

Rechtssache C-73/23

**Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 98 Abs. 1
der Verfahrensordnung des Gerichtshofs**

Eingangsdatum:

10. Februar 2023

Vorlegendes Gericht:

Tribunal de première instance de Liège (Belgien)

Datum der Vorlageentscheidung:

30. Januar 2023

Klägerin:

Chaufontaine Loisirs SA

Beklagter:

État belge

1. Gegenstand und Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

- 1 Das Gesetz vom 1. Juli 2016 unterwarf speziell Online-Glücksspiele mit Geldeinsatz, d. h. elektronisch angebotene Glücksspiele, der Mehrwertsteuer und hob für diese Spiele die generelle Befreiungsregelung für Glücksspiele mit Geldeinsatz und Lotterien auf.
- 2 Beim Verfassungsgerichtshof wurden daraufhin Klagen auf Nichtigkeitserklärung dieser besonderen Ausnahmeregelung eingereicht, die auf die Verletzung von Zuständigkeitsvorschriften des innerstaatlichen Rechts und insbesondere die Missachtung des Grundsatzes der steuerlichen Neutralität, der der Mehrwertsteuerrichtlinie zugrunde liegt, gestützt wurden, da das Gesetz ein Ungleichgewicht zwischen den Mehrwertsteuersystemen für Online-Spiele und Online-Wetten einerseits und für „physische“ Spiele und Wetten sowie für Online- und „physische“ Lotterien andererseits schaffe.
- 3 Der Verfassungsgerichtshof gab den Klagegründen der Verletzung von Zuständigkeitsvorschriften des innerstaatlichen Rechts statt und befand, es bestehe kein Anlass, die übrigen Klagegründe, insbesondere den Klagegrund der

Missachtung des Grundsatzes der steuerlichen Neutralität, zu prüfen, da sie nicht zu einer umfassenderen Nichtigkeitserklärung führen könnten.

- 4 Der Verfassungsgerichtshof hob daher die betreffenden Bestimmungen des Gesetzes vom 1. Juli 2016 mit Wirkung zum 21. Mai 2018 auf und stellte klar, dass die für den Zeitraum vom 1. Juli 2016 bis zum 21. Mai 2018 gezahlten Steuern einbehalten würden, um damit den budgetären und administrativen Möglichkeiten Rechnung zu tragen, die deren Rückzahlung verursachen würden (siehe Entscheide vom 22. März 2018, 34/2018; und vom 8. November 2018, 155/2018).
- 5 Die Klägerin betreibt ein Online-Kasino. Sie beantragt in der Hauptsache die Erstattung eines Betrags von 640 478, 825 Euro, den sie als Mehrwertsteuer auf Online-Spiele und Online-Wetten gezahlt hat, die vom 1. Juli 2016 bis zum 22. Mai 2018 durchgeführt wurden.
- 6 Mit Entscheidung vom 1. Dezember 2020 lehnte die Verwaltung diesen Antrag ab, da die Voraussetzungen für die Erhebung einer Rückerstattungsklage nicht erfüllt seien.
- 7 Die Klägerin hat daraufhin beim vorlegenden Gericht Klage erhoben.

2. Angeführte Vorschriften

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union

- 8 Art. 267 bestimmt:

„Der Gerichtshof der Europäischen Union entscheidet im Wege der Vorabentscheidung

- a) über die Auslegung der Verträge,
- b) über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union,

...

Wird eine derartige Frage in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, so ist dieses Gericht zur Anrufung des Gerichtshofs verpflichtet.

...“

Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem

9 In Art. 135 Abs.1 Buchst. i heißt es:

„(1) Die Mitgliedstaaten befreien folgende Umsätze von der Steuer:

...

i) Wetten, Lotterien und sonstige Glücksspiele mit Geldeinsatz unter den Bedingungen und Beschränkungen, die von jedem Mitgliedstaat festgelegt werden;

...“

3. Vorbringen der Parteien

A. *Klägerin*

10 Die Klägerin macht zunächst geltend, die streitige Mehrwertsteuer sei unter Missachtung des der Mehrwertsteuerrichtlinie zugrunde liegenden Grundsatzes der steuerlichen Neutralität erhoben worden. Ferner bemängelt sie, dass die Wirkungen des für nichtig erklärten Gesetzes für den fraglichen Zeitraum aufrechterhalten worden seien.

11 Die Klägerin beanstandet die unterschiedliche Behandlung von Produkten (einschließlich Lotterien), die online von der Nationallotterie angeboten werden (von der Mehrwertsteuer befreit), und Spielen und Wetten, die online von verschiedenen privaten Wirtschaftsteilnehmern angeboten werden (mehrwertsteuerpflichtig).

12 Die Klägerin führt weiter aus, Glücksspiele mit Geldeinsatz und Lotteriespiele auf demselben Markt stünden miteinander in Wettbewerb. Darüber hinaus biete die Nationallotterie auf ihrer Website neben einer breiten Palette von Lotterien auch Online-Spiele und Online-Wetten an, die den von anderen Online-Anbietern erbrachten Spielen ähnlich seien; diese Ähnlichkeit werde durch die Fachliteratur bestätigt, insbesondere in Bezug auf die Spielsucht. Schließlich betreibe die Nationallotterie angesichts fehlender Kontrolle eine sehr offensive Werbung.

13 Sie zitiert verschiedene Urteile des Gerichtshofs, darunter das Urteil vom 27. Juni 2019, Belgisch Syndicaat van Chiropraxie u. a. (C-597/17, EU:C:2019:544), in dem auf die Tragweite des Grundsatzes der steuerlichen Neutralität hingewiesen werde:

„28 Zweitens müssen die Mitgliedstaaten den Grundsatz der steuerlichen Neutralität beachten, der es verbietet, gleichartige und deshalb miteinander in Wettbewerb stehende Dienstleistungen hinsichtlich der Mehrwertsteuer

unterschiedlich zu behandeln (Urteil vom 27. April 2006, Solleveld und van den Hout-van Eijnsbergen, C-443/04 und C-444/04, EU:C:2006:257, Rn. 39 und die dort angeführte Rechtsprechung).

...

47 Dieser Grundsatz lässt es nicht zu, gleichartige Gegenstände oder Dienstleistungen, die miteinander in Wettbewerb stehen, hinsichtlich der Mehrwertsteuer unterschiedlich zu behandeln (Urteile vom 11. September 2014, K, C-219/13, EU:C:2014:2207, Rn. 24, und vom 9. März 2017, Oxycure Belgium, C-573/15, EU:C:2017:189, Rn. 30).“

- 14 Folglich verstoße diese Ungleichbehandlung gegen den Grundsatz der Neutralität, da beide Dienstleistungen vergleichbar seien, weil
 - sie nach einem Kriterium der Vergleichbarkeit in der Verwendung ähnliche Eigenschaften aufwiesen und die gleichen Bedürfnisse des Verbrauchers erfüllten,
 - die bestehenden Unterschiede die Entscheidung des Durchschnittsverbrauchers, die eine oder die andere dieser Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen, nicht wesentlich beeinflussten.
- 15 Sodann wirft die Klägerin dem belgischen Staat vor, die Wirkungen der Aufhebung vom 1. Juli 2016 bis zum 21. Mai 2018 aufrechterhalten zu haben. Im Verwaltungsverfahren hob sie hervor, der Gerichtshof habe im Urteil vom 27. Juni 2019, Belgisch Syndicaat van Chiropraxie u. a. (C-597/17, EU:C:2019:544), entschieden, dass ein „nationales Gericht nicht das Recht hat, eine nationale Vorschrift anzuwenden, die es dazu ermächtigt, bestimmte Wirkungen eines für nichtig erklärten Rechtsakts aufrechtzuerhalten, um die Wirkung nationaler Vorschriften vorläufig bestehen zu lassen“.
- 16 Die Aufrechterhaltung der Wirkungen der vom Verfassungsgerichtshof aufgehobenen Bestimmungen für die Vergangenheit verfolge weder ein legitimes Ziel noch entspreche sie den Erfordernissen des Allgemeininteresses, die vom Grundsatz her allein den Eingriff rechtfertigen könnten. Darüber hinaus sei dieser Eingriff unverhältnismäßig, da er das bestehende Gleichgewicht zwischen den Interessen der beteiligten Parteien beeinträchtige.
- 17 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs stelle die Unmöglichkeit für einen Steuerpflichtigen, die unter Verstoß gegen das Recht der Europäischen Union an den Staat gezahlte Mehrwertsteuer zurückzufordern, einen Eingriff dar, der kein legitimes Ziel verfolge, nicht verhältnismäßig sei und das in Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention verankerte Recht auf Eigentum missachte.

B. Belgischer Staat

- 18 Der belgische Staat ist der Ansicht, dass Lotterien nicht mit Online-Glücksspielen und Online-Geldspielen vergleichbar seien, so dass der Grundsatz der steuerlichen Neutralität nicht verletzt werde.
- 19 Lotterien stellen seiner Auffassung nach vor allem aus folgenden Gründen eine gesonderte Kategorie von Glücksspielen mit Geldeinsatz dar:
- Im belgischen Recht gilt die Loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs (Gesetz vom 7. Mai 1999 über die Glücksspiele, die Wetten, die Glücksspieleinrichtungen und den Schutz der Spieler) nicht für Lotterien, weil diese vom Gesetzgeber gemäß Art. 3bis dieses Gesetzes ausdrücklich von dessen Anwendungsbereich ausgeschlossen wurden. Lotterien fallen unter die Loi du 31 décembre 1851 sur les loteries (Gesetz vom 31. Dezember 1851 über die Lotterien) und die Loi du 22 juillet 1991 relative à la Loterie nationale (Gesetz vom 22. Juli 1991 über die Nationallotterie).
 - Die Nationallotterie, eine öffentliche Einrichtung, genießt nach belgischem Recht ein gesetzliches Monopol für die Organisation von Lotterien. Der Gesellschaftszweck der Nationallotterie besteht jedoch auch in der Organisation von Glücksspielen und Wetten in all ihren Formen.
 - Die von privatrechtlichen Wirtschaftsteilnehmern online angebotenen Glücksspiele und Wetten werden von der Kommission für Glücksspiele kontrolliert. Die Nationallotterie steht unter der Kontrolle des belgischen Staats. Sie muss u. a. einen Geschäftsführungsvertrag mit dem belgischen Staat abschließen (Art. 14 des Gesetzes vom 19. April 2002). Dieser Geschäftsführungsvertrag erlegt der Nationallotterie, einer Einrichtung öffentlichen Interesses, verschiedene Verpflichtungen auf. Die Nationallotterie ist damit beauftragt, im allgemeinen Interesse und nach kommerziellen Methoden die Lotterien, Wettbewerbe, Glücksspiele und Wetten zu organisieren (vgl. Art. 3 § 3 des Gesetzes vom 19. April 2002).
 - Im Geschäftsführungsvertrag werden die Modalitäten der Berechnung und der Zahlung der Monopolrente, der Sonderbeiträge und des Gewinnanteils vor Besteuerung festgelegt, der jährlich entnommen wird und bestimmt ist für
 - die Finanzierung von Programmen zur Hilfe für Entwicklungsländer („Zuschüsse der Nationallotterie“),
 - gemeinnützige Zwecke, die vom Ministerrat festgelegt werden,
 - und die jährliche Dotation, die der Landeskasse für Naturkatastrophen, der König-Balduin-Stiftung und dem Belgischen Überlebensfonds gewährt wird.

- Der gesetzliche Rahmen der Nationallotterie schreibt verschiedene Maßnahmen zum Schutz von Personen vor (Information der breiten Öffentlichkeit über die realen Gewinnchancen für jedes angebotene Produkt, Organisation von Informationskampagnen in Bezug auf die mit Spielsucht verbundenen wirtschaftlichen, sozialen und psychologischen Risiken).
 - Im Übrigen unterscheidet sich nach Angaben des belgischen Staates die Auszahlungsquote – die dem Anteil Geldes entspricht, der von allen getätigten Einsätzen an die Spieler zurückfließt – bei Lotteriespielen (geringe Rücklaufquote für Spieler: zwischen 50 % und 60 %) deutlich von sonstigen Glücksspielen (hohe Rücklaufquote: 95 % und mehr).
- 20 Der belgische Staat weist auf das Ermessen der Mitgliedstaaten hin, bestimmte Kategorien von Spielen von der Steuer zu befreien und andere der Mehrwertsteuer zu unterwerfen.
- 21 Was die Aufrechterhaltung der Wirkungen der für nichtig erklärten Rechtsvorschriften betrifft, ist nach Ansicht der Steuerverwaltung die von der Klägerin vertretene Lesart des Tenors des Urteils vom 27. Juni 2019, Belgisch Syndicaat van Chiropraxie u. a. (C-597/17, EU:C:2019:544) unvollständig; dieser lautet wie folgt: „Ein nationales Gericht hat nicht das Recht, eine nationale Vorschrift anzuwenden, die es dazu ermächtigt, bestimmte Wirkungen eines für nichtig erklärten Rechtsakts aufrechtzuerhalten, um die Wirkung nationaler Vorschriften, die es für mit der Richtlinie 2006/112 unvereinbar erklärt hat, bis zur Herstellung ihrer Vereinbarkeit mit dieser Richtlinie vorläufig bestehen zu lassen, um zum einen die sich aus der Rückwirkung dieser Nichtigerklärung ergebenden Risiken der Rechtsunsicherheit zu beschränken und zum anderen zu verhindern, dass wieder eine diesen Vorschriften vorausgehende nationale Regelung gilt, die mit dieser Richtlinie unvereinbar ist“ (Unterstreichung durch die Steuerverwaltung).
- 22 Im vorliegenden Fall habe der Verfassungsgerichtshof die fraglichen Bestimmungen wegen des Verstoßes gegen innerstaatliche Vorschriften aufgehoben, nicht aber, weil er sie für unvereinbar mit der Mehrwertsteuerrichtlinie gehalten hätte.
- 23 Nach Ansicht der Steuerverwaltung stellen die vom Verfassungsgerichtshof für nichtig erklärten Bestimmungen keine mangelhafte Umsetzung der Mehrwertsteuerrichtlinie dar.

4. Würdigung durch das Gericht

A. Erster Klagegrund: Grundsatz der steuerlichen Neutralität

- 24 In seinem Urteil vom 27. Juni 2019, Belgisch Syndicaat van Chiropraxie u. a./Ministerraad (C-597/17, ECLI:EU:C:2019:544, Rn. 28 und 47), hat der

Gerichtshof die Tragweite des Grundsatzes der steuerlichen Neutralität hervorgehoben:

„Zweitens müssen die Mitgliedstaaten den Grundsatz der steuerlichen Neutralität beachten, der es verbietet, gleichartige und deshalb miteinander in Wettbewerb stehende Dienstleistungen hinsichtlich der Mehrwertsteuer unterschiedlich zu behandeln (Urteil vom 27. April 2006, Solleveld und van den Hout-van Eijnsbergen, C-443/04 und C-444/04, EU:C:2006:257, Rn. 39 und die dort angeführte Rechtsprechung).

...

Dieser Grundsatz lässt es nicht zu, gleichartige Gegenstände oder Dienstleistungen, die miteinander in Wettbewerb stehen, hinsichtlich der Mehrwertsteuer unterschiedlich zu behandeln (Urteile vom 11. September 2014, K, C-219/13, EU:C:2014:2207, Rn. 24, und vom 9. März 2017, Oxycure Belgium, C-573/15, EU:C:2017:189, Rn. 30).“

- 25 In seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *The English Bridge Union* (C-90/16, EU:C:2017:464, Rn. 19) hat Generalanwalt Szpunar den Grundsatz der Neutralität im Zusammenhang mit der Steuerbefreiung von Glücksspielen wie folgt zusammengefasst: „Im Urteil *Rank Group* hat der Gerichtshof entschieden, dass es im Kontext der in Art. 135 Abs. 1 Buchst. i der Mehrwertsteuerrichtlinie vorgesehenen Steuerbefreiung für das Glücksspiel zur Feststellung einer Verletzung des Grundsatzes der steuerlichen Neutralität genügt, dass zwei aus der Sicht des Verbrauchers gleiche oder gleichartige Dienstleistungen, die dieselben Bedürfnisse des Verbrauchers befriedigen, hinsichtlich der Mehrwertsteuer unterschiedlich behandelt werden. Für die Frage, ob die in Rede stehenden Aktivitäten ‚Wetten, Lotterien und sonstige Glücksspiele mit Geldeinsatz‘ darstellen, ist auf einen marktorientierten Ansatz abzustellen: Betrachtet der Kunde die Dienstleistungen als gleichartig, müssen sie gleich besteuert werden.“
- 26 Art. 135 Abs. 1 Buchst. i der Richtlinie 2006/112 räumt den Mitgliedstaaten bei der Befreiung oder Besteuerung von Glücks- und Geldspielen einen großen Wertungsspielraum ein, da er es ihnen gestattet, die Bedingungen und die Grenzen festzulegen, denen die Inanspruchnahme dieser Befreiung unterworfen werden kann. Die Befugnis der Mitgliedstaaten, Bedingungen und Grenzen für die in dieser Bestimmung vorgesehene Mehrwertsteuerbefreiung festzulegen, erlaubt es ihnen, nur bestimmte Glücksspiele mit Geldeinsatz von dieser Steuer auszunehmen.
- 27 In seinem zum freien Dienstleistungsverkehr ergangenen Urteil vom 24. März 1994, *Schindler* (C 275/92, EU:C:1994:119, Rn. 60 und 61), hat sich der Gerichtshof wie folgt geäußert: „Sodann ist festzustellen, dass die Lotterien angesichts der Höhe der Beträge, die durch sie eingenommen werden können, und der Höhe der Gewinne, die sie den Spielern bieten können, vor allem wenn sie in größerem Rahmen veranstaltet werden, die Gefahr von Betrug und anderen

Straftaten erhöhen. Außerdem verleiten sie zu Ausgaben, die schädliche persönliche und soziale Folgen haben können. Schließlich ist, ohne dass dies allein als sachliche Rechtfertigung angesehen werden könnte, nicht ohne Bedeutung, dass Lotterien in erheblichem Maße zur Finanzierung uneigennütziger oder im Allgemeininteresse liegender Tätigkeiten wie sozialer oder karitativer Werke, des Sports oder der Kultur beitragen können.

Diese Besonderheiten rechtfertigen es, dass die staatlichen Stellen über ein ausreichendes Ermessen verfügen, um festzulegen, welche Erfordernisse sich bezüglich der Art und Weise der Veranstaltung von Lotterien, der Höhe der Einsätze sowie der Verwendung der dabei erzielten Gewinne aus dem Schutz der Spieler und allgemeiner nach Maßgabe der soziokulturellen Besonderheiten jedes Mitgliedstaats aus dem Schutz der Sozialordnung ergeben.“

- 28 In seinem ebenfalls zur Dienstleistungsfreiheit ergangenen Beschluss vom 18. Mai 2021, *Fluctus u. a.* (C-920/19, nicht veröffentlicht, EU:C:2021:395), hat der Gerichtshof für Recht erkannt: „Art. 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einem dualen System der Organisation des Glücksspielmarkts nicht allein deshalb entgegensteht, weil die Werbepraktiken des Monopolisten für Lotterien und Spielbanken darauf abzielen, zu aktiver Teilnahme an den Spielen anzuregen, etwa indem das Spiel verharmlost wird, ihm wegen der Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegende Aktivitäten ein positives Image verliehen wird oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen, erhöht wird.“
- 29 Andererseits hat der Gerichtshof in seinem diesmal zur Mehrwertsteuer ergangenen Urteil vom 10. November 2011, *The Rank Group* (C-259/10 und C-60/10, EU:C:2011:719, Rn. 49 bis 51), in Bezug auf die Vergleichbarkeit von Bingos und Spielautomaten festgestellt: „Daraus folgt, dass es für die Beurteilung der Vergleichbarkeit der betreffenden Glücksspiele auf die von den vorlegenden Gerichten angeführten Unterschiede in der rechtlichen Regelung nicht ankommt.

Dieses Ergebnis wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Gerichtshof in bestimmten Ausnahmefällen anerkannt hat, dass unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Wirtschaftszweige Unterschiede im rechtlichen Rahmen und in der rechtlichen Regelung der betreffenden Lieferungen von Gegenständen oder Dienstleistungen, wie die etwaige Erstattungsfähigkeit eines Arzneimittels oder der Umstand, dass der Leistungserbringer möglicherweise Universaldienstverpflichtungen unterliegt, aus der Sicht des Verbrauchers zu einer Unterscheidbarkeit im Hinblick auf die Befriedigung seiner eigenen Bedürfnisse führen können (vgl. Urteile vom 3. Mai 2001, *Kommission/Frankreich*, Randnr. 27, und vom 23. April 2009, *TNT Post UK*, C-357/07, Slg. 2009, I-3025, Randnrn. 38, 39 und 45).

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist auf Frage 1 Buchst. a in der Rechtssache C-259/10 und auf Frage 1 in der Rechtssache C-260/10 zu antworten, dass, wenn zwei Glücksspiele hinsichtlich der Gewährung der

Mehrwertsteuerbefreiung nach Art. 13 Teil B Buchst. f der Sechsten Richtlinie ungleich behandelt werden, der Grundsatz der steuerlichen Neutralität dahin auszulegen ist, dass nicht zu berücksichtigen ist, dass diese beiden Glücksspiele zu unterschiedlichen Lizenzkategorien gehören und unterschiedlichen rechtlichen Regelungen hinsichtlich ihrer Aufsicht und Regulierung unterliegen.“

- 30 In seinem zur Mehrwertsteuer ergangenen Urteil vom 10. Juni 2010, *Leo-Libera* (C-58/09, EU:C:2010:333), hat der Gerichtshof diesmal ausgeführt: „35 Dieser Grundsatz kann nämlich nicht dahin ausgelegt werden, dass er daran hindert, eine Art von Glücksspiel mit Geldeinsatz von der Mehrwertsteuer zu befreien, eine andere dagegen nicht, sofern die beiden Arten von Spielen nicht miteinander im Wettbewerb stehen, da sonst Art. 135 Abs. 1 Buchst. i der Richtlinie 2006/112 und dem weiten Wertungsspielraum, der den Mitgliedstaaten durch diese Bestimmung eingeräumt ist, jede praktische Wirksamkeit genommen würde.“
- 31 Im vorliegenden Fall stellt sich mit Blick auf die Auswertung der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine Schwierigkeit bei der Auslegung des Unionsrechts, die es rechtfertigt, die ersten beiden Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.
- 32 Diese Fragen sind weiter gefasst als die erste Frage, die am 18. November 2022 vom selben erstinstanzlichen Gericht in Lüttich (Rechtssache C-741/22) gestellt wurde und die sich auf die unterschiedliche Behandlung von Online-Lotterien, die von der Nationallotterie angeboten werden, und den anderen Online-Glücksspielen, die von privaten Betreibern angeboten werden, bezog.
- 33 Das vorliegende Vorabentsuchersuchen betrifft die unterschiedliche Behandlung von online erbrachten Glücksspielen mit Geldeinsatz und, einerseits, Glücksspielen mit Geldeinsatz, die nicht online erbracht werden (erste Frage) und, andererseits, Lotterien, die online oder nicht online erbracht werden (zweite Frage).

B. Zweiter Klagegrund: Aufrechterhaltung der Wirkungen des für nichtig erklärten Gesetzes

- 34 Aus den Ausführungen der Parteien geht hervor, dass die Auslegung des Unionsrechts in mehrfacher Hinsicht Schwierigkeiten bereitet.
- 35 Zunächst hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 27. Juni 2019, *Belgisch Syndicaat van Chiropraxie u. a.* (C-597/17, EU:C:2019:544, Rn. 59 und 60), auf die Voraussetzungen hingewiesen, unter denen ein Mitgliedstaat die Wirkungen einer unionsrechtswidrigen Bestimmung aufrechterhalten kann:

„Denn selbst wenn man davon ausgeht, dass zwingende Erwägungen der Rechtssicherheit ausnahmsweise zu einer vorübergehenden Aussetzung der Verdrängungswirkung führen können, die eine unmittelbar geltende Rechtsvorschrift der Union gegenüber ihr entgegenstehendem nationalem Recht ausübt, ist eine solche Aussetzung im vorliegenden Fall von vornherein

auszuschließen, da das vorliegende Gericht keine konkreten Gesichtspunkte genannt hat, die spezifische Risiken der Rechtsunsicherheit begründen könnten (vgl. entsprechend Urteil vom 8. September 2010, Winner Wetten, C-409/06, EU:C:2010:503, Rn. 67).

Insbesondere kann die bloße Geltendmachung haushalts- und verwaltungstechnischer Schwierigkeiten, die sich im Ausgangsverfahren aus der Nichtigerklärung der im Ausgangsverfahren angefochtenen Vorschriften ergeben könnten, nicht genügen, um zwingende Erwägungen der Rechtssicherheit als gegeben anzunehmen (vgl. entsprechend Urteile vom 18. Oktober 2012, Mednis, C-525/11, EU:C:2012:652, Rn. 44, und vom 10. April 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, C-190/12, EU:C:2014:249, Rn. 111).“

- 36 Wenn sich im vorliegenden Fall erweist, dass die Aufhebung der Mehrwertsteuerbefreiung nur für Online-Glücksspiele und Online-Geldspiele tatsächlich den Grundsatz der Neutralität im Bereich der Mehrwertsteuer verletzt (siehe ersten Klagegrund), stellt sich die Frage, ob die Auswirkungen dieser Aufhebung nicht unter Missachtung des Unionsrechts aufrechterhalten wurden, da sie aufrechterhalten wurden, „um damit den budgetären und administrativen Möglichkeiten Rechnung zu tragen, die deren Rückzahlung verursachen würden“, auch wenn die Nichtigerklärung auf die Verletzung von Vorschriften des innerstaatlichen Rechts und nicht des Unionsrechts zurückzuführen ist.
- 37 Sodann hat der Gerichtshof im Urteil vom 10. April 2008, Marks & Spencer (C-309/06, EU:C:2008:211), für Recht erkannt: „Hat ein Mitgliedstaat sein nationales Recht irrtümlicherweise so ausgelegt, dass bestimmte Leistungen, die der Befreiung ... unterliegen, dem normalen Steuersatz unterworfen wurden, so sind die allgemeinen Grundsätze des [Unions]rechts, inklusive des Grundsatzes der steuerlichen Neutralität, so anzuwenden, dass sie dem Wirtschaftsteilnehmer, der diese Leistungen erbracht hat, einen Anspruch auf Rückerstattung der Beträge verleihen, die irrtümlicherweise bezüglich der Leistungen verlangt wurden.“
- 38 Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob der Steuerpflichtige auch einen Anspruch auf Erstattung der Steuern hat, die unter Missachtung der Mehrwertsteuerrichtlinie und des Grundsatzes der steuerlichen Neutralität einbehalten wurden.
- 39 Da die streitige Aufhebung der Mehrwertsteuerbefreiung wegen Verstoßes gegen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts aufgehoben wurde, ist schließlich auch zu fragen, ob der Verfassungsgerichtshof als „nationales Gericht, dessen Entscheidungen nicht mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können“, dennoch verpflichtet war, den Gerichtshof gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV anzurufen.
- 40 Das Gericht stellt zu diesen Punkten die Fragen drei bis fünf.

5. Vorlagefragen

41 Das Gericht legt dem Gerichtshof die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vor:

1. Erlauben Art. 135 Abs. 1 Buchst. i der Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem und der Grundsatz der steuerlichen Neutralität es einem Mitgliedstaat, von der Inanspruchnahme der in dieser Vorschrift vorgesehenen Steuerbefreiung nur elektronisch erbrachte Glücksspiele mit Geldeinsatz auszuschließen, während nicht elektronisch erbrachte Glücksspiele mit Geldeinsatz von der Mehrwertsteuer befreit bleiben?

2. Erlauben Art. 135 Abs. 1 Buchst. i der Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem und der Grundsatz der steuerlichen Neutralität es einem Mitgliedstaat, von der Inanspruchnahme der in dieser Bestimmung vorgesehenen Steuerbefreiung nur elektronisch erbrachte Glücksspiele oder Geldspiele auszunehmen, nicht aber Lotterien, die unabhängig davon, ob sie elektronisch erbracht werden oder nicht, von der Mehrwertsteuer befreit bleiben?

3. Ist es nach Art. 267 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union zulässig, dass ein höheres Gericht die Aufrechterhaltung der Wirkungen einer Vorschrift des innerstaatlichen Rechts beschließt, die es wegen eines Verstoßes gegen das innerstaatliche Recht für nichtig erklärt, ohne sich zu dem Verstoß gegen das Unionsrecht zu äußern, der ebenfalls vor ihm geltend gemacht wurde, und somit weder die Frage nach der Vereinbarkeit dieser Vorschrift des innerstaatlichen Rechts mit dem Recht der Europäischen Union zur Vorabentscheidung vorzulegen noch den Gerichtshof nach den Bedingungen zu fragen, unter denen das Gericht die Aufrechterhaltung der Wirkungen dieser Bestimmung trotz ihrer Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht beschließen könnte?

4. Durfte – falls eine der vorstehenden Fragen verneint wird – der Verfassungsgerichtshof zur Vermeidung von haushalts- und verwaltungstechnischen Schwierigkeiten, die die Rückerstattung bereits gezahlter Steuern verursachen würde, die früheren Wirkungen der Bestimmungen, die er aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit nationalen Regelungen über die Kompetenzverteilung für nichtig erklärt hat, aufrechterhalten, obwohl diese Bestimmungen auch mit der Mehrwertsteuerrichtlinie 2006/112/EG des Rates unvereinbar waren?

5. Falls die vorstehende Frage verneint wird, kann dem Steuerpflichtigen die Mehrwertsteuer erstattet werden, die er auf die tatsächliche Bruttogewinnspanne der von ihm veranstalteten Spiele und Wetten gezahlt hat, und zwar auf der Grundlage von Bestimmungen, die mit der Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom

28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem und dem Grundsatz der steuerlichen Neutralität unvereinbar sind?

ARBEITSDOKUMENT