

Verwaltungsgerichtshof

Zlen. A 2016/0002 und 0003-1

(Ro 2015/16/0038 und 0039)

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Zorn und die Hofräte Dr. Mairinger und Dr. Thoma, Hofrätin Mag. Dr. Zehetner sowie Hofrat Mag. Straßegger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Berger, in der Revisionssache des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel in 1030 Wien, Marxergasse 4 (protokolliert zur Zl. Ro 2015/16/0038), sowie der M-gesellschaft m.b.H. in B, vertreten durch die Diwok Hermann Petsche Rechtsanwälte LLP & Co KG in 1010 Wien, Schottenring 25 (protokolliert zur Zl. Ro 2015/16/0039), gegen das Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes vom 31. Juli 2015, Zl. RV/7104157/2014, betreffend Glücksspielabgabe nach § 58 Abs. 3 GSpG, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Gemäß Art. 140 Abs. 1 B-VG wird an den Verfassungsgerichtshof der Antrag gestellt,

§ 58 Abs. 3 des Glücksspielgesetzes, 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.

B e g r ü n d u n g :

Die Zweitrevisionswerberin veranstaltete gemeinsam mit der M P GmbH & Co KG in der Zeit vom 15. November bis 19. Dezember 2012 in Deutschland, Luxemburg und Österreich ein "G Gewinnspiel", in dessen Rahmen

(28. Jänner 2016)

entweder für "G Spielsticker", die auf Verpackungen von Produkten der Kette angebracht waren, Sofortgewinne eingelöst oder durch Zusammenfügung einander ergänzender Sticker auf einem "Gewinnspielflyer", der bis Ende des Jahres 2012 einzusenden war, so genannte "Sammelgewinne" erzielt werden konnten.

Mit Bescheid vom 4. April 2014 setzte das Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel gegenüber der Zweitrevisionswerberin die Glücksspielabgabe gemäß § 58 Abs. 3 GSpG mit € 12.440.078,36 fest, wogegen die Zweitrevisionswerberin Beschwerde erhob. Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Bundesfinanzgericht dieser Beschwerde teilweise statt und setzte die Glücksspielabgabe gemäß § 58 Abs. 3 GSpG mit dem Betrag von € 2.443.069,08 fest; weiters sprach das Gericht aus, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig sei.

Das Gericht gelangte unter Ausscheidung der schon nach den publizierten Spielbedingungen nur in Deutschland erhältlichen Gewinne, jedoch auch unter - von der Abgabenbehörde bekämpfter - Beschränkung auf einen "Österreichischen Preispool" (d.h. auf Gewinne, die nicht nach den Spielbedingungen, sondern offenbar nach der Intention der Veranstalter für Teilnehmer in Österreich "zu erhalten" gewesen seien) und unter näherer Darlegung der Bewertung dieser Gewinne zu einer Bemessungsgrundlage von € 46.861.381,60.

Gegen dieses Erkenntnis richten sich einerseits die Amtsrevision des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel und andererseits die Revision der Veranstalterin.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die beiden Revisionen zur gemeinsamen Behandlung verbunden.

Während die Amtsrevision die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Erkenntnisses zusammengefasst in einer rechtswidrigen Beschränkung der Bemessungsgrundlage auf einen "Österreichischen Preispool" sowie in der Unrichtigkeit der Bewertung einzelner in Aussicht gestellter Preise sieht, erblickt die

Revision der Veranstalterin die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Erkenntnisses im Wesentlichen in der unzutreffenden Einbeziehung einzelner "Sofortgewinne" sowie von Gutscheinen und in der ihrer Ansicht nach unrichtigen Bewertung einzelner Preise.

Beide Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens haben Revisionsbeantwortungen erstattet, in denen sie ihr jeweiliges Vorbringen und ihre Anträge aufrechterhalten.

Zur Darstellung der im Revisionsfall maßgebenden Rechtslage wird gemäß § 43 Abs. 2 und 9 VwGG auf den Beschluss vom 25. November 2015, A 2015/0011 (vom Verfassungsgerichtshof unter G 650/2015 in Behandlung genommen), verwiesen.

Ausgehend vom möglichen Wortsinn des Tatbestandes des § 58 Abs. 3 GSpG, der die Grenze jeder Interpretation zieht, begegnet der vom Gericht gewählte, jedoch von der Amtsrevision gerügte Ansatz, die Bemessungsgrundlage auf einen aus der Sicht des Veranstalters gebildeten "Preispool" zu beschränken, dem Bedenken, dass der Tatbestand des § 58 Abs. 3 GSpG auf die (auch) der inländischen Öffentlichkeit in Aussicht gestellten vermögenswerten Leistungen (Gewinne) abstellt, womit für die Bestimmung der in Aussicht gestellten abgabenrelevanten vermögenswerten Leistungen (die Bemessungsgrundlage) der Empfängerhorizont der inländischen Öffentlichkeit und nicht eine Intention des Veranstalters maßgeblich ist.

Allerdings erhebt sich bei einem Verständnis des § 58 Abs. 3 GSpG, dass sich auch bei grenzüberschreitenden Glücksspielen die Glücksspielabgabe nach § 58 Abs. 3 GSpG anhand der gesamten (auch) der inländischen Öffentlichkeit in Aussicht gestellten vermögenswerten Leistungen (Gewinn) zu bemessen ist, das weitere Bedenken, dass damit lediglich vorausgesetzt ist, dass sich das Gewinnspiel (auch) an die inländische Öffentlichkeit "richtet": irgend ein Umfang der Teilnahme vom Inland aus ist damit nicht vorausgesetzt; als hinreichender Sachverhalt mit

Inlandsbezug, der allein die Abgabepflicht auslöst, verbleibt die "Auslobung" im Inland. Damit entfernt sich der Begriff des Glücksspiels nach § 58 Abs. 3 GSpG von der grundsätzlichen Definition in § 1 Abs. 1 GSpG und dem Begriff des "Spiels", bei dem es sich um einen Glücksvertrag handelt, der eine aktive Teilnahme voraussetzt, wie es etwa auch bei der Bemessungsgrundlage "Einsatz" bei Ausspielungen (§ 2 Abs. 1 GSpG) in § 57 Abs. 1 GSpG zum Ausdruck kommt.

Auch wenn man davon ausginge, dass die Glücksspielabgabe nach § 58 Abs. 3 GSpG eine - dem Gesetz nicht erschließbare - Mindestbeteiligung "aus dem Inland" voraussetzte, stünde einem solchen Verständnis immer noch das Bedenken entgegen, dass die Besteuerung unter unsachlicher Entfernung vom System des Glücksspielgesetzes und damit in exzessiver Weise an Sachverhalte anknüpfen würde.

Wohl kommt nach der Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts dem Gesetzgeber ein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zu. Allerdings verlangt der auch den Gesetzgeber bindende Gleichheitsgrundsatz Regelungen, die sachlich gerechtfertigt werden können, und normiert ein umfassendes Sachlichkeitsgebot, wobei unverhältnismäßige Regelungen zur Unsachlichkeit führen können (vgl. etwa VfSlg. 14.503/1996 sowie VfSlg. 15.771/2000).

Ausgehend von der Zielrichtung der Neufassung des § 58 Abs. 3 GSpG durch das AbgÄG 2011, einen - wohl nicht nur grundsätzlichen - Inlandsbezug für die Besteuerung von Preisausschreiben zu schaffen, verfehlt das Tatbestandselement "wenn sich das Gewinnspiel (auch) an die inländische Öffentlichkeit richtet" eine sachlich differenzierte Anknüpfung der Besteuerung, namentlich der Höhe der Glücksspielabgabe, an einen konkreten (inländischen) Sachverhalt.

Mit diesem Ergebnis hegt der Verwaltungsgerichtshof auch das Bedenken, dass die Erwerbsfreiheit der Zweitrevisionswerberin nach Art. 6 StGG in unverhältnismäßiger Weise eingeschränkt wird (vgl. *Doralt*, Preisausschreiben: Weltweiter Geltungsbereich der Glücksspielabgabe? in RdW 2014, S 309 - 311).

Aus den dargelegten Bedenken heraus ist daher der aus dem Spruch ersichtliche Antrag zu stellen.

W i e n , am 28. Jänner 2016