

BESCHLUSS

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag.Dr. Hedwig Bavenek-Weber in der Beschwerdesache ****BF*ADR****, gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel vom 14.11.2011, StNr. ****x1****, betreffend die Festsetzung der ermäßigten Glücksspielabgabe gemäß § 58 Abs. 3 GSpG für Glücksspiele im Rahmen von Gewinnspielen (Preisausschreiben), beschlossen:

Gemäß Art. 140 Abs. 1 iVm Abs. 4 B-VG wird an den Verfassungsgerichtshof der Antrag gestellt, er möge § 58 Abs. 3 des Glücksspielgesetzes in der Fassung BGBl I Nr. 54/2010, gültig vom 1.1.2011 bis 31.8.2011 (vor dem Abgabenänderungsgesetz 2011) zur Gänze als verfassungswidrig aufheben.

Entscheidungsgründe

Dieser Antrag an den Verfassungsgerichtshof wird im Wissen gestellt, dass bezüglich § 58 Abs. 3 GSpG idF BGBl. I 2011/76 gültig ab 1.9.2011 ein Antrag vom Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 25.11.2015, A 2015/0011-1 (Ro 2015/16/0035-4) beim Verfassungsgerichtshof zur Zahl G 650/2015 und ein Antrag des Bundesfinanzgerichtes BFG 26.1.2016, RN/7100001/2015, beim Verfassungsgerichtshof zur Zahl G 20/2016 bereits anhängig sind und basiert auf den nachstehenden Gründen:

1. Streitfrage vor dem Bundesfinanzgericht

Beim Bundesfinanzgericht ist die gegenständliche Beschwerdesache betreffend die Festsetzung der ermäßigten Glücksspielabgabe gemäß § 58 Abs. 3 GSpG in der Fassung BGBl. I 2010/54 (in der Fassung vor dem Abgabenänderungsgesetzes 2011, BGBl. I Nr.76) gültig vom 1.1.2011 bis 31.8.2011 anhängig. Strittig ist, ob diese Norm verfassungskonform ist.

2. Sachverhalt und bisherige Verfahren

Die Beschwerdeführerin (Bf.), ****BF**** zeigte beim Finanzamt für **Juni/2011** am 16.6.2011 „Glücksspiel: Preisausschreiben - 335,22 Euro Lotterien (gemeinn.) Verlosungen“ an. Die Bf. teilte mit Schreiben vom 21.6.2011 mit, dass sie als Privatradio am 9.6.2011 von einer theaterähnlichen Organisation im Vorfeld deren Veranstaltung um Verlosung von 2 Tickets im Wert von je 19 Euro für diese Veranstaltung ersucht worden sei und diese auch vergeben habe. Daher stellte die Bf. den Antrag an das Finanzamt, mit Bescheid festzustellen, dass die Vergabe dieser zwei Tickets kein „Glücksspiel im Rahmen von Gewinnspielen“ iSd § 58 Abs. 3 GSpG darstelle und daher keine Glücksspielabgabepflicht bestehe, und mit Schreiben vom 20.7.2011 um **Erlassung eines Bescheides über die Glücksspielabgabe für Juni 2011.**

Das Finanzamt führte ein Ermittlungsverfahren durch. Die Bf. habe diese zwei Tickets in der Form vergeben, dass bereits aus anderen Aktionen bei der Bf. registrierte Hörer mit Wiener Adresse bzw. Telefonnummer angerufen und gefragt wurden, ob sie Tickets wollten. Der erste, der dies bejahte, habe die Tickets erhalten. Die Auswahl der angerufenen Personen erfolgte in der Weise, dass ein Mitarbeiter des Hörservices der Bf. sich die Liste am PC aufgerufen und nach freier Wahl jemanden angerufen habe. Dafür habe es keinen besonderen Prozess gegeben, keinen „Generator“ oder sonst etwas anderes als die freie Entscheidung des Mitarbeiters. Das einzige, worauf er dabei geachtet habe, war, einen Hörer mit Wiener Adresse/Telefonnummer anzurufen, da die Veranstaltung, für die diese Tickets vergeben wurden, in Wien stattfand. Zu diesem Vorgang gäbe es keine Unterlagen, da es kein gesteuerter Prozess gewesen sei.

Die Bf. gab bekannt, dass außer der Verlosung dieser zwei Tickets im Juni 2011 ein weiteres Gewinnspiel durchgeführt worden sei. Nach den beigelegten Teilnahmebedingungen könne während des Spielzeitraumes (ca. 1 Monat) jede natürliche Person ab dem 18. Lebensjahr durch eine einfache Anmeldung auf der sendereigenen Website an dem Gewinnspiel teilnehmen. Aus allen Anmeldungen werde nach Ablauf des Gewinnspiels der Gewinner gezogen. Gewinn sei im Wesentlichen der Ersatz diverser Ausgaben des täglichen Lebens für ein Jahr (z.B. Miete, Auto, Urlaub, Shoppen, Friseur). Da diese Ausgaben sich erst während des Jahres konkretisierten, werde der Preis monatlich nach den angefallenen Ersätzen, das sei im Juni die Miete, erklärt.

Die von der Bf. übersendete Monatsaufstellung für Juni 2011 enthält den für letzteres Gewinnspiel ausbezahlten Gewinn, nämlich Monatsmiete in Höhe von 335,22 Euro. Die Bf. führte hinsichtlich der Glücksspielabgabe eine Selbstberechnung durch: $335,22 \times 5\%$ Glücksspielabgabe = 16,76 Euro.

Das Finanzamt setzte mit Bescheid gemäß § 201 Abs. 3 Z 1 BAO vom 14.11.2011 für den Monat Juni/2011 die Glücksspielabgabe in Höhe von 18,66 Euro von einer Bemessungsgrundlage von 373,22 Euro (Miete 335,22 Euro plus 2 Tickets 38 Euro) fest.

Fristgerecht wurde dagegen Berufung/Beschwerde erhoben. Die Bf. bekämpft die Vorschreibung deshalb, weil nach ihrer Ansicht die Vergabe von zwei Tickets für eine Veranstaltung kein Gewinnspiel iSd § 58 Abs. 3 GSpG sei und geht hinsichtlich

des übrigen Bescheidinhaltes davon aus, dass § 58 GSpG in mehrfacher Hinsicht verfassungswidrig sei. Dies deshalb, weil die rein auf zufallsabhängige Vergabe von Gratis/oder billigeren Leistungen abstellende Betrachtung eine exzessive Ausdehnung des Abgabentatbestandes des § 58 Abs. 3 GSpG hin zur generellen Besteuerung von Gratisleistungen bedeuten würde, was sicher nicht Sinn und Zweck der Regelung sei.

Das Finanzamt gab im Vorlagebericht eine umfangreiche Stellungnahme ab und beantragte, das Rechtsmittel als unbegründet abzuweisen.

Die gegenständliche Beschwerdesache betrifft den Zeitraum Juni/2011 und wurde im Geltungszeitraum des § 58 Abs. 3 GSpG idF BGBl. I 2010/54, gültig vom 1.1.2011 bis 1.9.2011 verwirklicht. Es handelt sich um einen reinen „Inlandssachverhalt“.

Das Bundesfinanzgericht gab in einer Beschwerdesache mit „grenzüberschreitendem“ Preisausschreiben, die im Zeitraum nach dem 1.9.2011 stattfand und § 58 Abs. 3 GSpG in der derzeit geltenden Fassung BGBl. I 2011/76 verwirklichte, mit Erkenntnis BFG 31.7.2015, RV/7104157/2014 teilweise statt, indem es den grenzübergreifend in Aussicht gestellten Gewinn mit Proportionalrechnung auf die Teilnahme vom Inland aus umlegte und setzte vom anteiligen auf das Inland entfallenden in Aussicht gestellten Gewinn die Glücksspielabgabe fest.

Das Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel erhob gegen dieses Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes Amtsrevision.

Der Verwaltungsgerichtshof stellte mit Beschluss vom 25.11.2015, A 2015/0011-1 (Ro 2015/16/0035-4) an den Verfassungsgerichtshof den Antrag gemäß Art. 140 Abs. 1 B-VG, § 58 Abs. 3 GSpG, 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 aufzuheben. Dieser Antrag ist beim Verfassungsgerichtshof zur Zahl G 650/2015 anhängig. In seinem Beschluss geht der Verwaltungsgerichtshof grundsätzlich von einem systematischen Verhältnis zwischen den §§ 57 und 58 GSpG aus. Der Verwaltungsgerichtshof hat aber verfassungsrechtliche Bedenken, weil § 58 Abs. 3 GSpG den Inlandsbezug für die Besteuerung nicht an eine Teilnahme am Glücksspiel vom Inland aus anbindet. Nach der Formulierung der Bemessungsgrundlage, dass sich das Gewinnspiel (Preisausschreiben) (auch) an die inländische Öffentlichkeit ‚richtet‘, kommt es nicht mehr auf die Teilnahme am Glücksspiel als Spielvertrag iSd § 1 Abs. 1 GSpG an, sondern es verbleibt nur mehr die „Auslobung“ im Inland. Da Regelungsgegenstand iSd § 1 Abs. 1 GSpG der (entgeltliche) Spielvertrag mit einer aktiven Teilnahme am Spiel ist, entfernt sich § 58 Abs. 3 GSpG in unsachlicher Weise vom System des Glücksspielgesetzes und knüpft in exzessiver Weise an Sachverhalte an. Der Tatbestand des § 58 Abs. 3 GSpG sieht einen Lösungsansatz, bei grenzüberschreitenden Glücksspielen die Abgabe in Relation zu den schätzungsweise auf das Inland entfallenden Teilnahmen zu bemessen, jedenfalls nicht vor.

In einer weiteren Beschwerdesache betreffend § 58 Abs. 3 GSpG idF BGBl. I 2011/76 mit „grenzüberschreitendem Sachverhalt“ stellte das Bundesfinanzgericht unter

Bezugnahme auf den Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes ebenfalls den Antrag gemäß Art. 140 Abs. 1 B-VG, § 58 Abs. 3 GSpG, BGBl. Nr.620/1989, in der Fassung des Abgabenänderungsgesetzes 2011, BGBl. I Nr 76 zur Gänze, in eventu in § 58 Abs. 3 leg. cit. in der genannten Fassung den Klammerbegriff „(auch)“ als verfassungswidrig aufzuheben (Beschluss BFG 26.1.2016, RN/7100001/2015). Dieser Antrag ist beim Verfassungsgerichtshof zur Zahl G 20/2016 anhängig.

3. Vom Bundesfinanzgericht anzuwendende Normen

Das Glücksspielgesetz BGBl. Nr. 620/1989 wurde durch die Glücksspielgesetz-Novelle 2008, BGBl. I 2010/54, aus abgabenrechtlicher Sicht grundlegend novelliert, da die „Gewinnstgebühren für Glücksspiele“ aus dem Gebührengesetz 1957 in das Glücksspielgesetz als Glücksspielabgaben „überführt“ wurden. (658 BlgNR XXIV. GP, Allgemeiner Teil). Diese Glücksspielabgaben sind wie ein Steuergesetz für sich in den §§ 57 bis 59 GSpG geregelt. § 57 GSpG bestimmt „Ausspielungen“ als Steuergegenstand der Glücksspielabgabe und § 58 GSpG sieht 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. Während § 58 Abs. 1 und Abs. 2 GSpG inhaltlich die bis 31.12.2010 im Gebührengesetz normierte Rechtslage fortsetzen, ist die Abgabe für Glücksspiele im Rahmen von Preisausschreiben und Gewinnspielen „ohne Einsatzleistung des Teilnehmenden“ gemäß § 58 Abs. 3 GSpG seit 1.1.2011 neu (*Bresich/Klingenbrunner/Posch* in *Strejcek/Bresich*, GSpG 1989² zu § 58 Rz 1).

§ 58 Abs. 3 GSpG idF BGBl. I 2010/54, gültig vom 1.1.2011 bis 31.8.2011 lautete:

„Glücksspiele im Rahmen von Gewinnspielen (Preisausschreiben) ohne vermögenswerte Leistung (Einsatz) unterliegen einer Glücksspielabgabe von 5 vH der in Aussicht gestellten vermögenswerten Leistung (Gewinn).“

Wie das Bundesfinanzgericht im Beschluss BFG 26.1.2016, RN/7100001/2015 festhielt, sind auch § 1 GSpG und § 2 Abs. 1 GSpG insoweit anzuwenden, als in § 58 Abs. 3 GSpG der Begriff „Glücksspiele“ auf die Definition des § 1 Abs. 1 GSpG („Ein Glücksspiel ist dieses Bundesgesetzes ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt“) verweist, hingegen die Wortfolgen „vermögenswerte Leistung (Einsatz) in Aussicht gestellten vermögenswerten Leistung (Gewinn)“ zwar auf § 2 Abs. 1 GSpG (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)) v erweisen, aber den § 58 Abs. 3 GSpG von der Ausspielung als entgeltlichem Spielvertrag abgrenzen. Während Steuergegenstand des § 57 Abs. 1 GSpG der Abschluss entgeltlicher Spielverträge iSd § 1 Abs. 1 GSpG und § 2 Abs. 1 GSpG im unternehmerischen Bereich ist, sollte in § 58 Abs. 3 GSpG der Abschluss

„unentgeltlicher“ Spielverträge iSd § 1 Abs. 1 GSpG im Rahmen von Preisausschreiben oder Gewinnspielen im unternehmerischen Bereich steuerlich begünstigt werden. Preisausschreiben vor dem 1.1.2011 unterlagen nicht dem Gebührengesetz 1957 (VwGH 22.10.1952, 1641/50; VwGH 27.9.1990, 89/16/0214), sondern bis 31.7.2008 der Schenkungssteuer, waren aber schenkungssteuerbefreit (vgl. Moser, Preisausschreiben (Gewinnspiele) seit 1.1.2011 (wieder) steuerpflichtig! SWK 9/2011 S 448; Moser, Praktische Abwicklungsfragen zu Preisausschreiben (Gewinnspielen) SWK 15/2011, S 656).

In den parlamentarischen Materialien findet sich zu § 58 Abs. 3 GSpG kein Motivenbericht (658 BlgNR XXIV. GP zu BGBl. I 2010/54).

Die seit 1.9.2011, derzeit geltende Fassung des § 58 Abs. 3 GSpG erfolgte durch das Abgabenänderungsgesetz 2011, BGBl. I 2011/76 und lautet:

„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 GSpG 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 dazu aus

„mit der Änderung soll ein Redaktionsversehen bereinigt werden, da der bisherigen Regelung der Anknüpfungspunkt an das Inland fehlte. Zudem soll eine Bagatellgrenze und eine Jahreserklärung eingeführt werden, um keine unangemessenen Verwaltungslasten zu schaffen.“

Die Neuregelung wurde in der Literatur hinterfragt (z.B. Moser, Änderungen für Gewinnspiele (Preisausschreiben) ab 1.9.2011, SWK 25/2011 S 880; sowie Doralt, Preisausschreiben: Weltweiter Geltungsbereich der Glücksspielabgabe? RdW 2014, 309-311, auf den auch der Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes 25.11.2015, A 2015/0011-1 (Ro 2015/16/0035-4) verweist).

4. Bedenken hinsichtlich der Verfassungskonformität

Vergleicht man den Gesetzestext des § 58 Abs. 3 GSpG indem man die Texte der beiden Fassungen übereinander legt (neue Fassung hervorgehoben),

„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 Leistung (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 .“

so stellt sich die neue Fassung als Ergänzung dar, die den ursprünglichen Zweck des § 58 Abs. 3 GSpG nicht veränderte.

Der Verwaltungsgerichtshof stellte in seinem Beschluss vom 25.11.2015, A 2015/0011 (Ro 2015/16/0035-4) den Antrag, § 58 Abs. 3 GSpG in der Fassung des Abgabenänderungsgesetzes 2011, BGBl. Nr. 76 – AbgÄG 2011 zur Gänze aufzuheben. Diesem Beschluss hat sich das Bundesfinanzgericht bereits im Antrag gemäß Art. 140 Abs. 1 B-VG betreffend § 58 Abs. 3 GSpG, BFG 26.1.2016, RN/7100001/2015 angeschlossen. Im Unterschied zum vorliegenden „reinen Inlandssachverhalt“ liegen diesen beiden Anträgen „grenzüberschreitende“ Sachverhalte zugrunde. Die beiden Anträge hegen aber nicht nur wegen der Neuregelung des Inlandsbezuges, der auf vorliegende Beschwerdesache nicht zutrifft, Bedenken, sondern auch deshalb, weil sich die Bemessungsgrundlage iSd § 58 Abs. 3 GSpG vom System des Glücksspielgesetzes entfernt und in exzessiver Weise an Sachverhalte anknüpfen würde. Diese Anträge auf Aufhebung umfassen sozusagen die „alte Version“ mit. Das bedeutet, dass die verfassungsrechtlichen Bedenken auch für die bis 31.8.2011 gültige Version des § 58 Abs. 3 GSpG zutreffen könnten.

Aus allen diesen Bedenken heraus wurde der Antrag gemäß Art. 140 Abs. 1 iVm Abs. 4 B-VG gestellt.

Mit der Fortführung des Beschwerdeverfahrens zu RV/****x2**** wird bis zur Zustellung der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs innegehalten.

Nur sicherheitshalber wird dazu bemerkt, dass, in Bezug auf die zwischenzeitig ergangene höchstgerichtliche Judikatur VwGH 16.3.2016, Ro 2015/17/0022 und Beschluss OGH 30.3.2016, 4 Ob 31/16m ua., ein Zusammenhang der Glücksspielabgaben gemäß §§ 57 bis 59 GSpG mit § 3 GSpG (Glücksspielmonopol) grundsätzlich nicht besteht, und Beschwerden, die auf eine Präjudizialität der Befreiungsbestimmungen der Absätze 4 und 6 des § 57 abstellten, vom Verfassungsgerichtshof nicht in Behandlung genommen wurden (VfGH 19.2.2015, E 49/2015 zu BFG 21.11.2014, RS/7100015/2012; VfGH 11.6.2015, E 564/2015 zu BFG 2.2.2015, RV/7103459/2012). Der vorliegende Antrag wendet sich nicht gegen das (steuerrechtliche) System des Glücksspielgesetzes, sondern zielt, in Orientierung an den beiden Anträgen des Verwaltungsgerichtshofes und des Bundesfinanzgerichtes (bzw. auch VwGH 16.3.2016, Ro 2015/17/0022) ausschließlich auf die verfassungsrechtlichen Bedenken ab, dass sich § 58 Abs. 3 GSpG idF BGBl. I 2010/54 vor dem AbgÄG 2011 aus dem steuerrechtlichen System des Glücksspielgesetzes hinsichtlich der Bemessungsgrundlage unsachlich entfernt.

Belehrung und Hinweise

Gegen verfahrensleitende Beschlüsse ist eine abgesonderte Revision an den Verwaltungsgerichtshof oder Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht zulässig. Sie können erst in der Revision oder Beschwerde gegen das die Rechtssache erledigende Erkenntnis angefochten werden (§ 25a Abs 3 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985, § 88a Abs 3 Verfassungsgerichtshofgesetz 1953).

Wien, am 21. April 2016