

# Editorial

## Steuerlicher Neutralitätsgrundsatz – Rückenwind für die EU-Beihilfebeschwerden gegen die terrestrische Glücksspielbesteuerung?

Nach dem zum 1.7.2021 geänderten RennwLottG erfolgt bei Online-Casino- und Pokerangeboten eine Besteuerung nach Maßgabe der Bemessungsgrundlage des gesamten Spieleinsatzes. § 38 RennwLottG legt einen Virtuellen Automatensteuersatz von 5,3 % auf die Spieleinsätze fest. Nach § 48 RennwLottG beträgt der Online-Pokersteuersatz ebenfalls 5,3 % auf die Spieleinsätze. Demgegenüber unterliegen terrestrische Spielbanken und Betreiber von stationären gewerblichen Geldspielautomaten in Spielhallen und Gaststätten einer lediglich auf den Bruttospielertrag bezogenen Besteuerung (d.h. der landesgesetzlichen Spielbankabgabe bzw. im Falle gewerblicher Geldspielautomaten der Umsatzsteuer sowie der – in Bayern gar nicht erhobenen – Automaten(vergnügungs)steuer jeweils auf den Einsatz abzüglich der ausgezahlten Gewinne). Im Vergleich zwischen terrestrischen Spielbanken und virtuellen Automaten- sowie Online-Pokerspielen bewirkt eine Besteuerung des Spieleinsatzes in Höhe von 5,3 %, dass die neue Online-Steuer rechnerisch etwa fünf Mal höher ist (ca. 125 % auf den Bruttospielertrag) als die stationäre Spielbankabgabe. Gegen diese die terrestrischen Anbieter selektiv privilegierende Bruttospielertrags-Besteuerung im Vergleich zu einer Besteuerung der gesamten Spieleinsätze bei entsprechenden Online-Angeboten sind Beschwerden bei der Europäischen Kommission wegen des damit einhergehenden Verstoßes gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot (Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV) eingereicht worden.

Rückenwind erhalten diese Beihilfebeschwerden durch den Beschluss des Finanzgerichts Münster vom 27.12.2021<sup>1</sup>. Darin bestätigt das Finanzgericht das von der Bundesregierung in den Beihilfeverfahren bestrittene Wettbewerbsverhältnis zwischen virtuellen und terrestrischen Glücksspielanbietern. Dabei beruft sich das Finanzgericht Münster auf die Beihilfekontrollpraxis der Kommission seit der Entscheidung vom 20.9.2011 zu der dänischen Steuerbegünstigung von Online-Casinospielen (C 35/10; ex N 302/10), wonach „die von herkömmlichen und Online-Glücksspiel-

anbietern angebotenen Spiele gleichzustellen sind“. Das Finanzgericht legt dar, dass diese Erkenntnis aus der EU-Beihilfekontrollpraxis ebenso für die Anwendung des umsatzsteuerrechtlichen Neutralitätsgrundsatzes – und damit auch vice versa – aufgrund des beiden Rechtsgebieten gemeinsamen Wettbewerbstertiums gilt, nämlich der tatsächlich zu bestimmenden nachfrageseitigen Substituierbarkeit der terrestrischen und der Online-Vertriebswege.



Das Finanzgericht Münster erkennt aufgrund des Verstoßes gegen den umsatzsteuerlichen Neutralitätsgrundsatz ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des dort – von einem terrestrischen Anbieter – angefochtenen Umsatzsteuervorauszahlungsbescheides für den Monat August 2021, also nach dem zeitgleichen Inkrafttreten der §§ 36 ff. RennwLottG und des § 22 a GlüStV 2021 am 1.7.2021. Spätestens aufgrund des § 22 a GlüStV 2021, der virtuelle Automaten- und Online-Spiele unter bestimmten Voraussetzungen im Internet erlaubt, ist das Wettbe-

werbsverhältnis zwischen virtuellen und terrestrischen Glücksspielanbietern nach Auffassung des Finanzgerichts aktiv geworden. Den Verstoß gegen den umsatzsteuerlichen Grundsatz der Neutralität erachtet das Finanzgericht für so manifest, dass es dessen Prüfung nicht erst auf das Hauptsacheverfahren verschiebt. Dabei betont das Gericht unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH, dass die Anwendung unterschiedlicher Mehrwertsteuersätze oder die Befreiung einer der Leistungen die Wahl des Verbrauchers beeinflussen könnte (Rs. C-406/20 – Phantasialand) sowie dass unterschiedliche rechtliche Regelungen hinsichtlich der Aufsicht und Regulierung der zu vergleichenden Umsätze unerheblich sind (Rs. C-259/10 und C-260/10 – The Rank Group). Die nachfrageseitige Substituierbarkeit der terrestrischen und der Online-Vertriebswege und damit das aktive Wettbewerbsverhältnis ist offenkundig, zumal den Online-Spielern durch Simulierung des herkömmlichen Kasinoer-

1 FG Münster, Beschl. v. 27.12.2021 – 5 V 2705/21 U, ZfWG 2022, 198.

lebnisses das Gefühl vermittelt wird, sie spielten in einer herkömmlichen Kasinostätte und nicht in virtueller Umgebung.

Nun ist ein Beschwerdeverfahren gegen den Beschluss des Finanzgerichts Münster vor dem Bundesfinanzhof anhängig. Dieser wird sicherlich erkennen, dass eine Zugrundelegung des allgemeinen Gleichheitssatzmaßstabes (Art. 3 Abs. 1 GG) zur Rechtfertigung der im Gesetzgebungsverfahren erörterten Unterschiede im Hinblick auf die ordnungsrechtlichen Rahmenbedingungen und deren Zielsetzungen fehlginge. Richtigerweise ist dagegen auf den EU-rechtlichen Grundsatz der steuerlichen Neutralität abzustellen, also darauf, ob nach der Rechtsprechung des EuGH aus nachfrageseitiger Sicht der Verbraucher gleichartige und deshalb miteinander im Wettbewerb stehende Dienstleistungen umsatzsteuerlich unterschiedlich behandelt werden. Unterschiedliche rechtliche Regelungen hinsichtlich der Aufsicht

und Regulierung der zu vergleichenden Umsätze können nach dieser Rechtsprechung gerade keine umsatzsteuerlichen Unterschiede rechtfertigen. Mit der durch § 38 Rennw-LottG seit dem 1.7.2021 steuerlich erzwungenen Absenkung der Ausschüttungsquoten durch Online-Anbieter und damit einer Ausschüttungsangleichung an terrestrische Automatenspiele (mit Ausschüttungsquoten in Spielhallen von durchschnittlich ca. 85%, aufgrund unterschiedlicher Vergünstigungssteuererhebungen je nach Gemeinde variierend) sind virtuelle und terrestrische Spiele nunmehr aus der maßgeblichen Verbrauchersicht noch substituierbarer geworden.

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, Bonn\*

\* Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor. Der Beitrag hat einen Bezug zu rechtsgutachterlichen Arbeiten.