

**D O R D A
B R U G G E R
J O R D I S**

RECHTSANWÄLTE
G M B H

VON: Bernhard Müller / Irene Mayr

Dr-Karl-Lueger-Ring 10
1010 Wien
T: (+43-1) 533 47 95-0
F: (+43-1) 533 47 97
office@dbj.at
www.dbj.at

AN: **Bundesministerium für Finanzen**

E-MAIL: **E-recht@bmf.gv.at**

CC: **Präsidentin des Nationalrats**

E-MAIL: **begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at**

UID ATU 47842303
DVR 0724211
FN 188155 z
Handelsgericht Wien

Unser Zeichen	Durchwahl	Direktes Fax	Direkte E-Mail	Datum
KOLN-GLUECK IM	(+43-1) 533 47 95-57	(+43-1) 533 47 95-5057	bernhard.mueller@dbj.at	4.12.2008

BMF-010000/0053-VI/A/2008;

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Glücksspielgesetz, das Umsatzsteuergesetz 1994, das Gebührengesetz, das Abgabenverwaltungsorganisationsgesetz, das Finanzstrafgesetz und das Finanzausgleichsgesetz 2008 geändert werden – Glücksspielgesetz-Novelle 2008 (GSpG-Novelle 2008);

Begutachtungsverfahren; Stellungnahme Firma Kolnhofer & Mitbesitzer

Sehr geehrte Damen und Herren!

Namens und auftrags unserer Klientin, Frau Alice Kolnhofer, geben wir die angeschlossene Stellungnahme zum oben genannten Entwurf einer Glücksspielgesetz-Novelle 2008 ab.

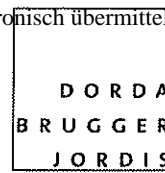
Unsere Klientin ist seit Jahrzehnten Inhaberin einer Konzession zum Betrieb von Münzspielgewinnapparaten und Unterhaltungsspielapparaten im Wiener Prater nach dem Wiener Veranstaltungsgesetz. Diese Konzession wurde ihr zuletzt auf die Dauer von 10 Jahren ab 28.6.2005 und folglich bis 28.6.2015 erteilt.

RECHTSANWÄLTE
Dr Christian Dorda
Dr Theresa Jordis
Dr Walter Brugger
Dr Florian Kremslehner
Mag Thomas Angermair
Dr Martin Brodey, LL.M.
Dr Andreas W. Mayr, LL.M.
Dr Andreas Zahradnik
MMag Dr Stefan Günther

Dr Tibor Varga
Dr Stephan Polster, M.A.
MMag Stefan Artner, MRICS
Mag Christoph Brogyányi
Dr Christoph Stippl, LL.M.
StB Dr Paul Doralt, LL.M.
Dr Ingo Kapsch
Dr Axel Anderl, LL.M.
Mag Francine Brogyányi

Dr Jürgen Kittel, LL.M.
MMag Dr Felix Hörlsberger
Dr Christian Marth
Mag Georg Jünger
Dr Bernhard Müller
Dr Bernhard Rieder
MMag Dr Michael Riegler
Dr Philippe Kiehl, LL.M.
Mag Herwig Wunsch

IN KOOPERATION MIT
WP/StB Mag Martina Znidaric
StB MMag Dr Benjamin
Twardosz, LL.M.
(beide nicht als Rechtsanwalt
zugelassen)

RECHTSANWÄLTE
GMBH

- 2 -

Die geplante Glücksspielgesetz-Novelle 2008, insbesondere die Eingliederung des bislang der landesgesetzlichen Regelungskompetenz unterliegenden "kleinen Glücksspiels" mit Spielautomaten in das Glücksspielmonopol des Bundes und die Tatsache, dass gemäß § 5 des Entwurfs der Glücksspielgesetz-Novelle 2008 lediglich eine einzige, bundesweite Automatensalonkonzession vorgesehen ist, entzieht unserer Klientin ihre Erwerbsgelegenheit in verfassungswidriger Weise gänzlich.

Vor diesem Hintergrund befasst sich die beiliegende Stellungnahme schwerpunktmäßig mit den vorgeschlagenen Fassungen der §§ 4 und 5 Glücksspielgesetz-Novelle 2008.

Diese Stellungnahme wird im Sinne der Entschließung des Nationalrates vom 6. Juli 1961 unter einem auch dem Präsidium des Nationalrats zur Kenntnis gebracht.

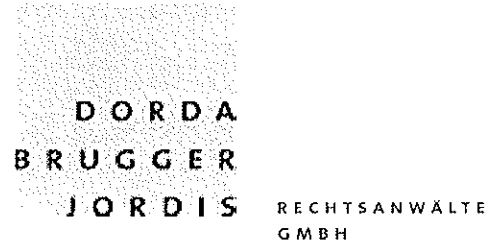
Mit freundlichen Grüßen

DORDA BRUGGER JORDIS
Rechtsanwälte GmbH



Bernhard Müller

./ Stellungnahme der Firma Alice Kolnhofer & Mitbesitzer



STELLUNGNAHME

zu §§ 4 und 5 des Entwurfs der Glücksspielgesetz-Novelle 2008 im Auftrag der Firma Alice Kolnhofer und Mitbesitzer

1. DERZEITIGE RECHTSLAGE UND GEPLANTE ÄNDERUNGEN

Derzeit sieht § 4 Glücksspielgesetz, BGBl I Nr 620/1989 idF BGBl I Nr 141/2008 ("GSpG"), folgende Regelung vor:

"(1) Glücksspiele, die nicht in Form einer Ausspielung durchgeführt werden, unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol, wenn kein Bankhalter mitwirkt, oder der Einsatz EUR 0,50 nicht übersteigt.

(2) Ausspielungen mittels eines Glücksspielautomaten unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol, wenn

- 1. die vermögensrechtliche Leistung des Spielers den Betrag oder den Gegenwert von EUR 0,50 nicht übersteigt und*
- 2. der Gewinn den Betrag oder den Gegenwert von EUR 20,-- nicht übersteigt.[...]"*

Die in § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommenen Glücksspiele – insbesondere das im vorliegenden Fall interessierende "kleine Glücksspiel" mit Spielautomaten – unterliegen derzeit als sogenanntes "kleines Glücksspiel" gemäß Artikel 15 Abs 1 iVm Abs 3 B-VG der Regelungszuständigkeit der Länder (vgl VwGH 21.10.1987, 87/01/0138; 9.11.1999, 99/05/0190).

Die mit der Novelle vorgeschlagene Fassung des § 4 GSpG idF Glücksspielgesetz-Novelle 2008 ("GSpG-Nov") soll nunmehr folgende Regelungen vorsehen:

"(1) Glücksspiele sind vom Glücksspielmonopol ausgenommen, wenn sie

- 1. nicht in Form einer Ausspielung im Sinne des § 2 Abs 1 und*
- 2. bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge durchgeführt werden.*

(2) Ausspielungen mittels eines Glücksspielautomaten unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol wenn,

- 1. die vermögensrechtliche Leistung des Spielers den Betrag oder den Gegenwert von EUR 0,50 nicht übersteigt und*
 - 2. der Gewinn den Betrag oder den Gegenwert von EUR 20,-- nicht übersteigt.*
- [...]"*

Gemäß der Übergangsbestimmung § 61 Abs 21 GSpG-Nov entfällt § 4 Abs 2 GSpG mit Ablauf des 31. Dezember 2013.

Mit § 5 GSpG-Nov soll nicht bloß eine bereits bestehende Regelung abgeändert oder ergänzt werden, sondern das bislang vom Glücksspielmonopol ausgenommene und in die Regelungskompetenz der Länder fallende "kleine Glücksspiel" mit Spielautomaten bundesweit einheitlich geregelt werden. Die Bestimmung sieht vor, dass der BMF das Recht zum Betrieb von Glücksspielautomaten in Automatenalons mit jeweils mindestens 15 Glücksspielautomaten durch Erteilung einer Konzession übertragen kann. Der Konzessionswerber muss die in § 5 Abs 3 GSpG-Nov normierten Zuverlässigkeitskriterien erfüllen. Es werden unter anderem folgende Voraussetzungen festgelegt (Hervorhebungen hinzugefügt):

"(3) Eine Konzession nach Abs 1 darf nur einem Konzessionswerber erteilt werden, der
1. eine Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat ist, deren Sitz zur Sicherstellung einer ordnungspolitischen Aufsicht nach diesem Bundesgesetz über die Organbeschlüsse im Inland liegt, oder der innerhalb von drei Monaten nach Konzessionserteilung eine solche Kapitalgesellschaft gegründet hat,

[...]"

4. ein eingezahltes Stamm- oder Grundkapital von zumindest EUR 50 Mio hat, wobei die rechtmäßige Mittelherkunft in geeigneter Weise nachzuweisen ist, und in geeigneter Form eine Sicherstellung mit einem Haftungsbetrag von zumindest EUR 10 Mio leistet; [...]"

Nach der vorgeschlagenen Übergangsbestimmung gemäß § 61 Abs 20 Z 6 GSpG-Nov dürfen Glücksspielautomaten, die aufgrund landesgesetzlicher Bewilligungen gemäß § 4 Abs 2 GSpG zugelassen worden sind, längstens bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 weiterbetrieben werden (Übergangszeit).

2. VERFASSUNGSWIDRIGKEIT VON § 5 GSPG-NOV

Die vorgeschlagene Eingliederung des "kleinen Glücksspiels" mit Spielautomaten in das Glücksspielmonopol aufgrund der Einführung einer einzigen, bundesweiten Automatenkonzession (§ 5 GSpG-Nov) ist aus folgenden Gründen in mehrfacher Hinsicht verfassungswidrig:

- 3 -

- Durch die bundeseinheitliche Regelung des kleinen Automatenglücksspiels wird das bestehende Glücksspielmonopol auf einen bislang vom Glücksspielmonopol ausgenommenen Bereich ausgedehnt (§ 3 GSpG iVm § 5 GSpG-Nov). Diese Ausdehnung des Glücksspielmonopols greift mehrfach in Grundrechtspositionen bestehender Glücksspielautomatenbetreibern mit aufrechten Konzessionen ein, ohne dass dieser Eingriff in deren Rechtspositionen sachlich gerechtfertigt wäre.
- Durch die Einführung einer einzigen, bundesweiten Automatenkonzession (§ 5 GSpG-Nov) wird darüber hinaus in unsachlicher und verfassungswidriger Weise ein faktisches Monopol für einen einzigen, noch zu bestimmenden Konzessionär geschaffen und das Betriebsrecht der bestehenden Glücksspielautomatenbetreiber gänzlich beseitigt.
- Die der Auswahl des faktischen Monopolisten vorangeschaltete Interessentensuche ist in der vorliegenden Form praktisch wirkungslos, weil die Voraussetzungen zur Erlangung dieser einzigen Automatenkonzession derart überschießend sind, dass sie den potentiellen Bewerberkreis auf einige, ganz wenige, wenn nicht derzeit sogar nur auf ein finanzstarke(s) Unternehmen einschränken. Die derzeitigen Glücksspielautomatenbetreiber können sich dann nicht einmal theoretisch um die neue, einheitliche Konzession bewerben.
- Eine sachliche Rechtfertigung für diese gesetzliche Regelung gibt es nicht. Sie ist ganz offensichtlich verfassungswidrig.

Im Einzelnen ist die Verfassungswidrigkeit der Eingliederung des "kleinen Glücksspiels" mit Spielautomaten in das Glücksspielmonopol und die Beschränkung der zur Vergabe stehenden Automatenkonzessionen auf eine einzige wie folgt zu begründen:

a) Verstoß gegen die Freiheit der Erwerbstätigkeit gemäß Art 6 StGG

aa) Eingriff in Art 6 StGG

Die vorliegende Glücksspielgesetz-Novelle 2008 greift durch die unzulässige Eingliederung des "kleinen Glücksspiels" mit Spielautomaten in das bestehenden Glücksspielmonopol und die faktische Monopolisierung bei einem einzigen Konzessionär mehrfach in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht der Erwerbsfreiheit gemäß Art 6 StGG ein:

Durch die geplante Einführung des neuen § 5 GSpG-Nov wird das so genannte "kleine Glücksspiel" mit Spielautomaten, das derzeit monopol exempt ist und in den Regelungsbereich der Länder fällt, in das Glücksspielgesetz aufgenommen und in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegliedert. Aus § 5 GSpG-Nov ergibt sich zudem, dass lediglich

eine einzige, bundesweite Konzession für das Betreiben von Automatensalons vergeben werden soll. Diese Konzession kann darüber hinaus nur unter der überschießenden Voraussetzung erlangt werden, dass der Konzessionär eine Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat ist, deren eingezahltes Grund- oder Stammkapital mindestens EUR 50 Mio beträgt. Weiters wird verlangt, dass eine Sicherstellung in Höhe von zumindest EUR 10 Mio geleistet werden kann.

Die Folgen dieser verfassungswidrigen Neuregelung in § 5 sind evident: Die geplante Konzessionierung auf Bundesebene und die damit einhergehende faktische Monopolisierung des "kleinen Glücksspiels" mit Spielautomaten durch das Vorsehen lediglich einer Konzession verunmöglicht allen derzeitigen Automatenbetreibern – ausgenommen dem einen Konzessionär – eine Fortsetzung bzw. Neuaufnahme ihrer Tätigkeit. Die geplante Novelle in ihrer derzeitigen Fassung greift daher wesentlich in die Erwerbsfreiheit der derzeitigen Automatenbetreiber ein, denen ihre Erwerbsgelegenheit gänzlich entzogen wird:

Zum einen darf einer rechtmäßigerweise, auf Basis einer landesrechtlichen Bewilligung ausgeübten Tätigkeit nach Ablauf der Übergangsfrist nicht mehr nachgegangen werden. Es erfolgt also durch die Monopolisierung des "kleinen Glücksspiels" mit Spielautomaten nicht bloß eine Beschränkung der Erwerbsfreiheit, sondern eine Erwerbsgelegenheit wird – in überschießender Weise – gänzlich beseitigt. Ein solcher Eingriff in den Wesensgehalt des Grundrechts ist unzulässig.

Zum anderen dürfen mit dem Tag der Kundmachung der vorgeschlagenen Gesetzesänderung keine neuen landesrechtlichen Bewilligungen gemäß § 4 Abs 2 GSpG mehr erteilt werden. Damit wird der Berufsantritt durch neue Betreiber ausgeschlossen. Auch dies stellt einen wesentlichen Eingriff in die Erwerbsfreiheit dar, der einer besonderen sachlichen Rechtfertigung bedürfte, an der es – wie im konkreten Fall noch aufzuzeigen ist – mangelt.

Der Eingriff in die Erwerbsfreiheit besteht somit darin, dass in Hinkunft das Aufstellen und Betreiben von Glücksspielautomaten nur mehr aufgrund einer einzigen, bundesweit zu vergebenden Konzession erfolgen darf. Dadurch wird im Bereich des "kleinen Glücksspiels" mit Spielautomaten ein bislang nicht bestehendes faktisches Monopol zugunsten eines einzigen Konzessionärs geschaffen. An Stelle einer Mehrzahl von Automatenbetreibern soll es in Zukunft bundesweit nur mehr einen Monopolisten geben. Dies ist umso unverständlicher, als zB zwölf Konzessionen für Spielbanken vorgesehen sind. Es ist daher sachlich nicht gerechtfertigt, dass im Bereich des Automatenspiels nur eine Konzession zur Verfügung steht.

- 5 -

Für den Bereich der Spielbanken hat der Verfassungsgerichtshof ausgesprochen, dass die besonderen ordnungspolitischen Umstände des Spielbankenbetriebs und der notwendigen Aufsicht über Spielbanken eine zahlenmäßige Begrenzung der Spielbankenkonzessionen rechtfertigen, *"wenngleich die Festlegung der Höchstzahl von Bewilligungen, die zulässigerweise erteilt werden dürfen, einen schweren Eingriff in die Grundrechtsposition neuer Bewerber"* darstellt. *"Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes könnte ein solcher, die Möglichkeit zum Gewerbeantritt einschränkender Eingriff unter Aspekten der Erwerbsfreiheit nur gerechtfertigt werden, wenn dafür besonders gewichtige öffentliche Interessen sprechen und wenn andere, die Grundrechtspositionen weniger gravierend beschränkende Regelungen zur Realisierung dieser Interessen nicht gleich wirksam wären (vgl. VfGH v. 6.10.1987, G1/87 ua; v. 21.6.1988, G228/87)."* (VfSlg 12.165/1989). Wie nachfolgend dargelegt wird, gibt es jedenfalls weniger gravierende Regelungen zur Realisierung bzw zum Schutz öffentlicher Interessen, weshalb die Einführung einer einzigen Konzession nach der zitierten Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs verfassungswidrig ist.

Hinzu kommt, dass es die in unsachlicher Weise viel zu streng angelegten Voraussetzungen zur Erlangung dieser Konzession gemäß § 5 Abs 3 GSpG-Nov (Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat, eingezahltes Grund- bzw Stammkapital von EUR 50 Mio, Sicherstellung von zumindest EUR 10 Mio) nahezu sämtlichen bisherigen Automatenalonenbetreiber verwehren, sich überhaupt um "die eine Konzession" zu bewerben. Sohin wird nicht nur der Kreis der Ausübungsberechtigten auf den einen, bundesweiten Monopolisten verengt, sondern vielmehr Interessenten von vorneherein unmöglich gemacht, sich mit Aussicht auf Konzessionserteilung zu bewerben. Damit verliert die Interessentensuche, die der Gesetzgeber wohl als Rechtfertigung für das neue Monopol ansah, gänzlich ihre Bedeutung. Es liegt im Hinblick auf die Schwere des Grundrechtseingriffs dieselbe Situation vor, wie wenn der Gesetzgeber direkt den Konzessionär bestimmte.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass sowohl eine Antrittsbeschränkung als auch eine Ausübungsbeschränkung vorliegt. Bedeutsam ist, dass diese Antrittsschranke, die im Ergebnis das Verbot einer befugterweise ausgeübten Berufstätigkeit bewirkt, nachträglich eingeführt wurde und daher besonders schwerwiegender Gründe zu ihrer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf.

bb) Verhältnismäßigkeitsprüfung

Im Einzelnen ist zum Eingriff in Art 6 StGG auszuführen: Art 6 Abs 1 StGG garantiert jeder inländischen – natürlichen oder juristischen – Person das Recht auf freie Erwerbstä-

tigkeit. Geschützt sind sowohl der Erwerbsantritt als auch die Erwerbsausübung (VfSlg 11.558/1987). Beschränkungen der Erwerbsfreiheit sind nur dann zulässig, wenn sie durch ein öffentliches Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind (vgl VfSlg 13.704/1994).

Es ist daher zunächst zu fragen, welche öffentlichen Interessen einen derart schwerwiegender Eingriff in die Erwerbsfreiheit einer Vielzahl von Automatenbetreibern gebieten sollen. Die Materialien zum vorliegenden Entwurf rekurrieren in erster Linie auf stärkeren Jugendschutz, Spielerschutz, Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Die Höhe des eingezahlten Grund- oder Stammkapitals wird folgendermaßen gerechtfertigt: *"Das Eigenkapitalerfordernis trägt dem Gedanken der Abwicklungssicherheit für die Auszahlung von Spielgewinnen im Rahmen einer bundesweiten Konzession Rechnung"*.

Freilich handelt es sich bei den angeführten Bereiche um solche, deren Schutz im Interesse der Allgemeinheit gelegen sein könnte. Zur Erreichung der genannten öffentlichen Interessen sind jedoch derart einschneidende Regelungen nicht erforderlich und sachlich daher nicht gerechtfertigt. Dies ergibt sich aus nachstehenden Erwägungen:

(i) Jugendschutz und Spielerschutz:

Die vorgeschlagene Fassung des § 5 GSpG-Nov enthält insbesondere in seinen Absätzen zwei und sechs Bestimmungen, die beim Automatenspiel den Spieler- und Jugendschutz angeblich stärker in den Vordergrund rücken lassen sollen. Demnach hat der Konzessionär etwa zum Schutz der Jugend ein spezielles Zutrittssystem einzurichten (§ 5 Abs 2 Z 1 GSpG-Nov), ein Konzept über Umgang der Mitarbeiter mit Spielsucht und die Zusammenarbeit mit Spielschutzeinrichtungen zu entwickeln und dem BMF vorzulegen (§ 5 Abs 2 Z 2 GSpG-Nov) sowie dem BMF ein Warnsystem mit Spielerschutzmaßnahmen zur Bewilligung vorzulegen (§ 5 Abs 2 Z 3 GSpG-Nov). In § 5 Abs 6 GSpG-Nov werden bestimmte weitere, Einsatz, Gewinn und Dauer des Spiels betreffende Festlegungen getroffen. Darüber hinaus wird in § 5 Abs 6 GSpG-Nov auf die §§ 25 und 25a GSpG verwiesen, die im Wesentlichen Schutzvorschriften für Spielteilnehmer und die Vermeidung von Geldwäsche und Tourismusfinanzierung im Spielbankenbereich betreffen.

Selbst wenn man die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahmen nicht näher hinterfragte, ist nicht ersichtlich und keinesfalls sachlich zu rechtfertigen, weshalb die oben genannten öffentlichen Interessen einen Eingriff in die Erwerbsfreiheit der "kleinen" Automatenalonbetreiber dergestalt gebieten sollten, dass es in Hinkunft nur mehr einen bundesweiten Monopolisten geben soll und dass der Spieler- und Jugendschutz nur von einem Konzessionär sichergestellt werden kann, der eine Kapitalgesellschaft mit ei-

- 7 -

nem eingezahlten Grund- oder Stammkapital von EUR 50 Mio ist und eine Sicherheitsleistung von weiteren EUR 10 Mio hinterlegt. Bei näherer Betrachtung zeigt sich vielmehr, dass die Regelungen des Spieler- und Jugendschutzes, die neu eingeführt werden sollen, in keinem Zusammenhang mit der Monopolisierung und den Voraussetzungen zur Konzessionserteilung stehen; im Gegenteil: Sämtliche dieser Ziele lassen sich ohne die Monopolisierung des "kleinen Glücksspiels" genauso erreichen. Die Verhältnismäßigkeit dieser einschneidenden Beschränkung der Erwerbsfreiheit lassen sich sohin nicht aus dem Spieler- und Jugendschutz argumentieren.

Die angeführten Jugend- und Spielerschutzmaßnahmen können ebenso gut von Einzelunternehmern, Personengesellschaften oder Kapitalgesellschaften mit einem geringeren Grund- bzw Stammkapital vorgesehen werden. Die hohen Eigenkapitalanforderungen und das Vorsehen lediglich einer bundesweiten Automatenkonzession sind somit unverhältnismäßig zur Erreichung des Ziels des Jugend- und Spielerschutzes. Hinzu kommt, dass auch die meisten landesgesetzlichen Bestimmungen bereits umfangreiche Maßnahmen des Spieler- und Jugendschutzes bzw Verweise auf die jeweiligen Jugendschutzgesetze vorsehen. Folglich lässt sich kein vernünftiges Argument finden, mit dem die vorgeschlagene Bestimmung des § 5 GSpG-Nov zu rechtfertigen wäre.

In diesem Zusammenhang wird auch auf die Stellungnahme der Gesellschaft zur Erforschung nichtstoffgebundener Abhängigkeiten vom 24.11.2008 zur vorliegenden Novelle verwiesen, wonach *"Aus der Sicht und Erfahrung jahrelanger epidemiologischer und therapeutischer Arbeit mit problematischen Spielern und spielsüchtigen Patienten [...] die gegenständliche Glücksspielgesetz-Novelle 2008 in einigen Punkten deutlich kritisiert und abgelehnt [wird], da sie im Gegensatz zur angenommenen Intention des Schutzes Gefährdeter und speziell Jugendlicher eine erhebliche Risikoausweitung bewirken kann."* Im Ergebnis bedeutet dies, dass die geplante Regelung nicht nur unverhältnismäßig und sachlich ungerechtfertigt, sondern offenbar ganz und gar nicht geeignet ist, den Schutz von Spielern und Jugendlichen zu gewährleisten.

(ii) Rechtsvereinheitlichung bzw Rechtssicherheit:

Der Wunsch nach Rechtsvereinheitlichung bzw Rechtssicherheit, der im Übrigen weder zu einer einzigen, bundesweiten Konzession zwingt, noch die überschießenden Voraussetzungen für den Berufsantritt gebietet (genauso könnte es mehrere Konzessionen und angemessene Voraussetzungen geben) vermag den massiven Eingriff in die Grundrechtsposition der Automatensalonbetreiber freilich nie zu rechtfertigen.

(iii) Abwicklungssicherheit für Auszahlung von Spielgewinnen:

Die Höhe des geforderten Grund- oder Stammkapitals gemäß § 5 Abs 3 GSpG-Nov wird nach den Materialien folgendermaßen gerechtfertigt: *"Das Eigenkapitalerfordernis trägt dem Gedanken der Abwicklungssicherheit für die Auszahlung von Spielgewinnen im Rahmen einer bundesweiten Konzession Rechnung".*

Hier wählt der Glücksspielgesetzgeber einen verfassungsrechtlich bedenklichen Weg: Zunächst wird das bislang landesgesetzlich geregelte "kleine Glücksspiel" mit Spielautomaten bundesgesetzlich geregelt. Gegen eine einheitliche Regelung des Automatenglücksspiels auf Bundesebene spräche *per se* noch nichts. Dann aber sieht der Bundesgesetzgeber im gegenständlichen Vorschlag lediglich eine bundesweite Konzession vor und will die unverhältnismäßig hohen Voraussetzungen zur Erlangung dieser Konzession mit der "Abwicklungssicherheit für die Auszahlung von Spielgewinnen im Rahmen einer bundesweiten Konzession" rechtfertigen. Es ist weder begründbar noch sachlich zu rechtfertigen, weshalb lediglich eine Konzession vorgesehen ist; im Gegenteil, wären mehrere Konzessionen verfügbar, würde sich demnach das Betreiben von Glücksspielautomaten auf mehrere Anbieter aufteilen und müssten keine derart unverhältnismäßigen Mindestkapitalanforderungen vorausgesetzt werden. Darüber hinaus sind allfällige Spieleransprüche bereits durch die zwingend zu erbringende Sicherheitsleistung abgesichert (vgl in diesem Zusammenhang zu den Mindestkapitalanforderungen bei Spielbankenkonzessionen: *Schwartz/Wohlfahrt, GSpG² [2006] § 21 Rz 26*). Dass diese ebenfalls viel zu hoch bemessen ist, lässt sich sachlich ebenso wenig rechtfertigen wie die hohen Eigenkapitalanforderungen.

Nicht einmal, wenn man – unzulässigerweise – davon ausginge, dass eine einzige, bundesweite Konzession verfassungskonform wäre, könnten die hohen Mindestkapitalanforderungen gerechtfertigt werden: Das "kleine Glücksspiel" mit Spielautomaten war seit Jahrzehnten vom Glücksspielmonopol ausgenommen, weil Bagatellglücksspielautomaten keine Gefahr für die Öffentlichkeit sind. Warum also jetzt diese unverhältnismäßigen Voraussetzungen? Hinzu kommt: Mit der vorgesehenen Gesetzesnovelle sollen nunmehr an den Konzessionär, der das bislang als "minder gefährlich" eingestufte "kleine Glücksspiel" mit Spielautomaten mit seiner Konzession bundesweit ausüben kann, höhere Eigenkapitalanforderungen gestellt werden als etwa an Spielbankenbetreiber, deren Tätigkeit ein weitaus größeres Gefährdungspotential birgt. Dies vor allem deshalb, weil das "große Glücksspiel" mit Spielautomaten, bei dem entweder die Einsatz- oder Gewinnlimits für "kleines Glücksspiel" überschritten werden, lediglich in Spielbanken betrieben werden

- 9 -

darf. Es ist daher evident, dass vor allem in Hinblick auf den Spielerschutz von Spielbanken größere Gefahren ausgehen, da um wesentlich höhere Geldbeträge gespielt wird.

Tatsächlich ist es nun so, dass eine Konzession zum Betrieb einer Spielbank gemäß § 21 Abs 2 Z 3 GSpG nur einem Konzessionswerber erteilt werden darf, der über ein eingezahltes Grund- oder Stammkapital von mindestens EUR 22 Mio – und mithin: EUR 28 Mio weniger als für die Erlangung der Automatenkonzession erforderlich ist – verfügt.

Ungeachtet der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Schaffung eines faktischen Monopols bei dem einzigen Konzessionär und der unverhältnismäßigen Konzessionsvoraussetzungen ist eine sachliche Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung nicht ersichtlich. Vielmehr müsste es so sein, dass für die Erlangung einer Spielbankenkonzession höhere Eigenkapitalanforderungen gestellt werden als für die Erlangung der Automatenkonzession. Sollte der Gesetzgeber eine sachliche Rechtfertigung der vorgeschlagenen Regelung darin erblicken, dass es bundesweit zwölf Spielbankenkonzessionen gibt und lediglich eine Automatenkonzession, so sei darauf verwiesen, dass alle verfügbaren Spielbankenkonzessionen an ein Unternehmen, die Casinos Austria AG, erteilt wurden.

cc) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist sohin festzuhalten, dass der schwerwiegende Eingriff in die Erwerbsfreiheit der Automatenalonbetreiber als unverhältnismäßig und unsachlich und damit als verfassungswidrig anzusehen ist. Die öffentlichen Interessen des Jugendschutzes, Spielerschutzes, der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit sowie der Abwicklungssicherheit für die Auszahlung von Spielgewinnen gebieten keinen derart massiven Eingriff in die Erwerbsfreiheit der derzeitigen Automatenalonbetreiber. Gerade die zum Schutz der Jugend und der Spieler in der Novelle festgelegten Anforderungen können auch von Unternehmen mit geringerer Kapitalausstattung bzw von Personengesellschaften oder Einzelunternehmern erfüllt werden. Ebenso wenig gebietet es der Jugend- und Spielerschutz, dass es lediglich eine Automatenkonzession gibt. Die Abwicklungssicherheit für die Auszahlung von Spielgewinnen ließe sich bereits über die zwingend zu erbringende, gleichwohl zu hoch bemessene Sicherstellung gewährleisten und rechtfertigt daher nicht die hohen Eigenkapitalanforderungen.

b) Verstoß gegen Unverletzlichkeit des Eigentums gemäß Art 5 StGG

Die vorgeschlagene Konzessionierung des Automatenglücksspiels auf Bundesebene gemäß § 5 GSpG-Nov und die damit einhergehende faktische Monopolisierung im Bereich des Automatenglücksspiels greift neben Art 6 StGG auch in das verfassungsgesetzlich

gewährleistete Eigentumsrecht ein. Der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff wird seit jeher weit verstanden; er umfasst nach ständiger Judikatur des Verfassungsgerichtshofs jedes vermögenswerte Privatrecht. Die Einführung einer einzigen Automatenkonzession auf Bundesebene führt dazu, dass jene Automatenalonbetreiber, die den in § 5 Abs 3 GSpG-Nov vorgesehenen Voraussetzungen (insb Mindestkapitalausstattung, Sicherstellung, Kapitalgesellschaft) nicht entsprechen können, die derzeit betriebenen Automatenalons schließen müssen. Überdies wird es den Automatenalonbetreibern durch die Neuregelung der Automatenkonzession auf Bundesebene und den zwingend vorgesehenen Auslauf ihrer landesrechtlichen Bewilligung spätestens zum 31.12.2013 absolut unmöglich gemacht, erfüllbare Pachtverträge abzuschließen, die nach dem 31.12.2013 enden. Es handelt sich daher jedenfalls um eine schwerwiegende Beschränkung konkreter vermögenswerter Interessen, die einer besonderen Rechtfertigung bedarf, die – wie dargetan – im konkreten Fall allerdings fehlt.

Verfassungsrechtlich zulässig ist eine Eigentumsbeschränkung nur dann, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist, die Regelung nicht den Wesensgehalt des Grundrechts berührt oder in anderer Weise gegen einen bindenden Verfassungsgrundsatz verstößt, im öffentlichen Interesse liegt und nicht unverhältnismäßig oder unsachlich ist.

Dass die geplante Neuregelung, insbesondere § 5 GSpG-Nov, unverhältnismäßig und unsachlich ist, wurde bereits bei der Erwerbsfreiheit dargelegt. Aus diesem Grund ist diese Bestimmung auch wegen des Eingriffs in das Eigentumsrecht verfassungswidrig.

c) Verstoß gegen den Gleichheitssatz gemäß Art 7 B-VG, Art 2 StGG

Der Verfassungsgerichtshof hat aus dem Gleichheitssatz (Art 2 StGG, Art 7 B-VG) ein allgemeines Sachlichkeitsgebot abgeleitet; demnach dürfen Gesetz- und Verordnungsgeber nur sachlich gerechtfertigte Regelungen erlassen. Die geplante Regelung verstößt mehrfach gegen das verfassungsgesetzlich normierte Sachlichkeitsgebot. Kurz zusammengefasst ergeben sich aus der Eingliederung des "kleinen Glücksspiels" mit Spielautomaten in das Glücksspielmonopol und das Vorsehen lediglich einer Konzession (§ 5 GSpG-Nov) im Licht des Gleichheitssatzes folgende Verfassungswidrigkeiten:

Wie dargetan ist das Vorsehen lediglich einer bundesweiten Konzession sachlich nicht zu rechtfertigen. Wie bereits beim Eingriff in die Erwerbsfreiheit dargelegt, gäbe es sehr wohl andere, weniger gravierende Möglichkeiten, die relevanten öffentlichen Interessen wirksam zu schützen; vielmehr zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass sämtliche Schutzziele, wie insbesondere der Spieler- und Jugendschutz überhaupt nichts mit der Monopolisierung des "kleinen Glücksspiels" mit Spielautomaten zu tun haben. Die Be-

- 11 -

grenzung der Zahl der zur Vergabe stehenden Konzessionen auf eine ist unsachlich und verfassungswidrig.

Überdies ist keine sachliche Rechtfertigung für die hohen Eigenkapitalanforderungen und die Höhe der Sicherstellung ersichtlich. Damit wird lediglich erreicht, dass sich um die Konzession nur ein sehr eingeschränkter Kreis von finanzstarken Unternehmen bewerben kann. Dies wird umso deutlicher, wenn man die Voraussetzungen zur Erlangung einer Spielbankkonzession mit jenen zur Erlangung der Automatenkonzession vergleicht. Es ist unsachlich, dass für die Ausübung des bislang vom Glücksspielmonopol ausgenommene kleine Automatenglücksspiels nun wesentlich strengere Anforderungen gelten sollen als für das Betreiben von Spielbanken, in denen bekanntlich das "große Glücksspiel" ausgeübt wird. Nicht einmal eine Gleichbehandlung des kleinen, als "minder gefährlich" bezeichneten Automatenglücksspiels mit Spielbanken wäre sachlich zu rechtfertigen. Die Neuregelung ist verfassungswidrig.

Schließlich ergibt sich durch das Vorsehen einer einzigen, bundesweiten Automatenkonzession eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Sachlichkeitsgebots insoweit, als die gesetzliche Regelung in bestehende Rechtspositionen eingreift: Nach den landesgesetzlichen Bewilligungsvorschriften für das Betreiben von Glücksspielautomaten werden mitunter unbefristete Bewilligungen erteilt (zB § 9 Abs 1 Steiermärkisches Veranstaltungsgesetz). Die Automatenbetreiber konnten daher "mit guten Gründen darauf vertrauen", dass sie ihre bewilligte Tätigkeit weiterhin ausüben können und nicht, dass sie spätestens nach Ablauf der Übergangsfrist der vorgeschlagenen Gesetzesänderung ihre Rechtsposition verlieren. Die Sachlichkeit solcher Eingriffe hängt von der Intensität und Plötzlichkeit der Maßnahme ab. Dass es sich bei der vorliegenden Regelung um einen intensiven Eingriff, insbesondere auch in die Grundrechte der Automatensalonbetreiber handelt, wurde bereits dargelegt. Auch die derzeit festgelegte Übergangsfrist ändert nichts an der Unverhältnismäßigkeit und Schwere des Eingriffs, weil den bisherigen Betreibern ihre Erwerbsmöglichkeit zur Gänze entzogen wird. Dieser Eingriff in bestehenden Rechtspositionen ist vor dem – oben beschriebenen – Hintergrund zu sehen, dass die Maßnahmen *per se* unsachlich sind, was die Verfassungswidrigkeit nur "verstärkt".

3. GEMEINSCHAFTSRECHTLICHE BEDENKEN

Der Europäische Gerichtshof ("EuGH") hat den Betrieb von Geldspielautomaten als Dienstleistungen des Glücksspielbereichs qualifiziert (vgl. EuGH 21.9.1999, C-127/97, Rs Läämä). Als Dienstleistungen im gemeinschaftsrechtlichen Sinne ist der Betrieb von Geldautomaten von der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 49 EG-Vertrag erfasst.

- 12 -

Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zum Glücksspielmonopol ist die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit, der mit der Novelle erfolgenden Eingliederung des "kleinen Glücksspiels" mit Spielautomaten in das Glücksspielmonopol stark in Zweifel zu ziehen. Ein Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtlich normierte Dienstleistungsfreiheit wäre insbesondere dann der Fall, wenn die Ausdehnung eines bestehenden Glücksspielmonopols nicht der Kanalisierung jener Spielleidenschaft dient, die bislang illegal befriedigt wurde (vgl. *Schwartz/Wohlfahrt*, GSpG² [2006] § 3 Rz 11). Ein geschätztes Abgabenaufkommen aufgrund der neu eingeführten Bundesautomatensteuer inklusive Abgaben auf VLTs und abzüglich Spielbankabgabe von ca EUR 130 bis 150 Mio lässt begründete Zweifel daran bestehen, ob die vorliegende Novelle tatsächlich nur oder vorwiegend der Kanalisierung illegaler Spielleidenschaften dient. Vielmehr liegt nahe, dass die vorgeschlagene Neuregelung in erster Linie der Einnahmenerzielung des Bundes dient und daher gemeinschaftsrechtswidrig ist. Im Übrigen widerspricht auch das inländische Sitzfordernis des Konzessionärs der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit.
