

# Staatshaftungsklage wegen der qualifizierten Verletzung des Unionsrechts durch den Bundesfinanzhof

Ein Beitrag von Rolf Karpenstein

Der Spielhallenbetreiber, der den Streit um die Mehrwertsteuerpflicht der Umsätze aus dem Betrieb von Geldspielgeräten beim Bundesfinanzhof im Verfahren XI R 13/18 zu Unrecht verloren hatte, verklagt den Bund wegen der qualifizierten Verletzung des Unionsrechts durch den Bundesfinanzhof auf Schadensersatz. Rechtsgrundlage ist der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch (dazu EuGH *Haim* oder *Stockholm Lindöpark*). Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch greift gegenüber derjenigen Körperschaft, dem das Gericht angehört, dass unter Missachtung seiner letztinstanzlichen Vorlagepflicht an den EuGH (Art. 267 AEUV) das Unionsrecht hinreichend qualifiziert missachtet hat.

Alle Voraussetzungen der unionsrechtlichen Staatshaftung des Bundes sind zwanglos gegeben. In den Einnahmen der Betreiber von Geldspielgeräten, die aus den verlorenen Spieleinsätzen der Spieler bestehen ist keine Mehrwertsteuer des Kunden enthalten. Der Gesetzgeber sieht eine Mehrwertsteuer in den vorgegebenen Spieleinsätzen nicht vor. Daher muss der Kläger diese entgegen dem Neutralitätsgrundsatz aus seinem Einkommen als Kostenfaktor abführen.

Diese Glücksspiele mit Geldspielgeräten unterliegen auch deshalb nicht der Mehrwertsteuer, weil zwischen Kunde und Automatenaufsteller kein Leistungsaustausch im Sinne von Artikel 2 Nr. 1 der Mehrwertsteuerrichtlinie stattfindet. Weder die vom Automatenaufsteller eingenommenen Spieleinsätze,

die Spieler verloren haben, noch die vom Spieler eingestrichenen Gewinne entsprechen dem tatsächlichen Gegenwert der Leistung. So hat z.B. ein Spieler, der mit einem Spieleinsatz von 10 € einen Gewinn von 100 € einstreicht und damit nach Hause geht, gegenüber dem Automatenaufsteller gar keine Gegenleistung erbracht. Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs indes ist eine Dienstleistung nur im Leistungsaustausch steuerbar. Der EuGH führt aus:

*„43 Die steuerbaren Umsätze im Rahmen des Mehrwertsteuersystems setzen eine Vereinbarung zwischen den Parteien über einen Preis oder einen Gegenwert voraus. Beschränkt sich die Tätigkeit eines Dienstleistenden ausschließlich darauf, **Leistungen ohne unmittelbare Gegenleistung** zu erbringen, fehlt es daher an einer Besteuerungsgrundlage und diese Leistungen unterliegen nicht der Mehrwertsteuer (vgl. Urteile vom 1. April 1982, Hong-Kong Trade Development Council, 89/81, Slg. 1982, 1277, Randnrn. 9 und 10, sowie vom 3. März 1994, Tolsma, C-16/93, Slg. 1994, I-743, Randnr. 12).*

*44 Daraus folgt nach der Rechtsprechung, dass eine Dienstleistung nur dann im Sinne von Art. 2 Nr. 1 der Sechsten Richtlinie „gegen Entgelt“ erbracht wird, wenn zwischen dem Leistenden und dem Leistungsempfänger ein Rechtsverhältnis besteht, in dessen Rahmen gegenseitige Leistungen ausgetauscht werden, wobei die vom Leistenden empfangene Vergütung den tatsächlichen Gegenwert für die dem Leistungsempfänger erbrachte Dienstleistung bildet (vgl. u. a. Urteile Tolsma, Randnr. 14, vom 5. Juni 1997, SDC, C-2/95, Slg. 1997, I-3017, Randnr. 45, und MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring, Randnr. 47).*

*45 Eine Dienstleistung gegen Entgelt im Sinne von Art. 2 Nr. 1 der Sechsten Richtlinie liegt daher nach der Rechtsprechung nur dann vor, wenn zwischen der erbrachten Dienstleistung und dem empfangenen Gegenwert ein unmittelbarer Zusammenhang besteht (vgl. u. a. Urteile vom 8. März 1988, Apple and Pear Development Council, 102/86, Slg. 1988, 1443, Randnrn. 11 und 12, vom 16. Oktober 1997, Fillibeck, C-258/95, Slg. 1997, I-5577, Randnr. 12, und Kommission/Griechenland, Randnr. 29).“*

Diese Auslegung von Art. 2 Nr. 1 der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie und diese ständige Rechtsprechung des EuGH (zitiert aus EuGH C-246/08, Kommission./, Italien) gilt für jeden innerstaatlichen Sachverhalt. Befremdlicherweise soll die Rechtsprechung des EuGH aus Sicht des elften Senats beim BFH nur nicht für Glücksspielautomatenumsätze gelten. Unter Vorsitz von Peter Brandis (früher hauptamtlich Ausbilder in der Bundesfinanzakademie, jetzt nur noch nebenamtlich) meint der elfte Senat im Urteil vom 11.12.2019, der EuGH halte (Zitat) *„die Veranstaltung von Glücksspielen in ständiger Rechtsprechung für umsatzsteuerbar; die Veranstaltung eines Glücksspiels ist nach Auffassung des EuGH eine steuerbare Dienstleistung.“*

Mit dieser nicht belegbaren These verlässt der Bundesfinanzhof die Grenzen einer vertretbaren Auslegung des Unionsrechts. Der BFH unterstellt, ohne seiner letztinstanzlichen Vorlagepflicht nachzukommen, der EuGH würde – hätte man ihn pflichtgemäß gefragt – von seiner ständigen Rechtsprechung zur Auslegung von Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie abweichen, wenn es um Glücksspiel geht. Diese Unterstellung ist abwegig und findet keinen Anhaltspunkt in den vom BFH genannten EuGH-Entscheidungen.

Der BFH selbst ist z.B. in den Entscheidungen XI R 37/14 (vom 30.8.2017) und V R 21/16 (vom 2.8.2018) bei Gewinnen aus Pokerspielen oder der Zahlung eines platzierungsabhängigen Preisgeldes vom fehlenden Leistungsaustausch entsprechend den Vorgaben des EuGH ausgegangen. Zudem leuchtet unmittelbar ein, dass der Aufsteller beim Automatenglücksspiel aufgrund der gesetzlich vorgegebenen Zufallsabhängigkeit niemals wissen kann, welche Gegenleistung ihm am Ende des Spiels des Kunden verbleibt. In vielen Fällen zahlt der Automatenaufsteller für seine Dienstleistung drauf, nämlich dann, wenn der Kunde mit einem Gewinn nach Hause geht. Von einem „Entgelt“ im Sinne eines gegenseitigen Leistungsaustauschs kann daher unmöglich die Rede sein.

Dass dem Bundesfinanzhof Dolus directus bezüglich der Missachtung des EU-Rechts vorzuwerfen ist, folgt auch daraus, dass er im fünften Leitsatz die falsche These aufstellt, die in Rede stehenden Geldspielautomaten seien (Zitat) *„aufgrund zwingender gesetzlicher Vorschriften so eingestellt, dass ein bestimmter Prozentsatz der Spieleinsätze als Gewinn*

*an die Spieler ausgezahlt wird.“ Deshalb bestehe, so der BFH, „die vom Betreiber für die Bereitstellung der Automaten tatsächlich erhaltene Gegenleistung nur in dem Teil der Einsätze, über den er selbst effektiv verfügen kann (Bestätigung des EuGH-Urteils Glawe).“*

Der BFH unterstellt mithin eine (deutsche) Rechtslage nach der Spielverordnung, die es nicht gibt. Sein Urteil beruht auf einem frei erfundenen Sachverhalt, ersichtlich mit dem unlauteren Ziel zu suggerieren, die Bereithaltung von Geldspielautomaten im Sinne der Spielverordnung sei kein Glücksspiel. Ist es aber doch!

Wäre der Bundesfinanzhof zutreffend davon ausgegangen, dass es sich bei den Einnahmen von Automatenaufstellern um Einnahmen aus Glücksspiel handelt, hätte er entsprechend der Systematik der Mehrwertsteuerrichtlinie und nach der eigenen Rechtsprechung des BFH die Steuerbefreiung feststellen müssen. Der Bundesfinanzhof hatte z.B. im Urteil vom 16.9.2015 (X R 43/12) selbst zwischen Glücksspiel und Geschicklichkeitsspiel unterschieden und in Rn. 19 zu der Frage ob ein Leistungsaustausch stattfindet, richtig ausgeführt:

*„19. In Bezug auf die steuerrechtliche Beurteilung von Spielgewinnen bzw. Preisgeldern ist in der noch vom Reichsfinanzhof begründeten höchstrichterlichen Finanzrechtsprechung anerkannt, dass bei einem reinen Glücksspiel (zum Beispiel Lotterie) keine Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr vorliegt, weil es an der Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung fehlt.“*

Im Rahmen der Staatshaftungsklage werden weitere qualifizierte Rechtsfehler des BFH aufgezeigt, die die Schlussfolgerung zulassen, dass es den fünf Richtern beim Bundesfinanzhof nicht um die Rechtsfindung, sondern um das Ergebnis zum Nachteil des Klägers ging.

In dieses betrübliche Bild fügt sich ein, dass die Richter beim Bundesfinanzhof in der mündlichen Verhandlung zwar die Notwendigkeit erkannt hatten, als letzte Instanz den Gerichtshof der Europäischen Union anzurufen, dies aber mit der nicht vertretbaren These abgelehnt haben, der EuGH hätte einen Fall mit den vorliegenden Besonderheiten, in welchem es um Glücksspiel und nicht um Geschicklichkeitsspiel geht, schon einmal

im Sinne des BFH entschieden. Das hat der EuGH nicht getan!

Kontakt:

Rechtanwalt Rolf Karpenstein

Gerhofstraße 38

20 354 Hamburg