensichtlich aussichtslos ansah, belastete sie ihren Bescheid mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes. Er war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Der Ausspruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

Durch die Entscheidung in der Sache selbst erübrigt sich ein Ausspruch über den Antrag, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuzubilligen.

Wien, am 31. August 2000