

Wirtschaftskammer Österreich
Fachverband Gastronomie
Wiedner Hauptstraße 63
Postfach 114
1045 Wien

Wien, am 1. Juni 2016

Sehr geehrte Damen und Herren!

Ich beziehe mich auf Ihre E-Mails vom 20., 21. und 24. Mai 2016. Sie haben mich mit der Prüfung der Frage beauftragt, ob die Gleichstellung politischer Parteien in Bezug auf eine gastronomische Tätigkeit mit gemeinnützigen Vereinen verfassungsrechtlich zulässig wäre.

Ich erstatte dazu nachstehendes

RECHTSGUTACHTEN.

I. Geltendes Recht

Gemäß § 2 Abs 1 Z 25 GewO sind die Verabreichung von Speisen und der Ausschank von Getränken im Rahmen und Umfang von Veranstaltungen im Sinne des § 5 Z 12 KStG durch Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie durch sonstige juristische Personen, die im Sinne der §§ 34ff BAO gemeinnützig sind, vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung weitgehend ausgenommen. Gemäß § 5 Z 12 KStG sind Betriebe gewerblicher Art von Körperschaften des öffentlichen Rechts unter bestimmten Voraussetzungen von der unbeschränkten Körperschaftssteuerpflicht befreit; zu diesen Voraussetzungen gehört, dass der Betrieb ausschließlich in der entgeltlichen Durchführung von geselligen Veranstaltungen aller Art in der Dauer von höchstens 4 Tagen im Jahr erfolgt, dass die Veranstaltungen nach außen erkennbar zur materiellen Förderung eines gemeinnützigen Zwecks (§§ 35, 37 und 38 BAO) abgehalten werden, die Erträge aus der jeweiligen Veranstaltung nachweislich für diesen Zweck verwendet werden und die Veranstaltungen höchstens an 3 Tagen im Jahr gastgewerbliche Betätigungen durchführen.

Mit der Ausnahme von der unbeschränkten Körperschaftssteuerpflicht gemäß § 5 Z 12 KStG ist auch eine Ausnahme vom UStG verbunden (§ 2 Abs 3 UStG).

Mit der weitgehenden Steuerbefreiung von Betrieben gewerblicher Art von Körperschaften des öffentlichen Rechts und sonstigen gemeinnützigen Rechtsträgern wie zB Vereinen soll die Verfolgung von Aufgaben, die dem Gemeinwohl dienen mit steuerlichen Vorteilen verbunden werden. Die Verfolgung von gemeinwohlorientierten Aufgaben durch private Körperschaften entlastet staatliche Einrichtungen und begründet die Förderungswürdigkeit (vgl *Stoll*, Bundesabgabenordnung, Kommentar I [1994] 428 f).

II. Geplante Neuregelung

Sie haben mir mitgeteilt, dass derzeit Überlegungen angestellt werden, in Zukunft politische Parteien und ihre Vorfeldorganisationen den Regelungen zu unterwerfen, wie sie für kleine Vereinsfeste (gemeinnützige Vereine; *Stoll*, aaO 434f mwN) vorgesehen sind. Dies bedeutet, dass politische Parteien und deren Vorfeldorganisationen dieselben Begünstigungen erhalten sollen, wie sie derzeit für gemeinnützige Vereine vorgesehen sind. Dabei sollen Vereine und politische Parteien für Zwecke des kleinen Vereinsfestes unabhängig von ihrer Rechtsstruktur auf Ortsebene als separate Körperschaften gelten.

III. Die Gleichsetzung von gemeinnützigen Vereinen und politischen Parteien im Hinblick auf die Anwendung von Steuervorschriften

Die im § 34 Abs 2 BAO vorgesehene steuerliche Begünstigung von Vereinen gleich wie bestimmte Betriebe von öffentlich-rechtlichen Körperschaften, die gemeinnützige Zwecke verfolgen beruht auf der Überlegung, dass die Förderung des Allgemeinwohls durch Vereine in einem gewissen Sinn zu einer Entlastung staatlicher Einrichtungen führt.

Politische Parteien können nicht als gemeinnützig qualifiziert werden. Der Zweck politischer Parteien ist es, auf die Willensbildung bei Bund, Land und Gemeinde Einfluss zu nehmen. Zu den wesentlichen Aufgaben einer politischen Partei gehört die Mitwirkung an der politischen Willensbildung (§ 1 Abs 2 PartG). Wie der Verwaltungsgerichtshof schon vor 20 Jahren zutreffend entschieden hat, werden politische Parteien nicht im Sinne der §§ 34ff BAO gemeinnützig tätig (vgl VwSlg 7126F/1996). Politische Parteien werden durch die öffentliche Hand gefördert und finanziert. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Tätigkeit politischer Parteien im öffentlichen Interesse gelegen ist. Politische Parteien dürfen

auch Spenden annehmen; ausgenommen sind freilich die in § 6 Abs 6 PartG genannten Spender. Dazu gehören auch öffentlich-rechtliche Körperschaften. Damit soll sichergestellt werden, dass politische Parteien neben der staatlichen Parteienfinanzierung nicht noch zusätzliche Mittel aus öffentlichen Haushalten lukrieren.

Zusammenfassend ist zu diesem Punkt zu bemerken, dass zwischen politischen Parteien und gemeinnützigen Vereinen ein wesentlicher Unterschied besteht. Die Verfolgung gemeinnütziger Aufgaben durch Vereine ist die Rechtfertigung für steuerliche Entlastungen. Die Tätigkeit politischer Parteien ist nicht gemeinnützig; das öffentliche Interesse an der Tätigkeit politischer Parteien wird durch eine relativ streng geregelte Parteienfinanzierung berücksichtigt.

IV. Die Gleichsetzung von gemeinnützigen Vereinen und politischen Parteien im Lichte des Gleichheitsgrundsatzes

Nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ist der Gesetzgeber durch den Gleichheitssatz verpflichtet an gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen zu knüpfen; Gleiches ist gleich, Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl zB VfSlg 2956, 11190, 11641, 13477, 14521, 19590; aus der Lit vgl zB *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ [2015] 693; *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz [2008] 152ff – alle mwN). Welche Umstände die Ungleichheit verschiedener Tatbestände begründen, ist nach der Relation dieser Tatbestände für vorgesehenen Rechtsfolge zu beurteilen (vgl zB *Mayer/Muzak*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁵ [2015] 606; *Pöschl*, Gleichheit 155; VfSlg 11190 uam). Relevant ist also ein Unterschied verschiedener Sachverhalte dann, wenn sich diese Sachverhalte im Hinblick auf die Rechtsfolge „wesentlich“ unterscheiden.

Beurteilt man die geplante Rechtsänderung im Hinblick auf diese verfassungsrechtliche Prämisse, so ist davon auszugehen, dass die steuerliche und gewerberechtliche Begünstigung von Vereinen durch deren Gemeinnützigkeit begründet wird. Da politische Parteien nicht als gemeinnützig zu qualifizieren sind (VwSlg 7126F/1996), ist ihre Gleichsetzung in steuerlicher und gewerberechlicher Hinsicht mit Vereinen nicht gerechtfertigt. Dies bedeutet, dass diese Gleichsetzung unsachlich und daher verfassungswidrig ist. Die geplante Gleichbehandlung von ungleichen Tatbeständen stellt geradezu ein Lehrbuchbeispiel einer verfassungswidrigen Regelung dar.

Zu beachten ist auch, dass die geplante Neuregelung in einem diametralen Widerspruch zu den Wertungen, auf denen § 6 Abs 6 PartG beruht, steht. Die Bestimmung verbietet ua Spenden an politische Parteien von öffentlich-rechtlichen Körperschaften (§ 6 Abs 6 Z 3 PartG); zu diesen gehören auch – und vor allem – die Gebietskörperschaften. Damit ist ein Verbot über die Parteienförderung hinausgehender staatlicher Zuwendungen an politische Parteien normiert (*Zögernitz/Lenzhofer, Politische Parteien – Recht und Finanzierung* [2013] 115f). Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass die geplante steuerliche Begünstigung von politischen Parteien einer mittelbaren – versteckten - Parteienfinanzierung dient. Politischen Parteien soll durch die geplanten Regelungen eine Steuerersparnis zu Lasten der öffentlichen Haushalte geboten werden. Damit liegt eine indirekte Parteienfinanzierung vor. Die geplante Neuregelung steht daher in einem klaren Wertungswiderspruch zu § 6 Abs 6 PartG (dazu zB *Eisner/Kogler/Ulrich, Recht der politischen Parteien* [2012] 74f), der zusätzliche Begünstigungen von politischen Parteien (Spenden) durch öffentlich-rechtliche Körperschaften verbietet. *Holoubek* hat zutreffend darauf hingewiesen, dass in den Fällen, in denen der Gesetzgeber eigene Wertungen nicht konsequent durchhält oder aus Änderungen in einem bestimmten Rechtsbereich nicht die entsprechenden Konsequenzen in zusammenhängenden Materien zieht, ein gleichheitswidriges Ergebnis indiziert ist (vgl *Holoubek, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes, ÖZW* 1991,

72 – hier: 74f). Die von *Holoubek* angeführten Beispiele mit denen er zeigt, dass der Verfassungsgerichtshof derartige Wertungswidersprüche genau prüft, stammen nicht zufällig aus dem Steuerrecht.

Die geplante Neuregelung ist auch aus einem weiteren Grund unsachlich und daher verfassungswidrig. Die Begünstigung politischer Parteien, die sich gastronomisch betätigen, gegenüber gewerberechtlich befugten Gastgewerbeberechtigten, führt zu einer massiven Ungleichbehandlung dieser Gastgewerbeberechtigten. Diese Ungleichbehandlung gewährt den politischen Parteien eine erhebliche Begünstigung im Konkurrenzverhältnis zu Gewerbebetrieben, die sachlich nicht rechtfertigbar ist. Politische Parteien werden durch den Staat großzügig finanziert (Parteienfinanzierung); die zusätzliche Einräumung steuerrechtlicher Begünstigungen gegenüber Gewerbebetrieben bedeutet eine versteckte Parteienfinanzierung durch eine Diskriminierung von anderen Marktteilnehmern.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die geplante Gleichbehandlung von Vereinen und politischen Parteien, die sich gastronomisch betätigen, in mehrfacher Hinsicht unsachlich und daher verfassungswidrig ist.

Univ. Prof. DDr. Heinz Mayer