

Schriften zum Europäischen Recht

Band 74

**Grenzüberschreitende
Lotterietätigkeit in der
Europäischen Gemeinschaft**

Von

Heinrich Wilms



Duncker & Humblot · Berlin

HEINRICH WILMS

Grenzüberschreitende Lotterietätigkeit
in der Europäischen Gemeinschaft

Schriften zum Europäischen Recht

Herausgegeben von

Siegfried Magiera und Detlef Merten

Band 74

Grenzüberschreitende Lotterietätigkeit in der Europäischen Gemeinschaft

Die Behinderung
des Korrespondenzdienstleistungsverkehrs
durch das deutsche Steuer- und Strafrecht

Von
Heinrich Wilms



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Wilms, Heinrich:

Grenzüberschreitende Lotterietätigkeit in der Europäischen Gemeinschaft :
die Behinderung des Korrespondenzdienstleistungsverkehrs durch das deutsche
Steuer- und Strafrecht / von Heinrich Wilms. – Berlin : Duncker und Humblot,
2001

(Schriften zum europäischen Recht ; Bd. 74)

ISBN 3-428-10434-X

Alle Rechte vorbehalten

© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0937-6305
ISBN 3-428-10434-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Vorwort

Die neuen Medien und besonders das Internet haben vielfältige Möglichkeiten eröffnet, grenzüberschreitend wirtschaftlich tätig zu sein. Der Vertrieb von Waren und Dienstleistungen ist gegenwärtig in einem Maße und einer Geschwindigkeit möglich geworden, die man bisher nicht kannte.

Die Möglichkeiten dieser modernen Medien als Folge der Einrichtung des Internet werden zunehmend auch von den Betreibern von Glücksspielen, insbesondere den Lotterien genutzt. Die grenzüberschreitende Lotterietätigkeit im europäischen Raum ist ein Betätigungsfeld, das zunehmend auch für Lotteriebetreiber aus Staaten interessant wird, die bisher den nationalen Bereich aus Werbe- und Vertriebsgründen nicht verlassen haben. Der Lotteriemarkt der deutschen staatlich konzessionierten Lotterieunternehmer ist seit Alters her für seine Abschottungstendenzen bekannt. Es gelingt kaum einem ausländischen Lotteriebetreiber, in der Bundesrepublik Deutschland Fuß zu fassen.

Die Gründe hierfür liegen vielfach in den rechtlichen Vorschriften, die in exzessiver Weise auf ausländische Lotteriebetreiber Zugriff nehmen. So enthält das deutsche Rennwett- und Lotteriewettgesetz die Bestimmung einer besonderen Steuer, die in ihrer Höhe danach differenziert, ob der Lotteriebetreiber Deutscher oder Ausländer ist. Die Lotteriesteuer ist für ausländische Betreiber so bemessen, dass keine realistische Gewinnchance mehr verbleibt. Neben diese steuerrechtliche Vorschrift treten viele Regelungen des Strafrechts sowie landesrechtliche Regelungen des Ordnungswidrigkeitenrechts, die eine liberale Gestaltung des Marktes für – insbesondere ausländische – Lotteriebetreiber in Deutschland erschweren.

Diese den Lotteriemarkt einschränkenden Normen sind häufig – aber nicht nur – vorkonstitutionelle Regelungen. Sie nehmen keine Rücksicht darauf, dass mittlerweile ein europäischer Binnenmarkt existiert, dessen Prämisse der Abbau von Handelshemmnissen ist.

Die vorliegende Untersuchung geht der Frage nach, inwiefern die deutschen Rechtsnormen, die den Markt für Lotteriebetreiber insgesamt sowie für ausländische Lotteriebetreiber in der Bundesrepublik Deutschland besonders einschränken, mit dem Europarecht sowie dem Verfassungsrecht in Einklang stehen.

Die Untersuchung prognostiziert, dass die Strukturen, die bisher den deutschen Lotteriemarkt gegen ausländische Betreiber abgeschottet haben,

nicht mehr werden aufrechterhalten können und sich insbesondere die deutschen Klassenlotterien darauf werden einstellen müssen, in Zukunft einem erheblich höheren Konkurrenzdruck zu unterliegen.

Heinrich Wilms

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
------------------	----

I. Kapitel

Die Rechtsgebiete im Überblick

A. Steuerrecht	12
I. Einführung	12
II. Die Anwendbarkeit von § 21 Rennwett- und Lotteriegesezt auf ausländische, staatlich konzessionierte Lotterieuoternehmen.....	13
1. Allgemeine Tatbestandsvoraussetzungen	13
2. Öffentliche Lotterie	14
3. Einbringung ausländischer Lose oder Ausweise.....	15
III. Begriffliche Voraussetzungen der Steuererhebung nach deutschem Verfassungsrecht	17
1. Erzielung von Einkünften	18
2. Keine „erdrosselnde“ Wirkung	19
3. Der Schutz vor Erdrosselungssteuern auch bei Ausländern.....	21
4. Grundrechtsschutz auch für möglicherweise rechtswidriges Handeln?.....	22
5. Vorläufiges Ergebnis	24
6. Mögliche Auswirkungen auf die Rechtslage.....	24
7. Zusammenfassung	25
B. Strafrecht	25
I. Einführung	25
II. Die Strafbarkeit nicht genehmigter Lotterien nach dem Strafrechtsreformgesetz von 1998	27
1. Gesetzeswortlaut	27
2. Entstehungsgeschichte	28
3. Auslegung	30
a) Die Strafbarkeit der Veranstalter nach § 287 Abs. 1 StGB.....	30
aa) Veranstalten einer Lotterie ohne behördliche Erlaubnis.....	30
bb) Anbieten von Spielverträgen	31
cc) Annahme von Spielverträgen	34
dd) Erfordernis der Identität zwischen Veranstalter und Anbieter von Losen	34
ee) Tathandlungen in Deutschland	35
ff) Zusammenfassung	41

b) Strafbarkeit der Werbenden nach § 287 Abs. 2 StGB	42
aa) Objektiver Tatbestand	42
(1) Begriff der Werbung	42
(2) Akzessorietät von Abs. 2 in Bezug auf Abs. 1	43
(3) Zwischenergebnis	48
bb) Subjektiver Tatbestand	48
cc) Rechtswidrigkeit	49
dd) Schuld	49
c) Strafbarkeit der Spieler nach § 287 Abs. 1 StGB	50
III. Ordnungswidrigkeiten im Recht der Bundesländer mit Bezug zu Lotterieveranstaltungen und Ausspielungen	52
1. Die einzelnen Ordnungswidrigkeitstatbestände	53
2. Zwischenergebnis	55
3. Konkrete Anwendung der Regelungen	55
a) Die Zulässigkeit der bayerischen Sonderregelung	55
aa) Die Reichweite landesrechtlicher Regelungskompetenz	55
bb) Zwischenergebnis	56
b) Das Spielen in einer nach Landesrecht nicht genehmigten Lotterie	56
c) Die Bekanntgabe von Gewinnergebnissen nach dem Bayerischen und Schleswig-Holsteinischen Landesrecht	57
IV. Gestaltungsvorschläge	57
1. Die Verlegung der Lotterieveranstaltung ins Ausland	57
2. Verlegung sonstiger Nebenhandlungen ins Ausland	58
V. Zusammenfassung	59
C. Europarecht	59
I. Das Verbot der Diskriminierung von Ausländern im Dienstleistungsbereich, Art. 49 f. EGV	59
II. Die Grundsätzliche Anwendbarkeit des EG-Vertrages auf Glücksspiele	62
III. Die Lotterie als Dienstleistung i. S. d. Art. 60 EGV	63
1. Dienstleistung	63
2. Grenzüberschreitender Charakter	65

2. Kapitel

Die Europarechtswidrigkeit der deutschen Rechtslage im Einzelnen

A. Die Übereinstimmung des § 21 Rennwett- und Lotteriegesetz mit dem Europarecht	67
I. Die steuerrechtlichen Vorschriften, Art. 90 ff. EGV	67
1. Indirekte Steuer	68
2. Beschränkung auf Waren?	68
3. Anwendbar auch auf Dienstleistungen?	69

II. Die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch die steuerrechtliche Diskriminierung	70
1. Offene Diskriminierung	70
2. Mittelbare Diskriminierungen	71
3. Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit generell	72
4. Zusammenfassung	73
III. Spezielle Ausschlussgründe	75
1. Die Ausübung öffentlicher Gewalt	75
2. Höheres Allgemeininteresse	75
IV. Zusammenfassung	76
B. Übereinstimmung der strafrechtlichen Regelungen mit dem Europarecht ...	76
I. Die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch strafrechtliches Verbot	76
II. Kein Interesse als Rechtfertigungsgrund	77
III. Verhältnismäßigkeit	78
IV. Schutz vor Verdoppelung der Anforderungen	78
V. Die Urteilsgründe im Fall Schindler	79
VI. Analyse und Schlussfolgerungen	80
1. Allgemeininteresse deutscher Lotteriebeschränkungen	81
2. Problem der Bedürfnisprüfung	82
3. Genehmigung von Lotterien in Deutschland	83
4. Die Besonderheiten des Korrespondenzverkehrs in Deutschland ...	84
VII. Zusammenfassung	85

3. Kapitel

Ergebnisse

A. Vorliegen einer Erdrosselungssteuer	86
B. Die Europarechtswidrigkeit des § 21 Rennwett- und Lotteriewesetz	86
C. Die fehlende Strafbarkeit bei dem Verkauf von Losen durch staatlich konzessionierte Lotterieveranstalter ausländischer Staatszugehörigkeit in der Europäischen Gemeinschaft	87
Literaturverzeichnis	89

Einleitung

Nach dem Wortlaut des Deutschen Rennwett- und Lotteriegengesetzes i. V. m. § 37 Abs. 4 Ausführungsbestimmungen zum Rennwett- und Lotteriegengesetz unterliegen ausländische Lose und Ausweise einer Steuer in Höhe von DM 0,25 für jede Deutsche Mark vom planmäßigen Preis. Bei Deutschen beträgt die Steuer dagegen 20 v.H. des Preises sämtlicher Lose ausschließlich der Steuer, das sind $16 \frac{2}{3}$ v.H. des Verkaufspreises.¹ Eine Anwendung des Gesetzes auf ausländische Klassenlotterien würde im Ergebnis bedeuten, dass die in Deutschland zu entrichtende Steuer höher sein kann als der Provisionsgewinn, den ein Lotterieunternehmen macht. Aus verfassungsrechtlicher Sicht muss ein solches Ergebnis bedenklich stimmen, kann diese Regelung doch schließlich ein faktisches Verbot des Verkaufs ausländischer Lose in Deutschland darstellen. Nicht auszuschließen ist zudem eine unzulässige Einschränkung der Freizügigkeit des Waren- und Dienstleistungsverkehrs in der Europäischen Union.

Betrachtet man die einhergehende Fragestellung näher, so fallen verschiedene Gesichtspunkte mit möglichen rechtlichen Auswirkungen auf. Zweifel bestehen insoweit an:

1. der Anwendbarkeit des Rennwett- und Lotteriegengesetzes auf eine staatlich konzessionierte ausländische Klassenlotterie,
2. sofern diese zu bejahen ist, an der Frage, ob gegen das Gesetz verfassungsrechtliche Bedenken bestehen,
3. daran, ob das Gesetz im Übrigen EU-rechtswidrig ist, sowie
4. daran, ob vertretungsberechtigte Organe ausländischer Klassenlotterien durch den Verkauf von Losen in Deutschland gegen § 287 StGB verstoßen.

¹ Hicks, Steuerbare Tatbestände in der Rennwett- und Lotteriesteuer, UVR 1991, 46, 49.

1. Kapitel

Die Rechtsgebiete im Überblick

A. Steuerrecht

I. Einführung

Das Rennwett- und Lotteriegesezt,¹ das auf eine bald achtzigjährige Geschichte zurückblicken kann, hat im Wesentlichen einen Zweck: die Besteuerung solcher Rechtsgeschäfte, die „Gewinne aus dem Spieltrieb des Volkes ziehen“.² Die darin enthaltenen Steuertatbestände der Rennwett- und der Lotteriesteuer werden im deutschen Steuerrechtssystem zu den Verkehrsteuern gezählt, da sie Vorgänge erfassen und weder einen Subjekt- noch Objektbezug aufweisen.³

Für die folgende Untersuchung soll die Rennwettsteuer (§§ 1–16 Rennwett- und LotterieG), die Wettumsätze aus Anlass öffentlicher Pferderennen erfasst, weitgehend außer Betracht bleiben. Das Augenmerk richtet sich vielmehr auf den zweiten Steuertatbestand des Rennwett- und Lotteriesteuergesetzes, auf die sog. Lotteriesteuer⁴ (§§ 17–23 Rennwett- und LotterieG); diese unterwirft die Veranstaltung öffentlicher Lotterien der Besteuerung durch den Staat.

Von Bedeutung für die rechtliche Ausgestaltung der Lotteriesteuer sind neben dem Rennwett- und Lotteriegesezt auch die Ausführungsbestimmungen zu diesem Gesetz;⁵ sie bilden gemeinsam die ältesten noch geltenden Vorschriften im deutschen Verkehrsteuerrecht.⁶ Kennzeichnend für diese traditionsreichen Steuertatbestände ist das Verhältnis zum übrigen Steuerrecht,

¹ Rennwett- und Lotteriegesezt (Rennwett- und LotterieG) v. 8.4.1922 (RGBl. S. 393), zuletzt geändert d. Gesetz v. 20.12.1993 (BGBl. I S. 2254).

² *Heinz/Kopp/Mayer*, Verkehrsteuern, 4. Aufl., S. 412.

³ *Heinz/Kopp/Mayer*, a. a. O., S. 20.

⁴ Neben die eigentliche Lotteriesteuer tritt in manchen Bundesländern auch die sog. Sportwettsteuer, die aber hier nicht näher behandelt werden soll.

⁵ Ausführungsbestimmungen zum Rennwett- und Lotteriegesezt (Rennwett- und LotterieAB) v. 16.6.1992 (Reichszentralblatt S. 351), zuletzt geändert d. Gesetz v. 16.12.1986 (BGBl. I S. 2441).

⁶ Ihre Fortgeltung ergibt sich aber aus Art. 123 und 125 GG, vgl. *Heinz/Kopp/Mayer*, Verkehrsteuern, S. 412.

insbesondere zum Umsatzsteuerrecht (vgl. §§ 4 Nr. 9 b UstG, 18 Rennw-LottG).⁷ Je nach Sachverhalt kann es zu einer gleichzeitigen Anwendung der in manchen Ländern erhobenen Vergnügungsteuer sowie regelmäßig der Gewerbe-, Einkommen- und Körperschaftsteuer kommen;⁸ daneben bereitet in Einzelfällen die Abgrenzung gegenüber der sog. Spielbankabgabe Schwierigkeiten.

Die Vorschriften über die Lotteriesteuer (§§ 17–23 RennwLottG) enthalten streng genommen zwei Steuertatbestände: die Besteuerung inländischer Lotterieveranstaltungen und Ausspielungen (§§ 17 ff. RennwLottG) sowie ein Tatbestand mit Auslandsbezug, wonach die Einbringung ausländischer Lotterielose oder -ausweise ebenfalls der Steuerpflicht unterliegen (§ 21 RennwLottG).⁹

Für die Praxis mag schon alleine wegen der relativen Häufigkeit und Transparenz der steuerbaren Vorgänge der erstgenannte Tatbestand von größerer Bedeutung sein. Bislang zu wenig untersucht und – angesichts der fortschreitenden Integration mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen im europäischen Einigungsprozess – von besonderem Interesse dürfte aber gerade die Besteuerung ausländischer Lotterietätigkeit nach § 21 Rennwett- und LotterieG sein, deren Betrachtung Gegenstand der nachfolgenden Unterabschnitte sein wird. In einem ersten Teil werden die materiellen Tatbestandsvoraussetzungen nach dem § 21 Rennwett- und LotterieG genannt und näher aufgeschlüsselt; daran schließt sich eine verfassungsrechtliche Bewertung dieser einfachgesetzlichen Steuervorschrift und der dazu ergangenen Ausführungsbestimmungen an.

II. Die Anwendbarkeit von § 21 Rennwett- und Lotteriesgesetz auf ausländische, staatlich konzessionierte Lotterieunternehmen

1. Allgemeine Tatbestandsvoraussetzungen

Nach der Regelung des § 21 Abs. 1 Rennwett- und Lotteriesgesetz i. V. m. § 37 Abs. 4 der Ausführungsbestimmungen zum Rennwett- und Lotteriesgesetz sind ausländische Lose mit DM 0,25 für jede angefangene Mark vom planmäßigen Preis zu versteuern. Die Steuer von ausländischen Losen wird nach dem Nennwert des Loses berechnet. Grundlage der Besteuerung ist nicht der geleistete Einsatz, sondern der planmäßige Preis sämtlicher Lose.

⁷ Näher hierzu *Heinz/Kopp/Mayer*, Verkehrsteuern, S. 414; *Hicks*, Steuerbare Tatbestände in der Rennwett- und Lotteriesteuer, UVR 1991, S. 46.

⁸ Einzeln aufgeführt und erläutert bei *Hicks*, a. a. O.

⁹ Vereinzelt wird hier auch von „Haupt-“ (§ 17 Rennwett- und LotterieG) und „Nebentatbestand“ (§ 21 Rennwett- und LotterieG) gesprochen, vgl. *Heinz/Kopp/Mayer*, Verkehrsteuern, S. 424.