

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Senat in der Beschwerdesache von Mag. D., Wien, vertreten durch Mag. Thomas Mollik, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Haidfeldstraße 31, 2331 Vösendorf, über die Beschwerde der Abgabepflichtigen vom 15. Februar 2016 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel vom 28. Jänner 2016, 10 über die Abweisung eines Antrages auf Aussetzung der Einhebung gemäß § 212a BAO nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 26. April 2018 in Abwesenheit des steuerlichen Vertreters Mag. Thomas Mollik (der erst zur Verkündung erschienen ist), in Anwesenheit der Vertreter der belangten Behörde Mag. R. sowie der Schriftführerin zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

Mit Bescheid des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel vom 28. Jänner 2016 wurde der (ohne weitere Begründung gestellte) Antrag von Mag. D. (in weiterer Folge: Bf.) auf Bewilligung einer Aussetzung der Einhebung von € 345.519,26 vom 9. Oktober 2015 mit folgender Begründung abgewiesen:

"Ihrem Antrag konnte nicht entsprochen werden, weil die Beschwerde nach Lage des Falles wenig erfolgversprechend erscheint (§ 212a Abs. 2 lit. a BAO), dies insbesondere aufgrund der einschlägigen Rechtsprechung (BFG vom 19.01.2015, RV/7101560/2013, und VwGH vom 2.7.2015, Ro 2015/16/0019-4).

In der dagegen fristgerecht eingebrochenen Beschwerde vom 15. Februar 2016 wird ausgeführt, dass "mit dem o.a. Bescheid ein Aussetzungsantrag abgewiesen wird, der im Zuge einer Beschwerde gegen Glücksspielabgaben gestellt wurde. In der Bescheidbegründung wird auf die einschlägige Rechtsprechung des VwGH hingewiesen und mit dem Hinweis auf die geringen Erfolgsschancen der Beschwerde argumentiert.

Dazu ist anzuführen, dass - wie im übrigen der verfahrensgegenständlichen Beschwerde vom 9.10. 2015 zu entnehmen ist - die angeführte Judikatur des VwGH sich eben genau

nicht mit dem im Verfahren vorliegenden Sachverhalt auseinandergesetzt hat, sondern diesen aus formalrechtlichen Gründen NICHT geprüft hat.

Ich zitiere aus der dem Aussetzungsantrag zugrundeliegenden Beschwerde:

Weiters weise ich - nochmals ausdrücklich - darauf hin, dass diese Unterlagen in Kenntnis der Entscheidung VwGH vom 2.7.2015, Ro 2015/16/0019 vorgelegt werden. In diesem Verfahren sollte sich der VwGH mit genau den o.a. Unterlagen auseinandersetzen, hat dies aber aus formalrechtlichen Gründen (Bindung an die Sachverhaltsannahme des vorliegenden Verwaltungsgerichtes gem. § 41 VwGG mangels konkreter Beschwerde gegen eben diese Annahmen) unterlassen. Zu den verfahrensrelevanten virtuellen Hund- und Pferdewetten existiert somit keine höchstgerichtliche Entscheidung.

Ganz im Gegenteil sind im vorliegenden virtuellen Wettsystem alle die Voraussetzungen berücksichtigt worden, die der VwGH in seiner in der o. a. Niederschrift seitens der belangten Behörde selbst angeführten Judikatur für das Vorliegen einer Wette fordert.

Damit ist der vorliegende Sachverhalt in Österreich bisher höchstgerichtlich nicht entschieden. Schon allein aus diesem Grund ist die Argumentation, die Beschwerde hätte keine Erfolgschancen eine sachverhaltswidrige Annahme und der Bescheid daher rechtswidrig.

Darüber hinaus wurde auch mit verfassungs- aber insbesondere mit gemeinschaftsrechtlichen Argumenten gegen den diesem Verfahren zugrundeliegenden Abgabenbescheid vorgegangen. Dazu ist anzuführen, dass insbesondere die Judikatur des EuGH bisher regelmäßig die Vorgehensweise verschiedenster Abgaben- und Strafbehörden in Zusammenhang mit Wetten und Glücksspiel als gemeinschaftsrechtswidrig festgestellt hat. Erst 2014 wurde dies mit sehr deutlichen Worten in einem österreichischen Fall seitens des EuGH festgestellt.

Nachdem die Judikatur des EuGH sämtlichen nationalen Regelungen vorgeht und insbesondere auch von den Bediensteten der verschiedenen nationalen Behörden unmittelbar umzusetzen ist, ist die verfahrensgegenständliche Beschwerde nicht nur wenig erfolgsversprechend, sondern sogar mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erfolgsversprechend.

Die Begründung des o.a. Bescheides geht daher von sachverhaltswidrigen Annahmen aus und ist daher rechtswidrig.

Ich beantrage daher namens und im Auftrag meiner o. a. Klientin

1. nochmals die Aussetzung der Einhebung des Betrages von insgesamt EUR 345 519,26 gem. § 212a BAO entsprechend des Antrages vom 9.10.2015
2. Die Unterlassung einer Beschwerdevorentscheidung im Sinne des § 262 Abs. 2 lit a BAO
3. Entscheidung durch den Beschwerdesenat gem. § 272 (2) Z. 1 BAO
4. Abhaltung einer mündlichen Verhandlung gem. § 274 (1) Z. 1 BAO."

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.

Gemäß § 212a Abs. 2 lit. a BAO ist die Aussetzung nicht zu bewilligen, soweit die Beschwerde nach Lage des Falles wenig erfolgversprechend erscheint.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 25.11.1997, 97/14/0138; VwGH 11.5.2005, 2002/13/0216) ist es nicht Aufgabe eines Aussetzungsverfahrens, die Berufungs(Beschwerde-)entscheidung vorwegzunehmen, sondern haben die Abgabenbehörden bei Prüfung der Voraussetzungen für eine Aussetzung der Einhebung die Erfolgsaussichten lediglich anhand des Berufungsvorbringens zu beurteilen, wobei nach dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 24.9.1993, 93/17/0055, insbesondere auch auf die jeweils herrschende (insbesondere publizierte) Rechtsprechung Bedacht zu nehmen ist.

Ein Rechtsmittel erscheint nur insoweit wenig erfolgversprechend, als seine Erfolglosigkeit offenkundig ist. Als offenkundig erfolglos kann eine Beschwerde etwa insoweit angesehen werden, als sie nach Maßgabe des § 252 BAO zwingend abzuweisen ist, das Beschwerdebegehren mit der Rechtslage eindeutig in Widerspruch steht, der Abgabepflichtige eine der ständigen Judikatur der Höchstgerichte widersprechende Position bezieht oder ein Bescheid in Punkten angefochten wird, in denen er sich auf gesicherte Erfahrungstatsachen oder auf eine länger während unbeantwortet geübte Verwaltungspraxis stützt (vgl. Ellinger, ÖStZ 1998, 166; UFS 10.02.2004, RV/1709-W/03).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind im Zuge der Beurteilung einer Beschwerde nach § 212a Abs. 2 lit. a BAO deren Erfolgsaussichten lediglich abzuschätzen. Eine Beschwerde kann nicht schon deshalb von Vornherein als wenig erfolgversprechend angesehen werden, weil sich der erstinstanzliche Bescheid im Bereich des möglichen Verständnisses einer verschiedenen Interpretationen zulassenden Vorschrift bewegt und zur konkreten Streitfrage noch keine eindeutige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vorliegt. Lediglich dann, wenn die Beschwerde einen Standpunkt vertritt, welcher mit zwingenden Bestimmungen ganz eindeutig und ohne jeden Zweifel unvereinbar ist oder mit der ständigen Rechtsprechung in Widerspruch steht, könnte von einer wenig Erfolg versprechenden Berufung die Rede sein (VwGH 31.7.2003, 2002/17/0212).

Nach überwiegender Lehre und Rechtsprechung setzt die Aussetzung von streitverfangenen Abgaben gemäß § 212a BAO voraus, dass eine Beschwerde, von deren Erledigung die Höhe einer Abgabe abhängig ist, noch anhängig ist (vgl. Stoll, BAO-Kommentar, 2267; VwGH 29.6.1995, 95/15/0220; VwGH 27.3.1996, 93/15/0235; VwGH 3.10.1996, 96/16/0200; VwGH 4.12.2003, 2003/16/0496). Dies ergibt sich in Analogie zu § 212a Abs. 5 BAO, wonach ein Ablauf einer bewilligten Aussetzung der Einhebung im Falle des Ergehens einer das Beschwerdeverfahren abschließenden Erledigung zu verfügen ist.

Die Bf. vermeint, dass der den Abgabenbescheiden zugrunde liegende Sachverhalt nicht ident wäre mit dem, auf den sich der VwGH in seiner Entscheidung vom 2.7.2015, Ro 2015/16/0019 zu BFG 19.1.2015, RV/7101560/2013 bezieht. In diesem Erkenntnis hat der VwGH die Revision abgewiesen und auszugsweise ausgeführt: *Wetten auf „Virtuelle Tierrennen mit künstlich generierten Tierdarstellungen“ unterliegen als überwiegend zufallsabhängiges Glücksspiel gemäß § 57 Abs. 1 GSpG der Glücksspielabgabe mit 16% vom Einsatz und sind keine Wetten, die mit § 33 TP 17 Abs. 1 GebG mit 2% vom Einsatz besteuert werden, da sie mit Wettten auf „Rennen mit natürlichen Tieren“ nicht verglichen werden können.*

Gerade im Glückspielbereich werden immer wieder wenn auch geringfügige Änderungen an den Spielapparaten oder der software vorgenommen, um daraus abzuleiten, dass es sich nicht um denselben Sachverhalt wie bei anderen höchstgerichtlichen Entscheidungen handelt. Wenn die Bf. vermeint, ihr Sachverhalt wäre Wette und nicht Glückspiel, so ist auf die oben erwähnte höchstgerichtliche Judikatur und deren grundsätzliche Aussage zu verweisen.

Schon im Jahr 2006 und insbesondere im Jahr 2007 gab es in den österreichischen Medien zahlreiche Hinweise darauf, dass es Auffassungsunterschiede zwischen den Glücksspielbetreibern und den Verwaltungsbehörden gebe, wie Wetten auf aufgezeichnete Hunderennen rechtlich zu qualifizieren seien (ORF, Am Schauplatz, 9.10.2006 und 16.1.2007; Profil, 26.3.2007; News, 27.3.2007; Die Presse, 28.3.2007; ORF, ZIB 28.3.2007; Standard, 1.7.2007). Außerdem gab es 2006 und 2007 mehrere parlamentarische Anfragen (27.6.2006; 4434/J XXII.GP; 20.12.2006, 209/J XXIII.GP; 13.3.2007, 2507/J-BR/2007; 10.5.2007; 815/J XXIII.GP), in denen es auch um die rechtliche Qualifikation von „Wetten“ auf aufgezeichnete Hunderennen ging. In sämtlichen Anfragebeantwortungen wurde seitens des Bundesministeriums für Finanzen betont, dass es sich diesfalls um Glücksspiel handelt und dass diese Rechtsmeinung auch auf der Homepage des BMF dargestellt wird.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde das Thema der Unterstellbarkeit von Wetten unter den Spielbegriff ebenfalls abgehandelt. So zB Burgstaller in Richterzeitung 10/2004, sowie Lehner in taxlex 2006, 106, und taxlex 2007, 337.

Am 29.11.2006 erging eine Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenates Niederösterreich, derzufolge es sich bei aufgezeichneten Hunderennen nicht um

Sportwetten handelt, da nicht aus Anlass einer sportlichen Veranstaltung gewettet werde. Vielmehr handle es sich bei dabei um Glücksspiel. Sowohl in den Medien als auch in den parlamentarischen Anfragen wurde das oben geführte Erkenntnis des UVS Niederösterreich vom 29.11.2006 wiederholt zitiert (vgl. ständige Rsp des VwGH 23.4.2008, 2004/13/0073; VwGH 26.8.2009, 2007/13/0024; VwGH 22.3.2010, 2009/15/0200 ua).

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich mit der Qualifikation von Wetten als Glücksspiel im Sinne des GSpG bereits eingehend befasst (vgl zB VwGH 25.09.2012, 2011/17/0299, VwGH 27.04.2012, 2008/17/0175, sowie VwGH 02.07.2015, Ro 2015/16/0019, jeweils mwH). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liegt keine Sportwette, sondern ein Glücksspiel nach § 1 Abs 1 GSpG vor, wenn bei einem Spiel die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Dies ist der Fall, wenn nicht auf ein künftiges sportliches Ereignis gewettet werden kann, sondern der Ausgang eines Spiels davon abhängt, welches von zahlreichen bereits in der Vergangenheit stattgefundenen und aufgezeichneten Rennen tatsächlich abgespielt wird. In einem solchen Fall hat nicht die Kenntnis des Wettenden über die Umstände des Hunderennens, sondern lediglich der Umstand, welches Rennen vom Wettanbieter ausgewählt wird, Einfluss auf das Spielergebnis (vgl zB VwGH vom 22. Februar 2017, Ra 2016/17/0037, mwN).

Es handelt sich beispielsweise bei "Wetten" auf aufgezeichnete Hunderennen, deren Wiedergabe von einem Zufallsgenerator bestimmt wird, jedenfalls nicht um "Sportwetten", sondern um ein Glücksspiel iSd § 1 Abs 1 GSpG (VwGH vom 27. April 2012, 2008/17/0175, und vom 27. Februar 2013, 2012/17/0352). Es kann daher nicht von einem Fehlen diesbezüglicher Rechtsprechung ausgegangen werden (VwGH 12.05.2017, Ra 2015/17/0153).

Wenn sich der Verwaltungsgerichtshof grundsätzlich zu den virtuellen Hunde- und Pferderennen wie soeben dargestellt äußert, ist der Spielraum für die Abgabenbehörde, hier eine andere Rechtsansicht zu vertreten, nicht vorhanden. Die Behörde hat sich vielmehr an der höchstgerichtlichen Judikatur zu orientieren.

Soweit verfassungsrechtliche und/oder unionsrechtliche Bedenken geäußert wurden darf auf die Aussagen des Verfassungsgerichtshofes verweisen werden, wonach *"vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union die Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit, näherhin des Betriebs von Glücksspielautomaten, durch das Glücksspielmonopol des Bundes (§§ 3 ff. GSpG) sowie die zahlenmäßige Beschränkung der Konzessionen zum Betrieb von Glücksspielautomaten, nicht unionsrechtswidrig sind. [...]*

- 2.4.1. Der Verfassungsgerichtshof kann nicht erkennen, dass die einschlägigen Bestimmungen des Glücksspielgesetzes dem Unionsrecht widersprechen. [...]*
- 2.4.2. Der Verfassungsgerichtshof kann zudem nicht erkennen, dass die einschlägigen Bestimmungen auf Grund ihrer tatsächlichen Auswirkungen dem Unionsrecht*

widersprechen (vgl. VfGH vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19 oder VfGH 14.03.2017, E 3282/2016)."

Angesichts der Aussagen des VfGH sieht der Senat keine Veranlassung, ein Gesetzesprüfungsverfahren oder Vorabentscheidungsersuchen durchzuführen.

Da somit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Abweisung der Beschwerde gegen die Abgabenbescheide zu erwarten ist, liegt die mangelnde Erfolglosigkeit als Tatbestandsvoraussetzung vor, weshalb die Beschwerde abzuweisen war.

Zur Unzulässigkeit 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.

Laut Ansicht des Senates besteht eine ausreichende höchstgerichtliche Judikatur zur Frage der Qualifikation der virtuellen Hunderennen als Glückspiel, sodass insoweit eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nicht vorliegt.

Wien, am 26. April 2018