

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch R in der Beschwerdesache Bf., vertreten durch Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Rechtsanwälte GmbH, Dr. Benjamin Twardosz, Parkring 2, 1010 Wien, über die Beschwerde vom 09.09.2016 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel vom 04.08.2016, 2010, StrNr. StNr. betreffend Aussetzung § 212a BAO zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen. Aus Anlass der Beschwerde wird der Spruch des bekämpften Bescheides hinsichtlich Gebühren aus dem Glücksspielmonopol für den Zeitraum 7-12/2010, Glücksspielabgaben für den Zeitraum 1-3/2011 und Säumniszuschläge auf "zurückgewiesen" statt "abgewiesen" abgeändert.

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

## Entscheidungsgründe

Am 4.8.2016 erließ das Finanzamt für Gebühren Verkehrssteuern und Glücksspiel einen Bescheid über die Abweisung eines Antrages auf Aussetzung der Einhebung mit folgender Begründung:

"Gemäß § 212a Abs. 1 BAO ist die Einhebung einer Abgabe, deren Höhe unmittelbar oder mittelbar von der Erledigung einer Bescheidbeschwerde abhängt, auf Antrag des Abgabepflichtigen von der Abgabenbehörde 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 Begehr des Abgabepflichtigen Rechnung tragenden Beschwerdeerledigung ergebenden Herabsetzung der Abgabenschuld. Dies gilt sinngemäß, wenn mit einer Bescheidbeschwerde die Inanspruchnahme für eine Abgabe angefochten wird.

Die Aussetzung der Einhebung ist nicht zu bewilligen, soweit die Beschwerde nach Lage des Falles wenig erfolgversprechend erscheint, oder soweit mit der Bescheidbeschwerde ein Bescheid in Punkten angefochten wird, in denen er nicht von einem Anbringen des Abgabepflichtigen abweicht, oder c) wenn das Verhalten des Abgabepflichtigen auf eine Gefährdung der Einbringlichkeit der Abgabe gerichtet ist.

Im konkreten Fall wurde die Bewilligung des ersten Antrags widerrufen. Hiergegen wurde

Beschwerde erhoben und brachte die Bf. kurz danach einen neuerlichen Antrag auf Aussetzung ein.

Über diesen Antrag auf Aussetzung wurde jedoch bereits entschieden. Es handelt sich hier somit (in erster Instanz) grundsätzlich um eine bereits entschiedene Sache. Der (zweite) Antrag ist daher aus diesem Grund wegen res iudicata abzuweisen."

\*\*\*\*\*

Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 9.9.2016:

" In umseits bezeichneter Rechtssache hat die M als Rechtsnachfolgerin der KG ("M1" oder "Beschwerdeführerin") WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schubertring 6, 1010 Wien, zur Vertretung und zum Empfang von Zustellungen beauftragt und bevollmächtigt. Es wird daher ersucht, sämtliche Schriftstücke zu Händen der ausgewiesenen Rechtsvertreterin zuzustellen.

Mit Schriftsatz vom 4.5.2016 beantragte die Beschwerdeführerin die Aussetzung der Einhebung von

- Gebühren aus dem Glücksspielmonopol für den Zeitraum 7-12/2010;
- Glücksspielabgaben für den Zeitraum 1-3/2011;  
Säumniszuschlägen;
- Aussetzungszinsen;

in Höhe von insgesamt EUR 3.850.320,21.

Mit Bescheid des Finanzamts für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel ("FA") vom 4.8.2016, zugestellt am 9.8.2016, wurde der Antrag auf Aussetzung der Einhebung betreffend Gebühren aus dem Glücksspielmonopol für den Zeitraum 7-12/2010, Glücksspielabgaben für den Zeitraum 1-3/2011 sowie Säumniszuschläge von der Abgabenbehörde abgewiesen (**"bekämpfter Bescheid"**).

Gegen diesen Bescheid erhebt die Beschwerdeführerin binnen offener Frist **BESCHWERDE** gemäß § 243 BAO.

Der Bescheid wird dem vollen Inhalt und Umfang nach angefochten.

## 1. ZULÄSSIGKEIT

Die Beschwerdeführerin ist gemäß § 246 Abs 1 BAO zur Einbringung der gegenständlichen Beschwerde legitimiert.

Der Bescheid vom 4.8.2016 wurde der Beschwerdeführerin am 9.8.2016 zugestellt. Die Frist zur Einbringung einer Bescheidbeschwerde beträgt gemäß § 245 Abs 1 BAO einen Monat und endet daher im gegenständlichen Fall am 9.9.2016. Die Beschwerde ist somit rechtzeitig.

## 2. VORBEMERKUNG

Da der Sachverhalt und der bisherige Verfahrensgang dem Grunde nach weitgehend unstrittig sein dürften, werden im Folgenden nur die wesentlichen Sachverhaltselemente und Verfahrensschritte dargestellt.

Im beschwerdegegenständlichen Zeitraum betrieb die KG ("KG1") ein nach den Bestimmungen der GewO angemeldetes Pokercasino. Gemäß der ihr erteilten Gewerbeberechtigung war die KG1 dazu berechtigt, Poker und andere Kartenspiele ohne Bankhalter zu veranstalten und zu organisieren, wobei sie an den Spielen selbst nicht teilnahm und auch nicht teilnehmen durfte.

Das Vermögen der KG1 wurde von der M gemäß § 142 UGB als Gesamtrechtsnachfolgerin übernommen.

Zwischen Dezember 2010 und August 2011 fand eine Nachschau zur Ermittlung von Bemessungsgrundlagen für den Zeitraum 20.7.2010 bis 31.3.2011 statt. In weiterer Folge ermittelte die Abgabenbehörde mittels Schätzung nach § 184 BAO die Bemessungsgrundlagen.

Gebühren nach § 33 TP 17GebG (Zeitraum bis 31.12.2010) und Glücksspielabgaben nach § 57 GSpG (Zeitraum 1/2011 bis 3/2011).

Auf Basis der Schätzung nach § 184 BAO wurden mit fünf Bescheiden vom 25.8.2011 Gebühren gemäß § 33 TP 17 Abs 1 Z 7 lit b GebG für den Zeitraum 20. Juli 2010 bis (31. Dezember 2010 betreffend "Cash Games";

Gebühren gemäß § 33 TP 17 Abs 1 Z 7 lit b GebG für den Zeitraum 20. Juli 2010 bis 31. Dezember 2010 betreffend "Turnierspiele";

Glücksspielabgaben nach § 57 GSpG für den Zeitraum Jänner 2011;

Glücksspielabgaben nach § 57 GSpG für den Zeitraum Februar 2011; und

Glücksspielabgaben nach § 57 GSpG für den Zeitraum März 2011 festgesetzt.

Mit Bescheid vom 9.9.2011 wurden erste Säumniszuschläge betreffend Gebühren für den Zeitraum Juli 2010 bis Dezember 2010 festgesetzt.

Gegen die genannten Bescheide erhob die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 17.10.2011 Berufung und verband diese mit einem Antrag auf Aussetzung der Einhebung nach § 212a BAO, wobei die beantragte Aussetzung der Einhebung gemäß § 212a BAO mittels Bescheid vom 1.12.2011 bewilligt wurde. Das Berufungsverfahren ist immer noch anhängig.

Die am 1.12.2011 bewilligte Aussetzung der Einhebung wurde mit Bescheid vom 16.2.2016, zugestellt am 22.2.2016, gemäß §§ 294 iVm 212a Abs 5 zweiter Satz BAO von der Abgabenbehörde widerrufen.

Gegen den Widerrufsbescheid vom 16.2.2016 brachte die Beschwerdeführerin mittels Schriftsatz vom 21.3.2016 Beschwerde beim zuständigen FA ein. Diese Beschwerde wurde mittels Beschwerdevorentscheidung vom 4.8.2016, zugestellt am 9.8.2016 vom FA als unbegründet abgewiesen.

Da sich die Rechtslage nach Zustellung des Widerrufsbescheides maßgeblich geändert hatte, brachte die Beschwerdeführerin am 4.5.2016 einen neuerlichen Antrag auf Aussetzung der Einhebung beim FA ein.

Mit Bescheid vom 4.8.2016, zugestellt am 9.8.2016 wurde der Antrag auf Aussetzung der Einhebung von der Abgabenbehörde abgewiesen. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Angemerkt wird, dass die Beschwerdeführerin am heutigen Tag auch einen Vorlagenantrag gegen die Abweisung der Beschwerde gegen den Widerruf (Beschwerdevorentscheidung vom 4.8.2016) erhebt. Wenngleich mit der Bekämpfung des Widerrufs der Aussetzung inhaltlich das Gleiche (Aussetzung von Abgaben) begeht wird, wird die vorliegende Beschwerde aus advokatorischer Vorsicht auch gegen die Abweisung des erneuten Aussetzungsantrages eingebracht.

### **3. ANFECHTUNG DES GLÜCKSSPIELGESETZES DURCH DEN OBERSTEN GERICHTSHOF MIT BESCHLUSS VOM 30.3.2016**

Mit Beschluss vom 30.3.2016, 4 Ob31/16 m ua stellte der Oberste Gerichtshof gemäß Art 89 Abs 2 B-VG iVm Art 140 B-VG an den Verfassungsgerichtshof den Antrag, unter anderem

§ 2 Abs 2 Glücksspielgesetz (GSpG) idF BGBI I 2010/54  
§ 2 Abs 4 Glücksspielgesetz (GSpG) idF BGBI I 2010/54,  
§ 3 Glücksspielgesetz (GSpG) idF BGBI I 2010/54,  
§ 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG) idF BGBI I 2010/54,

sowie *in eventu* das Glücksspielgesetz (GSpG) idF BGBI I 2015/118 in seiner Gesamtheit jeweils zur Gänze als verfassungswidrig aufzuheben.

Begründend führt der Oberste Gerichtshof in diesem Beschluss aus, dass "*das österreichische Glücksspielmonopol [...] dem Grunde nach eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit [ist]. Es ist daher mit dem Unionsrecht nur dann vereinbar, wenn ein in den Verträgen normierter Rechtfertigungsgrund oder ein in der Judikatur des EuGH entwickelter Rechtfertigungsgrund (zwingender Grund des Allgemeininteresses) vorliegt (vgl Oreschnik, EuGH - Rs Pfleger - Glücksspielmonopol verstößt gegen die Dienstleistungsfreiheit, RdW 2014/695). Für die Beschränkung von Glücksspieltätigkeiten kommen als zwingende Gründe des Allgemeininteresses insbesondere der Verbraucherschutz, die Betrugsbekämpfung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen in Betracht (vgl EuGH vom 6. 11. 2003 C-243/01, Gambelli, Rz 65 ff; EuGH 8. 9. 2010 C-46/08, Carmen Media, Rz 55) (OGH 30.3.2016, 40b31/16m ua Punkt 2.1.1).*

Mangels Kohärenz der nationalen Regelungen und angesichts der Bewerbung des Glücksspiels durch die Österreichische Lotterien GmbH sowie die Casinos Austria AG (vgl

wiederum *Oreschnik*, RdW 2014/695) kommt der Oberste Gerichtshof abschließend zu dem Ergebnis:

*"Damit fehlt dem Glücksspielmonopol die unionsrechtlich erforderliche Rechtfertigung."* (OGH 30.3.2016, 40b31/16m ua Punkt 2.5).

Der Umstand dass sich Inländer nicht unmittelbar auf die Grundfreiheiten berufen können, erachtet der Oberste Gerichtshof als mögliche Inländerdiskriminierung und somit einen Verstoß gegen Art 7 B-VG (OGH 30.3.2016, 40b31/16m ua Punkt 3).

#### 4. BEGRÜNDUNG DER BESCHWERDE

##### 4.1 Vorbemerkung

Die Abgabenbehörde begründete die Abweisung des Antrags auf Aussetzung der Einhebung wie folgt:

*"Über diesen Antrag auf Aussetzung wurde jedoch bereits entschieden. Es handelt sich hier somit (in erster Instanz) grundsätzlich um eine bereits entschiedene Sache. Der (zweite) Antrag ist daher aus diesem Grund wegen res iudicata abzuweisen."*

Wie im Folgenden gezeigt wird, liegt im gegenständlichen Fall keine res iudicata vor.

##### 4.2 Verfahrenshindernis der res iudicata

Der verfahrensrechtliche Grundsatz "*ne bis in idem*" besagt, dass in einer durch Bescheid entschiedenen Sache kein neuerliches Verfahren durchgeführt und keine neue Entscheidung gefällt werden kann (vgl *Hengtschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrensrecht5 [2014], Rz 559). Ist ein Bescheid in formeller und materieller Rechtskraft erwachsen, so kann aufgrund der Rechtskraftwirkung und des damit verbundenen Unwiederholbarkeitsgebotes über die bereits entschiedene Sache nicht nochmals ein Bescheid ergehen. Werden zur selben Sache erneut Anträge eingebracht, so sind diese wegen "*res iudicata*" (eigentlich: Verbrauch des Antragsrechts) von der Behörde zurückzuweisen (vgl ua VwGH 9.10.1988, 96/19/3364). Auch im Abgabenverfahren ist der Grundsatz "*ne bis in idem*" bzw das Verfahrenshindernis der "*res iudicata*" anzuwenden (vgl ua VwGH 18.9.2002, 98/17/0281).

Demnach haben die Behörden im Abgabenverfahren zu beurteilen, ob (neuerlich) eingebrachten Anträgen die materielle Rechtskraftwirkung von bereits ergangenen Entscheidungen entgegensteht, und diese daher unzulässig sind (vgl Stoll, BAO-Kommentar [1994] 944). Im Zuge dieser Beurteilung ist im Wesentlichen darauf abzustellen, ob die bereits entschiedene Sache ident mit jener ist, deren Entscheidung im Wege des neuerlichen Antrages begehrt wird (VwGH 28.2.2008, 2006/16/0129).

Damit das Verfahrenshindernis der "*res iudicata*" vorliegt, muss abgesehen von der Identität des Begehrens und der Partei auch die Identität des anspruchserzeugenden Sachverhaltes gegeben sein (vgl *Knecht!*, Die Sache mit der Sache - Spannungsverhältnis zwischen Rechtskraftwirkung und neuerlicher Entscheidung, SWK 2014/34, 1499). Von

der Identität des anspruchserzeugenden Sachverhalts ist auch die auf diesen Sachverhalt anzuwendende Rechtslage umfasst.

Im gegenständlichen Fall begründet die Abgabenbehörde ihre abweisende Entscheidung damit, dass bezüglich derselben Abgaben bereits in der Berufung vom 17.10.2010 ein Antrag auf Aussetzung der Einhebung eingebracht wurde, und dieser vorerst bewilligte Antrag mittels Bescheid vom 16.2.2016 widerrufen wurde. Diese Tatsache hat jedoch nicht zur Folge, dass dem Antrag vom 4.5.2016 das Verfahrenshindernis der "res iudicata" entgegensteht.

Denn das Verfahrenshindernis der rechtskräftig entschiedenen Sache kann nur in jenen Fällen eintreten, in denen sich bei identem Parteibegehren weder der Sachverhalt noch die Rechtslage wesentlich geändert haben {vgl VwGH 5.9.2008, 2005/12/0078}.

#### 4.2.1 Keine Identität des anspruchsgrundlegenden Sachverhaltes

Ein Vergleich der beiden gegenständlichen "*Sachen*" zeigt, dass das Antragsbegehren und die Verfahrenspartei zwar in beiden Fällen ident sind, die auf diesen Sachverhalt anzuwendende Sach- und Rechtslage aber **nicht ident** ist. Aus diesem Grund steht dem am 4.5.2016 eingebrachten Antrag auf Aussetzung der Einhebung das Verfahrenshindernis der entschiedenen Sache nicht entgegen. Nach herrschender Ansicht verliert eine "*Sache*" ihre ursprüngliche Identität, wenn nach der Erlassung eines Bescheides in den entscheidungsrelevanten Fakten und/oder in der entscheidungstragenden Rechtslage Änderungen eintreten, die einen inhaltlich anders lautenden Bescheid ermöglichen oder gebieten {kürzlich ua Bleyer, Teilweise Abweisung der Beschwerde durch VwGH - Prozesshindernis der rechtskräftig entschiedenen Sache, ÖStZB 2016/8, 117}.

Da der Oberste Gerichtshof mit Beschluss vom 30.3.2016 an den Verfassungsgerichtshof den Antrag gestellt hat, ua § 2 Abs 2 GSpG idF BGBl I 2010/54, § 2 Abs 4 Glücksspielgesetz bzw *in eventu* das Glücksspielgesetz in seiner Gesamtheit aufzuheben, hat sich die entscheidungstragende Rechtslage wesentlich geändert, weshalb die Identität des bereits entschiedenen Antrages auf Aussetzung der Einhebung verloren ging.

Durch den Aufhebungsbeschluss des OGH haben sich die Erfolgsaussichten der anhängigen Berufung vom 17.10.2011 und somit die Sachlage deutlich verbessert. Denn nunmehr steht nach den Ausführungen des OGH fest, dass das österreichische Glücksspielmonopol unionsrechtswidrig ist. Die bedeutet im reinen Inlandssachverhalt eine gemäß Art 7 B-VG verfassungswidrige Intänderdiskriminierung. Die prohibitive Besteuerung des Glücksspiels außerhalb der konzessionierten Spielbanken in Höhe von 400% des Umsatzes der Beschwerdeführerin ist nur ein Aspekt des Glücksspielmonopols und die Zulässigkeit der unterschiedlichen Besteuerung von Spielbanken einerseits und anderen Betreibern andererseits, setzt das Monopol im Übrigen voraus.

Die **Verfassungswidrigkeit** des **in § 3 GSpG verankerten Glücksspielmonopols** und der anderen vom OGH beim VfGH zur Aufhebung beantragten Bestimmungen

(§ 2 Abs 2, § 2 Abs 4, § 52 Abs 1 Z 1 GSpG) kann nicht isoliert von den übrigen Bestimmungen des GSpG festgestellt werden, weil die Glücksspielabgabepflicht nach der Systematik des GSpG und insbesondere nach der genannten Bestimmung ein illegales Glücksspielangebot voraussetzt, welches mit Aufhebung von § 2 Abs 4 und § 3 GSpG nicht mehr bestehen kann.

Außerdem ist der Begriff der Ausspielung in § 2 Abs 1 GSpG mit jenem des Glücksspielunternehmers iSd § 2 Abs 2 GSpG verknüpft. Die Aufhebung des vom OGH dem VfGH ebenfalls zur Prüfung vorgelegten § 2 Abs 2 GSpG hätte somit zur Folge, dass aus Mangel an der Mitwirkung eines Glücksspielunternehmers an dem Zustandekommen eines Glücksspiels keine Ausspielung iSd § 2 Abs 1 GSpG mehr vorliegen kann und daher auch keine Glücksspielabgaben mehr festgesetzt werden können, da diese das Vorliegen einer Ausspielung zwingend voraussetzen.

Hebt der VfGH die angefochtenen Bestimmungen auf, so könnte er dies nach Art 140 Abs 7 B-VG auch rückwirkend tun. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin müsste er dies auch rückwirkend tun, da die Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes im Hinblick auf die unmittelbare Anwendbarkeit des Art 57 AEUV rückwirkend wahrzunehmen ist, und somit auch die Inländerdiskriminierung rückwirkend zu beseitigen wäre.

Somit sind jedenfalls im Hinblick auf den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr, wahrscheinlich aber auch bei rein innerstaatlichen Sachverhalten, maßgebende Bestimmungen des Glücksspielgesetzes rückwirkend im für den vorliegenden Antrag relevanten Zeitraum auf die Antragstellerin nicht anzuwenden.

Für den gegenständlichen Fall hat dies die folgenden Konsequenzen:

Da das Glücksspielmonopol und die Ausnahmen vom Glücksspielmonopol im beschwerdegegenständlichen Zeitraum unionsrechtswidrig und aufgrund einer Inländerdiskriminierung auch verfassungswidrig waren, trifft dies auch auf die Ausnahmen von der Besteuerung für Monopolisten und auf die Anknüpfung der Besteuerung an verbotene Ausspielungen zu.

Die Gebührenpflicht nach § 33 TP 17 Abs 1 Z 7 GebG setzte im maßgeblichen Zeitraum das Vorliegen eines Glücksspiels im Sinne des § 1 GSpG voraus. Eine gänzliche Aufhebung des GSpG hätte zur Konsequenz, dass der Verweis in § 33 TP 17 Abs 1 Z 7 GebG ins Leere geht und somit die Spiele im Betrieb der Antragstellerin nicht mehr von der Gebührenpflicht erfasst sind.

Im Hinblick darauf war ein neuerlicher Antrag auf Aussetzung zulässig. Das Hindernis der res *iudicata* steht dem neuerlichen Antrag auf Aussetzung der Einhebung daher nicht entgegen, da sich die Sach- und Rechtslage nach dem Widerruf der Aussetzung maßgeblich geändert hat. Der bekämpfte Bescheid ist somit rechtswidrig ist und der vorliegenden Beschwerde statzugeben.

## 5. ANTRAG

Die Beschwerdeführerin stellt daher den

## **Antrag,**

der Beschwerde statzugeben und auszusprechen, dass dem Anfrag auf Aussetzung der Einhebung stattgegeben wird."

\*\*\*\*\*

Die Beschwerde wurde mit Beschwerdevorentscheidung vom 15.11.2016 abgewiesen und dazu ausgeführt:

"Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin liegt eine res iudicata vor. Selbst wenn keine res iudicata vorliegen würde, wäre die Aussetzung nicht zu gewähren, da die Beschwerde nach der Lage des Falles wenig erfolgversprechend ist.

Die Aussetzung ist nicht zu bewilligen, insoweit die Beschwerde nach Lage des Falles wenig Erfolg versprechend erscheint (§ 212a Abs. 2 lit. a BAO). Anlässlich der Entscheidung über einen Aussetzungsantrag ist somit von der Abgabenbehörde auf die Erfolgsaussichten der Beschwerde Bedacht zu nehmen, und zwar anhand des Beschwerdevorbringens (VwGH 26.7.1995, 95/16/0018; VwGH 16.5.2002, 2000/13/0100).

Es wird betreffend sämtlicher Punkte auf die ständige Rechtsprechung des UFS bzw. BFG (UFS Wien vom 05.04.2007, RV/1666-W/06, RV/1665-W/06, RV/1338-W/05, RV/0031-W/02 RV/1669-W/06, RV/1668-W/06, RV/1667-W/06, RV/1664-W/06, RV/1663-W/06; UFS Wien vom 13.12.2004, RV/0421-W/02; UFS Wien vom 24.07.2007, RV/0369-W/02, RV/0036-W/02; UFS Innsbruck vom 13.05.2011, RV/0499-1/10; UFS Innsbruck vom 11.05.2011, RV/0500-1/10; UFS Wien vom 07.10.2011, RV/0743-W/11; UFS Graz vom 19.11.2013, RV/0744-G/11; BFG vom 26.2.2014, RV/3100689/2012; BFG vom 18.12.2014, RV/7103332/2011; BFG vom 5.3.2015, RV/2100581/2012, BFG vom 10.06.2016, RV/7101758/2012 und BFG vom 20.06.2016, RV/7101758/2012) sowie die Rechtsprechung des VfGH vom 21.09.2012, B 1357/11-16, vom 26.2.2014, B 58-62/2014 und vom 19.2.2015, E 293/2015 verwiesen. Aufgrund der ständigen Rechtsprechung BFG und des VfGH ist die Beschwerde nach der Lage des Falles wenig erfolgversprechend.

So führt das Bundesfinanzgericht in seinem Erkenntnis vom 18.12.2014, RV/7103332/2011, aus: „*Durch die Glückspielgesetznovelle 2008 wurde die Besteuerung von bestimmten Glücksspielen mit Rechtsgeschäftsgebühren aus dem Gebührengesetz herausgenommen und transformiert zu den Glücksspielabgaben in das Glücksspielgesetz § 57 GSpG bis § 59 GSpG eingestellt. Wie gezeigt werden konnte, handelt es sich bei den §§ 57 ff GSpG um die Nachfolgebestimmungen zu § 33 TP 17 Abs. 1Z 7 und Z 8 GebG, weswegen viele steuerlichen Grundsätze übertragen werden können. Man kann durchaus sagen, bei den Glücksspielabgaben handelt es sich um eine Art Rechtsgebühren bzw. um eine Rechtsverkehrsteuer (vgl. BFG 21.11.2014, RS/7100015/2012).*

Die zur § 33 TP 17 GebG ergangene Rechtsprechung ist daher auch auf die Glücksspielabgabe anwendbar.

In der Abgabeneinhebung ist auch kein Eingriff in verfassungsgesetzlich geschützte Rechte zu erkennen, weil es der Abgabenpflichtige in der Hand hat, Vorkehrungen für die

Enrichtung der Abgabenschuld zu treffen (VfGH vom 21.09.2012, B 1357/11-16 und vom 26.2.2014, B 58-62/2014).

Weiters führt der VfGH in seinem Erkenntnis vom 19. 2.2015, E 293/2015, aus:

*„Soweit die Beschwerde aber insofern verfassungsrechtliche Fragen berührt, als die Verfassungswidrigkeit des § 1 Abs. 2 GSpG, sowie der Bestimmungen über die Glücksspielabgaben in den §§ 57 bis 59 GSpG behauptet wird, lässt ihr Vorbringen vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes die behauptete Rechtsverletzung, die Verletzung in einem anderen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder die Verletzung in einem sonstigen Recht wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm als so wenig wahrscheinlich erkennen, dass sie keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat: Es liegt grundsätzlich im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, wenn er das Pokerspiel dem Regime des Glücksspielgesetzes unterwirft (vgl. VfSlg. 19.767 /2013). Auch die Ausgestaltung der Glücksspielabgabe nach § 57 GSpG überschreitet nicht den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers (vgl. VfSlg. 10.001/1984, 10.365/1985, 11.143/1986, 11.615/1988 uva.; vgl. auch VfSlg. 15.432/1999, 16.585/2002, 16.740/2002, 16.923/2003).“*

Des Weiteren lehnte der Verfassungsgerichtshof mit Beschluss vom 11.6.2015, E 820/2015, die Behandlung der Beschwerde gegen die Entscheidung des BFG vom 05.03.2015, RV/2100581/2012, die die Glücksspielabgabepflicht gemäß § 57 Abs. 1 GSpG des Kartenpokerspiels als Cashgame oder in Turnierform, sowie von Surrender als Black Jack-Variante bestätigte, ab und trat die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof ab.

Der Verfassungsgerichtshof hat den Antrag des Obersten Gerichtshofes sowie andere gleichartige Anträge von Gerichten mit Beschluss vom 15. Oktober 2016, G 103-104/2016 ua., als unzulässig zurückgewiesen, weil die Gerichte einen zu engen Anfechtungsumfang gewählt hatten, jedoch in seinen Erkenntnis von selben Tag E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19 eine inhaltliche Prüfung vorgenommen und die Unionsrechtskonformität und die Verfassungsmäßigkeit der GSpG Bestimmungen bestätigt.

Der VfGH führte eine umfangreiche über den Antragsinhalt hinausgehende Prüfung der Bestimmungen durch und kam zum Schluss, dass die behauptete Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte sohin nicht stattgefunden hat und darüber hinaus das Verfahren auch nicht ergeben hat, dass die beschwerdeführenden Parteien in von ihnen nicht geltend gemachten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt wurden. Angesichts der Unbedenklichkeit der angewendeten Rechtsgrundlagen ist es auch ausgeschlossen, dass sie in ihren Rechten wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm verletzt wurden.

Aufgrund der ständigen Rechtsprechung und dem klaren Wortlaut des Gesetzes § 1 Abs. 2 GSpG: Poker ist ein Glücksspiel, § 57 Abs. 1 GSpG) ist die Beschwerde nach

der Lage des Falles wenig erfolgversprechend, daher ist der Antrag auf Aussetzung der Einhebung gemäß § 212a Abs. 2 lit. a BAO bezüglich der Glücksspielabgabe für Poker abzuweisen (Vgl. VwGH 18.01.1990, 89/16/0025; VwGH 30.08.1995, 94/16/0085; VwGH v. 28.06.2007, 2007 116/0028)."

\*\*\*\*\*

Im Vorlageantrag vom 19.12.2016 wurde dazu wie folgt eingewendet und die Aufhebung des Bescheides beantragt:

"In umseits bezeichneter Rechtssache hat die M als Rechtsnachfolgerin der KG1 Casino - Consulting GmbH & Co KG (**"M1"** oder **"Beschwerdeführerin"**) WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schubertring 6, 1010 Wien, zur Vertretung und zum Empfang von Zustellungen beauftragt und bevollmächtigt. Es wird daher ersucht, sämtliche Schriftstücke zu Händen der ausgewiesenen Rechtsvertreterin zuzustellen.

Mit Schriftsatz vom 4.5.2016 beantragte die Beschwerdeführerin die Aussetzung der Einhebung von Gebühren aus dem Glücksspielmonopol für den Zeitraum 7-12/2010, Glücksspielabgaben für den Zeitraum 1-3/2011 sowie damit in Zusammenhang stehenden Nebenansprüchen in Höhe von insgesamt EUR 3,850.320,21.

Mit Bescheid des Finanzamts für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel (**"Abgabenbehörde"**) vom 4.8.2016, zugestellt am 9.8.2016, wurde der Antrag auf Aussetzung der Einhebung betreffend Gebühren aus dem Glücksspielmonopol für den Zeitraum 7-12/2010, Glücksspielabgaben für den Zeitraum 1-3/2011 und Säumniszuschläge 2011 im Gesamtbetrag von der Abgabenbehörde abgewiesen.

Gegen diesen Bescheid er hob die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 9.9.2016 Beschwerde und beantragte dem Antrag auf Aussetzung der Einhebung stattzugeben. Mit Beschwerdevorentscheidung ohne Datum, zugestellt am 18.11.2016, wurde die Beschwerde vom 9.9.2016 von der Abgabenbehörde als unbegründet abgewiesen (**"bekämpfter Bescheid"**).

Gegen die Beschwerdevorentscheidung stellt die Beschwerdeführerin binnen offener Frist nachstehenden VORLAGEANTRAG gemäß § 264 BAO und beantragt die Entscheidung über die Beschwerde durch das Bundesfinanzgericht.

## **1. ZULÄSSIGKEIT UND RECHTZEITIGKEIT**

Gegen eine Beschwerdevorentscheidung kann gemäß § 264 Abs 1 BAO innerhalb eines Monats ab Bekanntgabe (iSd § 97 BAO) ein Antrag auf Entscheidung über die Bescheidbeschwerde durch das Verwaltungsgericht gestellt werden. Gemäß § 264 Abs 2 lit a BAO ist die Beschwerdeführerin legitimiert.

Da die Beschwerdevorentscheidung am 18.11.2016 zugestellt wurde, endet die Frist zur Stellung des Vorlageantrages gemäß §§ 264 Abs 1 iVm 108 Abs 3 BAO am 19.12.2016. Der Vorlageantrag ist daher rechtzeitig.

## **2. WEITERES VORBRINGEN**

Auf das Vorbringen in Punkt 4 der Beschwerde vom 9.9.2016 wird verwiesen.

Da die Abgabenbehörde weiterhin vertritt, dass die Aussetzung der Einhebung nicht zu bewilligen sei, weil "*die Beschwerde nach Lage des Falles wenig Erfolg versprechend erscheint*", wird außerdem darauf hingewiesen, dass diese Ansicht aus folgenden Gründen unzutreffend ist:

Die in dem Rechtsmittel gegen die Stammabgabe vorgebrachten Bedenken wurden bislang noch nicht höchstgerichtlich durch VwGH-Judikatur geklärt.

Die Tatsache, dass das Rechtsmittelverfahren gegen die Stammabgabe immer noch (seit 17.10.2011) anhängig ist, kann nur dahingehend verstanden werden, dass die dem Rechtsmittelverfahren zugrunde liegenden Rechtsfragen äußerst komplexer Natur sind und gerade nicht geklärt sind, denn anderenfalls wäre das seit 2011 anhängige Verfahren bereits abgeschlossen worden.

Aus diesen Gründen kann die Beschwerde nicht als wenig erfolgversprechend im Sinne des § 212a Abs 2 lit. a BAO qualifiziert werden, denn für jede mit der Sache vertraut gemachte urteilsfähige und objektiv urteilende Person ist es gerade **nicht erkennbar**, dass das Rechtsmittel aussichtslos ist (VwGH 17.5.2001, 2000/16/0383; 9.8.2001, 2000/16/0393), weshalb nicht von einer offenkundigen Aussichtslosigkeit gesprochen werden kann.

im Sinne dieser Rechtsprechung gewährt die Abgabenbehörde in der überwiegenden Mehrheit der Fälle die Aussetzung der Einhebung von Abgaben, deren Höhe von einer Beschwerde direkt oder indirekt abhängt. Dies ist aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes auch unverzichtbar, da ansonsten Steuerpflichtige mit den nachteiligen Folgen der Einhebung der Abgaben belastet wären, bevor überhaupt entschieden ist, ob diese Abgaben zu Recht vorgeschrieben wurden.

Schon aus advokatorischer Vorsicht muss daher der vorliegender Vorlageantrag eingebracht werden.

### 3. ANTRÄGE

Die Beschwerdeführerin stellt daher den **Antrag**, 1) gemäß § 264 BAO auf Entscheidung über die Bescheidbeschwerde durch das Verwaltungsgericht; und 2) der Beschwerde stattzugeben und auszusprechen, dass dem Antrag auf Aussetzung der Einhebung stattgegeben wird."

#### Über die Beschwerde wurde erwogen:

*Gemäß § 212a. Abs. 1 BAO ist die Einhebung einer Abgabe, deren Höhe unmittelbar oder mittelbar von der Erledigung einer Bescheidbeschwerde abhängt, auf Antrag des Abgabepflichtigen von der Abgabenbehörde 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 Begehr des Abgabepflichtigen Rechnung tragenden Beschwerdeerledigung ergebenden Herabsetzung*

*der Abgabenschuld. Dies gilt sinngemäß, wenn mit einer Bescheidbeschwerde die Inanspruchnahme für eine Abgabe angefochten wird.*

*Abs. 2: Die Aussetzung der Einhebung ist nicht zu bewilligen,*

*a) soweit die Beschwerde nach Lage des Falles wenig erfolgversprechend erscheint, oder*

*b) soweit mit der Bescheidbeschwerde ein Bescheid in Punkten angefochten wird, in denen er nicht von einem Anbringen des Abgabepflichtigen abweicht, oder*

*c) wenn das Verhalten des Abgabepflichtigen auf eine Gefährdung der Einbringlichkeit der Abgabe gerichtet ist.*

Zu RV/7106125/2016 war vor dem BFG ein Beschwerdeverfahren gegen einen Widerruf der Aussetzung der Einhebung der Gebühren aus dem Glücksspielmonopol für die Zeiträume 07-12/2010, Glücksspielabgabe Zeiträume 01/2011 - 03/2011 und Säumniszuschläge 2011 anhängig. Mit Erkenntnis vom 28.9.2017, RV/7106125/2016 wurde der Widerrufsbescheid aufgehoben, somit war die Bewilligung der Aussetzung der Einhebung dieser Abgaben:

Gebühren gem. § 33 GebG für 2010 in Höhe von EUR 1.405.678,95

Gebühren gem. § 33 GebG für 2010 in Höhe von EUR 322.693,10

Glücksspielabgabe für Jänner 2011 in Höhe von EUR 337.823,04

Glücksspielabgabe für Februar 2011 in Höhe von EUR 297.179,04

Glücksspielabgabe für März 2011 in Höhe von EUR 1.110.739,52

Säumniszuschlag auf die Gebühren aus dem Glücksspielmonopol für den Zeitraum 7-12/2010 in Höhe von EUR 28.113,58

Säumniszuschlag auf die Gebühren aus dem Glücksspielmonopol für den Zeitraum 7-12/2010 in Höhe von EUR 6.453.36

vom 1.12.2011 bis zum Bescheid über den Ablauf der Aussetzung der Einhebung, der am 31. Oktober 2017 in Umsetzung des Erkenntnisses des BFG erging, aufrecht.

Eine neuerliche Aussetzung kam somit nicht in Betracht, daher war der Antrag in diesen Punkten zurückzuweisen, bzw. nunmehr mit Spruchberichtigung vorzugehen.

Darüber hinaus wurden mit Bescheid vom 23.2.2016 Aussetzungszinsen in Höhe von insgesamt EUR 303.114,96 festgesetzt. Mit dem verfahrensgegenständlichen Antrag auf Aussetzung der Einhebung wurde über den Erstantrag vom 25.10.2011 hinausgehend jedoch auch die Aussetzung der Einhebung der Aussetzungszinsen beantragt, deren Vorschreibung sich in Folge der Stattgabe der Beschwerde im Widerrufsbeschwerdeverfahren als zum damaligen Zeitpunkt unrichtig erwiesen hat.

Eine Richtigstellung hinsichtlich der Aussetzungszinsen ist jedoch zwischenzeitig nach Zustellung des Erkenntnisses zu RV/7106125/2016 erfolgt, daher war die Beschwerde ebenfalls als unbegründet abzuweisen.

## **Zulässigkeit einer Revision**

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Eine solche Rechtsfrage liegt verfahrensgegenständlich nicht vor.

Wien, am 13. April 2018