

**Gericht:** VG Gelsenkirchen 2. Kammer  
**Entscheidungsdatum:** 11.01.2016  
**Aktenzeichen:** 2 L 1537/15  
**Dokumenttyp:** Beschluss

## **Tenor**

1. Das Verfahren wird eingestellt, soweit die Beteiligten es übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt haben.

Die aufschiebende Wirkung der Klage 2 K 3061/15 wird angeordnet, soweit der angefochtene Vergnügungssteuerbescheid der Beklagten vom 29. April 2015 in Gestalt der Änderungsbescheide vom 21. August 2015 und vom 22. September 2015 einen Betrag von mehr als 1.500 Euro festsetzt.

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Antragsgegnerin zu 73,7 % und der Antragsteller zu 26,3 %.

2. Der Streitwert wird auf 1.425 Euro festgesetzt.

## **Gründe**

1

Das Verfahren wird entsprechend § 92 Abs. 3 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) eingestellt, soweit es die Beteiligten in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben. Nachdem die Antragsgegnerin den ursprünglich angefochtenen Vergnügungssteuerbescheid vom 29. April 2015 zunächst durch Änderungsbescheid vom 21. August 2015 um 1.260 Euro reduziert und durch Änderungsbescheid vom 22. September 2015 um weitere 200 Euro reduziert hat und die festgesetzte Steuer von insgesamt 5.700 Euro auf 4.240 Euro herabgesetzt hat, hat der Antragsteller konkludent erklärt, (nur) noch gegen die reduzierte Festsetzung vorgehen zu wollen. Nur insoweit liegen übereinstimmende Erledigungserklärungen vor. Soweit die Antragsgegnerin darüber hinaus den Rechtsstreit insgesamt in der Hauptsache für erledigt erklärt hat, geht dies ins Leere.

2

Der nun sinngemäß gestellte Antrag,

3

die aufschiebende Wirkung der Klage in dem Verfahren 2 K 3061/15 gegen den Vergnügungssteuerbescheid der Antragsgegnerin vom 29. April 2015 in Gestalt der Änderungsbescheide vom 21. August 2015 und vom 22. September 2015 anzuordnen,

4

hat in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg.

5

Der Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO ist zulässig. Die Gerichtszugangsvoraussetzung des § 80 Abs. 6 VwGO ist erfüllt. Hiernach ist es erforderlich, dass die Behörde einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung ganz oder zum Teil abgelehnt hat oder über den Antrag ohne Mitteilung eines zureichenden Grundes in angemessener Frist sachlich nicht entscheiden hat oder dass die Vollstreckung droht. Hier ist ein Fall des § 80 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 VwGO - Nichtbescheidung des Aussetzungsantrags - gegeben. Der Antragsteller hatte sich mit Schreiben vom 7. Mai 2015 an die Antragsgegnerin gewandt und um Stundung gebeten. Dies ist als Antrag des - anwaltlich nicht vertretenen - Antragstellers auf Aussetzung der Vollziehung zu verstehen. Denn es wird hinreichend deutlich, dass sein Begehren darauf zielt, die festgesetzte Steuer vorübergehend nicht zahlen zu müssen. Über diesen Antrag hatte die Antragsgegnerin auch bis zum Eingang des gerichtlichen Eilantrags am 21. Juli 2015 länger als zwei Monate nicht entschieden.

6

Der Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO ist auch nicht wegen Bestandskraft des (ursprünglich) angefochtenen Vergnügungssteuerbescheids vom 29. April 2015 unzulässig. Zwar hat der Antragsteller die Klage 2 K 3061/15, deren aufschiebende Wirkung angeordnet werden soll, nicht gem. § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes bei Gericht erhoben. Klageingang war erst am 13. Juli 2015. Es dürfte allerdings Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 60 VwGO zu gewähren sein. Trotz verbleibender Ungereimtheiten ist davon auszugehen, dass der Antragsteller die Fristversäumung nicht verschuldet hat. Denn er hat dargelegt, die Klageschrift bereits am 8. Mai 2015 geschrieben und am gleichen Tag in den Briefkasten an seinem Geschäft C. Str. ... in N. eingeworfen zu haben, der jeden Tag um 16.30 Uhr geleert werde. Dies kann bei summarischer Prüfung nicht widerlegt werden. Denn nach Auskunft der Deutschen Post AG vom 13. August 2015 liegt es im Bereich des Möglichen, dass ein Brief am 8. Mai 2015 eingeworfen und erst am 13. Juli 2015 zugestellt wurde. Auf dem Weg zum Empfänger durchliefen Postsendungen mehrere Bearbeitungsstellen und welche im Fall des Antragstellers konkret von den Streikmaßnahmen in 2015 betroffen gewesen seien, könne rückwirkend nicht mehr festgestellt werden. Mit einer derartig langen Postlaufzeit musste der Antragsteller nicht rechnen.

7

Der Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO ist teilweise begründet. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Klage kommt abweichend von der gesetzlichen Wertung in § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO, wonach die aufschiebende Wirkung bei der Anforderung von öffentlichen Abgaben entfällt, nur in Betracht, wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass das private Interesse des Betroffenen an dem einstweiligen Nichtvollzug gegenüber dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung vorrangig erscheint. In Abgabensachen ist dies der Fall, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Heranziehungsbescheides bestehen oder die Vollziehung des Bescheides für den Pflichtigen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte, § 80 Abs. 5 i. V. m. Abs. 4 Satz 3 VwGO.

8

Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Steuerfestsetzung bestehen, wenn aufgrund summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage ein Erfolg des Rechtsbehelfs im Hauptsacheverfahren wahrscheinlicher ist als ein Unterliegen. Die hiernach erforderliche Prognose über die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs im Hauptsacheverfahren kann nur mit den Mitteln des Eilverfahrens getroffen werden. Weder können schwierige Rechtsfragen abschließend entschieden werden noch komplizierte Tatsachenfeststellungen getroffen werden.

9

OVG NRW, Beschluss vom 31. März 2004 - 11 B 116/04 - Jurisdokument.

10

In Anwendung dieser Grundsätze bestehen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Vergnügungssteuerbescheids in der Fassung des Änderungsbescheids vom 22. September 2015, soweit darin eine Vergnügungssteuer für Internet-PCs festgesetzt wird.

11

Hinsichtlich der Festsetzung für das erste Halbjahr 2015 (2 PCs á 20 Euro pro Monat á 6 Monate) in Höhe von 240 Euro, beruht dies darauf, dass § 1 Satz 2 der Satzung über die Erhebung von Vergnügungssteuer der Stadt N. vom 30. September 2014 (ABl. vom 15. Oktober 2014, Bl. 233 ff. - im Folgenden VStS 2015 -) keine taugliche Ermächtigungsgrundlage ist. Nach § 1 Satz 1 Nr. 2 b VStS 2015 unterliegt der Aufwand für die Benutzung bzw. die Haltung von Spiel-, Musik-, Geschicklichkeits-, Unterhaltungs- oder ähnlichen Geräten gegen Entgelt an Aufstellungsorten wie Schank- und Speisewirtschaften oder von Beherbergungsbetrieben, Vereins-, Kantinen- oder ähnlichen Räumen sowie an anderen für jeden zugänglichen Orten der Besteuerung. Als Spielgeräte gelten nach Satz 2 insbesondere auch Personal Computer, die aufgrund ihrer Ausstattung/ und oder ihres Aufstellortes zum individuellen Spielen oder gemeinsamen Spielen in Netzwerken oder zum Spielen über das Internet verwendet werden können. Nach § 5 Abs. 2 b

VStS 2015 beträgt die Steuer für das Halten von PCs ohne Gewinnmöglichkeit an anderen Orten als in Spielhallen 20 Euro je Gerät und angefangenen Kalendermonat.

12

Soweit § 1 Satz 2 VStS 2015 für Aufstellorte außerhalb von Spielhallen die bloße Eignung von PCs mit Internetzugang für die Nutzung zum Spielen zum Anlass nimmt, einen Vergnügungssteuertatbestand zu begründen, indem diese fiktiv Spielgeräten i.S.d. Satz 1 gleichgestellt werden, ist dies nicht mit Art. 105 Abs. 2 a Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) zu vereinbaren.

13

Vgl. VG Stuttgart, Urteil vom 6. Februar 2013 - 8 K 1993/12 -, Jurisdokument, Rdnr. 29; a.A. wohl OVG Lüneburg, Beschluss vom 29. Januar 2008 - 9 ME 451/07 - Jurisdokument, allerdings für Spielhallen-PC.

14

Die Verfassungsvorschrift gibt den Ländern nur die Befugnis zur Gesetzgebung über die örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern, die bundeseinheitlichen Steuern nicht gleichartig sind. Diese Befugnis hat das Land Nordrhein-Westfalen gem. § 3 Kommunalabgabengesetz Nordrhein-Westfalen (KAG NRW) auf die Kommunen übertragen. Dass es sich bei der Erhebung von kommunalen Vergnügungssteuern auf das gewerbliche Halten von Spielgeräten - auch von Unterhaltungsspielgeräten ohne Gewinnmöglichkeit - um eine solche Aufwandsteuer handelt, bei der die Leistungsfähigkeit des sich vergnügenden Spielers erfasst werden soll, ist in der Rechtsprechung geklärt.

15

Vgl. nur OVG NRW, Urteil vom 23. Juni 2010 - 14 A 597/09 - Jurisdokument, Rdnrn. 47 f. m.w.N.

16

Bei "normalen" Unterhaltungsspielgeräten ist es gerade charakteristisch, dass sie nur zum Spielen genutzt werden können. Werden sie gegen Entgelt aufgestellt, besteht ein hinreichender Bezug zum Vergnügungsaufwand des Spielers. Für Multifunktionsgeräte wie Personalcomputer, die sowohl zum Spielen als auch zu anderen Zwecken (Textverarbeitung, Internetrecherche oder Kommunikation) benutzt werden können, bedarf es dagegen einer differenzierteren Betrachtung. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind PCs dann Unterhaltungsspielgeräte, wenn sie gewerblich einem Spielmöglichkeiten nachsuchenden Publikum zu Spielzwecken angeboten werden.

17

BVerwG, Urteil vom 9. März 2005 - 6 C 11/04 -, Jurisdokument, Rdnr. 19.

18

Dies kann allein aufgrund der - regelmäßig bei jedem PC mit Internetzugang gegebenen - Eignung des PCs zum Spielen bejaht werden, wenn der Aufstellort eine Spielhalle ist.

19

OVG NRW, Beschluss vom 25. November 2009 - 14 A 1554/07 -, Jurisdokument, Rdnr. 9.

20

Denn genehmigte Spielhallen (oder ähnliche Unternehmen) sind Aufstellungsorte im Sinne des § 33i Abs. 1 Satz 1 Gewerbeordnung (GewO), die ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten oder der Veranstaltung von Spielen dienen. Liegt der Schwerpunkt der gewerblichen Tätigkeit an einem Aufstellort aber gerade nicht in der Aufstellung von Spielgeräten, sondern etwa bei einem Internetcafe im Bereich der Kommunikation oder bei Gaststätten und Imbissbetrieben im Bereich der Gastronomie, dann ist die bloße Aufstellung eines PCs mit Spieleignung dort allein nicht ausreichend für die Annahme, dieser PC werde gewerblich einem Spielmöglichkeiten nachsuchenden Publikum zu Spielzwecken angeboten. Maßgeblich muss vielmehr sein, ob der PC tatsächlich gewerblich zu Spielzwecken genutzt wird. Erforderlich für Aufstellorte außerhalb von Spielhallen ist eine Satzungsvorschrift, die auf die tatsächliche Nutzung des PCs abstellt. Hieran fehlt es vorliegend wegen der ausdrücklichen Formulierung "verwendet werden können" in § 1 Satz 2 VStS 2015. Für eine verfassungskonforme Auslegung dahingehend, dass die tatsächliche Nutzung gemeint sein soll, lässt dieser Wortlaut wenig Raum. In diesem Fall wäre die Festsetzung aber wegen der fehlenden Feststellung einer tatsächlichen Nutzung (hierzu sogleich unten) ebenfalls rechtswidrig.

21

Es bestehen ferner ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Vergnügungssteuerbescheids in der Fassung des Änderungsbescheids vom 22. September 2015, soweit darin eine Vergnügungsteuer für Internet-PCs für die Steuerjahre 2011, 2012, 2013 und 2014 (2 PCs à 25 Euro pro Monat in Höhe von insgesamt 2.400 Euro) festgesetzt wird. Hier bestehen bei summarischer Prüfung keine Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der zugrunde liegenden Satzungsvorschrift. Nach § 1 Satz 1 Nr. 5 b der Satzung über die Erhebung von Vergnügungssteuer in der Stadt N. ab dem Jahr 2007 vom 18. Dezember 2013 (ABl. vom 20. Dezember 2013 - im Folgenden VStS 2007 -) unterliegen der Besteuerung das gewerbliche Halten von Spiel-, Musik-, Geschicklichkeits-, Unterhaltungs- oder ähnlichen Apparaten in Gastwirtschaften, Beherbergungsbetrieben, Vereins-, Kantinen- oder ähnlichen Räumen sowie an anderen für jeden zugänglichen Orten. Als Spielapparate gelten nach Satz 2 insbesondere auch Personalcomputer, die überwiegend zum individuellen Spielen oder zum gemeinsamen

Spielen in Netzwerken oder über das Internet verwendet werden. PCs sind den Spielgeräten nach dieser Satzungsfassung nur dann gleichgestellt, wenn sie tatsächlich zum Spielen in Netzwerken oder über das Internet verwendet werden, während die technische Eignung allein nicht ausreichend ist. Dies ist rechtlich unbedenklich. Vorliegend dürfte allerdings die konkrete Steuerfestsetzung rechtswidrig sein. Denn die Antragsgegnerin hat keinerlei tatsächliche Feststellungen für die Jahre 2011 - 2014 darüber getroffen, ob die zwei in dem Imbissbetrieb des Antragstellers aufgestellten PCs zum Spielen verwendet worden sind. Dies ist auch nicht in dem von der Antragsgegnerin durchgeführten Ortstermin vom 31. Juli 2015 geschehen. Festgestellt wurde lediglich, dass beim Hochfahren der PCs ein Hinweis darauf erscheint, dass die Benutzung des Terminals einen Euro pro Stunde kostet und dieses Entgelt für die Bereitstellung einer Kommunikationsverbindung berechnet wird (hierzu Ortsterminsprotokoll, BA Heft 1 zu 2 K 3061/15, Bl. 21, 26-27). Die entgeltliche Bereitstellung eines Multifunktionsgerätes zu Kommunikationszwecken unterliegt aber nicht der Besteuerung.

22

Keine offensichtlichen Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Vergnügungssteuerbescheids bestehen, soweit darin die Vergnügungssteuer für das Unterhaltungsspielgerät Dart auf insgesamt 1.500 Euro festgesetzt ist. Die Festsetzung von 1.200 Euro für die Jahre 2011 bis 2014 (300 Euro jährlich, 25 Euro monatlich je Apparat) findet ihre Rechtsgrundlage in § 1 S. 1 Nr. 5 b, § 6 Abs. 2 Nr. 2 VStS 2007. An der Rechtmäßigkeit der Satzungsvorschriften bestehen - wie hinsichtlich des Steuertatbestands bereits oben ausgeführt - keine Bedenken. Soweit der Antragsteller gegen die Festsetzung einwendet, dass für das Dartspielgerät kein Entgelt verlangt wurde, ist dies bei summarischer Prüfung durch den Ortstermin vom 31. Juli 2015 widerlegt. Die Mitarbeiter der Antragsgegnerin haben festgestellt, dass das Spielgerät nur gegen Geldeinwurf genutzt werden kann und dies auch durch Fotos dokumentiert (BA Heft 1 zu 2 K 3061/15 Bl. 20-25). Die Schließvorrichtung der Geldkassette sei defekt, was sich einem Bespieler des Geräts aber nicht offenbare. Der Antragsteller hat selbst nicht behauptet, dass das Gerät in den Jahren 2011 bis 2014 ein anderes gewesen sei. Sein Einwand, er habe durch das Dartspielgerät keinen Gewinn erzielt, ist unerheblich, denn eine Gewinnerzielung ist nicht Voraussetzung für die Vergnügungssteuererhebung.

23

Die Festsetzung hinsichtlich des Dartgeräts für den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Oktober 2015 von 300 Euro (30 Euro monatlich je Unterhaltungsspielgerät) findet ihre Rechtsgrundlage in § 1 Satz 1 Nr. 2 b, § 5 Abs. 2 b VStS 2015. Die Rechtswidrigkeit der Spielgerätsfiktion von PCs außerhalb von Spielhallen in § 1 Satz 2 VStS 2015 begründet nicht die Gesamtnichtigkeit der Satzung. Die Ungültigkeit eines Teils einer kommunalen Satzungsbestimmung führt dann nicht zur Gesamtnichtigkeit, wenn die übrigen Teile auch ohne den ungültigen Teil sinnvoll bleiben (Grundsatz der Teilbarkeit) und mit Sicherheit anzunehmen ist, dass sie auch ohne diesen erlassen worden wäre.

24

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 1. August 2001 - 4 B 23/01 - NVwZ 2002, 205 f. m.w.N.

25

So liegt der Fall hier. Die Besteuerung von PCs außerhalb von Spielhallen betrifft nur einen kleinen und separaten Teilbereich der Vergnügungssteuererhebung. Es bestehen keine vernünftigen Zweifel daran, dass der Rat der Stadt N. die VStS 2015 auch ohne den rechtswidrigen Teil erlassen hätte. Hierfür spricht auch, dass die Neuformulierung betreffend PCs keine Erwähnung in der Beschlussvorlage findet,

26

Sitzungsvorlage neu/2014/0166 vom 16. September 2014, [www.marl.de](http://www.marl.de) (Ratsinformationssystem).

27

Dies lässt darauf schließen, dass es sich nicht einmal um eine bewusste inhaltliche Änderung handelte.

28

Rechtswidrig ist die Festsetzung betreffend das Dartgerät für den Zeitraum vom 1. November bis 31. Dezember 2015 in Höhe von 60 Euro. Der Antragsteller hat das Dartgerät nach unwidersprochenem Vortrag Ende Oktober 2015 abgebaut und verschenkt; die Kammer hat im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes keinen Anlass, an der Richtigkeit dieses Vortrags zu zweifeln.

29

Es ist nicht erkennbar, dass es für den Antragsteller eine unbillige Härte bedeuten würde, den verbleibenden Vergnügungssteuerbetrag von 1.500 Euro zunächst zu zahlen. Anhaltspunkte für nicht wieder gut zu machende Nachteile über die eigentliche Zahlung hinaus bestehen nicht.

30

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 155 Abs. 1, 161 Abs. 2 VwGO. Die Kosten sind entsprechend dem Grad des jeweiligen Unterliegens bzw. Obsiegens verhältnismäßig zu teilen. Vorliegend unterliegt der Antragsteller hinsichtlich eines Teilbetrags von 1.500 Euro, d.h. ausgehend von dem ursprünglich streitigen Gesamtbetrag von 5.700 Euro zu 26,3 %. Dabei wird berücksichtigt, dass die Antragsgegnerin die Kosten ihres Unterliegens (hinsichtlich des Teilbetrags von 2.740 Euro) und auch die Kosten hinsichtlich des erledigten Teils (betreffend einen Teilbetrag von 1.460 Euro) trägt. Sie hat den ursprünglichen Bescheid teilweise reduziert, um dessen Rechtswidrigkeit zu beseitigen.

31

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 des Gerichtskostengesetzes (GKG). Die Kammer legt im Einklang mit Nr. 1.5 des Streitwertkataloges für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Stand Juli 2013, in ständiger Rechtsprechung in abgabenrechtlichen Eilverfahren ein Viertel des in der Hauptsache streitgegenständlichen Betrages (hier 5.700 Euro) zugrunde.