

Schwerpunkt

Hausverlosung

Das Haus aus der Lotterie:  
Yes we can?

Nicht alles, wozu man Glück braucht,  
ist auch ein Spiel

Forum Immobilientreuhänder

Hausverlosungen oder:  
das Glück is' a Vogerl ...

Abgabenrecht

Zur Absetzbarkeit der Dachsanierung

§§ 1, 2, 4 GSpG

Glücksspielmonopol;  
Ausspielung;  
Hausverlosung

# Das Haus aus der Lotterie:

**Yes we can?** *Die Verlosung von Immobilien, aber auch anderer Vermögenswerte durch Private erfreut sich seit einigen Wochen großer Beliebtheit. Das Glücksspielmonopol des Bundes und die Abgrenzung zu vom Monopol nicht erfassten Glücksspielen, rückt die glücksspielrechtliche Betrachtung und damit Detailfragen des GlücksspielG in das Zentrum der Diskussion über die Zulässigkeit dieser Form des Immobilienvertriebs. Diese haben auch Auswirkungen auf die strafrechtliche Beurteilung.*

GEORG STREIT

## A. Our House

Nach dem Pokerboom rückte jüngst eine andere Form des Spiels mit dem Glück in den Fokus medialer Berichterstattung. Hausverlosungen scheinen ein ebenso einfacher wie effizienter Weg des Immobilienvertriebs zu sein und treffen offenbar auch auf erhebliches Interesse beim Publikum. Die Möglichkeiten, mit relativ geringem Einsatz eine „Traumvilla“ zu erwerben, werfen verwaltungs-, straf-, zivil- und steuerrechtliche Fragen zur Zulässigkeit und den Rahmenbedingungen der Durchführung der Immobilienlotterien auf. Von zentraler Bedeutung ist dabei die glücksspielrechtliche Beurteilung.<sup>1)</sup>

### 1. Glücksspielmonopol

*Glücksspiele* sind Spiele, bei denen die Entscheidung über Gewinn und Verlust zumindest überwiegend vom Zufall abhängt.<sup>2)</sup> Die Ausgabe von Losen zur Ermittlung des Gewinners einer Liegenschaft durch Ziehung stellt zweifellos ein Glücksspiel dar. Nicht notwendiger Weise folgt daraus aber, dass diese Spiele aufgrund des *Glücksspielmonopols* gem § 3 GSpG jedenfalls dem Bund vorbehalten sind, kennt das GSpG doch explizit auch Monopolausnahmen. Neben bestimmten Automatenspielen und einigen weiteren Ausnahmen<sup>3)</sup> unterliegen auch Glücksspiele, die nicht in Form einer *Ausspielung* durchgeführt werden, wenn alternativ<sup>4)</sup> – wie bei Hausverlosungen – kein Bankhalter<sup>5)</sup> mitwirkt oder der Einsatz mit € 0,50 begrenzt ist, nicht dem Glücksspielmonopol.<sup>6)</sup>

### 2. Ausspielung

Entscheidend für die glücksspielrechtliche Beurteilung ist somit der Begriff der Ausspielung. Liegt eine solche nicht vor, fällt die Hausverlosung nicht unter das Glücksspielmonopol.<sup>7)</sup> § 2 Abs 1 GSpG definiert die Ausspielung als Glücksspiel, bei dem ein *Unternehmer* den Spielteilnehmern für eine vermögensrechtliche Leistung eine ebensolche Gegenleistung in Aussicht stellt. Das Ministerium des für den Vollzug des GSpG zuständigen Finanzministers<sup>8)</sup> vertritt auf seiner Website die Ansicht, dass Hausverlosungen solange glücksspielrechtlich zulässig sind, als diese keine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit darstellen, weil damit die Tatbestandsvoraussetzung *Unternehmer* nicht erfüllt ist.<sup>9)</sup> Beispielhaft führt das Finanzministerium an, dass bei einer einmaligen Verlo-

sung ohne Wiederholungsabsicht keine nachhaltige Tätigkeit vorliege und knüpft dabei an den Unternehmerbegriff des USt-Rechts, aber wohl auch der GewO an.

### 3. Unternehmer

Nach der Rechtsprechung kann zwar auch eine einmalige Handlung als regelmäßige und somit gewerbsmäßige Tätigkeit gelten, doch müssen dafür die Begleitumstände den Schluss zulassen, es werde bei der einmaligen Handlung nicht sein Bewenden haben und die Absicht zeigen, daraus eine fortlaufende Einkommensquelle zu erschließen.<sup>10)</sup> Die Einmaligkeit der Hausverlosung allein kann daher deren Qualifikation als Ausspielung nicht ausschließen, die Rechtsauffassung des Finanzministeriums ist aber dennoch zutreffend: Der Gesetzgeber stellt dem Wort *Unternehmer* in Klammern das Wort *Veranstalter* nach. Nicht zwingend muss daraus aber folgen, dass es für das Vorliegen einer Ausspielung auf eine unternehmerische Tätigkeit nicht mehr ankommt.<sup>11)</sup> Der Gesetzgeber spricht eben auch, und zwar vorangestellt, vom *Unternehmer*. Die Reduktion dieser Wendung auf den bloßen Veranstalter greift daher zu kurz. Vielmehr ist aus dem Zweck des GSpG abzuleiten, dass diesem eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zu Grunde

Mag. Georg Streit ist Partner der Höhe, in der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH, Wien.

Kontakt: office@h-i-p.at

- 1) Ausschließlich diese ist Gegenstand dieses Beitrags, die übrigen rechtlichen Aspekte werden in den anderen Abhandlungen in diesem Heft erörtert.
- 2) § 1 Abs 1 GSpG, BGBl 1989/620. Der Glücksspielbegriff des GSpG ist mit jenem des § 168 StGB deckungsgleich, vgl *Schwartz/Wohlfahrt, GlücksspielG<sup>2</sup>* (2006) § 1 Rz 3 mwN.
- 3) Siehe § 4 Abs 2–4 GSpG.
- 4) *Schwartz/Wohlfahrt, GlücksspielG<sup>2</sup>* (2006) § 4 Rz 6.
- 5) Das ist idR derjenige, der die Kasse verwaltet und selbst gegen die anderen Spielteilnehmer spielt, vgl *Schwartz/Wohlfahrt*, aaO § 4 Rz 5.
- 6) § 4 Abs 1 GSpG.
- 7) Bei Vorliegen einer weiteren oben genannten alternativen Voraussetzung.
- 8) § 60 Z 3 GSpG.
- 9) [www.bmf.gv.at/glcksspielmonopol/hufiggestelltefrage\\_752/\\_start.htm](http://www.bmf.gv.at/glcksspielmonopol/hufiggestelltefrage_752/_start.htm) (Stand 19. 2. 2009).
- 10) ZB VwGH 17. 9. 1986, Zl. 84/01/0288 VwSlg 12224 A/1986.
- 11) AA *Schwartz*, Auch beim ersten Mal gilt das Gesetz, Rechtspanorama 20. 1. 2009.

liegt, wie auch *Schwartz/Wohlfahrt* attestieren.<sup>12)</sup> Das Wort „Veranstalter“ ist offenkundig als Klarstellung zu verstehen, wer mit „Unternehmer“ gemeint ist, nämlich die vom Spieler verschiedene Person.<sup>13)</sup>

## B. Play the Game

Die Monopolausnahme gem § 4 Abs 1 GSpG soll im Privatbereich durchgeführte Glücksspiele entkriminalisieren,<sup>14)</sup> was für die Annahme spricht, dass dem Begriff Veranstalter keine gesonderte Bedeutung zukommt. Die gegenteilige Ansicht des VwGH<sup>15)</sup> ist dem Gesetzestext ebenso wenig explizit zu entnehmen, wie in den Gesetzesmaterialien<sup>16)</sup> angeführt.<sup>17)</sup> Zudem ist zu berücksichtigen, dass bei Hausverlosungen, anders als beim jener Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt, der Verloser keinen über den Wert der Immobilie (allenfalls samt Zubehör) hinausgehenden Ertrag aus der Summe der Losverkäufe erhält.<sup>18)</sup>

Die einmalige, nicht auf wiederkehrende Einnahmenerzielung gerichtete Hausverlosung ist damit nicht mehr als Ausspielung zu sehen, wenn sie nicht gewerblich organisiert wird.<sup>19)</sup> Sie fällt nicht unter das Glücksspielmonopol.<sup>20)</sup> Plattformen, die Hausverlosungen organisieren, sind damit aber vom Ausspielungsbegriff und damit auch vom Glücksspielmonopol umfasst, die Durchführung von Hausverlosungen über derartige gewerbliche Plattformen wäre daher in der Tat unzulässig. Gleiches muss dann gelten, wenn der aus der Verlosung erzielte Erlös über den Wert des Verlosungsgegenstands zuzüglich der Administrationskosten hinaus geht, weil dann vom Erschließen einer Erwerbsquelle iSd Judikatur zur GewO<sup>21)</sup> auszugehen ist.

Die Qualifikation der Hausverlosung als Monopolausnahme, die somit nicht bewilligungspflichtig ist,<sup>22)</sup> kann für die strafrechtliche Beurteilung maßgeblich sein, sprechen doch gute Gründe dafür, § 168

StGB nicht auf gesetzliche Monopolausnahmen anzuwenden.<sup>23)</sup>

- 12) *Schwartz/Wohlfahrt*, Der glücksspielrechtliche Ausspielungsbegriff, ÖJZ 1999, 339.
- 13) Vgl *Schwartz*, Strukturfragen und ausgewählte Probleme des österreichischen Glücksspielrechts (1998) 99, der den Veranstaltungsbegriff des GSpG daher auch enger sieht als jenen des § 168 StGB; *Segalla*, Glücksspiel- und Wettrecht in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts II<sup>2</sup> (2007) 255.
- 14) *Erlacher*, Glücksspielgesetz<sup>2</sup> (1997) 15. Dass, wie *Schwartz/Wohlfahrt* (in GlücksspielG<sup>2</sup> § 4 Rz 4) ausführen, dies den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen ist, macht diese Aussage noch nicht unrichtig.
- 15) VwGH 25. 7. 2008, Zl. 86/17/0062 VwSlg 6523 F/1990 = ÖStZB 1991, 326.
- 16) 1067 BeilStenProtNR XVII. GP 16.
- 17) Diese verwenden vielmehr den Begriff „Unternehmer“ in der Folge ohne den Zusatz „(Veranstalter)“.
- 18) Daher ist der Vergleich mit einer privat veranstalteten Lotterie „6 aus 45“ (*Schwartz*, Rechtsparorama) nicht passend, wird bei dieser ja idR auch bei einmaliger Veranstaltung die Gewerbsmäßigkeit (iSd GewO) anzunehmen sein.
- 19) Was nach Ansicht des BMF (FN 9) auch dann nicht der Fall ist, wenn ein Rechtsanwalt oder Notar mitwirkt.
- 20) Die Rechtslage in Deutschland – und damit die Unzulässigkeit der Hausverlosung, vgl VG München 9. 2. 2009, M 22 S 09.300 – ist nicht auf Österreich übertragbar, da der Ausspielungsbegriff in D anders definiert ist.
- 21) Vgl FN 10.
- 22) [www.bmf.gv.at/glcksspielmonopol/hufiggestelltefrage\\_752/\\_start.htm](http://www.bmf.gv.at/glcksspielmonopol/hufiggestelltefrage_752/_start.htm) (Stand 19. 2. 2009). Eines Rückgriffs auf das Gemeinschaftsrecht, das erst bei grenzüberschreitendem Sachverhalt unmittelbar von Relevanz sein könnte, bedarf es daher nicht.
- 23) Näher dazu *Oppolzer* in diesem Heft, S 77 f, vgl auch *Schwartz/Wohlfahrt*, Der glücksspielrechtliche Ausspielungsbegriff, ÖJZ 1999, 339.

### SCHLUSSSTRICH

*Privat veranstaltete Hausverlosungen, bei denen kein den Wert der Immobilie übersteigender Erlös angestrebt und erzielt wird, dürften vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen sein und keiner Bewilligungspflicht unterliegen.*