

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R über die Beschwerde der Fa. A GmbH, in B, vertreten durch RA D, in E, vom 5. April 2013 gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren Verkehrsteuern und Glückspiel vom 5. März 2013, betreffend die Abweisung eines Antrages um Aussetzung der Einhebung gemäß 212a Bundesabgabenordnung (BAO) zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Die Glückspielabgabe im Betrag von € 159.444,52 ist auszusetzen.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

Gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren Verkehrsteuern und Glückspiel vom 11. Juli 2012, mit dem Glückspielabgabe in Höhe von € 159.444,52 vorgeschrieben wurde, erhob die Beschwerdeführerin (Bf) die Fa. C GmbH (unbenannt in A GmbH) durch ihren ausgewiesenen Vertreter mit Schriftsatz vom 9. August 2012 das Rechtsmittel der Berufung und beantragte die Aussetzung der Einhebung des gesamten Betrages.

In der Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass auf Seite 5 des Bescheides festgestellt wurde, dass sich die Geräte im Eigentum der Bf befinden, es keine weiteren Beteiligten daran gäbe, Gewinn und Verlust zu 100% auf die Eigentümerin gehen und bei diesen Geräten daher der Einschreiter Veranstalter und Abgabenschuldner iSd Glückspielgesetzes sei.

Dem werde entgegenhalten, dass die Einschreiterin Eigentümern der Hardware (Gehäuse, Bildschirm, Computer und diversem Zubehör) ist.

Wie sich aus den Buchhaltungsunterlagen, die von der Erstbehörde eingesehen wurden, ergebe vermietete die Einschreiterin Hardware. Für diese Vermietung von Hardware gibt es Abrechnungsbelege, die auch durch die Einschreiterin versteuert werden. Es gibt

keine Abrechnungsbelege hinsichtlich der Durchführung von Spielen. Insofern der Mieter mit diesen Geräten tatsächlich Spiele durchführen sollte, sei zu 100% der Mieter der jeweiligen Geräte Veranstalter. Die Einschreiterin habe mit der Durchführung von Spielen gar nichts zu tun.

Auf das weitere Vorbringen der Bf wird verwiesen.

Letztlich beantragte die Bf ein Sachverständigengutachten darüber aufzunehmen, dass mit gegenständlich von der Bf vermieteten Geräten kein Glückspiel durchführbar ist.

Der Antrag auf Aussetzung der Einhebung wurde damit begründet, dass der Sachverhalt unrichtig erhoben sei, die Berufungserhebung nicht mutwillig erfolgte, weswegen der Betrag nicht zustehe.

Dieser Antrag wurde seitens des Finanzamtes mit Bescheid vom 5. März 2013 als unbegründet abgewiesen.

In der Begründung wurde ausgeführt, dass die Aussetzung der Einhebung abzuweisen ist, wenn die Berufung als wenig erfolgversprechend erscheint.

Die Begründung der Bf stütze sich im Wesentlichen darauf, dass sie nicht Veranstalter der bescheidgegenständlichen Ausspielungen mittels Glückspielautomaten sei.

In der Niederschrift vom 24.11. 2011 gab der Geschäftsführer der Bf zu Protokoll, dass die Antragstellerin nicht nur Eigentümerin der gegenst. Glückspielautomaten war, sondern auch die Gewinne und Verluste aus dem Betrieb der Geräte ausschließlich der Bf zugegangen sind.

Es sei daher durch die Aktenlage widerlegt, dass die Antragstellerin nicht Veranstalterin der bescheidgegenständlichen Ausspielungen gewesen sei.

Der Antrag auf Aussetzung der Einhebung sei daher abzuweisen.

Gegen diesen abweisenden Bescheid brachte die Bf durch ihren ausgewiesenen Vertreter mit Schriftsatz vom 5. April 2013 das Rechtsmittel der Berufung ein, (welches aufgrund des Übergangs der Rechtssache auf das Bundesfinanzgericht als Beschwerde zu werten ist).

In der Begründung wurde ausgeführt, dass die Behörde eine Beweiswürdigung, die („wie“) sie durch die Berufungsbehörde vorzunehmen ist, vorweg nimmt. Dadurch könne aber nicht davon ausgegangen werden, dass die Berufung wenig erfolgversprechend erscheine.

Bereits aus diesem Grunde sei der Bescheid rechtswidrig, weshalb beantragt werde, der Berufung Folge zu geben und den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben.

Diese Berufung (Beschwerde) wurde seitens des Finanzamtes ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung vorgelegt.

Ein weitere Begründung enthielt diese Vorlage nicht.

Aus dem Akteninhalt werden noch folgende Feststellungen getroffen:

In dem im Akt aufliegenden Glückspielabgabenbescheid vom 11. Juli 2012 (welcher keine Unterschrift/Genehmigung aufweist) wird in der Begründung darauf verwiesen, dass der Bemessung das Ergebnis der durchgeföhrten Nachschau zugrunde gelegt werde.

Aus den Feststellungen der durchgeführten Nachschau zum Sachverhalt (welche dem Bescheid ab Seite drei bis fünf angefügt sind) ist zu ersehen, dass überwiegend Ausführungen über die rechtlichen Grundlagen des Glückspielgesetzes enthalten sind. Auf Seite fünf (oben) wurde angeführt, dass am 28.11. 2011 vom steuerlichen Vertreter die ihm von der Bf übergebenen Buchhaltungsunterlagen (3 Belegordner) sowie 3 Txt-Dateien auf einem Stick vorgelegt wurden. Weiters wurde ausgeführt, dass die Geräte sich im Eigentum der Bf befinden und es keine weiteren Beteiligten gibt. Gewinn und Verlust gehen zu 100% auf die Eigentümerin.

## **Rechtslage und Erwägungen**

§ 212a Abs. 1 BAO lautet:

Die Einhebung einer Abgabe, deren Höhe unmittelbar oder mittelbar von der Erledigung einer Berufung abhängt, ist auf Antrag des Abgabepflichtigen insoweit auszusetzen, als eine Nachforderung unmittelbar oder mittelbar auf einen Bescheid, der von einem Anbringen abweicht, oder auf einen Bescheid, dem kein Anbringen zugrunde liegt, zurückzuführen ist, höchstens jedoch im Ausmaß der sich bei einer dem Begehren des Abgabepflichtigen Rechnung tragenden Berufungserledigung ergebenden Herabsetzung der Abgabenschuld. Dies gilt sinngemäß, wenn mit einer Berufung die Inanspruchnahme für eine Abgabe angefochten wird.

Gemäß § 212a Abs. 2 BAO ist die Aussetzung der Einhebung nicht zu bewilligen,

a) soweit die Beschwerde nach Lage des Falles wenig erfolgversprechend erscheint usw.

Strittig ist im gegenständlichen Fall, ob die Berufung gegen den Glückspielabgabenbescheid vom 11. Juli 2012 wenig erfolgversprechend ist oder nicht.

Wenig erfolgversprechend ist eine Berufung-Beschwerde jedenfalls dann, wenn die Erfolglosigkeit des Rechtsmittels offenkundig ist, oder mutwillig erhoben wurde. Davon kann im gegenständlichen Fall nicht ausgegangen werden.

Es ist nicht Aufgabe des Aussetzungsverfahrens, die Berufungsentscheidung vorwegzunehmen (siehe dazu „Ritz“ Kommentar zur BAO, 5 Aufl., § 212a, Tz 9).

Wie dem angefochtenen Glückspielabgabenbescheid zu entnehmen ist, wird hinsichtlich der Bemessung (der Abgabe) auf eine durchgeführte Nachschau (ohne Datum; ein Hinweis auf einen Bericht über die Nachschau fehlt) verwiesen.

Aus Feststellungen zum Sachverhalt aufgrund der Nachschau (vom 24.11. 2011) wurde auf die Übergabe von Buchhaltungsunterlagen hingewiesen. Weiters wurde festgestellt, dass die Geräte sich im Eigentum der Bf befinden, es keine weiteren Beteiligten daran gibt und dass Gewinn und Verlust zu 100% auf die Eigentümerin (Bf) gehen.

Weiterer Sachverhaltsfeststellungen wurden diesem Abgabenbescheid nicht zugrunde gelegt.

Ein Sachverhalt betreffend die Durchführung von (verbotenen) Glücksspielen wurde damit nicht festgestellt.

In der vom Finanzamt betreffend der Erfolgsaussichten zu prüfenden Berufung vom 9. August 2012 geht im Wesentlichen hervor, dass die Bf Computer (Hardware) vermietet werden, worüber es Abrechnungsbelege gibt, welche vom Finanzamt eingesehen wurden und die von der Bf versteuert werden. Mit der Durchführung von Glückspielen habe die Bf nichts zu tun.

Dem ist das Finanzamt mit keinem Wort entgegengetreten, sondern wurde im gegenständlichen abweisenden Aussetzungsbescheid lediglich auf die Aussage des Geschäftsführers betreffend Eigentumsverhältnisse und Zufluss von Gewinn und Verlust aus dem Betrieb dieser Geräte hingewiesen.

Dem Finanzamt kann daher, mangels eines auf die Durchführung von Glücksspielen im Abgabenbescheid festgestellten Sachverhalts, nicht gefolgt werden, wenn es die Berufung als wenig erfolgversprechend im Sinne des § 212a BAO ansieht. Dies insbesondere deshalb, da das Finanzamt der in der Berufung vorgebrachten Begründung im nunmehr angefochtenen Bescheid nicht entgegengetreten ist.

Auch anlässlich der Vorlage der gegenständlichen Berufung erfolgte keine weitere Begründung (siehe Feststellungen aus dem Akteninhalt).

Der Berufung-Beschwerde kommt daher Berechtigung zu, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

Die Revision ist nicht zulässig, weil sie nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt (fehlende Feststellungen zum Sachverhalt; dem Vorbringen der Beschwerdeführerin wurde nicht entgegengetreten) der grundsätzlich Bedeutung zukommt.

Salzburg-Aigen, am 17. Dezember 2015