

## **Rechtsgutachten**

zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Standortbewilligung nach der GSpGNov 2008 für  
kurz vor der Fertigstellung stehende VLT - Outlets

erstattet für die  
Österreichische Lotterien GmbH  
Rennweg 44  
1038 Wien

von

a. Univ.-Prof. Dr. Dieter Kolonovits, M.C.J.  
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht  
Universität Wien

<b>I. Sachverhalt und Fragestellung .....</b>	<b>1</b>
<b>II. Verfassungsrechtliche Bedenken aufgrund der Erwerbsausübungsfreiheit .....</b>	<b>3</b>
A. Maßstab des Grundrechts auf Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) für die Gesetzgebung .....	3
1. Grundrechtsträger und Schutzbereich .....	3
2. Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit .....	3
3. Zulässigkeit der gesetzlichen Beschränkung der Erwerbsausübungsfreiheit? .....	5
B. Prüfung der vorgeschlagenen Regelung in der GSPGNov 2008 am Maßstab der Erwerbsfreiheit .....	5
1. Zum Grundrechtsträger und zum Schutzbereich.....	5
2. Eingriff in die Erwerbsfreiheit .....	6
3. Rechtfertigung des Eingriffs? .....	8
a. Rechtfertigung der Standortbewilligung an sich?.....	8
b. Verhältnismäßigkeitsprüfung bei neuen Konzession nach § 5?.....	9
c. Verhältnismäßigkeitsprüfung bei fast fertig gestellten VLT-Outlets?.....	10
C. Ergebnis .....	11
<b>III. Verfassungsrechtliche Bedenken aufgrund des allgemeinen Vertrauensschutzes des Gleichheitssatzes.....</b>	<b>12</b>
A. Kriterien der Anwendung des aus dem Gleichheitssatz abgeleiteten Vertrauensschutzes auf Gesetze .....	12
1. Verschiedene Fallgruppen in der Rsp des VfGH zum Vertrauensschutz.....	12
2. Zur Relevanz des Schutzes „wohlerworbener Rechte“ .....	13
3. Zur Relevanz des Schutzes des Vertrauens für faktisch getroffene Dispositionen (wirtschaftliche Erwartungshaltungen) .....	14
B. Prüfung der vorgeschlagenen Regelung am Vertrauensschutz des Gleichheitssatzes für faktische Dispositionen.....	15
1. Berechtigtes Vertrauen.....	15
2. Eingriff von erheblichem Gewicht.....	16
3. Keine besonderen schwerwiegenden Umstände für die Rechtfertigung des Eingriffs – keine unmittelbare Gefahr für die Allgemeinheit .....	16
C. Ergebnis .....	18
<b>IV. Zusammenfassung .....</b>	<b>18</b>

## I. Sachverhalt und Fragestellung

### Sachverhalt:

Der Entwurf für eine GSpGNov 2008 enthält in seinem § 12a Abs 2 detaillierte Vorschriften über den Zugang zu elektronischen Lotterien (§ 12a Abs 1 idF des Entwurfs)<sup>1</sup> über zentralseitig vernetzte Terminals in öffentlich zugänglichen Betriebsräumlichkeiten (Video Lotterie Terminals – VLT). Für Betriebsräumlichkeiten mit mehr als drei Video Lotterie Terminals (VLT-Outlets) werden neue, umfassende Spielerschutzvorschriften vorgeschrieben (vgl § 12a Abs 2 Z 1 iVm § 5 Abs 2, § 12a Abs 3), die eine Anpassung und Umrüstung von bereits bestehenden VLT - Outlets erfordern. Dafür wird eine angemessene Übergangsfrist bis zum 1. Juni 2010 eingeräumt; die relevanten Vorschriften sollen nämlich erst mit diesem Zeitpunkt in Kraft treten (§ 61 Abs 20 Z 3 iVm § 12a Abs 2 Z 1 und § 12 Abs 3).

Für die Eröffnung von VLT - Outlets an neu zu errichtenden Standorten ist nach dem Entwurf – eine bisher nicht vorgesehene – Standortbewilligung des Bundesministers für Finanzen erforderlich, für deren Erteilung die neuen Vorschriften über die Standortbewilligung für „Automatensalons“ nach § 5 sinngemäß anzuwenden sind (§ 12a Abs 2 iVm § 5 Abs 10). § 61 Abs 20 Z 4 enthält eine spezielle Inkrafttretensbestimmung für die Standortbewilligung für VLT – Outlets: Demnach ist für die Eröffnung von VLT - Outlets an neuen Standorten sofort am Tag nach Kundmachung der GSpGNov 2008 im Bundesgesetzblatt (iSd § 61 Abs 20 Z 5) eine Standortbewilligung des Bundesministers für Finanzen erforderlich, für deren Erteilung § 5 Abs 10 sinngemäß gelten soll (so auch die Erläuterungen zur GSpGNov, Besonderer Teil, Zu Z. 5 und Z 27). Eine Kundmachung der GSpGNov 2008 vor dem 1. Jänner 2009 ist nicht ausgeschlossen (vgl § 61 Abs 20 Z 5).

Die bereits bestehenden VLT-Outlets werden von der Österreichischen Lotterien GmbH aufgrund einer aufrechten Konzession nach § 14 GSpG betrieben, welche auch das Recht zur Durchführung einer Ausspielung gemäß § 12a GSpG umfasst. Diese Konzession wurde zuletzt für den Zeitraum 1.1.2005 bis 30.09.2012 erteilt. Derzeit sind auch mehrere VLT-Outlets an neuen Standorten in konkreter Planung, wobei die Eröffnung in den kommenden Monaten (etwa Frühling/Sommer 2009) in Aussicht genommen ist. Die Planung der Eröffnung der VLT-Outlets an den neuen Standorten hat bei der Lotterien GmbH bereits beträchtliche Kosten verursacht. Eine Standortbewilligung nach dem GSpG ist für diese neuen Standorte nach bestehender Rechtslage nicht erforderlich.

Die geplante Anwendung der neuen Vorschriften der GSpGNov 2008 über die Standortbewilligung auf diese bereits kurz vor Fertigstellung befindlichen VLT-Outlets sofort nach dem Tag der Kundmachung der GSpGNov, also ohne angemessene Über-

---

<sup>1</sup> Alle weiteren Zitate von Rechtsvorschriften ohne nähere Angabe der Rechtsnorm beziehen sich auf das GSpG idF des Entwurfs für die gegenständliche GSpG-Novelle 2008.

- 2 -

gangsfrist, könnte folgende rechtliche Konsequenzen haben: Da die Konzessionärin die Standorte ohne Kenntnis der nun im Entwurf für eine GSpGNov 2008 vorgeschlagenen Regelungen für die Standortbewilligung (§ 12a Abs 2 iVm § 5 Abs 10) ausgewählt hat, könnte es sein, dass die geplanten neuen Standorte vom BMF nicht bewilligt werden, so dass die im Vertrauen auf die bisherige Rechtslage und die aufrechte Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG getätigten Investitionen völlig frustriert werden.

Durch die Verpflichtung zur sofortigen Antragstellung nach den neuen Voraussetzungen würde es auch in jenem Fall zu beträchtlichen zusätzlichen Kosten kommen, falls ein bereits geplanter Standort schlussendlich doch genehmigt wird. Diese zusätzlichen Kosten liegen etwa darin, dass vorher ein Sozialverträglichkeitskonzeptes iSd § 12a Abs 2 iVm § 5 Abs 10 für den Standort erstellt werden muss, was – abgesehen von den Kosten für die Erstellung des Konzeptes – auch zu beträchtlichen zeitlichen Verzögerungen der Eröffnung von VLT-Outlets führen kann, die aufgrund der bestehenden Rechtslage und Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG schon betrieben werden dürften. Damit könnte es zu beträchtlichen finanziellen Einbussen an den neuen Standorten mit bereits eröffnungsreifen VLT-Outlets kommen.

#### Zur Verfügung gestellte Unterlagen:

Als Grundlage für meine Beurteilung wurde mir der Begutachtungsentwurf des BMF für Finanzen eines Bundesgesetzes, mit dem das Glücksspielgesetz, das Umsatzsteuergesetz 1994, das Gebührengesetz 1957, das Abgabenverwaltungsorganisationsgesetz, das Finanzstrafgesetz und das Finanzausgleichsgesetz 2008 geändert werden (GSpG-Novelle 2008) zur Verfügung gestellt.

#### Fragestellung an den Gutachter:

Der Gutachter wurde um Beantwortung folgender Rechtsfrage aus verfassungsrechtlicher Sicht gebeten:

Ist die Einführung der Standortbewilligung durch die GSpGNov 2008 für bereits kurz vor Fertigstellung befindliche VLT - Outlets, die aufgrund einer aufrechten Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG konkret geplant wurden und nach bisheriger Rechtslage ohne weitere Voraussetzung eröffnet werden können, sofort nach Kundmachung der GSpGNov 2008, also ohne eine angemessenen Übergangsfrist, im Hinblick auf das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit und den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (Vertrauensschutz) zulässig?

Dazu erlaube ich mir folgendes

#### **Rechtsgutachten**

zu erstatten.

## II. Verfassungsrechtliche Bedenken aufgrund der Erwerbsausübungsfreiheit

### A. Maßstab des Grundrechts auf Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) für die Gesetzgebung

#### 1. Grundrechtsträger und Schutzbereich

Grundrechtsträger des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) sind Staatsbürger und inländische juristische Personen; im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts geht die herrschende Lehre<sup>2</sup> von einer Ausdehnung auf Unionsbürger aus. Die Erwerbsfreiheit umfasst ihrem Schutzbereich nach jede Tätigkeit, die auf wirtschaftlichen Erwerb gerichtet ist, also jede Art von Vermögen zu erwerben. Sie erfasst also alle selbständigen und unselbständigen Tätigkeiten, die Ausübung von Gewerben nach der GewO sowie die von deren Geltungsbereich ausgenommenen Tätigkeiten.<sup>3</sup> Geschützt ist sowohl der Antritt als auch die Ausübung der Tätigkeit.

#### 2. Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit

Die Rechtsprechung unterscheidet einerseits subjektive Antrittschranken, die aus eigener Kraft überwunden werden können (zB Befähigungsnachweise) und andererseits objektive Antrittschranken (zB Bedarfsprüfungen, Höchstzahl von Bewilligungen), die der Betroffene, der alle subjektiven Voraussetzungen erfüllt, aus eigener Kraft nicht überwinden kann. Bei letzteren handelt es sich um schwere Eingriffe in die Erwerbsfreiheit, die nur zulässig sind, wenn sie durch besonders wichtige öffentliche Interessen begründet sind.<sup>4</sup>

Auch eine nachträgliche Einführung von Antritts- bzw Ausübungsschranken bedarf besonderer Gründe für ihre Rechtfertigung:<sup>5</sup> Wörtlich führte der VfGH aus: „Wird nämlich eine ursprünglich befugte Erwerbsausübung vom Gesetzgeber für die Zukunft verhindert, so werden dadurch schwerwiegende persönliche oder berufliche (und zumeist auch wirtschaftliche) Dispositionen enttäuscht, die der ursprünglich Berechtigte und grundrechtlich Geschützte im Vertrauen auf diesen Schutz traf. Wie schon der Wortlaut der grundrechtlichen Gewährleistung in Art 6 Abs 1 StGG deutlich macht, genießt danach nicht nur der Berufsantritt, sondern ganz besonders die fortgesetzte Ausübung des befug-

---

<sup>2</sup> Siehe zB *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup>, Rz 1494, mwN bei FN 1106.

<sup>3</sup> *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 2007, Rz 806, *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup>, Rz 1495.

<sup>4</sup> VfSlg 15.103/1998; 17.682/2005; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup>, 2007, Rz 1497 und Rz 1499.

<sup>5</sup> VfSlg 13.177/1992.

terweise angetretenen Berufes zu Erwerbszwecken verfassungsrechtlichen Schutz“ (VfSlg 13.177/1992). Dabei stellte der VfGH zutreffend auch eine ausdrückliche Verbindung dieser speziellen aus dem Grundrecht auf Erwerbsausübungsfreiheit abgeleiteten vertrauensrechtlichen Schutzwirkungen zu seiner Rsp her, die den (allgemeinen) Vertrauensschutz aus dem Gleichheitssatzes ableitet.<sup>6</sup> (dazu näher unten III.)

In diesem Sinn hat bereits *Thienel*<sup>7</sup>, dem der VfGH in VfSlg 13.177/1992 folgt, zutreffend darauf hingewiesen, dass das Grundrecht auf Erwerbsausübungsfreiheit eine „spezifische verfassungsrechtliche Vertrauensgarantie“ enthält: Dies erklärt sich dadurch, dass die Entscheidung für die Ausübung eines Berufes oder Gewerbes typischerweise eine auf Dauer angelegte Disposition darstellt: Indem das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit Einschränkungen des Antrittes und der Ausübung Schranken unterwirft, schütze es die mit diesen Dispositionen verbundenen Erwartungshaltungen. Die Erwerbsfreiheit stellt aber keine absolutes Verbot der Enttäuschung von Erwartungshaltungen dar: Die Beeinträchtigung des durch die Erwerbsfreiheit geschützten Vertrauens, ist zulässig, wenn sie die in der Rsp des VfGH für Eingriffe in die Erwerbsfreiheit geforderte Verhältnismäßigkeit aufweisen. Allgemeiner formuliert: Eingriffe in den in einen bestimmten Grundrecht enthaltenen „speziellen Vertrauensschutz“ sind nur nach den für die jeweiligen Grundrechtsbeschränkungen normierten Voraussetzungen zulässig.<sup>8</sup>

In VfSlg 13.177/1992 ging es um eine nachträgliche subjektive Antrittsschranke (bzw aus Sicht des Betroffenen, der bereits ein Gewerbe ausübte, um eine subjektive Ausübungsschranke für die weitere Ausübung seiner Tätigkeit: Erfordernis des Befähigungsnachweises in Form einer Konzession für ein bisher als freies Gewerbe ausgeübten Beruf). Umso mehr muss die spezifisch verfassungsrechtliche Vertrauensgarantie der Erwerbsfreiheit für nachträgliche Eingriffe durch objektive Ausübungsschranken (wie zB Bedarfsprüfung, Höchstzahl von Bewilligungen) gelten, die nicht aufgrund eigener Fähigkeiten und Qualifikationen überwunden werden können und nach der Rsp des VfGH zur Erwerbsfreiheit strengeren Schranken unterliegen als subjektive Voraussetzungen. In diesem Sinn betont auch *Holoubek*<sup>9</sup>, dass der VfGH auf die Prüfung nachträglicher Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen an den aus der Erwerbsfreiheit des Art 6 StGG folgenden spezifischen vertrauensschutzrechtlichen Bindungen des Gesetzgebers konsequent seinen unterschiedlich strengen allgemeinen Prüfungsmaßstab für Beschränkungen des Erwerbsantritts und der Erwerbsausübung überträgt.

---

<sup>6</sup> So auch *Holoubek*, Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz gegenüber dem Gesetzgeber, in Machacek/Pahr/Stadler (Hrsg), Grund- und Menschenrecht in Österreich, Band III (1997), 795 (820 f).

<sup>7</sup> *Thienel*, Vertrauensschutz und Verfassungsrecht (1990) 47.

<sup>8</sup> *Thienel*, Vertrauensschutz 51.

<sup>9</sup> *Holoubek*, Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz gegenüber dem Gesetzgeber, 822 f.



- 5 -

Keinen Schutz gewährt Art 6 StGG allerdings gegen Maßnahmen, die die Erwerbstätigkeit an einem bestimmten Ort bloß faktisch verhindern<sup>10</sup>; also die Erwerbstätigkeit nicht unmittelbar betreffen, sondern sie nur als „faktische Nebenwirkung“<sup>11</sup> verhindern: Also zB wenn durch raumplanerische Maßnahmen eine bestimmte Erwerbsbetätigung an einem bestimmten Ort faktisch verhindert wird, wenn dadurch lediglich die räumliche Verteilung der zu Erwerbszwecken genutzten Betriebsstätten, nicht aber die rechtliche Zulässigkeit bestimmter beruflicher Tätigkeiten als solche betroffen ist (zB VfSlg 14.179/1995, 14.685/1996 zu Beschränkung der Errichtung von Einkaufszentren; VfSlg 14.689/1996 zur Sonderwidmung für eine Schottersortieranlage)<sup>12</sup>.

### **3. Zulässigkeit der gesetzlichen Beschränkung der Erwerbsausübungsfreiheit?**

Der Gesetzgeber ist auf Grund des dem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung nach Art 6 StGG beigefügten Gesetzesvorbehaltes ermächtigt, die Erwerbsausübungsfreiheit zu beschränken, wenn das öffentliche Interesse die Beschränkung gebietet, und wenn sie zur Zielerreichung geeignet, dieser adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen ist (so die ständige Rsp des VfGH, vgl zB VfSlg. 17.960/2006, mwN). Damit umschreibt der VfGH (in etwas unscharfer Begrifflichkeit) die einzelnen Elemente, der Verhältnismäßigkeitsprüfung.<sup>13</sup>

## **B. Prüfung der vorgeschlagenen Regelung in der GSPGNov 2008 am Maßstab der Erwerbsfreiheit**

### **1. Zum Grundrechtsträger und zum Schutzbereich**

Die österreichische Lotterien GmbH ist als inländische juristische Person Grundrechtsträgerin der Erwerbsfreiheit nach Art 6 StGG und vom Schutzbereich dieses Grundrechts erfasst: Sie betreibt aufgrund einer aufrechten Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG, die „Elektronischen Lotterien“, zu denen auch die in Frage stehenden Video Lotterien Terminals (VLTs) gehören; es liegt also eine Tätigkeit vor, die auf wirtschaftlichen Erwerb gerichtet ist.

Die Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG wurde vom Bundesministerium für Finanzen zuletzt für den Zeitraum vom 1. 1. 2005 bis 30. 9. 2012, also für fast 8 Jahre erteilt.<sup>14</sup> Die mit 15 Jahren begrenzte Höchstdauer der Konzession (§ 14 Abs 3 Z 1 GSpG)

<sup>10</sup> Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 2007, Rz 887.

<sup>11</sup> Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup>, Rz 1496:

<sup>12</sup> Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 2007, Rz 887; siehe zB Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup>, Rz 1496, mwN.

<sup>13</sup> Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 2007, Rz 888.

<sup>14</sup> Vgl auch Schwartz/Wohlfahrt, Glücksspielgesetz. Kurzkomentar<sup>2</sup> (2006) § 12a, Rz 11..

entspricht nach Ansicht des Gesetzgebers (1067 BlgNR 17. GP, 18)<sup>15</sup> der geschäftsüblichen Amortisationszeit von Investitionen. Die Konzessionärin ist berechtigt aufgrund der genannten Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG die bestehenden Video Lottery Terminals (VLTs) an von ihr ausgewählten Standorten zu betreiben; auch die Anzahl der VLTs an dem jeweiligen Standort blieb ihrer Entscheidung überlassen. Die Konzessionärin konnte daher im Vertrauen auf die Rechtslage nach dem GSpG und auf das subjektive Recht aus dieser Konzession auch darauf vertrauen, neue Standorte in Form von Video Lottery Terminals zu planen und neu zu errichten.

Die Konzessionärin trifft überdies nach § 14 Abs 4 GSpG eine ausdrückliche Betriebspflicht betreffend der ihr übertragenen Glücksspiele; dadurch sollen nach Ansicht des Gesetzgebers (1067 BlgNR 17. GP, 18) die „fiskalischen Interessen des Bundes“ gesichert werden; damit ist der an den Bund abzuliefernde Abgabenertrag (insbesondere Konzessionsabgabe) gemeint. Ein Kriterium bei der Vergabe der Konzession ist, dass der Konzessionswerber erwarten lässt, dass er für den Bund den besten Abgabenertrag erzielt (§ 14 Abs 1 Z 1 GSpG). Die Verletzung dieser Bestimmungen kann letztendlich auch zum Entzug der Konzession führen (§ 14 Abs 6 GSpG).

Die Erwerbsfreiheit schützt alle Tätigkeiten, die auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtet sind. Schon daraus ergibt sich, dass die Konzessionärin einen wirtschaftlichen Erfolg zu Recht im Vertrauen auf die Rechtslage und ihre Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG anstrebte und durch Expansionsmaßnahmen und Anbieten von – auch gemeinschaftsrechtlich gebotenen<sup>16</sup> - alternativen modernen Modellen des Glücksspiels in Form von VLT - Outlets absichern will. Dieses Vertrauen wird durch die erwähnten Bestimmungen noch bestärkt: Nämlich dahingehend, dass bei Einhaltung dieser Voraussetzungen sie ihre Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG bis zum verliehenen Zeitpunkt ausüben kann.

## 2. Eingriff in die Erwerbsfreiheit

Der Eingriff in die Erwerbsfreiheit liegt darin, dass für die Ausübung der bestehenden Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG für VLT-Outlets an einem neuen Standort, eine zusätzliche rechtliche Bewilligung des Bundesministers für Finanzen notwendig ist, nämlich die durch Bescheid zu erteilende „Standortbewilligung“ (§ 12a Abs 2

---

<sup>15</sup> Vgl auch *Erlacher*, Glücksspielgesetz<sup>2</sup> (1997) 34; *Schwartz/Wohlfahrt*, Glücksspielgesetz. Kurzkomentar<sup>2</sup> (2006) § 14 Rz 33.

<sup>16</sup> Vgl insb EuGH 6. 3. 2007, C-338/04, *Placanica*, Rz 55, wonach der EuGH als zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können, auch staatliche Vorschriften anerkennt, die vorbeugen sollen, dass Glücksspieltätigkeiten zu kriminellen oder betrügerischen Zwecken ausgenützt werden. In dem Zusammenhang sei es erforderlich, dass die zugelassenen Betreiber eine „verlässliche und zugleich attraktive Alternative zu verbotenen Tätigkeit bereitstellen, was als solches das Angebot einer breiten Palette von Spielen, einen gewissen Werbeumfang und den Einsatz neuer Vertriebstechiken mit sich bringen kann“.



- 7 -

Z 1 iVm § 5 Abs 10). Es stellt sich die Frage, um welche Art von Eingriff es sich in bei der Standortbewilligung handelt. Dies ist anhand der vorgeschlagen gesetzlichen Kriterien für die Erteilung der Standortbewilligung zu prüfen. Das Bundesministerium für Finanzen hat insbesondere zu beachten:

- dass es zu keiner zu hohen regionalen Konzentration von Glücksspielangeboten nach §§ 5 (also der neu vorgesehenen Automatenalons), der VIT-Outlets (also jener Standorte, mit mehr als 3 Terminals) und § 21 (also Spielbanken) kommt,

- dass in einem Sozialverträglichkeitskonzept auch das örtlich verfügbare Angebot an terrestrischen Glücksspielangeboten darzulegen ist,

- dass in der Bewilligung auch die Höchstzahl der am Standort des VLT-Outlets betriebenen VLTs festzulegen ist.

Bei der Standortbewilligung handelt es sich inhaltlich daher nach dem System der GSpGNov 2008 um eine „Bedarfsprüfung“, also eine objektive Antrittsvoraussetzung für die Ausübung einer neuen Konzession nach § 5 für Automatenalons an einem bestimmten Standort. Ohne Standortbewilligung berechtigt die Konzession nach § 5 für Automatenalons nicht zum Betrieb von Glücksspielautomaten an dem jeweiligen nicht bewilligten Standort. In diesem Sinn führen die Erläuterungen zu § 5 idF der GSpGNov 2008 aus, dass mit der Konzession nur das „grundsätzliche Recht zum Betrieb von Glücksspielautomaten verbunden ist“.

Diese Ausgestaltung der Standortbewilligung soll für VLT-Outlets, die bereits auf Grundlage einer bestehenden Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG betrieben werden, übertragen werden: Aus Sicht der Konzessionärin, die aufgrund der aufrechten Konzession VLTs betreibt, handelt es sich daher um die nachträgliche Einführung einer objektiven Ausübungsschranke: Wird die Standortbewilligung nicht erteilt, ist ihr die Ausübung der Konzession an diesem Standort verboten! Damit wird der rechtliche Charakter der bestehenden Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG durch die Standortbewilligung für neue VLT-Outlets erheblich verändert: Die Konzession wird nämlich zu einem bloß grundsätzlichen Recht, das ohne die zusätzliche Standortbewilligung nicht in Anspruch genommen werden kann. Die Standortbewilligung ist also offenkundig nicht eine Maßnahme, die die Erwerbstätigkeit an einem bestimmten Ort bloß „faktisch“ verhindert, wogegen Art 6 StGG keinen Schutz gewähren würde (näher oben II.A.).

„Bedarfsprüfungen“ stellen einen besonders schweren Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit dar und bedürfen nach der Rsp des VfGH für ihre Rechtfertigung besonders wichtige öffentliche Interessen. Bei der nachträglichen Einführung von Beschränkungen ist zusätzlich auch die im Grundrecht auf Erwerbsausübungsfreiheit enthaltene spezifische verfassungsrechtliche Vertrauensgarantie zu beachten (näher oben II.A.).

### 3. Rechtfertigung des Eingriffs?

Im Folgenden wird die Rechtfertigung der Standortbewilligung zunächst in grundsätzlicher Hinsicht (a.) geprüft; dann wird genauer auf die Situation aus Sicht der Bewerber um eine neue Konzession für die Automatenalons nach § 5 (b.) und schließlich auf die gegenständliche spezielle Situation, der nachträglichen Einführung der Standortbewilligung für Standorte, die auf Grundlage einer aufrechten Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG bereits fast fertig gestellt sind, eingegangen (c.).

#### a. Rechtfertigung der Standortbewilligung an sich?

Der Eingriff ist zulässig, wenn er der Verhältnismäßigkeitsprüfung standhält, die sich in folgender Weise systematisieren lässt: Öffentliches Interesse, Geeignetheit (Tauglichkeit), Erforderlichkeit (gelindestes Mittel) und Adäquanz (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn).<sup>17</sup>

Als Erstes ist zu prüfen ob, das Ziel der Standortbewilligung im öffentlichen Interesse liegt: Nach ihren Tatbestandsmerkmalen soll die Standortbewilligung insbesondere dem öffentlichen Interesse des Spielerschutzes dienen. Die Erläuterungen zum Begutachtungsentwurf<sup>18</sup> formulieren in diesem Sinn, dass sie sicherstellen soll, dass es „in Teilen Österreichs nicht zu einer Überschwemmung von Glücksspielangeboten kommt. Die gezielte Steuerung trägt dem ordnungspolitischen Gedanken Rechnung“. Dabei handelt es sich um ein besonders starkes öffentliches Interesse, weil erfahrungsgemäß eine Spielsucht nicht nur die wirtschaftliche Existenz des Spielers gefährdet, sondern auch die „soziale Sicherheit der Familien und Kinder“.<sup>19</sup>

Die Standortbewilligung, die auch eine Höchstzahl von Automaten festlegt ist geeignet zur Verfolgung des Spielerschutzes: So kann etwa eine zu intensive regionale Konzentration zB in potentiell lukrativen Ballungszentren effektiv verhindert werden. Im Hinblick auf die damit verbundene Einschränkung der Erwerbsfreiheit ist sie auch erforderlich: Ein gelinderes Mittel ist nicht ersichtlich, weil die Republik ihr ordnungspolitisches Interesse auf Spielerschutz, das auch ein wesentliches Element für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit des Glücksspielmonopols des Bundes ist, effektiv wahrnehmen muss: Dazu bietet sich wie bei der Durchsetzung anderer wichtiger öffentlicher Interessen die hoheitliche Bedarfsprüfung geradezu an.

Zwischen dem öffentlichen Interesse auf Spielerschutz und der durch die Standortbewilligung verkürzten Erwerbsfreiheit muss eine angemessene Relation bestehen (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn; Adäquanz). Die Standortbewilligung muss also bei

---

<sup>17</sup> Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 2007, Rz 888 ff, mwN.

<sup>18</sup> Erläuterungen zum Begutachtungsentwurf, I. Allgemeiner Teil, 4. Spiegelstrich.

<sup>19</sup> Erläuterungen zum Begutachtungsentwurf, I. Allgemeiner Teil, 2. Spiegelstrich.

einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des durch sie bewirkten Eingriffs in die Erwerbsfreiheit und dem Gewicht der sie rechtfertigenden Gründe verhältnismäßig sein. Von der neuen Standortbewilligung sind grundsätzlich ab Kundmachung die Konzessionswerber um eine neue Konzession für Automatensalons nach § 5 und die Konzessionärin, die aufgrund einer bereits aufrechten Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG VLTs betreibt, betroffen. Daher soll die Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinn zunächst aus Sicht der Bewerber um eine neue Konzession nach § 5 durchgeführt werden und dann aus Sicht der Konzessionärin gemäß § 14 iVm § 12a GSpG, die bereits fast fertig gestellte VLT-Outlets eröffnen will.

#### **b. Verhältnismäßigkeitsprüfung bei neuen Konzession nach § 5?**

Stellt man die Verhältnismäßigkeitsprüfung aus Sicht der Bewerber um die neu vorgesehene Konzession für Automatensalons an, ist zu beachten, dass die Konzessionsvergabe durch das Bundesministerium für Finanzen nach vorheriger öffentlicher und transparenter Interessentensuche zu erfolgen hat (§ 5 Abs 1 GSpG), was erfahrungsgemäß gewisse angemessene Fristen beinhaltet. In dieser Zeit können die Bewerber beurteilen, ob eine Konzession mit Standortbewilligung in ihr wirtschaftliches Konzept passt. Sicher hat die Einschränkung auf bestimmte Standorte zur Folge, dass potentiell weniger Kunden angesprochen werden könnten, als es bei einer unbeschränkten Ausübung der Erwerbsfreiheit der Fall wäre. Diese Beschränkung ist aber eine Folge des gewichtigen öffentlichen Interesses des Spielerschutzes. Andererseits ist zu beachten, dass mit den Automatensalons das bisher in der Kompetenz der Länder liegende „kleine Glücksspiel“ nach § 4 Abs 2 GSpG ersetzt wird. Dieses war nur in 4 Bundesländern (Wien, Niederösterreich, Steiermark und Kärnten) landesrechtlich erlaubt, in allen anderen Bundesländern war es landesrechtlich verboten. Mit der bundesweiten Einführung einer Konzession für Automatensalons wird das Verbot hinfällig und in 5 Bundesländern sofort ab Kundmachung, und in den anderen 4 Bundesländern nach einer Übergangsfrist für das Auslaufen der landesrechtlichen Bewilligungen<sup>20</sup>, ein neuer „Markt“ eröffnet. Dieser kann nach potentiell zulässigen Standorten in angemessener Frist vor Antragstellung um eine Konzession von den Bewerbern beurteilt werden, und davon die Entscheidung über eine Antragstellung für eine Konzession nach der neuen Rechtslage des § 5 abhängig gemacht werden. Die Verkürzung der Erwerbsfreiheit durch die Standortbewilligung aus Spielerschutzgründen ist daher für künftige Bewerber um Konzessionen für Automatensalons nach § 5 nicht unverhältnismäßig: Es wird bundesrechtlich eine durch die Erwerbsfreiheit geschützte Tätigkeit in einem großen Bereich zugelassen, in dem sie bisher nicht ausgeübt werden konnte; die

---

<sup>20</sup> Für die bisherigen Betreiber des „kleinen Glücksspiels“ aufgrund landesrechtlicher Bewilligungen in den 4 Bundesländern wird eine Übergangsfrist bis 31. Dezember 2013 erteilt, in der sie ihre Konzession für die genehmigten Glückspielautomaten weiter ausüben dürfen. Dies erscheint insofern angemessen, als diese Konzessionen damit auslaufen und neue landesrechtliche Konzessionen ab Kundmachung der GSpGNov 2008 nicht mehr vergeben werden dürfen (vgl § 61 Abs 20 Z 6).

Einschränkung durch die Standortbewilligung dient dem gewichtigen öffentlichen Interesse des Spielerschutzes gerade im Hinblick auf den neu eröffneten Markt von Automaten-salons und die Bewerber können sich ausreichend auf diese rechtliche Situation einstellen und auch beurteilen, ob und wenn ja, in welchem Umfang sie Investitionen vornehmen wollen.

### **c. Verhältnismäßigkeitsprüfung bei fast fertig gestellten VLT-Outlets?**

Die Konzessionärin muss nach dem Entwurf für die GSpGNov für alle neuen Standorte von VLT-Outlets, die sie aufgrund ihrer aufrechten Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG errichten will, sofort ab Kundmachung eine Standortbewilligung einholen. Die Konzessionärin hat auf Grundlage ihrer aufrechten Konzession beträchtliche Investitionen für die Errichtung und Planung von VLT-Outlets an neuen Standorten gemacht. Die Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG wurde ihr von Anfang an ohne das zusätzliche Erfordernis einer Standortbewilligung erteilt; in diesem Sinn hat sie ihre Konzession in den letzten Jahren auch ausgeübt und mehrere VLT-Standorte errichtet. Im Rahmen des der Erwerbsfreiheit inne liegenden spezifischen verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes (siehe oben II. A.) durfte sie darauf vertrauen, dass in die Rahmenbedingungen ihrer geschützten Berufsausübung nur unter Einhaltung der Schranken des Grundrechts auf Erwerbsfreiheit, also insbesondere nur in verhältnismäßiger Weise, eingegriffen wird. Dadurch unterscheidet sich ihre rechtliche Lage grundlegend von jenen Mitbewerbern, die sich um eine neue Konzession nach § 5 bewerben wollen, die mit der GSpGNov 2008 überhaupt erst vorgesehen wurde. Die beträchtlichen Investitionen für die konkrete Planung und (nahezu vollendete) Fertigstellung der VLT-Outlets wären frustriert, wenn sie an diesen neuen Standorten die VLTs doch nicht betreiben dürfte. Die nachträgliche Standortbewilligung als Bedarfsprüfung führt in diesem Fall zu einem schweren Eingriff in die Erwerbsfreiheit der Konzessionärin. Das öffentliche Interesse des Spielerschutzes würde aber nicht in einem entsprechenden Verhältnis gefördert werden, wenn nur einige wenige fast fertig gestellte Standorte noch eröffnet werden dürfen, was der Gesetzgeber durch eine kurze und sachgerechte Übergangsfrist sehr einfach sicherstellen könnte.

Durch die kurze Übergangsfrist wird das Ziel des Gesetzgebers, den Spielerschutz durch die Standortbewilligung insbesondere auch dadurch zu gewährleisten, dass er die regionale Konzentration von Automaten-salons und VLT-Outlets zueinander in Beziehung setzen kann, nur unwesentlich beeinträchtigt. Dieses Ziel wäre nur dann gefährdet, wenn die Konzessionärin bis zur Konzessionsvergabe nach § 5 für Automaten-salons unbeschränkt, ohne Standortbewilligung zahlreiche VLT - Outlets einrichten könnte. Nur: Dieses Szenario wäre nur zu befürchten, wenn die VLT-Outlets von der Standortbewilligung ganz oder für einen längeren Zeitraum ausgenommen blieben. Durch eine kurze aber angemessene Übergangsfrist ist gewährleistet, dass nur die wenigen fast fertig gestellten VLT - Outlets eröffnet werden können, und danach auf alle anderen neuen Standorte von



- 11 -

VLT - Outlets ohnehin die Standortbewilligung zur Anwendung kommt. Die Beeinträchtigung des Spielerschutzes ist auch deswegen als gering einzustufen, weil ohnehin sogar alle bestehenden, und dann auch diese wenigen noch eröffneten Standorte, auf alle zusätzlichen verschärften Spielerschutzvorschriften iSd 5 Abs 2 umgerüstet werden müssen (vgl § 61 Abs 20 Z 3 iVm § 12a Abs 2 Z 1 und § 12 Abs 3; dazu oben I.).

Für die Gewichtung der Beeinträchtigung des Spielerschutzes durch diese einigen wenigen Standorte ist bei einer Gesamtabwägung auch in Anschlag zu bringen, dass nach der GSpGNov 2008 in den genannten 4 Bundesländern alle Automaten - ohne die Standortbewilligung (und damit die Ziele des Spielerschutzes der GSpGNov) erfüllen zu müssen - noch bis Ende des Jahres 2013 weiterbetrieben werden dürfen.

Für den Fall, dass der regionale Bedarf nach weiteren Glücksspielangeboten aufgrund der bereits fertig gestellten VLT-Outlets an diesem Standort nicht mehr besteht, kann dem Spielerschutz jedenfalls auch dadurch Rechnung getragen werden, dass allenfalls an diesem Standort kein neuer Automatensalon nach § 5 bewilligt werden dürfte. Ein bloßer Konkurrenzschutz<sup>21</sup> für sich allein für allfällige Konzessionswerber um neue Konzessionen nach § 5 gerade für diese wenigen fast fertig gestellten Standorte liegt nicht im öffentlichen Interesse und kann den Eingriff nicht rechtfertigen. Nach der kurzen Übergangsfrist würde im Übrigen ohnehin dann die Standortbewilligung auch auf neuen VLT-Outlets zur Anwendung kommen.

### **C. Ergebnis**

Die Vorschreibung einer Standortbewilligung ohne Einräumung einer kurzen und sachgerechten Übergangsfrist, welche die Eröffnung von bereits nahezu fertig gestellten VLT- Outlets sicherstellen könnte, ist ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit. Diese schützt nämlich typischerweise auf Dauer angelegte Tätigkeiten und enthält auch eine spezifische verfassungsrechtliche Vertrauensgarantie für die mit diesen auf Dauer angelegten Dispositionen verbundenen Erwartungshaltungen. Die Verkürzung des Grundrechts auf Erwerbsfreiheit durch den schweren Eingriff steht in keinem angemessenen Verhältnis zur Förderung des zwar grundsätzlich gewichtigen öffentlichen Interesses des Spielerschutzes, das aber im konkreten Fall durch die Zulassung von einigen, wenigen fast fertig gestellten Standorte nur unwesentlich beeinträchtigt werden würde.

---

<sup>21</sup> *Öhlinger, Verfassungsrecht*<sup>7</sup>, Rz 889, mwN; vgl zB VfSlg 13.555/1993, 15.700/1999; 15.740/2000.



### **III. Verfassungsrechtliche Bedenken aufgrund des allgemeinen Vertrauensschutzes des Gleichheitssatzes**

Nach der Prüfung des spezifischen Vertrauensschutzes, der im Grundrecht auf Erwerbsfreiheit enthalten ist, ist noch zu fragen, ob die Anordnung des Inkrafttretens der Vorschriften über die Standortbewilligung für fast fertig gestellte VLT-Outlets ohne Übergangsfrist unter Aspekten des aus dem Gleichheitssatz abgeleiteten allgemeinen Vertrauensschutzes verfassungsrechtlich zulässig ist.

#### **A. Kriterien der Anwendung des aus dem Gleichheitssatz abgeleiteten Vertrauensschutzes auf Gesetze**

##### **1. Verschiedene Fallgruppen in der Rsp des VfGH zum Vertrauensschutz**

Der VfGH betont in seiner Rsp seit jeher den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers: Dieser sei grundsätzlich frei, eine Rechtslage für die Zukunft anders, für den Bürger auch ungünstiger zu gestalten.<sup>22</sup> Dennoch hat er in seiner jüngeren Judikatur anknüpfend an das aus dem Gleichheitssatz abzuleitenden allgemeine Sachlichkeitsgebot eine mittlerweile selbständige Rechtsprechungslinie zum verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz des Gleichheitssatzes, freilich in verschiedenen Ausprägungen, entwickelt.<sup>23</sup> Der VfGH hat erst sukzessive die unterschiedlichen Problembereiche herausgearbeitet; dabei lassen sich auf Basis der bisherigen Judikatur im Einzelnen freilich nicht scharf von einander abzugrenzender Typen<sup>24</sup> unterscheiden: Nämlich die Rechtsprechungslinie

a) zum Schutz vor rückwirkenden belastenden Gesetzesänderungen (vor allem im Steuerrecht),

b) zum Schutz sogenannter „wohlerworbener Rechte (also zB sozialversicherungsrechtlicher oder auch privatrechtlicher Pensionsansprüche oder beamtenrechtlicher Ansprüche), vor Beschränkungen, die für die Zukunft wirken, sofern es sich um schwer wiegende und plötzliche Eingriffe in Rechtspositionen handelt, auf deren Bestand die Betroffenen mit guten Gründen vertrauen konnten, und

---

<sup>22</sup> VfSlg 14.960/1997; *Kucsko-Stadlmayer*, Der Schutz von auf öffentlich-rechtlicher Grundlage entstandenen „Anwartschaften“ vor gesetzlichen Eingriffen, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Vertrauensschutz im Abgabenrecht (2004) 93 (95).

<sup>23</sup> Zur Entwicklung dieser Rsp eingehend zB *Holoubek*, Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz gegenüber dem Gesetzgeber, in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd III (1997) 795 (798).

<sup>24</sup> Eingehend zB *Holoubek*, Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz gegenüber dem Gesetzgeber, 799 ff, mwN; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 2007, Rz 786 ff.

- 13 -

c) zum Schutz des Vertrauens wirtschaftlicher Erwartungshaltungen, also faktisch getroffener Dispositionen (insbesondere unternehmerische Investitionen) im Vertrauen auf den weiteren Bestand bestimmter Rechtsnormen.

Nach dem vorliegenden Sachverhalt wird keine rückwirkende Gesetzesänderung vorgesehen, sodass nur auf die Fallgruppe b) und c) näher einzugehen ist.

## 2. Zur Relevanz des Schutzes „wohlerworbener Rechte“

Die Fallgruppe b) betreffend des Vertrauensschutzes für „wohlerworbene Rechte“ ist nach *Kuckso-Stadlmayer*<sup>25</sup> in der Rsp des VfGH bei allen durch Gesetz eingeräumten subjektiv-rechtlichen Positionen, die dem einzelnen im Bereich der Renten- und Pensionsansprüche, im Dienst- und Besoldungsrecht der aktiven Beamten sowie im Sozialversicherungsrecht eingeräumt sind, relevant. Diese Konstellationen sind im vorliegenden Sachverhalt nicht gegeben.

Nur bisweilen wurde etwa auch die Frage der Verweigerung oder Entziehung behördlich eingeräumter Berechtigungen als Problem des Vertrauensschutzes von wohlerworbenen Rechten geprüft, worauf jüngst *Pöschl*<sup>26</sup> hingewiesen hat: Erwähnenswert ist in dem Zusammenhang das Erkenntnis VfSlg 16.582/2002, in dem es der VfGH für zulässig erachtete, dass der Gesetzgeber, zur Durchsetzung des gewichtigen öffentlichen Interesses der Sicherheit der Fleischuntersuchung durch wirksame Kontrollen (vor dem Hintergrund der BSE-Krise) den Amtstierärzten die durch Bescheid eingeräumte Berechtigung zusätzlich als Fleischuntersuchungsorgan einer bestimmten Gemeinde tätig zu werden, binnen einer Frist von einem Jahr entzog. Der betroffene Amtstierarzt machte einen Eingriff in diese „wohlerworbene Rechte“ und einen deutlichen Einkommensverlust durch Verbot dieser Tätigkeit geltend. Der VfGH hielt fest, dass Eingriffe in erworbene Rechtspositionen insbesondere dann zulässig sein können, wenn für einen bestimmten Zeitraum Übergangsregelungen geschaffen werden, die den Betroffenen die Möglichkeit einräumen, sich auf die zu ihrem Nachteil geänderte Rechtslage einzustellen; die Übergangsfrist von einem Jahr erachtete der VfGH als ausreichend.

Bei näherer Betrachtung hatte der Amtstierarzt aber nicht nur ein Vertrauen auf Beibehaltung seiner Position als Fleischuntersuchungsorgan, sondern ein vom Grundrecht auf Erwerbsfreiheit geschütztes Interesse darauf, sodass es sich in erster Linie um eine gesetzliche Regelung handelt, die im Rahmen des Grundrechts auf Erwerbsfreiheit zu prüfen ist. In diesem Sinn prüfte der VfGH auch die Regelung als eine die die Erwerbsausübung für den Betroffenen im nach hinein verbietet (bzw allgemein den Er-

---

<sup>25</sup> *Kuckso-Stadlmayer*, Der Schutz von auf öffentlich-rechtlicher Grundlage entstandenen „Anwartschaften“, 100.

<sup>26</sup> *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 845.

werbsantritt beschränkt) und erachtete sie - aufgrund der Übergangsfrist von einem Jahr - als verhältnismäßig und damit als zulässige Beschränkung.

Soweit es im vorliegenden Sachverhalt durch die neue Standortbewilligung um rechtliche Eingriffe in das der Konzessionärin durch Bescheid eingeräumte Recht zur Ausübung der Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG für VLTs geht, ist in erster Linie die Zulässigkeit im Rahmen des Grundrechts auf Erwerbsfreiheit zu prüfen (siehe oben II.). Der VfGH hat aber bisweilen – wie etwa das Erkenntnis VfSlg 16.582/2002 zeigt - auch unter Berufung auf den Vertrauensschutz des Gleichheitssatz eine angemessene Übergangsfrist für einen gewichtigen Eingriff in Rechte aus einer Konzession als wohlerworbene Rechtspositionen gefordert. Es wurde oben unter II. dargelegt, dass es sich bei der Standortbewilligung um einen schweren Eingriff in die bestehende Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG in Form einer nachträglichen objektiven Ausübungsvoraussetzung handelt; diese ist daher auch im Lichte des Schutzes für wohlerworbene Rechtspositionen nur unter Einräumung einer Übergangsfrist zulässig, die den Betroffenen die Möglichkeit einräumen, sich auf die zu ihrem Nachteil geänderte Rechtslage einzustellen.

### **3. Zur Relevanz des Schutzes des Vertrauens für faktisch getroffene Dispositionen (wirtschaftliche Erwartungshaltungen)**

Die Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessenpositionen von Privatpersonen, die im Vertrauen auf den Bestand bestimmter Rechtsnormen getroffen wurden („wohlbegründete Erwartungen“; Fallgruppe c), wurde in der Rsp des VfGH schließlich auch ohne Vorliegen einer bestimmten Rechtsposition am allgemeinen Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes gemessen und ein gewisser (eingeschränkter) Vertrauensschutz eingeräumt: Der Gesetzgeber ist verpflichtet, solche Rechtsnormen nur unter Beachtung dieser Dispositionen abzuändern.<sup>27</sup> So wurden für schwere Eingriffe in die Nutzung von Investitionsgütern entsprechende Übergangsvorschriften oder Einschleifregelungen verlangt (VfSlg 12.485/1990; 13.177/1992).<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Vgl zu dieser Fallgruppe im Rahmen des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes zB *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup>, Rz 1365 f; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 2007, Rz 788; *Berka*, Art 7 B-VG, Rz 96, in Schäffer/Rill (Hrsg), Bundesverfassungsrecht. Kommentar (1. Lfg 2001) und grundlegend *Holoubek*, Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz gegenüber dem Gesetzgeber, 812 ff, der vom „Schutz wirtschaftlicher Erwartungshaltungen spricht“; ihm folgend zB *Kucsko-Stadlmayer*, Der Schutz von auf öffentlich-rechtlicher Grundlage entstandenen „Anwartschaften“, 98f, die von Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessenpositionen spricht, die im Vertrauen auf eine bestimmte Rechtslage aufgebaut wurden.

<sup>28</sup> *Berka*, Art 7 B-VG, Rz 104, in Schäffer/Rill (Hrsg), Bundesverfassungsrecht. Kommentar (1. Lfg 2001).

## **B. Prüfung der vorgeschlagenen Regelung am Vertrauensschutz des Gleichheitssatzes für faktische Dispositionen**

Die Investitionen für die Eröffnung neuer VLTs wurden im vorliegenden Sachverhalt im Vertrauen auf den unveränderten Bestand der zuletzt für den Zeitraum vom 1. 1. 2005 bis 30.09. 2012 erteilten Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG gesetzt, wonach die Eröffnung neuer Standorte von VLTs keiner zusätzlichen Bewilligungen bedurfte. In den vergangenen Jahren wurden auch immer wieder neue Standorte geplant und eröffnet. Dieses Vertrauen auf die weitere Ausübung der Konzession ist durch den spezifischen Vertrauensschutz der Erwerbsfreiheit geschützt (oben II.).

Wollte man den Vertrauensschutz der Erwerbsfreiheit in enger Weise nur auf die rechtliche Ausübung der Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG beschränken und den Schutz auf die im Vertrauen auf die Konzession getätigten faktischen Dispositionen, nämlich wirtschaftliche Investitionen für die Planung und Errichtung von neuen Standorten, als nicht erfasst sehen, so ist jedenfalls der nach der Rsp des VfGH im allgemeinen Vertrauensschutz des Gleichheitssatzes angelegte Schutz von faktischen Dispositionen (Fallgruppe c) zu beachten.

### **1. Berechtigtes Vertrauen**

Die Konzessionärin hat beträchtliche Investitionen für die Planung und Fertigstellung mehrerer neuer VLT - Outlets im Vertrauen auf ihre aufrechte Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG getätigt; tritt das Erfordernis der Standortbewilligung sofort mit Kundmachung in Kraft, könnte es sein, dass die geplanten neuen Standorte vom BMF nicht bewilligt werden, sodass die im Vertrauen auf die bisherige Rechtslage und die aufrechte Konzession getätigten Investitionen frustriert werden (siehe oben I.). In VfSlg 13.177/1992 stellt der VfGH seine Ausführungen zur Erwerbsfreiheit (oben II.) auch in den Zusammenhang mit dem gleichheitsrechtlichen Vertrauensschutz von faktischen Dispositionen: Wird nämlich eine ursprünglich befugte Erwerbsausübung vom Gesetzgeber durch nachträgliche Erwerbsausübungsvoraussetzungen für die Zukunft verhindert, so werden dadurch schwerwiegende (meist auch wirtschaftliche) Dispositionen enttäuscht, die der ursprünglich Berechtigte und grundrechtlich Geschützte im berechtigten Vertrauen auf diesen Schutz traf. Die zuletzt auf nahezu 8 Jahre erteilte Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG dient gerade dazu, der Konzessionärin den Betrieb und die Eröffnung von neuen Standorten entsprechend der geltenden Rechtslage als subjektives Recht zu gewährleisten. Die im Gesetz normierte Betriebspflicht schafft auch einen Anreiz, neue Standorte zu planen und zu entwickeln, um den notwendigen wirtschaftlichen Erfolg zu gewährleisten, um die bestehende Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG, die auch entzogen werden kann, nicht zu gefährden (siehe näher oben II.; zum Aspekt, dass der Gesetzgeber einen Anreiz, schafft bestimmte Dispositionen zu treffen, ist etwa auch auf das Erkenntnis VfSlg 12.944/1991 zu verweisen, in dem der VfGH die Frustration von Investitionen in



lärmarme LKW, die im Vertrauen auf eine zuvor erlassene Ausnahme für solche LKW vom Nachtfahrverbot getätigt wurden, als Verletzung des Vertrauensschutzes sah.)

Der VfGH stellt im Erkenntnis 16.452/2002 noch darauf ab, dass es sich um „vor Versendung des Begutachtungsentwurfes – und deshalb in berechtigtem Vertrauen auf den Fortbestand der Rechtslage – getätigte Investitionen handelt“. Zu diesem Aspekt ist zu bemerken, dass der VfGH in späteren Erkenntnissen eindeutig klargestellt hat, dass sich der Bürger an der geltenden Rechtslage zu orientieren hat, daher kommt es für die Frage der „Plötzlichkeit“ des Eingriffes auf den Zeitpunkt der Publikation des Gesetzes an, Diskussionen im Vorfeld oder die Veröffentlichung einer Regierungsvorlage sind unmaßgeblich (vgl VfSlg 16.850/2003; 16.889/2003).

## **2. Eingriff von erheblichem Gewicht**

Zum Vertrauensschutz aus dem Gleichheitssatz führte der VfGH in VfSlg 13.177/1992 aus, dass er in ähnlicher Weise „bereits in seiner bisherigen Judikatur eine gesetzliche Regelung, die in bestehende Rechtspositionen eingreift, mit dem Gleichheitssatz für unvereinbar gehalten (hat), wenn die Normunterworfenen durch einen Eingriff von erheblichem Gewicht in einem berechtigten Vertrauen auf die Rechtslage enttäuscht wurden und nicht etwa besondere, schwerwiegendere Umstände diesen nachträglichen Eingriff verlangen (VfSlg. 11308 und 11309/1987, 11665 und 11741/1988; sowie zu rückwirkenden Gesetzen VfSlg. 12186 und 12241/1989, 12322/1990).“ Als Maßstab kommt es auch darauf an, dass ein schwerer Eingriff vorliegt; die Schwere des Eingriffes ist abzuwägen mit dem Gewicht der die Erwerbseinschränkung an sich rechtfertigenden öffentlichen Interessen; allenfalls können entsprechende Übergangsregelungen erforderlich sein. Es wurde gezeigt (siehe oben II.), dass die nachträgliche Einführung der Standortbewilligung einen schweren Eingriff darstellt, der zwar grundsätzlich für die Zukunft durch das gewichtige ordnungspolitische öffentliche Interesse des Spielerschutzes gerechtfertigt werden kann; jedoch würde im konkreten Fall eine kurze Übergangsfrist für einige wenige fast fertig gestellte VLT-Outlets das Spielerschutzinteresse kaum beeinträchtigen (siehe oben II.), aber auf der anderen Seite bewirken, dass es nicht zu einem schweren Eingriff durch Frustration der bereits getätigten hohen Investitionen kommt.

## **3. Keine besonderen schwerwiegenden Umstände für die Rechtfertigung des Eingriffs – keine unmittelbare Gefahr für die Allgemeinheit**

Der Vertrauensschutz für faktische Dispositionen muss nach den Sachlichkeitserwägungen der Rsp des VfGH zurücktreten, wenn „besonders, schwerwiegende Umstände“ (zB VfSlg 13.1777/1992) den nachträglichen Eingriff verlangen oder wenn der sofortige Eingriff notwendig ist, um „einer neu gewonnen Einsicht in eine besondere, für die Allgemeinheit unmittelbar zu erwartende Gefahr“ (zB VfSlg 12.485/1990; 16.452/2002) Rechnung zu tragen. Es wurde näher gezeigt (oben II.), dass das öffentliche Interesse des



Spielerschutzes nur in unerheblichem Ausmaß durch einige wenige zusätzliche Standorte beeinträchtigt werden kann. Das Erfordernis einer Standortbewilligung für fast fertig gestellte VLT-Outlets würde daher den Vertrauensschutz des Gleichheitssatzes verletzen, weil der schwere Eingriff durch keine besonderen, schwerwiegenden Umstände gerechtfertigt werden kann, die diesen Eingriff ohne jede Übergangsfrist notwendig machen.

In ganz ähnlicher Weise hat der VfGH in seinem Erkenntnis VfSlg 16.452/2002 die Frustration von Investitionen in eine – beinahe abgeschlossene – tatsächliche Einrichtung für eine Antennentragmast-Anlage („Handy-Mast“), die im Vertrauen auf die bestehende Rechtslage errichtet worden war und zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Rechtslage (neue Anzeige- bzw. Bewilligungspflicht des Standortes nach landesrechtlichen Vorschriften über den Natur- bzw. Ortbildschutz) zufällig noch nicht fertig gestellt war, als Verletzung des Vertrauensschutzes des Gleichheitssatzes gesehen. Er führte aus, dass zwar eine „Gefahr für die Allgemeinheit“ allenfalls von der (zu befürchtenden) Vielzahl zusätzlicher Mastenerrichtungen ausgehen könnte, jedenfalls aber nicht von diesem einzelnen, am „Stichtag“ zufälligerweise noch nicht abgeschlossenen Projekt ausgehe. Ganz ähnlich ist die Situation im vorliegenden Fall zu sehen: Eine unmittelbar zu befürchtende „Überflutung“ des Bundesgebietes mit unzähligen VLT – Outlets wäre freilich eine „Gefahr für die Allgemeinheit“ im Lichte der Beeinträchtigung des Spielerschutzes. Gerade dies ist aber bei der Zulassung einiger weniger fast fertiger Projekte durch eine kurze Übergangsfrist sachlicher Weise nicht zu befürchten.

Der VfGH ging in VfSlg 16.452/2002 im Ergebnis davon aus, dass die zuständige Verwaltungsbehörde daher in verfassungskonformer Auslegung des Gesetzes, die Anzeigepflicht für das fast abgeschlossene Projekte nicht vollziehen durfte. In direkter Anknüpfung an VfSlg 16.452/2002 hat der VwGH in seinem Erkenntnis vom 16. 4. 2004, 2001/10/0156 festgehalten, dass Regelungen, die Tatbestände erfassen, die zuvor keiner Eingriffsregelung unterlagen, in verfassungskonformer Auslegung auf „weit fortgeschrittene, im Vertrauen auf den Fortbestand der Rechtslage in Angriff genommene Vorhaben“ nur dann anzuwenden sind, wenn damit einer neu gewonnenen Einsicht in eine besondere, für die Allgemeinheit unmittelbar zu erwartende Gefahr, die den sofortigen Eingriff in die Rechtsposition verlangt, Rechnung getragen wird.

In VfSlg 12.485/1990 wird schließlich für die Gewährung des Vertrauensschutzes für faktische Investitionen auch darauf abgestellt, dass „eine weitere Nutzung oder wirtschaftliche Verwertung der betreffenden Investitionen überhaupt oder weitgehend unmöglich gemacht wird (so auch VfSlg 16.452/2002). Dies ist aber bei den spezifischen Betriebsstätten für VLT-Outlets, die auch von der Architektur her rund um die Aufstellung der VLTs herum konzipiert werden, die an aufwendige und teure Sicherheitsdatenleitungen angeschlossen sein müssen, wohl der Fall. Die spezifische Installation für die VLTs wäre völlig frustriert, eine andere Nutzung der Betriebsstätte als solche wäre wohl nur

nach umfangreichen und kostspieligen Umbauarbeiten möglich, deren wirtschaftliche Sinnhaftigkeit bezweifelt werden muss.

### **C. Ergebnis**

Die Konzessionärin hat beträchtliche Investitionen für die Planung und Fertigstellung mehrerer neuer VLT - Outlets im berechtigten Vertrauen auf ihre aufrechte Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG getätigt. Das sofort mit Kundmachung in Kraft tretende Erfordernis der Standortbewilligung auch für schon fast fertig gestellte VLT-Outlets ist ein schwerer Eingriff, weil die im Vertrauen auf ihre Rechtsposition getätigten Investitionen frustriert wären. Der sofortige Eingriff ist nicht durch besonders schwerwiegende Umstände, wie der notwendigen Abwehr einer unmittelbar zu erwartenden Gefahr gerechtfertigt und verletzt daher den Vertrauensschutz für faktische Dispositionen.

### **IV. Zusammenfassung**

1. Das Grundrecht auf Erwerbsausübungsfreiheit enthält eine spezifische verfassungsrechtliche Vertrauensgarantie: Diese umfasst die mit einer geschützten wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinn des Art 6 StGG typischerweise auf Dauer angelegten Disposition und die damit verbundenen Erwartungshaltungen. Die Beeinträchtigung des durch die Erwerbsfreiheit geschützten Vertrauens ist zulässig, wenn sie die in der Rsp des VfGH für Eingriffe in die Erwerbsfreiheit geforderte Verhältnismäßigkeit aufweist.

2. Bei der Standortbewilligung für VLT-Outlets handelt es sich aus Sicht der Konzessionärin, die aufgrund einer aufrechten Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG bereits VLTs betreibt, um die nachträgliche Einführung einer objektiven Ausübungsschranke in Form einer „Bedarfsprüfung“ für den Standort. Wird die Standortbewilligung für einen neuen Standort nicht erteilt, ist ihr die Ausübung der Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG an diesem Standort verboten! Damit wird der rechtliche Charakter der bestehenden Konzession für neue VLT-Outlets zu einem bloß grundsätzlichen Recht verändert, das ohne die entsprechende zusätzliche Standortbewilligung nicht in Anspruch genommen werden kann.

3. Die Vorschreibung einer Standortbewilligung ohne Einräumung einer kurzen und sachgerechten Übergangsfrist, welche die Eröffnung von bereits nahezu fertig gestellten VLT - Outlets sicherstellen könnte, ist ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit. Die Verkürzung des Grundrechts auf Erwerbsfreiheit durch den schweren Eingriff steht in keinem angemessenen Verhältnis zur Förderung des zwar grundsätzlich gewichtigen öffentlichen Interesses des Spielerschutzes, das im konkreten Fall durch die Eröffnung von einigen, wenigen fast fertig gestellten Standorten nur unwesentlich beeinträchtigt wäre.


- 19 -

4. Der VfGH hat anknüpfend an das aus dem Gleichheitssatz abzuleitende allgemeine Sachlichkeitsgebot eine mittlerweile selbständige Rechtsprechungslinie zum verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz des Gleichheitssatzes entwickelt. Auf Basis der bisherigen Judikatur lassen sich im Einzelnen verschiedene Typen unterscheiden: Für den vorliegenden Sachverhalt ist vor allem die Rechtsprechungslinie zum Schutz des Vertrauens wirtschaftlicher Erwartungshaltungen, also faktisch getroffener Dispositionen (insbesondere unternehmerischer Investitionen) im Vertrauen auf den weiteren Bestand bestimmter Rechtsnormen relevant.

5. Die Konzessionärin hat beträchtliche Investitionen für die Planung und Fertigstellung mehrerer neuer VLT - Outlets im berechtigten Vertrauen auf die gesetzliche Rechtslage und auf ihre für mehrere Jahre erteilte aufrechte Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG getätigt. Das sofort mit Kundmachung in Kraft tretende Erfordernis der Standortbewilligung für schon fast fertig gestellte Projekte ist ein schwerer Eingriff, weil die im Vertrauen auf ihre Rechtsposition getätigten Investitionen frustriert wären. Der sofortige Eingriff ist nicht durch besonders schwerwiegende Umstände, wie der notwendigen Abwehr einer unmittelbar zu erwartenden Gefahr gerechtfertigt und verletzt daher den Vertrauensschutz für faktische Dispositionen.

6. Der VfGH hat nur bisweilen auch unter Berufung auf die Rechtsprechungslinie zum Vertrauensschutz „wohlerworbener Rechte“ eine angemessene Übergangsfrist für gewichtige Eingriffe in Rechte aus einer Konzession gefordert. Da es sich bei der Standortbewilligung um einen schweren Eingriff in die bestehende Konzession gemäß § 14 iVm § 12a GSpG in Form einer nachträglichen objektiven Ausübungsvoraussetzung handelt, ist dieser auch im Lichte dieser Rsp nur mit einer Übergangsfrist zulässig, die den Betroffenen die Möglichkeit einräumt, sich auf die zu ihrem Nachteil geänderte Rechtslage einzustellen.

Wien, den 1.12.2008

  
a. Univ.-Prof. Dr. Dieter Kolonovits, M.C.J