

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Ri. in der Beschwerdesache Bf., vertreten durch PwC PricewaterhouseCoopers Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung GmbH, Erdbergstraße 200, 1030 Wien, über die Beschwerde vom 08.01.2013 gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel vom 12.12.2013, betreffend Aussetzung der Einhebung (§ 212a BAO) zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

Sachverhalt und Beschwerdevorbringen:

Mit Bescheiden gemäß § 201 BAO vom 15.10.2013 erfolgte gegenüber der Beschwerdeführerin (Bf.) die Festsetzung von Glücksspielabgabe für Ausspielungen in Form von Pokerturnieren und Pokerspielen als "Cashgames" für den Zeitraum von 01/2011 bis 12/2012 in Höhe von insgesamt EUR 765.045,91 wie folgt:

Monat	Poker Turnierform €	Poker Cashgame €	Glücksspielabgaben
Jänner 2011	2.343,68	24.552,00	26.895,68
Februar 2011	2.343,68	20.632,00	22.975,68
März 2011	2.343,68	32.336,00	34.679,68
April 2011	2.343,68	34.720,00	37.063,68
Mai 2011	2.343,68	36.490,67	38.834,35
Juni 2011	2.343,68	35.485,33	37.829,01
Juli 2011	2.343,68	37.432,00	39.775,68
August 2011	2.343,68	36.018,67	38.362,35
September 2011	2.343,68	35.205,33	37.549,01
Oktober 2011	2.343,68	36.509,33	38.853,01

November 2011	2.343,68	25.194,67	27.538,35
Dezember 2011	2.343,68	25.418,67	27.762,35
Jänner 2012	2.343,68	24.938,67	27.282,35
Februar 2012	2.343,68	21.925,33	24.269,01
März 2012	4.135,68	23.746,67	27.882,35
April 2012	4.135,68	33.992,00	38.127,68
Mai 2012	4.135,68	36.944,00	41.079,68
Juni 2012	4.135,68	26.301,33	30.437,01
Juli 2012	2.343,68	21.501,33	23.845,01
August 2012	2.343,68	20.824,00	23.167,68
September 2012	2.343,68	20.128,00	22.471,68
Oktober 2012	2.343,68	26.621,33	28.965,01
November 2012	2.343,68	25.397,33	27.741,01
Dezember 2012	2.343,68	24.128,00	26.471,68

Jeder Bescheid wurde folgendermaßen begründet:

"Der Bemessung wurde das Ergebnis der durchgeföhrten Außenprüfung zugrunde gelegt. Begründung und genaue Berechnung sind der Niederschrift über die Schlussbesprechung oder dem Prüfbericht zu entnehmen, welche insoweit einen integrierten Bestandteil dieses Bescheides bildet.

Die Festsetzung erfolgte gemäß § 201 Abs. 2 Zi. 3 BAO, da kein selbst berechneter Betrag bekanntgegeben wurde.

Bei der im Sinne des § 20 BAO vorgenommenen Interessensabwägung war dem Prinzip der Rechtsrichtigkeit (Gleichmäßigkeit der Besteuerung) der Vorrang vor dem Prinzip der Rechtsbeständigkeit (Parteieninteresse an der Rechtskraft) einzuräumen. Auch können die steuerlichen Auswirkungen unter dem Gesichtspunkt der Verwaltungökonomie nicht bloß als geringfügig bezeichnet werden. Daher war dem Gesetzeszweck, mittels einer Erlassung eines rechtmäßigen Sachbescheides ein den gesetzlichen Vorschriften entsprechendes Steuerergebnis zu erzielen, Rechnung zu tragen."

Gleichzeitig mit der dagegen fristgerecht erhobenen **Berufung vom 14.11.2013** wurde ein Antrag auf Aussetzung der Einhebung dieses Betrages gemäß § 212a BAO gestellt.

In der Berufung vom 14.11.2013 wurde von der Bf. zusammengefasst im Wesentlichen vorgebracht:

"Das Glücksspielgesetz differenziert in §§ 17 Abs. 3, 28 Abs. 3 und in 57 Abs. 1 und Abs. 2 GSpG hinsichtlich der Besteuerung von Pokerausspielungen zwischen konzessionierten und nicht—konzessionierten Unternehmern. Diese Differenzierung

und die inkohärente Ausgestellung der Steuersätze und Bemessungsgrundlagen im Bereich der Pokerausspielungen stellt auf Grundlage der verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Vorgaben sowie der Rechtsprechung des EuGH (insbesondere der unionsrechtswidrigen Vergabe der österreichischen Glücksspielkonzessionen) und eine Diskriminierung gegenüber den Konzessionären dar und verstößt somit gegen die Niederlassungs— und Dienstleistungsfreiheit. Dem liegen weder Rechtfertigungsgründe des Allgemeininteresses zu Grunde noch ist diese Differenzierung als verhältnismäßig einzustufen. In Folge der unmittelbaren Anwendung des Unionrechts kann einem Nicht—Konzessionär somit keine

höhere Steuerbelastung erwachsen als dem Konzessionär. Dies gilt auch hinsichtlich der Einhebung von Glücksspielabgaben.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht widerspricht die höhere Besteuerung von (aufgrund des Unionsrechts den Konzessionären gleichgestellten) Nicht—Konzessionären der Bundesverfassung in Form des Gleichheitsgrundsatzes und der Erwerbsfreiheit.

Die höhere Besteuerung verletzt auch das Diskriminierungsverbot und die unternehmerische Freiheit der Grundrechte-Charta. Auf diesen Befund können sich in anderen Mitgliedsstaaten niedergelassene Anbieter mit Sekundärniederlassung in Österreich und in Österreich niedergelassene Vermittler eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Anbieters stützen.

Aufgrund des Durschlagens der unionsrechtlichen Grundsätze bei der Beurteilung der österreichischen Glücksspielregelungen und der verfassungsrechtlich gewährleisteten Inländerdiskriminierungsverbotes geltend diese Grundsätze für den rein innerstaatlichen Sachverhalt.

Aufgrund des Verstoßes gegen verfassungs- und unionsrechtliche Grundsätze ist die Republik Österreich nicht befugt Glückspielabgaben auf Grundlage des § 57 Abs. 1 GSpG auf Pokerausspielungen von Nicht-Konzessionären iSd GSpG iHv 16% des Einsatzes einzuheben, die höher sind als jene, die die Konzessionäre und Nichtkonzessionäre im Onlinebereich unterliegt."

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 12.12.2013 erfolgte die teilweise Bewilligung der Aussetzung der Einhebung wie folgt:

Abgabenart	Zeitraum	Fälligkeit	Betrag in Euro
GS	01/2011	21.02.2011	24.552,0
GS	02/2011	21.03.2011	20.632,0
GS	03/2011	20.04.2011	32.336,0
GS	04/2011	20.05.2011	34.720,0
GS	05/2011	20.06.2011	36.490,6
GS	06/2011	20.07.2011	35.485,3
GS	07/2011	22.08.2011	37.432,0
GS	08/2011	20.09.2011	36.018,6
GS	09/2011	20.10.2011	35.205,3
GS	10/2011	21.11.2011	36.509,3
GS	11/2011	20.12.2011	25.194,6
GS	12/2011	20.01.2012	25.418,6
GS	01/2012	20.02.2012	24.938,6
GS	02/2012	20.03.2012	21.925,3
GS	03/2012	20.04.2012	23.746,6
GS	04/2012	21.05.2012	33.992,0
GS	05/2012	20.06.2012	36.944,0
GS	06/2012	20.07.2012	26.301,3
GS	07/2012	20.08.2012	21.501,3
GS	08/2012	20.09.2012	20.824,0
GS	09/2012	22.10.2012	20.128,0
GS	10/2012	20.11.2012	26.621,3
GS	11/2012	20.12.2012	25.397,3
GS	12/2012	21.01.2013	24.128,0
Summe:			686.442,66

Abgewiesen wurde dabei jener Teil der festgesetzten Abgabe, welcher auf Ausspielungen zurückzuführen ist, die in Form von Pokerturnieren stattgefunden haben.

Dagegen er hob die Bf. fristgerecht Beschwerde vom 8.1.2014 und stellte zugleich einen Antrag gemäß § 262 Abs. 2 lit. a BAO auf Unterbleiben der Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung mit folgender Begründung:

"Die Abweisung wurde damit begründet, dass eine Aussetzung nicht zu bewilligen ist, insoweit die Berufung nach Lage des Falles wenig Erfolg versprechend erscheint. Als Argument hierfür werden diverse UFS Entscheidungen sowie auf die VwGH und VfGH Rechtsprechung verwiesen. Es wird weiters argumentiert, dass aufgrund des klaren Wortlautes des Gesetzes eine Berufung nach der Lage des Falles bezüglich Pokerturniere wenig erfolgsversprechend sei.

Dem ist entgegen zu halten, dass die Beschwerdeführerin wie bereits in der ausführlichen Berufung vom 14.11.2013 in Zusammenhang mit den zu Grunde liegenden Glücksspielabgabenbescheiden die Rechtsauffassung vertritt, dass sich der § 57 Abs. 1 GSpG in seiner derzeitigen Ausgestaltung sowohl verfassungs— als auch

europarechtswidrig erweist. Dies gilt sowohl für Pokerturniere als auch für „Cash Games“. Dazu ist anzumerken, dass weder der VwGH noch der VfGH oder der EuGH in dieser Rechtsfrage bisher entschieden hat. Alleine aus diesem Aspekt kann abgeleitet werden, dass sich die Rechtsansicht des Finanzamtes hinsichtlich der mangelnden Erfolgsaussicht als nicht schlüssig erweist.“

Mit Beschwerdevorlage vom 3.2.2014 wurde von der belangten Behörde ergänzend angeführt, dass es in der Berufungsentscheidung des UFS vom 7.10.2011, RV/0743-W/11, um die Rechtsgeschäftsgebührenpflicht eines Kartenspokerturniers in der zweiten Jahreshälfte 2010 ging. Vom 19.7.2010 bis 31.12.2010 standen § 33 TP 17 Abs. 1 Z 7 lit. b GebG sowie § 1 Abs. 1 und 2 GSpG mit der Aufzählung von Poker als Glücksspiel nebeneinander in Geltung. Vergleicht man die Gebührenpflicht von Pokerturnieren gemäß § 33 TP 17 GebG idF vor BGBI. I Nr. 54/2010 mit der Abgabenpflicht von Pokerturnieren gemäß § 57 Abs. 1 GSpG, wird ersichtlich, dass beide Besteuerungsformen nicht grundlegend voneinander abweichen. Die zur Gebührenpflicht von Pokerturnieren bestehende Rechtsprechung ist daher auch für die Frage der Abgabenpflicht gemäß § 57 Abs. 1 GSpG maßgebend. Zudem wird darauf hingewiesen, dass die für die Abgaben- bzw. Gebührenpflicht von Pokerturnieren maßgebliche Frage, nämlich ob Poker als Glücksspiel anzusehen ist, bereits in der UFS-Entscheidung vom 7.10.2011, RV/0743-W/11 nach § 1 Abs. 2 GSpG idF BGBI. I 54/2010 zu beurteilen war. Darüber hinaus lehnte der VfGH mit Beschluss vom 21.9.2012, B 1357, die Behandlung der gegen diese UFS-Entscheidung eingebrachte Beschwerde ab, unter anderem da der Begriff des Spiels „Poker“ nicht in verfassungswidriger Weise unbestimmt sei. Die Beschwerde wurde an den VwGH abgetreten. Dieser lehnte die Behandlung der Beschwerde mit Beschluss vom 9.9.2013, 2012/16/0188, ab, da weder die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid von der Rechtsprechung des VwGH abgewichen sei, noch Rechtsfragen aufgeworfen worden seien, denen im Sinn des § 33a VwGG grundsätzliche Bedeutung zukomme. Die Beschwerde erscheine daher hinsichtlich der angeführten umfangreichen Rechtsprechung im Zusammenwirken mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes bezüglich der Pokerturniere wenig erfolgversprechend.

Das Rechtsmittel ging bei der Gerichtsabteilung 6022 des Bundesfinanzgerichtes am 24.02.2014 ein. Mit Verfügung des Geschäftsverteilungsausschusses vom 24.01.2017 wurde die Rechtssache der Gerichtsabteilung 6022 gemäß § 9 Abs. 9 BFGG abgenommen und der Gerichtsabteilung 6008 neu zugeteilt.

Rechtslage

Nach § 212 a 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 Begehren des

Abgabepflichtigen Rechnung tragenden Beschwerdeerledigung ergebenden Herabsetzung der Abgabenschuld. Dies gilt sinngemäß, wenn mit einer Bescheidbeschwerde die Inanspruchnahme für eine Abgabe angefochten wird.

Nach § 212a Abs 2 BAO ist die Aussetzung der Einhebung 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.

Aus Art. 140 Abs. 7 des Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG) ergibt sich:

"Ist ein Gesetz wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben worden oder hat der Verfassungsgerichtshof gemäß Abs. 4 ausgesprochen, dass ein Gesetz verfassungswidrig war, so sind alle Gerichte und Verwaltungsbehörden an den Spruch des Verfassungsgerichtshofes gebunden. Auf die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlassfalles ist jedoch das Gesetz weiterhin anzuwenden, sofern der Verfassungsgerichtshof nicht in seinem aufhebenden Erkenntnis anderes ausspricht. Hat der Verfassungsgerichtshof in seinem aufhebenden Erkenntnis eine Frist gemäß Abs. 5 gesetzt, so ist das Gesetz auf alle bis zum Ablauf dieser Frist verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlassfalles anzuwenden."

Erwägungen

Bei der Prüfung, ob die Beschwerde **wenig erfolgversprechend** iSd § 212 a Abs 2 lit a BAO ist, ist im Aussetzungsverfahren die Entscheidung über die Beschwerde nicht vorwegzunehmen (vgl VwGH 15. 3. 2012, 2011/17/0175). Lediglich dann, wenn die Beschwerde einen Standpunkt vertritt, welcher mit zwingenden Bestimmungen ganz eindeutig und ohne jeden Zweifel unvereinbar ist oder mit der stRsp in Widerspruch steht, könnte von einer wenig erfolgversprechenden Beschwerde die Rede sein (VwGH 31. 7. 2003, 2002/17/0212). Die Frage, ob eine Beschwerde wenig erfolgversprechend ist, muss nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Entscheidung über den Aussetzungsantrag geprüft werden (VwGH 24.11.1997, 93/17/0063). Die Erfolgsaussichten einer Beschwerde sind anhand des Beschwerdevorbringens zu prüfen (VwGH 16.5.2002, 2000/13/0100; VwGH 15.3.2012, 2011/17/0175). Auch sind in der Beschwerde nicht dargelegte Fragen der rechtlichen Beurteilung, die zum Erfolg einer Beschwerde führen könnten, bei dieser Prüfung nicht auszuklammern (VwGH 17.4.2000, 99/17/0437).

Im gegenständlichen Fall beschränkt sich das Beschwerdevorbringen auf verfassungs- und unionsrechtliche Bedenken gegen die Glückspielabgabenfestsetzung.

Die vorgebrachten unionsrechtlichen Bedenken fußen auf der Ansicht, dass Grundrechtsverletzungen sich aus der Anwendung des § 57 Glückspielgesetzes ergeben. Eine unrichtige Anwendung des Glückspielgesetzes wird gar nicht behauptet.

Schon aus Art. 140 Abs. 7 B-VG ergibt sich, dass selbst verfassungswidrige Normen - abgesehen vom Anlassfall im Falle einer Gesetzesaufhebung - jedenfalls anzuwenden sind. Wird - wie im gegenständlichen Fall - in einem Beschwerdeverfahren lediglich die Verfassungswidrigkeit von Normen des Glückspielgesetzes, nicht jedoch eine Rechtsverletzung auf Grund der Anwendung dieses Gesetzes geltend gemacht, ist die Beschwerde schon aus diesem Grund als wenig erfolgversprechend anzusehen.

Zwar besteht theoretisch die Möglichkeit, dass ein Verwaltungsgericht nach Art 135 Abs. 4 B-VG auf Grund der durch die Bf. im gegenständlichen Fall vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken iSd. Art. 89 Abs 2 B-VG beim Verfassungsgerichtshof ein Normenprüfungsverfahren anregt, doch ist dies eher unwahrscheinlich, zumal schon im Zeitpunkt der Abweisung des Aussetzungsantrages eine Judikaturlinie des Verfassungsgerichtshofes erkennbar war (vgl. Vorbringen der belangten Behörde in der Beschwerdevorlage) und nunmehr die Frage der Verfassungskonformität und Unionsrechtskonformität der in Rede stehenden Besteuerung im Wesentlichen ausjudiziert ist (VfGH 27.6.2013, G 26/2013 G 90/2012; VwGH 18.10.2016, Ro 2014/16/0041, VfGH 15.10.2016, E 945/2016; VfGH 8.6.2017, E 1330/2016, E 1756/2016; VfGH 8.6.2017, E 2416/2016).

Die als Beschwerde zu behandelnde Berufung vom 14.11.2013 erwies sich in Hinblick auf die Festsetzung von Glückspielabgaben in Zusammenhang mit Pokerturnieren schon in Zeitpunkt der Antragstellung als wenig erfolgversprechend, sodass sich der angefochtene Bescheid als nicht rechtswidrig erweist.

Zulässigkeit einer Revision

Gemäß Artikel 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes 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.

Ist die Rechtslage nach den in Betracht kommenden Normen klar und eindeutig, dann liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG vor, und zwar selbst dann, wenn zu einer dieser anzuwendenden Normen noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergangen wäre (vgl. VwGH 19.5.2015, Ra 2015/05/0030).

Linz, am 31. Mai 2019

