

BESCHLUSS

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin xyz, die beisitzende Richterin xxx, sowie die weiteren Senatsmitglieder yyy und zzz in der Beschwerdesache Bf..., fff, vertreten durch Diwok Hermann Petsche Rechtsanwälte LLP & Co KG, Schottenring 25, 1010 Wien, gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel vom 000, betreffend die Festsetzung der ermäßigten Glücksspielabgabe, beschlossen:

Gemäß Art. 140 Abs. 1 B-VG wird an den Verfassungsgerichtshof der Antrag gestellt, er möge § 58 Abs. 3 des Glücksspielgesetzes, BGBl.Nr. 620/1989, in der Fassung des Abgabenänderungsgesetzes 2011, BGBl.I.Nr.76, zur Gänze

in eventu

in § 58 Abs. 3 GSpG in der genannten Fassung den Klammerbegriff "(auch)" als verfassungswidrig aufheben.

Entscheidungsgründe

Streitfrage vor dem BFG

Beim Bundesfinanzgericht, (BFG), ist die o.a. Beschwerde, betreffend die Festsetzung der ermäßigten Glücksspielabgabe gemäß § 58 Abs. 3 GSpG BGBl. Nr. 620/1989 in der Fassung des Abgabenänderungsgesetzes 2011, BGBl. I Nr.76 anhängig. Strittig ist, ob diese Norm verfassungskonform ist.

Der Antrag an den VfGH basiert auf den nachstehenden Gründen, und wird im Wissen gestellt, dass beim VfGH zu ZI G 650/2015 ein gleichlautender Antrag des Verwaltungsgerichtshofes anhängig ist.

Sachverhalt und behördliches Verfahren

Den unstrittigen Feststellungen des angefochtenen Bescheides zu Folge wurden in Österreich, Deutschland und Luxemburg im Zeitraum A-B die Gewinnspiele I und II veranstaltet. Die im Inland ansässige Bf. organisierte diese Spiele in Österreich, die in Deutschland ansässige D. organisierte diese in Deutschland und in Luxemburg. Bei diesen Gewinnspielen waren auf einzelnen zu erwerbenden M Produkten

Gewinnspielsticker angebracht, die einzeln (Sofortgewinne) oder in Kombination mit anderen Stickern (Sammelgewinn) den Gewinn von Sachpreisen vermittelten. Für Österreich gab es einen eigenen Preispool, das bedeutet, dass in Österreich nicht alle in Aussicht gestellten Gewinne bzw. nur eine bestimmte Stückzahl an sämtlichen in Aussicht gestellten Gewinnen zu erhalten waren. Es gab für alle drei Märkte gemeinsame Folder mit dem Titel Spielregeln, welche in den Restaurants der Organisatoren auflagen. Darin wurde darüber informiert, dass diese Gewinnspiele in Deutschland, Österreich und Luxemburg stattfinden, und dass für alle Länder eine gleiche Gewinnchance besteht. Weiters wurde mitgeteilt, welche Speisen und Getränke in Deutschland und Luxemburg und welche in Österreich zu kaufen waren, um die, zur Teilnahme am Gewinnspiel erforderlichen, Spielsticker zu erhalten.

Alternativ dazu konnte man im Inland über eine, in Österreich eingerichtete, Hotline pro Tag und Spieler ein Gewinnspielflyer für das Gewinnspiel I (beinhaltete drei Sticker) oder das Gewinnspiel II (beinhaltete einen Sticker) anfordern.

Für die von ihr organisierten Gewinnspiele führte die Bf.am 20.Jänner 2014, im Wege der Selbstberechnung, die Glücksspielabgabe für das Jahr 2013 im Betrage von Euro 58.974,22 an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel ab. Dieser Berechnung legte sie ausschließlich die im österreichischen Preispool enthaltenen Gewinne zu Grunde.

Nach Rechtsansicht der Bf. steht § 58 Abs. 3 GSpG nicht für sich alleine, sondern ist als Sonderfall des in § 57 Abs. 1 und 2 normierten Regelfalles anzusehen, in welchem von Ausspielungen, an denen die Teilnahme vom Inland aus erfolgt ist, die Rede ist. Dadurch bestehe ein klarer und notwendiger Verweis auf den inländischen Spieler.

Entgegen dieser Rechtsansicht setzte das Finanzamt mit dem bekämpften Bescheid die Glücksspielabgabe für das Jahr 2013 gemäß § 201 BAO mit Euro 21.824.987,46 fest. Dieser Festsetzung legte es sämtliche in Aussicht gestellten Gewinne zu Grunde.

Nach Ansicht des Finanzamtes unterliegen auf Grund des Wortlautes des § 58 Abs. 3 GSpG „*wenn sich das Gewinnspiel (auch) an die inländische Öffentlichkeit richtet*“, sämtliche Gewinne, also auch jene Gewinne, die auf die Teilnehmer im Ausland entfallen, der Glücksspielabgabe in Österreich.

Mit dieser Formulierung sei der entsprechende Inlandsbezug erfüllt. Es sei für die Besteuerung der nur im Ausland zu erhaltenden Preise ausreichend, wenn sich das Gewinnspiel auch (wenn auch nicht mit allen Gewinnen) an die inländische Öffentlichkeit richtet. Wer der Gewinner der in Aussicht gestellten Gewinne ist, und wo die Gewinne zur Verfügung stehen, sei für die Abgabenschuld irrelevant.

Das Bundesfinanzgericht, (BFG), hat in einem gleichgelagerten Fall mit Erkenntnis vom 31.Juli 2015, GZ RV/7104157/2014, der Beschwerde der Bf. teilweise stattgegeben, indem es der Rechtsansicht des FA hinsichtlich der Anwendung des § 58 Abs. 3 GspG, folgendes entgegenhielt:

"In der bis zum 31.08.2011 geltenden Fassung des § 58 Abs. 3 GSpG (BGBI.Nr.620/1989 idF BGBI I Nr.54/2010) knüpfte die Abgabe bei unentgeltlichen Glücksspielen nur an die in Aussicht gestellte vermögenswerte Leistung (Gewinn) an. Die Ergänzung „wenn sich das Gewinnspiel (auch) an die inländische Öffentlichkeit richtet“ wurde mit AbgÄG 2011 eingefügt. Laut den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage sollte damit ein Redaktionsversehen bereinigt werden, „weil der bisherigen Regelung der Anknüpfungspunkt an das Inland fehlte.“ Somit wollte man bei länderübergreifenden Gewinnspielen sicherstellen, dass ihr Inlandsanteil steuerlich erfasst wird, aber keinen weltweiten Anwendungsbereich der Glücksspielabgabe begründen. Eine derartige Anknüpfung würde zudem gegen das, den Verkehrssteuern immanente, Territorialprinzip verstößen.

Es darf auch nicht übersehen werden, dass der Anwendungsbereich der Glücksspielabgabe sich nicht primär aus § 58 Abs. 3 GSpG ergibt, sondern aus § 57 Abs. 1 GSpG, dem Grundtatbestand für den Regelfall der Glücksspielabgabe, nämlich für entgeltliche Glücksspiele. Danach unterliegen Ausspielungen an denen die Teilnahme vom Inland aus erfolgt, einer Glücksspielabgabe. Glücksspiele ohne Einsatz sind als Sonderfall der Glücksspielabgabe zu verstehen, für den die allgemeine Voraussetzung des Regelfalls gemäß § 57 Abs. 1 GSpG genau so gilt. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Sondertatbestand der ermäßigten Glücksspielabgabe gemäß § 58 Abs. 3 GSpG einen weiteren Anwendungsbereich als der Regeltatbestand hat.“

Damit wurde der, vom BFG in Erkenntnis vom 17.Juli 2015, ZI., GZ RV/7101620/2013, vertretenen Ansicht zur Auslegung des § 58 Abs. 3 GSpG gefolgt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in der Revisionssache des Finanzamtes für Gebühren Verkehrsteuern und Glücksspiel, gegen das zuletzt genannte Erkenntnis des BFG mit Beschluss vom 25.11.2015, ZI. A 2015/0011-1 (Ro 2015/16/0035-4) an den Verfassungsgerichtshof zu d.o.ZI..G 650/2015 den Antrag gemäß Art. 140 Abs. 1 B-VG gestellt, § 58 Abs. 3 GSpG, BGBI. Nr.620/1989, in der Fassung des Abgabenänderungsgesetzes 2011, BGBI.I.Nr 76 zur Gänze, in eventu in § 58 Abs. 3 leg. cit. in der genannten Fassung den Klammerbegriff „(auch)“ als verfassungswidrig aufzuheben.

Vom BFG anzuwendende Normen:

Das Glücksspielgesetz BGBI. Nr. 620/1989-GSpG, wurde durch die Glücksspielgesetz-Novelle 2008, BGBI.Nr. 54/2010 grundlegend novelliert.

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

§ 2 Abs. 1 GSpG lautet:

„Ausspielungen

§ 2. (1) Ausspielungen sind 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). Weiters fasste die genannte Novelle auch die Glücksspielabgaben in den §§ 57 bis 59 neu. Während § 57 die Glücksspielabgabe für Ausspielungen regelt, sieht § 58 eine ermäßigte Glücksspielabgabe für Verlosungen von Vermögensgegenständen gegen Entgelt (Abs.1), für Lotterien ohne Erwerbszweck (Abs. 2) und für Gewinnspiele (Preisausschreiben) ohne vermögenswerte Leistung (Einsatz) vor.

Nach § 58 Abs. 3 GSpG leg. cit. in der Fassung der GSpG-Novelle 2008 unterlagen Glücksspiele im Rahmen von Gewinnspielen (Preisausschreiben) ohne vermögenswerte Leistung (Einsatz) einer Glücksspielabgabe von 5 vH der in Aussicht gestellten vermögenswerten Leistung (Gewinn).

Mit dem Abgabenänderungsgesetz 2011, BGBl.Nr. 76-AbgÄG 2011 wurde in Art. 11 u.a. § 58 Abs. 3 GSpG neu gefasst und lautet nunmehr:

„(3) Glücksspiele im Rahmen von Gewinnspielen (Preisausschreiben) ohne vermögenswerte Leistung gemäß § 2 Abs. 1 Z 2 (Einsatz) unterliegen einer Glücksspielabgabe von 5 vH der in Aussicht gestellten vermögenswerten Leistungen (Gewinn), wenn sich das Gewinnspiel (auch) an die inländische Öffentlichkeit richtet. Die Steuerpflicht entfällt, wenn die Steuer den Betrag von 500 Euro im Kalenderjahr nicht überschreitet.“

Nach § 60 Abs. 29 GSpG , angefügt durch das AbgÄG 2011, traten § 58 Abs. 3 und § 59 Abs. 1 und 3, jeweils in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 76/2011, mit 1.September 2011 in Kraft und sind auf Glücksspiele im Rahmen von Gewinnspielen (Preisausschreiben) ohne vermögenswerte Leistung gemäß § 2 Abs. 1 Z 2 (Einsatz) anzuwenden, deren Spielvertrag ab dem 1. September 2011 zustande kommt.

Die ErläutRV zur Neufassung des § 58 Abs. 3, 1212 BlgNR XXIV.GP 31 führen hiezu aus „*mit der Änderung soll ein Redaktionsversehen bereinigt werden, da der bisherigen Regelung der Anknüpfungspunkt an das Inland fehlte. Zudem soll eine Begatellgrenze und eine Jahreserklärung eingeführt werden, um keine unangemessenen Verwaltungslasten zu schaffen.*“

Bedenken hinsichtlich der Verfassungskonformität

In seinem o.a. Beschluss vom 25.11.2015 stellt der VwGH fest, dass in § 58 Abs. 3 GSpG der Inlandsbezug nur dadurch hergestellt wird, dass sich das Gewinnspiel (auch) an die inländische Öffentlichkeit richtet, und dass der Wortsinn dieser Bestimmung die Grenze jeder Interpretation zieht. Somit verbleibt, als die Abgabenpflicht auslösender Sachverhalt mit Inlandsbezug, einzig die Auslobung im Inland.

Bezogen auf den gegenständlichen Fall bedeutet dies, dass sich bei den zu beurteilenden grenzüberschreitenden Glücksspielen die (österreichische) Glücksspielabgabe nach § 58 Abs.3 GSpG anhand der gesamten in Aussicht gestellten Leistungen (Gewinn) bemisst, da sich diese Gewinnspiele (auch) an die inländische Öffentlichkeit richten.

Damit entfernt sich der Glücksspielbegriff des § 58 Abs. 3 GSpG von der grundsätzlichen Definition in § 1 Abs. 1 GSpG und dem Begriff des „Spiels“, bei dem es sich um einen Glücksvertrag handelt, der eine aktive Teilnahme voraussetzt, wie es etwa auch bei der Bemessungsgrundlage „Einsatz“(vgl. § 2 Abs. 1 Z 1 leg. cit.) des § 57 Abs. 1 leg. cit zum Ausdruck kommt. Somit knüpft die Besteuerung nach § 58 Abs. 3 GSpG unter unsachlicher Entfernung vom System des Glücksspielgesetzes in exzessiver Weise an Sachverhalte an.

Unbeschadet dessen, dass die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes dem Gesetzgeber einen rechtspolitischen Gestaltungsraum zubilligen, ist dieser an den Gleichheitsgrundsatz gebunden. Damit werden von ihm Regelungen verlangt, die sachlich gerechtfertigt werden können. (vgl. VfSlg. 14.503/1996; 15.771/2000) Diese Forderung ist bei § 58 Abs. 3 GSpG nicht erfüllt.

In Fällen, in welchem die wirtschaftliche Relevanz länderübergreifender Gewinnspiele, bei welchen die Auslobung auch in Österreich stattfindet, für das Inland von geringer Bedeutung ist, kann die österreichische Besteuerung aller Gewinne, die im Rahmen eines derartigen Gewinnspiels insgesamt in Aussicht gestellt worden sind, dazu führen, dass die den inländischen Steuerschuldnern abverlangten Steuerbeträge, die auf die Teilnahme an den Gewinnspielen bezogene, österreichische Unternehmensgewinne bei weitem übersteigen. Es käme somit zu einer unverhältnismäßig hohen und exzessiven Steuerbelastung, wodurch das Eigentumsrecht verletzt wird. (VfGH 16.03.1987, B 466/86).

Die Einbeziehung sämtlicher in Aussicht gestellten Gewinne- d.h. auch der für das Ausland bestimmten bzw. nur ebendort erhältlichen Gewinne- würde letztlich zum Ausschluss des Inlandes bei länderübergreifenden Gewinnspielen führen, was nicht den steuerpolitischen Anforderungen der Glücksspielabgabe entspricht. Ausgehend von der Zielrichtung der Neufassung des § 58 Abs. 3 GSpG durch das AbgÄG 2011, einenwohl nicht nur grundsätzlichen-Inlandsbezug für die Besteuerung von Gewinnspielen zu schaffen, lässt das Tatbestandselement des § 58 Abs. 3 GSpG „*wenn sich das Gewinnspiel (auch) an die inländische Öffentlichkeit richtet*“ eine sachlich differenzierte Anknüpfung der Höhe der Glücksspielabgabe- also der Besteuerung- an einen (konkreten) inländischen Sachverhalt vermissen.

Aus diesem Verständnis heraus hegt das BFG auch Bedenken, dass die Erwerbsfreiheit der Bf. nach Art. 6 StGG und ihre unionsrechtlich garantierte Dienstleistungsfreiheit nach Art. 15 EU-GRC in unverhältnismäßiger Weise eingeschränkt wird. (Vergleiche Doralt Preisaußschreiben: *Weltweiter Geltungsbereich der Glücksspielabgabe? In RdW 2014, S 309-311; zum unionsrechtlichen Prüfungsmaßstab in Verfahren der generellen Normenkontrolle vgl. etwa VfSlg. 19.632/2012)*

Aus diesen dargelegten Bedenken heraus, ist der aus dem Spruch ersichtliche Antrag zu stellen.

Wien, am 26. Jänner 2016