

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache A, Adr, vertreten durch Rechtsanwalt , über die Beschwerde vom 30.11.2016 gegen die Bescheide der belangten Behörde Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel vom 02.11.2016, StrNr, betreffend Festsetzung (§ 201 BAO) der Glücksspielabgaben für die Zeiträume Dezember 2015, Jänner 2016, Februar 2016 und März 2016 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

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

Entscheidungsgründe

Zufolge dem Finanzamt vorliegenden Kontrollmaterials wurden in Räumlichkeiten des Hotels "X" in XX ab Dezember 2015 Poker-Cashgames, Variante Texas-Holdem, angeboten. In Beantwortung eines Auskunftsersuchens des Finanzamtes vom 15.12.2015 wurde vom Verantwortlichen des Hotels, Herrn B, als für die Berechnung und Abfuhr der diesbezüglichen Glücksspielabgabe (§ 59 Abs. 3 GSpG) zuständige Person Herr A (= Beschwerdeführer, Bf) benannt.

Laut im Akt erliegenden Auszug aus der homepage dieses Hotels wird in der dort befindlichen "X-Bar" ausdrücklich "Poker" als "Cash Game" angeboten.

Bei einer vom Finanzamt am 10.3.2016 im Hotel "Y" in YY durchgeführten Nachschau wurde in Räumlichkeiten dieses Hotels ein Spielbetrieb in Form von Poker (Cashgames) wahrgenommen. Auf Befragung wurde von der dort angetroffenen Bediensteten Frau C angegeben, dass A, der Bf, der Veranstalter der Ausspielungen sei.

Aufgrund des Verdachtes auf Abgabenhinterziehung in Zhg. mit Glücksspielabgaben wurde das Finanzamt seitens der Finanzstrafbehörde am 13.5.2016 mit diesbezüglich weiteren Erhebungen beauftragt und im Anschluss eine Betriebsprüfung eingeleitet und der Bf einvernommen:

a) Bei seiner niederschriftlichen, von ihm unterfertigten Einvernahme am 4.7.2016 hat der Bf vor dem Finanzamt Folgendes zu Protokoll gegeben (Antworten kursiv):

"Veranstalteten Sie im Zeitraum 25.11.2015 bis 24.3.2016 an den Orten X in XX und im Hotel Y in YY Pokerspiele (Cashgames) ?

A: *Ja, Texas Holdem Poker. Es wurden hauptsächlich nur Cashgames gespielt.*

Beschreiben Sie Ihre Tätigkeit (Veranstaltung eines Pokerbetriebes) in diesem Zusammenhang ?

A: *Es gibt einen Auftrag an die Firma D-GmbH zur Durchführung von Pokerspielen an den genannten Standorten.*

Wie kommen Sie zu den Veranstaltungsorten ?

A: *Durch mündliche Werbung.*

Laut vorliegenden Unterlagen führen Sie für das Casino die Umsatzsteuer ab, bitte um Vorlage der Umsatzsteuererklärung ?

A: *Die Erklärung für das erste Quartal 2016 wurde heute eingegeben. ...*

Wie werden die Einnahmen aus dem Spielbetrieb erfasst ?

A: *Die DropBox wird am Tagesende geleert und durchgezählt und in einer Liste aufgenommen. Diese Liste lege ich hiermit vor.*

In welchem Geschäftsverhältnis stehen Sie zu D bzw. C ?

A: *Ich habe die Firma D-GmbH beauftragt, an den Standorten XX und YY Pokerspiele durchzuführen.*

Welche Verträge gibt es mit diesen Personen ?

A: *Es gibt einen Auftrag, den ich ... per Email bis dieser Woche ... schicke.*"

b) Folgende Unterlagen wurden vom Bf beigebracht:

- Mietvertrag (undatiert), abgeschlossen zwischen dem Bf und der Y-GmbH (Vermieterin), betr. Anmietung eines Raumes/Geschäftslokales gegenüber der Hotelbar im Ausmaß von 80 m² zum ausschließlichen Geschäftszweck: Poker. Als Vertragsdauer wurde der Zeitraum 25.11.2015 bis 24.3.2016 sowie als Mietengelt der Betrag von monatlich netto € 200 vereinbart.

- Dazu 4 Mietabrechnungen an den Bf vom 3.4.2016 betr. "Miete lt. Vertrag "Pokerraum ..." über monatlich brutto € 240.

- Vertrag vom 6.11.2015, abgeschlossen zwischen dem Bf als Auftraggeber und der D-GmbH in XX als Auftragnehmer, folgenden Inhalts:

"Hiermit beauftrage ich die Firma D-GmbH mit der Durchführung der Pokerveranstaltungen für die Standorte:

X

Y

Die Firma D-GmbH führt diese Veranstaltungen im Namen, Auftrag und Rechnung von Herr A durch ...".

- Dazu 4 Rechnungen der D-GmbH an den Bf betr. "Managerfee" für Dezember 2015 – März 2016 in Höhe von monatlich je brutto € 4.200.
- Aufstellungen bzw. Listen über die Tischeinnahmen (= Drop) aus dem Poker-Spielbetrieb zusammengefaßt wie folgt:

XX :	Öffnungstage	Einnahmen Euro
Dezember 2015	13	1.998
Jänner 2016	11	1.350
Februar 2016	16	2.070
März 2016	11	2.100
gesamt		€ 7.518
YY :		
Dezember 2015	9	7.400
Jänner 2016	12	3.160
Februar 2016	15	4.800
März 2016	10	2.070
gesamt		€ 17.430

c) Im abschließenden Prüfbericht, AB-Nr, vom 2.11.2016 wurden unter Tz. 6 ausgehend von den vom Bf bekannt gegebenen Zahlen die Einnahmen aus der DropBox insgesamt im Betrag von € 24.948 festgestellt; vom Prüfer wurde folgende "Berechnung der Glücksspielabgabe" vorgenommen:

" Bemessungsgrundlage GSpAbg. gem. § 184 BAO geschätzt:

Tischeinnahmen laut vorgelegten Unterlagen gesamt € 24.948/3,5 x 100 = € 712.800,00

Glücksspielabgabe Gesamt

Gem. § 57 Abs. 1 GSpG 16 % von € 712.800,00 = € 114.048,00

Monate	Einnahmen	BMGR €	GSpAbg. €
Dezember 2015	9.398	268.514,29	42.962,29
Jänner 2016	4.510	128.857,14	20.617,14

Februar 2016	6.870	196.285,71	31.405,71
März 2016	4.170	119.142,86	19.062,86
(gesamt)	24.948	712.800,00	€ 114.048,00

..."

Das Finanzamt hat mit 4 Bescheiden (Festsetzung gemäß § 201 BAO) vom 2.11.2016, StrNr, dem Bf die Glücksspielabgaben für Poker-Cashgames gemäß § 57 Abs. 1 Glücksspielgesetz mit 16 %, ausgehend vom je ermittelten Einsatz als Bemessungsgrundlage (siehe oben lt. Tz. 6 des Prüfberichtes, "BMGR"), wie folgt vorgeschrieben:

- für Dezember 2015 im Betrag von € 42.962,29;
- für Jänner 2016 im Betrag von € 20.617,14;
- für Februar 2016 im Betrag von € 31.405,71;
- für März 2016 im Betrag von € 19.062,86,

und hat sohin die Glücksspielabgaben insgesamt im Betrag von € 114.048 festgesetzt. Begründend führt das Finanzamt zunächst zum geübten Ermessen und weiters zur Abgabenberechnung ua. dahin aus, dass die aus den Pokerveranstaltungen lukrierten Einnahmen gem. § 184 BAO geschätzt 3,5 % des Einsatzes darstellen würden. Daraus ergebe sich (Anm.: hochgerechnet auf 100 %) die jeweilige Bemessungsgrundlage (= Einsatz; im Einzelnen: siehe Bescheide vom 2.11.2016).

In der gegen die Bescheide rechtzeitig erhobenen Beschwerde wendet der Bf ein: Da es sich bei den durchgeführten Pokerspielen nicht um Glücksspiel handle, komme auch die Glücksspielabgabe nicht zum Tragen. Dies würden drei Gerichtsurteile der Bezirksgerichte xyz klar dahin bestätigen, dass es sich nämlich vielmehr um eine gewerbliche Tätigkeit (um Beobachtungs- und Geschicklichkeitsspiel) handle.

Dem nachfolgenden Ersuchen des Finanzamtes vom 14.12.2016, nachweislich zugestellt am 16.12.2016, auf Vorlage der bezeichneten Gerichtsurteile ist der Bf nicht nachgekommen.

Die Beschwerde wurde unter Verweis darauf sowie auf die geltende Gesetzeslage (§ 1 Abs. 1 und 2 GSpG) mit Beschwerdevorentscheidung als unbegründet abgewiesen.

Im Vorlageantrag wurde ergänzend vorgebracht, beim staatlichen österreichischen Glücksspielmonopol handle es sich um eine unionswidrige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Dies insbesondere nach Maßgabe der Rechtsprechung des EuGH, wonach restriktive Regelungen bzw. Beschränkungen wie ein staatliches Monopol oder eine Konzessionspflicht nur dann nicht verboten seien, wenn sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt und verhältnismäßig seien. Durch starke mediale Präsenz und Werbung zwecks Aufforderung zum Glücksspiel sei aber das Ziel des österr. Monopols, Störungen der sozialen Ordnung hintanzuhalten, verfehlt. Zudem stelle die Erhebung einer derartigen Abgabe eine Zugangsbeschränkung im Verhältnis

zur Ausübung der Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat, der von einer solchen Abgabe absehe, dar.

Als Bemessungsgrundlage nach § 57 Abs. 1 GSpG werde der Einsatz (Pot) herangezogen, die Abgabe betrage davon 16 %. Die Einnahmen des Betriebes stellten im Durchschnitt 3,5 % des Pots dar. Es werde außer Acht gelassen, dass der Unternehmer zu keiner Zeit über die Einsätze verfügberechtigt sei und diese nicht lukriere. Die Erhebung einer Abgabe in fast 5-facher Höhe der tatsächlich lukrierten Einnahmen lasse sich nicht rechtfertigen und bedeute für die meisten Unternehmen den wirtschaftlichen Ruin und sei nicht verhältnismäßig.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

1.) Gesetzliche Bestimmungen:

Im Gegenstandsfall (Streitzeitraum Dezember 2015, Jänner bis März 2016) ist das Glücksspielgesetz (GSpG), BGBI. Nr. 620/1989, in der Fassung BGBI. I Nr. 54/2010 (GSpG-Novelle 2008, in Geltung ab 20.7.2010) und BGBI. I Nr. 73/2010 (GSpG-Novelle 2010, in Geltung ab 19.8.2010), zuletzt geändert durch BGBI. I Nr. 2015/118, anzuwenden:

Gemäß § 1 Abs. 1 GSpG ist Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

Nach § 1 Abs. 2 GSpG sind Glücksspiele im Sinne dieses Bundesgesetzes *insbesondere* die Spiele Roulette, Beobachtungsroulette, **Poker**, Black Jack ...

Gemäß § 2 Abs. 1 GSpG sind Ausspielungen Glücksspiele,

1. die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und
2. bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und
3. bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine Vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

Unternehmer ist nach § 2 Abs. 2 erster Satz GSpG, wer selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.

Verbogene Ausspielungen sind Ausspielungen, für die eine *Konzession* oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind (§ 2 Abs. 4 GSpG).

§ 2 Abs. 4 GSpG ist auf Pokerangebote auf Grundlage einer gewerberechtlichen Bewilligung ab 1.1.2020 anzuwenden, wenn die gewerberechtliche Bewilligung *bereits zum 31.12.2012* aufrecht vorgelegen war (siehe Übergangsbestimmung unter § 60 Abs. 36 GSpG).

Gemäß § 57 Abs. 1 GSpG unterliegen Ausspielungen, an denen die Teilnahme vom Inland aus erfolgt, einer Glücksspielabgabe von 16 vH vom Einsatz.

Nach § 59 Abs. 1 Z 2 GSpG entsteht die Abgabenschuld im Fall des § 57 grundsätzlich ("bei allen anderen Ausspielungen") mit der Vornahme der Handlung, die den Abgabentatbestand verwirklicht.

Schuldner der Abgabe nach § 57 ist gem. § 59 Abs. 2 GSpG – bei Fehlen eines Berechtigungsverhältnisses (mangels Konzession oder Bewilligung) – ua. der Veranstalter der Ausspielung sowie der Vermittler (Abs. 5) zur ungeteilten Hand.

Nach § 59 Abs. 3 GSpG haben die Schuldner der Abgaben nach §§ 57 und 58 diese jeweils für ein Kalendermonat *selbst zu berechnen* und bis zum 20. des dem Entstehen der Abgabenschuld folgenden Kalendermonats (Fälligkeitstag) an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel *zu entrichten*. Bis zu diesem Zeitpunkt haben sie eine *Abrechnung* über die abzuführenden Beträge in elektronischem Weg *vorzulegen*. Dieser Abrechnung sind Unterlagen anzuschließen, die eine Überprüfung der Einsätze und Gewinne der Glücksspiele während des Abrechnungszeitraumes gewährleisten.

2.) Sachverhalt:

An Sachverhalt ist im Beschwerdefall unstrittig davon auszugehen, dass der Bf im Streitzeitraum in Räumlichkeiten zweier Hotels in YY und XX einem unbestimmten Personenkreis die Möglichkeit der Teilnahme am Pokerspiel, insbesondere der Variante Poker Texas Holdem, überwiegend in der Form von Cashgames eröffnet bzw. angeboten und diese organisiert hat, indem er hiezu – jedenfalls im Hotel Y in YY – die Räumlichkeit angemietet hat (siehe vorgelegten Mietvertrag) und mit der Durchführung der Pokerveranstaltungen an beiden Standorten die Firma D-GmbH, deren Geschäftsführer bzw. Verantwortlicher D ist, beauftragt hat (siehe Vertrag/Auftrag vom 6.11.2015). Es kann davon ausgegangen werden, dass die Firma D-GmbH im Rahmen der Durchführung namens, auftrags und auf Rechnung des Bf die für den Spielbetrieb erforderliche Ausstattung (Pokertische etc.) und das Personal bereit gestellt hat.

Nach eigenen Angaben (siehe die niederschriftliche Einvernahme vom 4.7.2016) ist der Bf Unternehmer, da von ihm die Umsatzsteuererklärung für den Pokerspielbetrieb ("Casino") eingereicht wurde, sowie Veranstalter der Pokerspiele (Cashgames).

Hiefür wurden vom Bf die Tischeinnahmen (der Drop) lukriert; die diesbezüglichen Aufzeichnungen/Listen wurden am 4.7.2016 vom Bf vorgelegt. Die Tischeinnahmen sind damit der Höhe nach unstrittig. Ebenso steht laut diesbezüglichen Ausführungen im Vorlageantrag außer Streit, dass der üblicherweise durchschnittliche Drop 3,5 % des Pots (Einsatzes) beträgt. Fest steht weiters, dass keine Aufzeichnungen der von den Spielern erbrachten Einsätze vorlagen. Dies berechtigte das Finanzamt gemäß § 184 BAO die Bemessungsgrundlagen für die Erhebung der Glücksspielabgabe zu schätzen.

Nachdem entsprechend den allgemein gültigen Spielregeln die Spieler pro Pokerrunde (bei Cashgames) ihre Einsätze geleistet haben und der Gewinner jeweils den Pot (=

Gewinn abzüglich vom Drop) erhalten hat, erfüllt das in Frage stehende Pokerspiel zweifelsfrei die Kriterien einer Ausspielung iSd § 2 Abs. 1 GSpG.

3.) Rechtliche Würdigung:

A) Ist Poker ein Glücksspiel ?

Vorgebracht wird, dass es sich bei den durchgeführten Pokerspielen um kein Glücksspiel, sondern um ein Geschicklichkeitsspiel handle, und somit die Glücksspielabgabe hier nicht zum Tragen komme. Dies würde durch mehrere Gerichtsurteile (verschiedener Bezirksgerichte) klar bestätigt.

Abgesehen davon, dass trotz anschließender Aufforderung des Finanzamtes von Seiten des Bf die von ihm angesprochenen Gerichtsurteile nicht beigebracht wurden oder aber nicht beigebracht werden konnten, ist aber das Spiel Poker in all seinen Varianten nach der im streitgegenständlichen Abgabenzeitraum geltenden gesetzlichen Regelung in § 1 Abs. 2 GSpG ausdrücklich legaldefiniertes Glücksspiel.

Das Wort "Poker" wurde – nach Aufhebung durch den VfGH mit Erkenntnis vom 27.6.2013, G 26/2013, G 90/2012 – mittels G-Novelle BGBl. I Nr. 13/2014 ab 1.3.2014 wiederum in § 1 Abs. 2 GSpG (seither unverändert) verankert.

Hinzu kommt, dass es sich im Hinblick auf die gesetzliche Formulierung "*insbesondere*" in § 1 Abs. 2 GSpG eindeutig erkenntlich um eine bloß demonstrative (beispielsweise) Aufzählung einiger gängiger Glücksspielarten handelt (vgl. zB VfGH 30.6.2012, G 51/11). Selbst dann, wenn also Poker im Streitzeitraum nicht explizit in dieser Aufzählung genannt wäre, stünde dennoch einer Qualifizierung von Poker als Glücksspiel nichts entgegen.

Der Verfassungsgerichtshof hat im og. Erkenntnis G 26/2013 dahin entschieden, dass "*keine Unsachlichkeit der Einordnung von Poker als Glücksspiel*" vorliegt, und führt ua. begründend aus:

"2.2.2. Durch die GSpG-Novelle 2008 wurde eine demonstrative Aufzählung von Glücksspielen in § 1 Abs. 2 GSpG aufgenommen. Mit der Aufnahme dieses Kataloges von "klassischen" Glücksspielen, zu denen der Gesetzgeber u.a. das Pokerspiel zählt, beabsichtigte der Gesetzgeber ausweislich der Materialien insbesondere eine Erhöhung der Rechtssicherheit ... Im Interesse der Verfahrensökonomie und einer effektiven Umsetzung des Glücksspielgesetzes sollten künftig gerichtliche Auseinandersetzungen um die Glücksspieleigenschaft der in diesen Katalog beispielhaft aufgenommenen Spiele vermieden werden (RV 658 BlgNR XXIV. GP, 5)."

Anschließend verweist der VfGH auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 8.9.2005, 2000/17/0201, worauf sich der Gesetzgeber in den genannten Erläuterungen zur RV gestützt hat, und kommt nach umfassender Zitierung daraus unter Pkt. 2.2.6. zum Ergebnis, dass der Gesetzgeber von Verfassung wegen nicht gehindert ist, angesichts des Suchtpotentials nicht nur von Glücksspielen im engeren Sinn, sondern *auch von Spielen mit Glücksspiel- und Geschicklichkeitskomponenten*, das Pokerspiel generell dem Regime des GSpG zu unterwerfen. Der VfGH kann dem Gesetzgeber unter dem Gesichtspunkt

des Gleichheitsgrundsatzes daher *nicht entgegentreten*, wenn dieser das Pokerspiel allgemein in den Katalog der Glücksspiele in § 1 Abs. 2 GSpG aufnimmt; diese Regelung (in § 1 Abs. 2 GSpG) ist sohin lt. VfGH für sich genommen nicht verfassungswidrig.

Aus den angezogenen Gesetzesmaterialien (siehe Erläuterungen RV 658 BlgNR XXIV. GP) geht hervor, dass mit der Aufnahme von Poker in den Katalog des § 1 Abs. 2 GSpG klargestellt werden soll, dass es sich dabei um ein dem Glücksspielmonopol des Bundes unterliegendes Glücksspiel handelt, insofern "*ua der höchstgerichtlichen Judikatur Rechnung getragen wird, die Poker und andere Spiele als Glücksspiele bestätigt hat (VwGH 8.9.2005, 2000/17/0201)*".

Im vorgenannten Erkenntnis qualifizierte der VwGH, gestützt auf ein Sachverständigengutachten, drei Arten des Pokerspiels, darunter auch die Variante Poker Texas Holdem, als Glücksspiele. Laut VwGH sei der dort belangten Behörde dahin zu folgen, das Gutachten mache ausreichend deutlich, dass die drei zu beurteilenden Kartenspiele auf Grund der Vielzahl der denkbaren Spielkonstellationen, die sich trotz des Umstandes, dass einzelne Karten offen zugeteilt werden, ergeben können, solche sind, bei denen der Ausgang des Spiels wenn schon nicht ausschließlich, so doch vorwiegend vom Zufall abhängt. Auch wenn im Gutachten der möglichen Auswirkung von Informationen und Reaktionen der Spieler im Spielverlauf keine wesentliche Bedeutung beigemessen wurde, liege insofern kein Verfahrensmangel vor, weil lt. VwGH "*auch bei den vorliegenden Kartenspielen der Umstand, dass allenfalls ein Spieler durch Bluffen selbst bei schlechten Karten ein günstiges Spielergebnis erreichen könnte (was man der Geschicklichkeit eines Spielers zuschreiben könnte) und dass ein Spieler darüber hinaus seine Entscheidungen nicht allein von den mathematischen Wahrscheinlichkeiten, welches Blatt die Mitspieler angesichts der bekannten (offen zugeteilten) Karten haben könnten, sondern auch von deren Verhalten während des Spiels abhängig machen könnte, den Spielen nicht den Charakter als Glücksspiel nimmt.*" Denn bei den im Gutachten dargestellten bestimmten Kombinationen "*entscheidet letztlich tatsächlich vorwiegend der Zufall in Form der den Mitspielern zugeteilten Karten über den Ausgang des Spieles.*"

Entgegen dem Dafürhalten des Bf, es handle sich beim Poker um ein Geschicklichkeitsspiel, haben daher nach oben dargelegter hg. Rechtsprechung sowohl der VwGH als auch der VfGH – unter Berücksichtigung des Verhaltens der Spieler - das Kartenspiel Poker, insbesondere auch in der Variante Texas Holdem, klar und eindeutig als Glücksspiel iSd § 1 Abs. 1 GSpG qualifiziert.

Nach abschließender Beurteilung durch beide Höchstgerichte handelt es sich auch bei der Variante Texas Holdem um ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis wenn nicht ausschließlich so doch zumindest überwiegend bzw. vorwiegend vom Zufall abhängt, und damit um ein Glücksspiel, das den Bestimmungen des GSpG unterliegt.

B) Handelt es sich beim österr. Glücksspielmonopol um eine unionswidrige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ?

Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem neueren Erkenntnis vom 15.10.2016, E 945/2016 ua, ausgesprochen, dass das österreichische Glücksspielmonopol, insbesondere das österreichische System der Glücksspielkonzessionen, **weder unionsrechtswidrig noch verfassungswidrig** ("kein Verstoß gegen das Gleichheitsrecht wegen Inländerdiskriminierung") ist:

In den zugrundeliegenden Beschwerden und Anträgen (ua des OGH) auf (in eventu) Aufhebung des Glücksspielgesetzes (GSpG) idF BGBl I 2015/118 zur Gänze wegen Verfassungswidrigkeit wird "Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols" geltend gemacht und dazu – ähnlich der Argumentation des Bf im Gegenstandsfall – unter umfassender Darstellung von EuGH-Rechtsprechung ausgeführt, das österr. Glücksspielmonopol sei dem Grunde nach eine *Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit*. Es sei mit dem Unionsrecht nur dann vereinbar, wenn ein anerkannter Rechtfertigungsgrund (zwingender Grund des Allgemeininteresses) vorliege, zB Verbraucherschutz, Betrugsbekämpfung oder die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen. Es müssten die Verhältnismäßigkeit, die Erforderlichkeit und tatsächliche Wirkung der nationalen Maßnahme zur Erreichung der Zielsetzung vorliegen. Da insbes. Werbemaßnahmen der Konzessionsinhaber nicht den EU-rechtlichen Anforderungen genügten, verstöße als Konsequenz das österr. Glücksspielmonopol gegen Unionsrecht und sei nicht anzuwenden.

Der VfGH führt im Erwägungsteil des Erkenntnisses auszugsweise im Ergebnis aus:

Vor dem Hintergrund der (Anm.: nochmals ausführlichst dargestellten) EuGH-Rechtsprechung sind die Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit durch das Glücksspielmonopol des Bundes (§§ 3 f. GSpG) sowie die zahlenmäßige Beschränkung der Konzessionen nicht unionsrechtswidrig. Der VfGH kann nicht erkennen, dass einschlägige Bestimmungen des GSpG dem Unionsrecht widersprechen.

Der österreichische Rechtsrahmen entspricht im Hinblick auf die Regulierung des Glücksspielsektors den in der Rechtsprechung des EuGH festgelegten Anforderungen. Ausgehend von sachverhaltsmäßigen Feststellungen dahin, dass ua die Werbetätigkeit der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber in ihrer Gesamtheit im Ergebnis jedenfalls kein Wachstum bzw. keine Ausweitung des gesamten Marktes für Glücksspiele bewirkt hat, sodass die kohärente und systematische Verfolgung der Ziele des Glücksspielgesetzes nicht beeinträchtigt wurde, kann der VfGH keine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkungen der Glücksspielkonzessionen erkennen.

Dieses Ergebnis wird auch durch die jüngere RSpr des Verwaltungsgerichtshofes gestützt, der sich im Erkenntnis vom 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, eingehend mit der RSpr des EuGH und der unionsrechtlichen Zulässigkeit von Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten durch das GSpG, insbesondere auch unter Berücksichtigung der Werbemaßnahmen der im Glücksspielbereich tätigen Unternehmen, auseinander gesetzt hat. Der VwGH kam dabei zum Ergebnis, dass eine Unionsrechtswidrigkeit der einschlägigen Bestimmungen des GSpG nicht zu erkennen ist.

Da keine Unionsrechtswidrigkeit vorliegt, fehlt es lt. VfGH an einem wesentlichen Kriterium für einen Sachverhalt, der als sogenannte Inländerdiskriminierung am Gleichheitssatz zu prüfen wäre, sodass ein Verstoß gegen das Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz wegen Inländerdiskriminierung ausscheidet.

Im Hinblick auf oben dargelegte höchstgerichtliche Judikatur kommt daher gegenständlichem Beschwerdevorbringen, es handle sich beim österreichischen Glücksspielmonopol um eine unionswidrige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit sowie bei der Erhebung der Glücksspielabgabe um eine Zugangsbeschränkung im Sinne einer "Inländerdiskriminierung", keinerlei Berechtigung zu.

C) Bemessung:

Unter Auslegung der dem Wort "Einsatz" zukommenden eigentümlichen Bedeutung und der klaren Absicht des Gesetzgebers (siehe ErlRV 658 BlgNr 24 GP, zu §§ 57 bis 59 GSpG), Ausspielungen von Poker als Glücksspiel der Glücksspielabgabe zu unterziehen, ist beim Pokerspiel dem Wort "Einsatz" iSd § 57 Abs. 1 GSpG der Begriffsinhalt beizumessen, dass unter der Besteuerungsgrundlage für die Glücksspielabgabe jener "Einsatz" zu verstehen ist, der vom einzelnen Spieler *pro Setzrunde* im Zusammenhang mit seiner Teilnahme am jeweils ausgespielten Pokerspiel zu erbringen ist (vgl. BFG 27.2.2015, RV/3100693/2012).

Nach Meinung des Bundesfinanzgerichtes ist demnach der Wortfolge "vom Einsatz" die Bedeutung beizumessen, dass beim Poker die von jedem Spielteilnehmer insgesamt gesetzten Einsätze pro Spiel, die am Ende der Setzrunde in den Pot gegeben werden, in Summe die Besteuerungsgrundlage gemäß § 57 Abs. 1 GSpG "vom Einsatz" bilden. Der Pot stellt damit einen tauglichen und sachgerechten Ausgangspunkt für die im Wege der Schätzung erfolgte Ermittlung der in § 57 Abs. 1 GSpG normierten Besteuerungsgrundlage "vom Einsatz" dar.

Dass in dieser Gesetzesstelle "vom Einsatz" und nicht etwa "vom Pot" gesprochen wird, hängt zweifelsfrei damit zusammen, dass mit der Wortfolge "vom Einsatz" allgemein die Besteuerungsgrundlage für sämtliche der Glücksspielabgabe unterliegenden Ausspielungen normiert wurde, ändert aber dem Grunde nach nichts daran, dass speziell für das Pokerspiel der Wortfolge "vom Einsatz" die oben ausgeführte Bedeutung beizumessen ist.

Der der Höhe nach vom Bf selbst bekannt gegebene, erwirtschaftete Drop (= Tischeinnahme) beträgt unstrittig im Durchschnitt 3,5 % des Pots, wovon ausgehend im Rahmen der Schätzung auf den Pot (von 3,5 % auf 100 %) hochgerechnet wurde. Diese vom Finanzamt gewählte Ermittlungsmethode samt Höhe der ermittelten Bemessungsgrundlagen und daraus sich ergebender Höhe der gemäß § 57 Abs. 1 GSpG festgesetzten 16%igen Glücksspielabgaben blieb zur Gänze unbestritten.

Zugleich wird jedoch eingewendet, es werde außer Acht gelassen, dass der Bf als Unternehmer über die Einsätze nicht verfügberechtigt sei und diese nicht lukriere.

Wenn der Bf damit vermeinen sollte, die Glücksspielabgabe sei letztlich nur vom lukrierten Drop (von den Tischeinnahmen) vorzuschreiben, so gilt dem zu erwidern, dass ein solches Begehren im Gesetz (§ 57 Abs. 1 erster Satz GSpG, "vom Einsatz") keinerlei Deckung findet.

Dem Einwand der mangelnden "Verfügungsberechtigung über die Einsätze" ist Folgendes entgegenzuhalten:

Im Rahmen einer Ausspielung muss es sich beim Unternehmer lediglich um eine von den Spielern verschiedene Person handeln, da der eigentliche Spielvorgang (meist) nur zwischen den Spielern stattfindet. Selbst wenn er also nicht unmittelbar am Spiel beteiligt ist, so wird das Glücksspiel als Unternehmer dennoch von ihm iSd § 2 Abs. 1 Z 1 GSpG veranstaltet/organisiert angeboten oder zugänglich gemacht. Es ist nicht entscheidend, dass der Gewinn vom veranstaltenden Unternehmer selbst in Aussicht gestellt wurde, da es genügt, wenn er die *Möglichkeit zur Erlangung der Gegenleistung*, dh. die konkrete Spielmöglichkeit, entsprechend organisiert, veranstaltet, anbietet oder zugänglich macht. Ob die Leistung der Spieler, also die Einsätze, vom Bf als Veranstalter oder von einem Dritten einkassiert wurden, ist gleichfalls völlig unerheblich, weil der Einsatz lediglich *in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel* erbracht werden muss.

Insgesamt ist es nach der VwGH-Judikatur gänzlich irrelevant, wem gegenüber der Spieler seine vermögensrechtliche Leistung zu erbringen hat und zwischen wem sich Gewinn und Verlust wirtschaftlich realisieren (vgl. VwGH 25.7.1990, 86/17/0062; VwGH 23.12.1991, 88/17/0010), sodass es also einer "Verfügungsberechtigung" des Unternehmers über Einsatz und Gewinn – wie der Bf vermeint – in diesem Zusammenhang in keiner Weise bedarf.

Bei dem vorliegenden, auf eher psychologischer Ebene angesiedelten sog. "losen Synallagma" besteht die Leistung des Unternehmers allein darin, im Spieler durch sein Verhalten und die gesamt gegebenen Umstände die *Erwartung einer allfälligen Gewinnauszahlung* zu wecken (siehe zu vor: Strejcek/Bresich, Kommentar zum GSpG 1989, 2. Aufl., Rzn. 1 – 12 zu § 2).

In diesem Zusammenhang wird seitens des Bf abschließend noch vorgebracht, eine Abgabenerhebung vom Einsatz ("in fast 5-facher Höhe der tatsächlichen Einnahmen") sei nicht verhältnismäßig, ungerechtfertigt und bedeute für den Unternehmer meist den wirtschaftlichen Ruin.

Dem ist zu entgegnen, dass sich weder der Verwaltungsgerichtshof (zB im Erkenntnis vom 27.4.2012, 2011/17/0114) noch der Verfassungsgerichtshof (zB im Beschluss vom 6.10.2010, B 1032/10) in Zusammenhang mit dem dortigen Vorbringen im Wesentlichen dahin, die Abgabenbemessung nach den Spieleinsätzen sei exzessiv, würde den Umsatz des veranstaltenden Unternehmens übersteigen und zu deren wirtschaftlichen Ruin führen, bislang veranlasst sahen, diesbezüglich ein Gesetzesprüfungsverfahren wegen verfassungsrechtlicher Bedenken einzuleiten (vgl. auch VwGH 20.1.2016, 2013/17/0325). So hat der VfGH ua. ausgeführt:

"Durch eine derartige Regelung werde nicht die Ausübung eines ganzen Erwerbszweiges unmöglich gemacht. Zwar könnten – wie bei jeder Besteuerung – die Rentabilität von

Pokerstätten herabgesetzt und Unternehmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten gebracht werden, der Wesensgehalt der Grundrechte werde dadurch aber nicht berührt".

Aus diesem Grund besteht aber für das BFG umso weniger die Veranlassung, eine allfällige, vom Bf angedeutete Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Bestimmung in § 57 Abs. 1 GSpG anzunehmen.

4.) Festsetzung gemäß § 201 BAO:

Fest steht, dass der Bf als Unternehmer und Veranstalter der Pokerspiele (Ausspielungen) gemäß § 59 Abs. 2 GSpG Schuldner der Glücksspielabgabe ist und als solcher der Verpflichtung nach § 59 Abs. 3 GSpG nicht entsprochen hat, nämlich die Abgabe weder termingerecht selbst berechnet noch entrichtet hat. Die (erstmalige) Festsetzung der Glücksspielabgabe konnte daher gemäß § 201 BAO mit Bescheid erfolgen.

Bei der diesbezüglichen bescheidmäßigen Festsetzung der Glücksspielabgabe, wenn kein selbst berechneter Betrag bekannt gegeben wird (gem. § 201 Abs. 2 Z 3 BAO), wurde vom Finanzamt unter dem Aspekt der Wahrung des Grundsatzes der Gleichmäßigkeit der Besteuerung aller Abgabepflichtigen (iVm dem Vorrang des Prinzips der Rechtsrichtigkeit) und wegen des öffentlichen Interesses an der Einbringung dieser Abgabe, nämlich der vom Gesetzgeber beabsichtigten Besteuerung insbesondere auch von verbotenen Glücksspielen, das Ermessen (§ 20 BAO) im Sinne des Gesetzes ausgeübt.

5.) Ergebnis:

In Anbetracht der oben dargestellten Sach- und Rechtslage konnte der Beschwerde sohin insgesamt kein Erfolg beschieden sein und war spruchgemäß zu entscheiden.

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.

Über die Frage, ob Poker, insbesondere die Variante Texas Holdem, ein Glücksspiel ist, wurde bereits durch die obbezeichnete Rechtsprechung des VwGH (Erk. v. 8.9.2005, 2000/17/2011) und bestätigt durch den VfGH (Erk. v. 27.6.2013, G 26/2013, G 90/2012) abschließend entschieden.

Zur Frage, ob das österreichische Glücksspielmonopol unionsrechtswidrig oder verfassungswidrig sei, liegt ebenso einhellige höchstgerichtliche Judikatur vor (siehe VfGH 15.10.2016, E 945/2016 ua; VwGH 16.3.2016, Ro 2015/17/0022).

Dass der "Einsatz" – und nicht der Drop – die heranzuziehende Bemessungsgrundlage für die Glücksspielabgabe bildet, ergibt sich bereits aus dem Gesetz; eine Verfügungsberechtigung über den Einsatz ist lt. vorhandener RSpr (vgl. VwGH

23.12.1991, 88/17/0010) nicht erforderlich. Eine Unverhältnismäßigkeit der Bemessung vom "Einsatz" wird von den Höchstgerichten laut obbezeichneter RSpr (VwGH 27.4.2012, 2011/17/0114; VwGH 20.1.2016, 2013/17/0325; VfGH-Beschluss 6.10.2010, B 1032/10) nicht gesehen.

Eine ordentliche Revision ist daher gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG insgesamt unzulässig, war doch mit diesem Erkenntnis keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu lösen.

Innsbruck, am 11. Oktober 2017