

# **RECHTSGUTACHTLICHE STELLUNGNAHME**

**zu verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den Entwurf (3/ME 24. GP)  
des Bundesministeriums für Finanzen für eine Glücksspielgesetz-Novelle 2008**

**erstattet von:**

**Univ.-Prof. Dr. Andreas Janko**

Mit Schreiben des Bundesministeriums für Finanzen vom 4.11.2008 wurde unter der Ordnungszahl 3/ME 24. GP der Entwurf für eine geplante Glücksspielgesetz-Novelle 2008 zur Begutachtung versandt. Die Begutachtungsfrist endet am 4.12.2008.

Ein Kernstück des vorliegenden Ministerialentwurfes ist die (neuerliche) **Einbeziehung des sog „kleinen Glücksspiels“ in das Glücksspielmonopol des Bundes** und damit – notgedrungen – ein korrespondierender Kompetenzverlust der Länder. Angeordnet wird dies in § 61 Abs 21 GSpG idF 3/ME 24. GP, dem zufolge die in § 4 Abs 2 GSpG statuierte Ausnahme für Ausspielungen mittels eines Glücksspielautomaten, wenn die vermögensrechtliche Leistung des Spielers den Betrag oder Gegenwert von €0,50 und der Gewinn den Betrag oder den Gegenwert von €20,-- nicht übersteigt, mit Ablauf des 31.12.2013 ersatzlos entfallen soll. Glücksspielautomaten, die (in Kärnten, Niederösterreich, in der Steiermark und in Wien, dh in jenen Ländern, die das „kleine Glücksspiel“ nicht schlechterdings verboten haben) nach den derzeit geltenden landesrechtlichen Vorschriften zugelassen wurden, können gemäß § 61 Abs 20 Z 6 GSpG idF 3/ME 24. GP noch bis zu diesem Zeitpunkt weiter betrieben werden. Die Erteilung neuer Bewilligungen aufgrund der besagten Landesgesetze soll ab der Kundmachung der Glücksspielgesetz-Novelle 2008 allerdings nicht mehr zulässig sein.

Im Gegenzug enthält § 5 Abs 1 GSpG idF 3/ME 24. GP eine Ermächtigung des Bundesministeriums für Finanzen, das Recht zum Betrieb von Glücksspielautomaten in Automatenalons mit jeweils mindestens 15 Glücksspielautomaten **„durch Erteilung einer Konzession“** an Kapitalgesellschaften zu übertragen, die bestimmte, in den Folgeabsätzen näher spezifizierte Voraussetzungen erfüllen. Auch wenn dies im vorgeschlagenen Gesetzestext – anders als etwa in § 14 Abs 5 GSpG – nicht explizit zum Ausdruck gebracht wird, lassen die Erläuterungen zum vorliegenden Entwurf doch keinen Zweifel daran, dass österreichweit **nur eine einzige derartige Konzession** erteilt werden darf. Was ihren Umfang betrifft, bleibt die Konzession in der Übergangszeit bis 31.12.2013 allerdings nicht unwesentlich beschränkt. Gemäß § 61 Abs 20 Z 7 GSpG idF 3/ME 24. GP kann der Bundesminister für Finanzen dem neuen Konzessionär nämlich „nur insoweit Glücksspielautomaten in einem Bundesland bewilligen, als aufrechte landesrechtliche Bewilligungen für Glücksspielautomaten nach § 4 Abs. 2 in diesem Bundesland in der Übergangszeit auslaufen oder vorzeitig unwiderruflich zurückgelegt werden“. Für Bundesländer, in denen der Betrieb von Glücksspielautomaten bislang ver-

boten war, kann dies wohl nur so verstanden werden, dass dem Konzessionär bis 31.12.2013 **überhaupt keine Standortbewilligung** erteilt werden darf.

Ab 1.1.2014 wird mit dem vorgeschlagenen Regelungskonzept im Bereich des Betriebs von Glücksspielautomaten jedoch de facto ein **privater Monopolist** installiert. Konkurrenzieren wird sich der künftige Konzessionär für Automatensalons lediglich mit den Betreibern von Spielbanken, denen (im Rahmen des Glücksspielmonopols) schon bisher auf Grundlage des § 22 Z 3 GSpG die Durchführung von Ausspielungen mittels Glücksspielautomaten genehmigt werden konnte und regelmäßig auch genehmigt wurde. Zur Überschneidung des Tätigkeitsbereiches kommt es dadurch, dass Automatensalons nach § 5 Abs 6 GSpG idF 3/ME 24. GP nicht an die Betragsgrenzen des „kleinen Glücksspiels“ gebunden sein sollen, sondern der zulässige Einsatz auf €10,-- pro Spiel und der Wert des möglichen Gewinns auf einen vom Bundesminister für Finanzen festzulegenden Betrag erhöht wird.

Die Funktion der Glücksspielautomaten in Einzelaufstellung soll nach dem Konzept des vorliegenden Ministerialentwurfes durch die sog. „**Video Lotterie Terminals**“ abgelöst werden, die in § 12a GSpG idF 3/ME 24. GP eine umfassende Neuregelung erfahren. Ihr Betrieb bleibt allerdings dem freien Markt ebenso entzogen wie jener von Automatensalons; insoweit gilt nämlich § 14 GSpG, der das Recht zur Durchführung von Ausspielungen nach den §§ 6 bis 12b leg cit dem nach dieser Bestimmung bestellten Konzessionär vorbehält.

Abgabenrechtliche Bestimmungen, insbesondere die Einführung einer neuen **Lotterienabgabe** und einer neuen **Bundesautomatensteuer** in den §§ 57ff GSpG idF 3/ME 24. GP sowie das Verbot gleichartiger abgabenrechtlicher Bestimmungen der Länder (Gemeinden), ergänzen den Entwurf.

Der Gutachter wurde vor dem geschilderten Hintergrund seitens der Haslinger/Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH ersucht, den vorliegenden Entwurf (und insbesondere die darin enthaltenen Vorschriften für den Betrieb von Glücksspielautomaten in Automatensalons) auf seine (ihre) Vereinbarkeit mit den Vorgaben der österreichischen Bundesverfassung zu überprüfen. In der (auch durch den knappen Zeithorizont) gebotenen Kürze ist hierzu Folgendes anzumerken:

1. Gemäß Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG ist der Bund auf der Grundlage des Kompetenztatbestandes „**Monopolwesen**“ dazu berechtigt, die Regelungshoheit in bestimmten Angelegenheiten durch Schaffung eines Staatsmonopols auch in Sachbereichen an sich zu ziehen, in denen er per se über keine eigenen Zuständigkeiten verfügt. Umfang und Reichweite dieser ausnahmsweisen, vom absoluten Vetorecht des Bundesrates nach Art 44 Abs 2 B-VG nicht erfassten Kompetenz-Kompetenz des **einfachen** Bundesgesetzgebers sind im Einzelnen strittig; insbesondere scheint bis heute nicht vollständig geklärt, ob der Inhalt des Begriffes „Monopolwesen“ im Wege der sog „**Versteinierungstheorie**“ zu ermitteln ist und – wenn ja – worin die aus dem Versteinierungsmaterial zu abstrahierenden Eckpunkte dieses Kompetenztatbestandes liegen [vgl dazu etwa *Segalla*, Monopolbetriebe, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht II<sup>2</sup> (2007) 419 (420ff)]. Je nachdem, welchen Standpunkt man in dieser Beziehung vertritt, scheint es nicht undenkbar, die kompetenzrechtliche Deckung der vorgeschlagenen Glücksspielgesetz-Novelle 2008, aber auch von Teilen des bereits geltenden Glücksspielgesetzes ganz grundsätzlich in Frage zu stellen. Allerdings lässt die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes bislang keine Zweifel an der Subsumentierbarkeit des Glücksspiels und seiner derzeit in Kraft befindlichen Umsetzung unter Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG erkennen, auf denen eine diesbezügliche Kritik weiter aufbauen könnte (vgl dazu etwa das Erkenntnis VfSlg 12.165/1989, wo der Gerichtshof unter Hinweis auf seine Vorjudikatur die Anwendbarkeit des Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG auf die Vorschriften des Glücksspielgesetzes über Spielbanken ohne weitere Problematisierung bejaht hat).
2. Die eigentliche kompetenzrechtliche Auseinandersetzung zwischen dem Bund und den Ländern (sowie den Gemeinden) wird daher voraussichtlich nicht im Bereich der monopolrechtlichen Bestimmungen im engeren Sinn, sondern vielmehr im Umfeld der flankierenden **abgabenrechtlichen** Änderungsvorschläge stattfinden. Ein Kernstück des vorliegenden Entwurfes für eine Glücksspielgesetz-Novelle 2008 besteht ja ausgwiesenermaßen darin, die bisherigen **landesrechtlichen** Abgaben auf Glücksspielautomaten sowie die Gebühren auf Glücksspiele und Ausspielungen durch eine neue **Lotterienabgabe** und eine neue **Bundesautomatensteuer** (vgl dazu die §§ 57ff GSpG idF 3/ME 24. GP) zu ersetzen. Die dadurch bedingten Auswirkungen für den

Finanzausgleich scheinen vom geschätzten Volumen her durchaus geeignet, das von den Finanzausgleichspartnern im Vorfeld der Erlassung des Finanzausgleichsgesetzes 2008 vereinbarte „pactum“ zu unterlaufen und sollten daher im Lichte der jüngeren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu § 4 F-VG [vgl dazu etwa *Ruppe*, § 4 F-VG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2000) Rz 6ff] vom Bund **nicht einseitig** verabschiedet werden. Konsequenterweise heben die Erläuterungen zum gegenständlichen Entwurf auch in der Tat hervor, dass über die Verteilung der neuen Abgaben **noch weitere Gespräche zwischen den Finanzausgleichspartnern** zu führen sein werden, deren Ergebnissen man nicht (zB durch Aussagen zu den geplanten Verteilungsschlüsseln) vorgreifen wolle. Ob und inwieweit diese Verhandlungen in allfälligen Adaptionen des Gesetzestextes ihren Niederschlag finden werden, lässt sich nicht vorhersagen und macht eine verfassungsrechtliche Beurteilung der finanzverfassungsrechtlichen Kompatibilität des Entwurfes daher aus heutiger Sicht weitgehend unmöglich.

3. Kompetenzwidrig scheint im gegebenen Zusammenhang aber jedenfalls **§ 31a GSpG idF 3/ME 24. GP**, der – im Rang einer Grundsatzbestimmung – die Länder und Gemeinden dazu verhält, „die Konzessionäre nach den §§ 5, 14 und 21 und deren Spielteilnehmer sowie Vertriebspartner“ weder dem Grunde noch der Höhe nach mit Landes- und Gemeindeabgaben zu belasten, denen keine andere Ursache als die Veranstaltung von Glücksspielen zugrunde liegt. Wenn die Erläuterungen darin eine Bestimmung zur Vermeidung einer unsachgemäßen Doppelbesteuerung sehen, rekurrieren sie offenbar auf § 7 Abs 4 F-VG 1948, der dem Bundesgesetzgeber (unter anderem) eine diesbezügliche Kompetenz zur Grundsatzgesetzgebung einräumt. Die an besagter Stelle zu findende Wendung „Bestimmungen zur Verhinderung von Doppelbesteuerungen“ ermächtigt den Bund allerdings nach herrschender Meinung lediglich dazu, nach dem Muster der sog „Doppelbesteuerungsabkommen“ im internationalen Steuerrecht **Überschneidungen zwischen Abgabengesetzen mehrerer Länder** hintanzuhalten [vgl dazu etwa *Ruppe*, § 7 F-VG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2000) Rz 28]. Dass die Länder (ohne spezielle bundesgesetzliche Ermächtigung) keine gleichartigen Abgaben vom selben Besteuerungsgegenstand wie die im Glücksspielgesetz vorgesehenen Bundesabgaben einheben dür-

fen, ergibt sich freilich bereits aus § 6 und § 8 Abs 3 F-VG 1948, bedarf also von vornherein keiner bundesgrundsatzgesetzlichen Anordnung.

4. Neben den Grenzen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung hat der einfache Bundesgesetzgeber bei der Schaffung und Ausgestaltung von Monopolen natürlich vor allem auch der Frage nach der Vereinbarkeit seiner Vorschriften mit den **Grundrechten** Beachtung zu schenken, wobei in erster Linie das Spannungsverhältnis zum (verfassungsgesetzlich gewährleisteten) **Recht auf Erwerbsfreiheit gemäß Art 6 StGG 1867** näherer Betrachtung bedarf. Das vom Verfassungsgerichtshof im Zusammenhang mit der seinerzeitigen Überprüfung des Beförderungsvorbehalts der Post gebrachte Argument, dass der Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1867 das betreffende Monopol „in der damals gegebenen Ausprägung normativer Gestaltung und faktischer Realisierung vorgefunden und auch im Hinblick auf das bestehende Spannungsverhältnis zur Erwerbsfreiheit akzeptiert habe“ (so VfSlg 11.494/1987), lässt sich auf die vorgeschlagene Monopolisierung des „kleinen Glücksspiels“ nach Ansicht des Gutachters nicht eins zu eins übertragen. Abgesehen davon, dass die im Rahmen der vorliegenden Arbeit interessierenden Erscheinungsformen des „kleinen Glücksspiels“ (bzw ihre allfälligen historischen Vorläufer) im Jahr 1867 nicht monopolisiert, sondern als „Hasardspiele“ strafgesetzlich verboten waren, macht es doch wohl einen erheblichen Unterschied, ob eine Tätigkeit dem freien Markt seit dem Versteinerungszeitpunkt **durchgehend** entzogen war oder zwischenzeitig eine (nicht bloß vorübergehende) Aufhebung des Monopolkonzepts einschließlich der Öffnung für andere Marktteilnehmer stattgefunden hat. Die **neuerliche** Beseitigung des Rechts auf freien Erwerbsantritt und freie Erwerbsausübung in diesem Bereich lässt sich diesfalls nicht mehr ausschließlich mit historischen Argumenten rechtfertigen. Es bedarf vielmehr einer eingehenden und – wegen des Gewichts der damit verbundenen Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Freiheiten – sogar **besonders strengen** Prüfung der Frage, ob die Implementierung einer für den einzelnen Grundrechtsträger prinzipiell unüberwindbaren Zugangsschranke im betroffenen Marktsegment **durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet und adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen** ist.

5. Dies gilt umso mehr, als durch die Monopolisierung des „kleinen Glücksspiels“ **in die Rechtskraft bestehender landesrechtlicher Genehmigungen für Glücksspielautomaten eingegriffen** würde; so ordnet § 61 Abs 20 Z 6 GSpG idF 3/ME 24. GP (unter dem Schlagwort „Übergangszeit“) ausdrücklich an, dass Glücksspielautomaten, die „aufgrund landesgesetzlicher Bewilligung gemäß § 4 Abs. 2“ (sic!) zugelassen worden sind, längstens bis zum Ablauf des 31.12.2013 betrieben werden dürfen, was in Wahrheit nichts anderes bedeutet, als dass diese Bescheide mit dem genannten Datum ihre Wirksamkeit verlieren. Geht man davon aus, dass Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG die vorgeschlagene Verbundlichung des „kleinen Glücksspiels“ deckt, ist gegen einen solchen Eingriff zwar **aus kompetenzrechtlicher Sicht** kein Einwand zu erheben; auch Art 11 Abs 2 B-VG dürfte in dieser Beziehung keine Schranke darstellen. Bedenken ergeben sich jedoch aus dem Titel des **Gleichheitssatzes** und des durch ihn verfassungsrechtlich verbürgten **Vertrauensschutzes** sowie – ganz allgemein – aus dem dahinter stehenden **Rechtsstaatsprinzip**. Hat ein Unternehmer im Vertrauen auf die geltende Rechtslage und die ihm von der(n) zuständigen Behörde(n) erteilte(n) Bewilligung(en) Investitionen von nicht unerheblichem Ausmaß getätigt, darf der Gesetzgeber diese **nur bei Vorliegen sachlicher Gründe von zumindest vergleichbarem Gewicht** frustrieren. Das Festlegen einer fünfjährigen Übergangsfrist ist zwar geeignet, die Betroffenen dichte des Unternehmers graduell zu reduzieren, was es bei der im Rahmen der Sachlichkeitsprüfung vorzunehmenden Interessenabwägung zu berücksichtigen gilt. Völlig aufgehoben wird die Notwendigkeit einer solchen Prüfung hierdurch jedoch so lange nicht, als noch von keiner vollständigen Amortisierung der Investitionen gesprochen werden kann.
6. Unbestritten, weil vom Verfassungsgerichtshof ausdrücklich anerkannt, ist schließlich die Notwendigkeit, jene Vorschriften des einfachen Bundesgesetzgebers auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf Erwerbsfreiheit gemäß Art 6 StGG 1867 zu prüfen, mit denen er **die konkrete Ausübung des von ihm geschaffenen Monopols** reglementiert. So konnte der Verfassungsgerichtshof etwa im Erkenntnis Slg 12.165/1989 der Auffassung des BKA-VD, dass die Erwerbsfreiheit bei der Regelung von Konzessionsvergaben an Private im Bereich staatlicher Monopole keine Schranke für das gesetzgeberische Handeln darstelle, dezidiert „nicht beipflichten“. Im Ergebnis hielt der

Gerichtshof freilich – nach Durchführung der für seine jüngere Grundrechtsjudikatur charakteristischen Verhältnismäßigkeitsprüfung – die im gegenständlichen Verfahren problematisierte zahlenmäßige Begrenzung der zulässigen Spielbankenkonzessionen für grundrechtskonform.

7. Als **„allgemeine Zielsetzung“** der Einbeziehung des „kleinen Glücksspiels“ in das bestehende Glücksspielmonopol und der Übertragung des Rechts zum Betrieb von Glücksspielautomaten in Automatensalons an einen einzigen Konzessionär führen die Erläuterungen zum vorliegenden Ministerialentwurf vor allem zwei Aspekte ins Treffen, nämlich **„Jugendschutz“** auf der einen und **„Spielerschutz sowie soziale Sicherheit der Familien und Kinder“** auf der anderen Seite. Dass die Verwirklichung beider Zielsetzungen **im öffentlichen Interesse** gelegen ist, liegt auf der Hand, auch ohne den Hinweis des Verfassungsgerichtshofes auf den in dieser Hinsicht „großen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum“ der gewählten Volksvertretung bemühen zu müssen. Fraglich scheint allerdings, ob der Entwurf bei der Verfolgung seiner durchaus lobenswerten Absichten nicht doch erheblich übers Ziel schießt, dh die Rechtssphäre betroffener Grundrechtsträger **unverhältnismäßig stark beschneidet**.
8. Zu bedenken ist in dieser Hinsicht vorderhand, dass der Entwurf für eine Glücksspielgesetz-Novelle 2008 auch Anordnungen enthält, die – zumindest prima vista – die soeben angeführten Intentionen der Gesetzesverfasser **geradezu konterkarieren**.

Zum einen würde eine Umsetzung der im Entwurf enthaltenen Vorgaben (jedenfalls ab 2014) schon deshalb geradezu zwingend zu einer **Erweiterung der (legalen) Spielmöglichkeiten** führen, weil ab diesem Zeitpunkt auch in den Bundesländern, die das „kleine Glücksspiel“ **bisher ausnahmslos verboten** hatten, vom bestellten Konzessionär Automatensalons errichtet werden dürften. Daran vermag auch das in § 5 Abs 10 GSpG idF 3/ME 24. GP geregelte Erfordernis einer eigenen Standortbewilligung samt Sozialverträglichkeitskonzept nichts zu ändern.

Zum anderen ergibt sich aus § 5 Abs 6 Z 1 und 2 GSpG idF 3/ME 24. GP, dass für Glücksspielautomaten in den neuen Automatensalons **die bisherigen Betragsgrenzen**



des „kleinen Glücksspiels“ **nicht mehr gelten sollen**. So wird der zulässige Höchsteinsatz von bisher €0,50 auf €10,-- pro Spiel erhöht, und an die Stelle des bisher mit €20,-- limitierten Gewinns soll in Hinkunft ein vom Bundesminister für Finanzen festgelegter Höchstbetrag treten. Dass der Minister gleichzeitig auch dazu verhalten wird, eine Mindestspieldauer zu bestimmen und (unter dem Titel „Abkühlungsphase“) anzuordnen, nach welcher ununterbrochenen Spieldauer eine automatische Abschaltung erfolgt, relativiert diesen jugend- und spielerchutzfeindlichen Effekt – wie auch das Verbot von Parallelspielen – nur zum Teil.

Hinzu kommt, dass die angesprochenen Ermächtigungen des Finanzministers einen Grad an **Determinierung** aufweisen, der weit hinter den Anforderungen des in Art 18 B-VG verankerten Legalitätsprinzips und den aus dem Eingriffsvorbehalt des Grundrechts auf Erwerbsfreiheit ableitbaren Bestimmtheitserfordernissen **zurückbleibt**. Abgesehen davon, dass solche Defizite die betroffenen Bestimmungen per se mit Verfassungswidrigkeit belasten, machen sie natürlich auch die Vorhersehbarkeit der konkreten Auswirkungen des Gesetzesvorhabens auf die Belange des Jugend- und Spielerschutzes geradezu unmöglich.

9. Umgekehrt bleibt der Entwurf jede nachvollziehbare Erklärung dafür schuldig, warum das Recht zum Betrieb von Glücksspielautomaten in Automatensalons in Hinkunft **in der Hand eines einzigen (privaten) Konzessionärs** vereint werden soll. Dies gilt umso mehr, als für den – vom Wesen her in gewisser Weise verwandten – Betrieb von Spielbanken eine solche Konzentration von § 21 GSpG nicht vorgegeben wird, sondern **jeweils in Bezug auf eine konkrete Spielbank** der dafür am besten geeignete Konzessionär gesucht wird; dass derzeit de facto alle derartigen Konzessionen von der Casinos Austria AG gehalten werden, tut dem Befund einer an sich wettbewerbsfreundlicheren und daher das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit weniger beschränkenden Regelung keinen Abbruch.

Gerade der Vergleich mit den Spielbanken macht aber auch deutlich, dass der in den Erläuterungen anklingende Erklärungsversuch nicht zu überzeugen vermag. Wenn hier ausgeführt wird, dass durch die Konzentration der Automaten in der Hand eines Kon-

zessionärs „sichergestellt [ist], dass der Spielerschutz nicht unterlaufen werden kann, weil eine Sperre auch in einem anderen Salonstandort des Konzessionärs wirkt“, muss man sich nämlich fragen, warum ein vergleichbar ausgestalteter **Umgehungsschutz** dann nicht auch für Spielbanken umgehend implementiert wird, wo die Gefährdung der Spieler angesichts der Zulässigkeit höherer Einsätze doch augenscheinlich noch viel größer ist. Oder anders gewendet: Dass der Gesetzgeber offenbar nach wie vor der Ansicht ist, dem geschilderten Umgehungsproblem bei Spielbanken auch unter der Prämisse der (zumindest theoretisch zulässigen) Aufteilung der vorgesehenen Standorte auf mehrere Konzessionäre Herr werden zu können, beweist, dass die angestrebte Konzentration im Bereich der Automatenalons **offenbar nicht das gelindeste, am wenigsten grundrechtsbelastende Mittel** darstellt, um die gesetzgeberischen Intentionen effektiv zu verwirklichen. Lässt sich die zur Umgehung von Spielerschutzvorschriften erforderliche Vernetzung verschiedener Standorte – woran in Wahrheit kein Zweifel bestehen sollte – auch durch technische Maßnahmen gewährleisten, die einer Aufteilung der Standorte auf verschiedene Betreiber nicht im Weg steht, ist die vorgeschlagene Erwerbsantrittsbeschränkung für alle anderen Unternehmen als den (noch auszuwählenden) Konzessionär aber **nicht mit den verfassungsrechtlichen Schranken für Eingriffe in das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit vereinbar**.

10. Ähnliche Überlegungen indiziert in der Folge auch ein Vergleich der in § 5 Abs 3 Z 4 GSpG idF 3/ME 24. GP vom Konzessionär für Automatenalons geforderten **Eigenkapitalausstattung von zumindest €50 Mio** mit diesbezüglichen Vorgaben in anderen Geschäftsfeldern. Konzessionswerber für den Betrieb einer **Spielbank** haben demgegenüber nach § 21 Abs 2 Z 3 GSpG lediglich ein eingezahltes Grundkapital von **mindestens €22 Mio** nachzuweisen, bei Kreditinstituten sind es – trotz der zuletzt durch die Finanzmarktkrise offensichtlich gewordenen Risiken dieses Tätigkeitsbereiches – gerade einmal €5 Mio. Eine **Begründung**, warum die Gesetzesverfasser vom künftigen Konzessionär für Automatenalons mehr als doppelt so viel Eigenkapital verlangen wollen als von jedem Spielbankenbetreiber, lässt sich dem vorliegenden Entwurf – wie übrigens auch der Grund für die [nach Ansicht von *Schwartz/Wohlfahrt*, Glücksspielgesetz (2006) § 14 Rz 22, § 21 Rz 20 gemeinschaftsrechtlich nicht unproblematische] Einschränkung auf Kapitalgesellschaften – an keiner Stelle entneh-

men. Eine Überprüfung der Sachlichkeit der gesetzgeberischen Intentionen wird hierdurch de facto unmöglich gemacht.

11. Wenn vor diesem Hintergrund derzeit am Markt befindliche Unternehmen den Verdacht äußern, dass die in § 5 GSpG idF 3/ME 24. GP enthaltenen Voraussetzungen für die Erteilung der Konzession zum (österreichweiten) Betrieb von Automatenalons **in Wahrheit auf ein ganz bestimmtes Unternehmen, nämlich den sparteneinschlägigen Marktführer Novomatic, zugeschnitten** sind, kann man ihnen dies keineswegs verdenken. Pressemeldungen wie jene in der Tageszeitung „Die Presse“ vom 17.11. 2008, wo der Sprecher besagter Firma mit den Worten zitiert wird, dass die nunmehr geplante Übernahme des von der Novomatic in Niederösterreich praktizierten Kontrollsystems für ganz Österreich von seinem Unternehmen natürlich begrüßt wird, verstärken diesen Eindruck noch.

Dass eine gesetzliche Regelung, die auf der einen Seite zwar ihrem Wortlaut nach einen Wettbewerb um die Vergabe der einzigen zu vergebenden Konzession für den Betrieb von Automatenalons ermöglicht, auf der anderen Seite jedoch (ohne einen tieferen sachlichen Grund) Erfordernisse aufstellt, die (in Österreich) de facto **nur von einem einzigen Mitbewerber** erfüllt werden können, den Vorgaben des Gleichheitssatzes widerspricht, bedarf keiner näheren Begründung. Wenn mancherorts gemutmaßt wird, dass die in § 5 GSpG idF 3/ME 24. GP enthaltenen Kriterien (ohne sachliche Notwendigkeit) sogar so beschaffen sein könnten, dass **überhaupt kein einziges österreichisches Unternehmen** in der Lage ist, ihnen zu entsprechen, wäre zudem auch der – ebenfalls zur Annahme eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz führende – Aspekt einer **(mittelbaren) Inländerdiskriminierung** ins Treffen zu führen.

12. Das eigentliche verfassungsrechtliche Problem reicht freilich viel tiefer. Wie sich den Erläuterungen zum vorliegenden Ministerialentwurf entnehmen lässt, ist in der Praxis scheinbar weniger das **legale** Angebot im Rahmen des „kleinen Glücksspiels“, als vielmehr die häufig anzutreffende **Übertretung der geltenden Vorschriften** hauptursächlich für jene negativen Folgen des Glücksspiels, denen mit der vorgeschlagenen Novelle begegnet werden soll. In dieser Hinsicht ist allerdings weder ersichtlich, was

die Monopolisierung des „kleinen Glücksspiels“ als solche bewirken kann, noch was die Zusammenfassung aller Automatensalons in der Hand eines einzigen Konzessionärs zu einer effektiven Bekämpfung gesetzwidriger Aktivitäten beitragen soll. Vielleicht wird der Konzessionär – weil jeder illegale Konkurrent automatisch zu Lasten seines Geschäfts und seiner Ertragschancen geht – in der Tat besondere Achtsamkeit an den Tag legen, wenn er mit entsprechenden Verdachtsfällen konfrontiert wird. Abstellen kann er solche Missstände in Ermangelung eigener hoheitlicher Kompetenzen jedoch nicht.

Unter dieser Prämisse scheint die Erforderlichkeit des vorgeschlagenen Regelungskonzepts freilich erneut mehr als fraglich. Lassen sich durch eine effektivere Beaufsichtigung und Bekämpfung von Gesetzesübertretungen die angestrebten Ziele **in gleich wirksamer Weise, aber unter weniger starker Beeinträchtigung der Marktkräfte und damit des Grundrechts auf Erwerbsfreiheit** erreichen, bleibt dem einfachen Gesetzgeber die Verwirklichung des intensiveren Grundrechtseingriffs verwehrt. Dies gilt, wenn schon nicht für die Monopolisierung des „kleinen Glücksspiels“ an sich, dann doch zumindest für die in § 5 GSpG idF 3/ME 24. GP vorgeschlagene Konzentration der Automatensalons bei einem Betreiber und die daraus in Wahrheit resultierende Herstellung eines spartenbezogenen privaten Monopols.

13. Verfassungsrechtlich bedenklich scheint der hier zu begutachtende Vorschlag für eine Glücksspielgesetz-Novelle 2008 schließlich aber auch noch aus einem ganz anderen Grund, nämlich wegen der damit verbundenen **Beeinträchtigung der Marktposition der Betreiber von Spielbanken**. In Anwendung des § 22 Z 3 GSpG konnte diesen Konzessionären schon seit jeher die Befugnis zum Betrieb von Glücksspielautomaten im Rahmen des „großen Glücksspiels“ verliehen werden – eine Möglichkeit, von der in der Praxis auch ausgiebig Gebrauch gemacht wurde. In diesem Marktsegment waren sie bislang vor Konkurrenz gefeit. Aus der bereits angesprochenen, signifikanten Erhöhung der Betragsgrenzen für Automatensalons über die Grenzen des „kleinen Glücksspiels“ hinaus könnte ihnen in Hinkunft in Person des in § 5 GSpG idF 3/ME 24. GP vorgesehenen Konzessionärs jedoch ein Mitbewerber um die Gunst der an Glücksspielautomaten interessierten Spielerinnen und Spieler erwachsen. Ob diese

Enttäuschung des Vertrauens der Spielbankenbetreiber in ihre durch Gesetz und Konzessionsbescheid verbriefte Sonderstellung durch das hinter dem vorliegenden Entwurf stehende öffentliche Interesse gerechtfertigt werden kann, scheint fraglich. Jugendschutz und Spielerschutz reichen hierfür jedenfalls nicht aus, weil die Anhebung der Grenzen für den Höchsteinsatz und den Wert des möglichen Gewinns diesen öffentlichen Interessen diametral zuwiderlaufen. Die – mangels anderer Begründung anzunehmende – Absicht, dem künftigen Konzessionär hinreichende Einnahmen zu sichern, bildet für sich allein genommen selbstredend ebenfalls keine taugliche Rechtfertigung.

## **ERGEBNIS**

**Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass der vorliegende Entwurf des Bundesministeriums für Finanzen für eine Glücksspielgesetz-Novelle 2008 vor allem aus Sicht des Grundrechts auf Erwerbsfreiheit sowie des Gleichheitssatzes verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet.**

**Selbst wenn man von der (im Einzelnen schon wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Rechtskraft bestehender landesrechtlicher Bewilligungen und der Frustration getätigter Investitionen durchaus fragwürdigen) Prämisse ausgeht, dass die (neuerliche) Einbeziehung des „kleinen Glücksspiels“ in das Glücksspielmonopol des Bundes als solche – trotz der zwischenzeitig erfolgten Liberalisierung – mit der historischen Rechtslage bei Einführung des Rechts auf Erwerbsfreiheit im Jahr 1867 gerechtfertigt werden kann, unterliegen jedenfalls die Vorschriften über die Ausübung des Monopols einer strikten Überprüfung auf ihre Vereinbarkeit mit den Schranken des betreffenden Eingriffsvorbehalts.**

**In dieser Hinsicht bleibt zum einen unergründlich, inwieweit es zur Erreichung der Primärziele des Entwurfes – nämlich Jugendschutz und Spielerschutz – erforderlich sein soll, den Betrieb von Automatensalons in der Hand eines einzigen Konzessionärs zusammenzufassen. Die zur Umgehung von Spielerschutzvorschriften erforderliche Ver-**

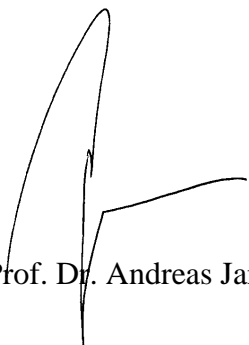
netzung verschiedener Standorte kann – wie nicht zuletzt das Beispiel der Spielbanken zeigt – technisch durchaus auch auf anderem Weg bewerkstelligt werden als durch die Ausschaltung jeglicher Konkurrenz und die damit verbundene größtmögliche Beschneidung der Garantien des Art 6 StGG 1867.

Zum anderen bleiben die Erläuterungen zum vorliegenden Entwurf auch im Zusammenhang mit der Festschreibung jener Anforderungen, die ein Konzessionswerber zu erfüllen hat, manche Begründung schuldig. In besonderer Weise gilt dies für das Kriterium einer Eigenkapitalausstattung von mindestens €50 Mio, was über dem doppelten Wert der entsprechenden Vorgaben für die Betreiber von Spielbanken liegt. Sollte hinter den gegenständlichen Vorschriften tatsächlich der Versuch einer einseitigen, durch sachliche Gründe nicht rechtfertigbaren Bevorzugung bestimmter Konzessionswerber stehen, wären diese zweifellos mit Gleichheitswidrigkeit belastet.

Verfassungsrechtlich zu hinterfragen ist aber auch die signifikante Erhöhung der Betragsgrenzen für Einsätze und Gewinne in Automatensalons. Den zur Rechtfertigung des geplanten Monopolsystems ins Treffen geführten Gedanken des Jugend- und Spielerschutzes scheint diese Maßnahme nämlich ebenso diametral zuwiderzulaufen wie die mit der Umsetzung des Entwurfes (zumindest ab 1.1.2014) verbundene Beseitigung des in fünf Bundesländern derzeit verfügbaren Verbots des „kleinen Glücksspiels“.

Aus kompetenzrechtlicher Sicht werden schließlich vor allem die geplanten Neuregelungen im Bereich des Abgabenrechts und die dadurch bedingten Verschiebungen im System des Finanzausgleichs die Notwendigkeit zur Aufnahme von Verhandlungen mit den Finanzausgleichspartnern auslösen, deren Ausgang vor dem Hintergrund des § 4 F-VG und der dazu ergangenen jüngeren Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes auch verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt.

Linz, 4. Dezember 2008

  
Univ.-Prof. Dr. Andreas Janko