

PER E-MAIL

Bundesministerium für Finanzen
 christoph.schlager@bmf.gv.at
 begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at

Wien, am 22.1.2014

Dr. Kurt Retter, LL.M.
 BNT/VE-CCC/CONSTLAW

T +43 1 51510 5240
 F +43 1 51510 665240
 kurt.retter@wolftheiss.com

WOLF THEISS Rechtsanwälte
 Schuberting 6
 1010 Wien
 Österreich


T +43 1 515 10
 F +43 1 515 10 25
 wien@wolftheiss.com
 www.wolftheiss.com

WOLF THEISS
 Rechtsanwälte GmbH & Co KG
 UID: ATU 68242500; DVR: 0231924
 ADVM: P130664; FN 403377 b
 FG: HG Wien; Sitz: Wien

GZ. BMF-010000/0001-VI/1/2014

Einschreiterin: CBA Spielapparate- und Restaurantbetriebs GmbH
 Brehmstraße 21
 1110 Wien

vertreten durch: WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG
 Schuberting 6
 1010 Wien


 ADVM-Code P 130664
 FN 224135 k

Vollmacht erteilt (§ 8 Abs 1 RAO)

wegen: Entwurf des Abgabenänderungsgesetzes 2014 (3/ME)

STELLUNGNAHME

1-fach

CBA Spielapparate- und Restaurantbetriebs GmbH, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwältin GmbH & Co KG übermittelt folgende

STELLUNGNAHME

zu dem vom Bundesministerium für Finanzen an die Präsidentin des Nationalrats am 9.1.2014 übermittelten Entwurf des Abgabenänderungsgesetzes 2014 ("Entwurf").

1. VORBEMERKUNG

Die Einschreiterin betreibt sogenannte "*Pokercasinos*", das sind Gastronomiebetriebe für erlaubte Kartenspiele ohne Bankhalter, insbesondere für Poker, auf Grundlage einer aufrechten Gewerbeberechtigung vom 25.6.2001.

Sie war Individualantragstellerin in dem in den Erläuterungen zu Art 16 Z 3 des Entwurfes genannten Verfahren vor dem VfGH betreffend die Aufhebung des Wortes "*Poker*," in § 1 Abs 2 GSpG BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. Nr. I 54/2010, § 22 GSpG samt Überschrift, BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. Nr. I 73/2010 sowie § 60 Abs 24 GSpG BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. Nr. I 69/2012 als verfassungswidrig (VfGH 27.6.2013, G 26/2013-11, G 90/2012-14).

2. STELLUNGNAHME ZU DEN GEPLANTEN ÄNDERUNGEN DES GLÜCKSSPIELGESETZES

2.1 Zu Art 16 Z 1 (§ 1 Abs 2 GSpG)

2.1.1 Kompetenzwidrigkeit

§ 1 Abs 1 GSpG definiert das Glücksspiel als ein Spiel, "*bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt*".

Diese Definition trifft in ihrer Allgemeinheit nicht auf alle Varianten des Poker zu. So hält zB auch der Verfassungsgerichtshof ("VfGH") in seinem Erkenntnis vom 27.6.2013, G 26/2013 ua, ausdrücklich fest, dass für Turnierpokerspiele in der Literatur die Glücksspieleigenschaft selbst von Stimmen, die diese grundsätzlich bei Pokervarianten wie "*Texas Hold'Em*" bejahen, verneint bzw. in Zweifel gezogen wird.¹

Die in Aussicht genommene (neuerliche) Einbeziehung von Poker in den Glücksspielbegriff ist nach Ansicht der Einschreiterin verfassungswidrig, da "*Poker*" lediglich ein Überbegriff für eine Reihe von Spielen ist, der in seiner Allgemeinheit nicht vom Kompetenztatbestand des Monopolwesens gemäß § 10 Abs 1 Z 4 Bundes-Verfassungsgesetz ("*B-VG*") gedeckt ist.

Dem steht die zitierte Entscheidung des VfGH nicht entgegen. Vielmehr hat der VfGH festgehalten, dass auf die von der Antragstellerin geltend kompetenzrechtlichen Beden-

¹ Vgl. VfGH 27.6.2013, G 26/2013 ua, Rz 53, mit Hinweis auf *Holzner*, *Poker – Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel?*, MMR 2008, 439 [442 f.], unter ausdrücklicher Berufung auf den Bescheid des UFS vom 24.7.2007, RV/0369-W/02; *Kretschmer*, *Poker – ein Glücksspiel?*, ZfWG 2007, 93 ff; für die Qualifikation des Poker als Geschicklichkeitsspiel allgemein *Dedonne/Detterman*, *Poker is a Skill*, *Gaming Law Review and Economics* 2008/1, 31 ff; differenzierend *Fiedler/Rock*, *Quantifying Skill in Games – Theory and Empirical Evidence for Poker*, *Gaming Law Review and Economics* 2009/1, 50 ff.

ken nicht mehr einzugehen war, da der diesbezüglich inkriminierte § 60 Abs 24 GSpG (aF) bereits aus anderen Gründen aufzuheben war.² Die Kompetenzwidrigkeit ist wie folgt zu begründen:

Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG als kompetenzrechtliche Grundlage:

Die kompetenzrechtliche Grundlage des Glücksspielgesetzes liegt im Kompetenztatbestand des "Monopolwesens" in Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG³. Im Versteinerungszeitpunkt des Jahres 1925 bestand neben anderen Monopolen auch eine Reihe von Regelungen betreffend die Abhaltung von Lotterien in Form eines Staatsmonopols. Diese Regelungen werden als Versteinerungsmaterial herangezogen, um die Zulässigkeit des inhaltlich weiter gefassten, an den Grundstrukturen des Glücksspiels orientierten "Glücksspielmonopols" zu begründen.⁴ Schließlich bedeutet der Begriff "Monopolwesen" für sich allein keinen verfassungsrechtlich verbürgten Rechtstitel zur beliebigen Einbeziehung weiterer Arten von Spielen als Glücksspiele in das Bundesmonopol. Neuerungen und Erweiterungen der Typen von Glücksspielen müssen dem historisch verfestigten System des Monopolwesens des Bundes entsprechen.

Wesentlicher Inhalt des so versteinerten Glücksspielmonopols im Sinne des Kompetenztatbestandes des Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG ist – auch im Sinn der späteren Legaldefinition – der weite Bereich jener Spiele, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen.

In diesem Sinn sah der VfGH die Bestimmungen des GSpG bereits 1989 als in Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG gedeckt an indem er darauf verwies, dass auf den Kompetenztatbestand "Monopolwesen" in Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG nicht nur gesetzliche Regelungen von Monopolen im engeren Sinn des Wortes gestützt werden können, sondern auch gesetzliche Regelungen jener Monopole, die sich aus Regalien – wie zB das Glücksspielmonopol aus dem Lottoregal des Jahres 1925 – entwickelt haben. Dementsprechend sei der VfGH auch in seiner bisherigen Judikatur davon ausgegangen, dass sich eine bundesgesetzliche Regelung des Glücksspielmonopols auf Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG zu stützen vermöge.

"Poker" ist kein Glücksspiel anhand der in § 1 Abs 1 GSpG zum Ausdruck kommenden, "versteinerten" Merkmale des Glücksspielbegriffs, der dem Kompetenztatbestand des "Monopolwesens" zugrunde liegt:

Der verfassungsrechtlich versteinerte Begriff des Glücksspiels im Sinne des "Monopolwesens" findet seinen rechtlich positivierten (und verfassungsrechtlich gedeckten) Niederschlag in § 1 Abs 1 GSpG.

Nach der GSpG-Novelle 2008 werden nunmehr im § 1 Abs 2 GSpG beispielhaft solche Spiele aufgelistet, die nach Ansicht des Gesetzgebers jedenfalls als solche Glücksspiele zu beurteilen sind. Nach der Aufhebung des Worts "Poker" durch das zitierte Erkenntnis

² Vgl. VfGH 27.6.2013, G 26/2013 ua, Rz 68 (Vm Rz 19).

³ Siehe dazu VfSlg 12.165/1989 sowie die Vorjudikatur in VfSlg 1208/1929, 2500/1953 (S 131), 7567/1975 und 7985/1977.

⁴ Siehe Schwarz, Strukturfragen und ausgewählte Probleme des österreichischen Glücksspielrechts (1998) 26ff.

des VfGH vom 27.6.2013 soll "Poker" samt seiner "Spielvarianten" wieder in diesen Katalog aufgenommen werden.

In den Materialien zur GSpG-Novelle 2008 hieß es zur bereits früher erfolgten (und vom VfGH aufgehobenen) Aufnahme:

"So ist Poker beispielsweise bereits derzeit auf Grund höchstgerichtlicher Judikatur Glücksspiel und somit ausschließlich einem Bundeskonzessionär zur Auspielung vorbehalten. Um in Zukunft derartige gerichtliche Auseinandersetzungen über die Auslegung des Glücksspielbegriffes und diesbezügliche Unklarheiten zu minimieren, sollen die klassischen Glücksspiele in einem demonstrativen Katalog gesetzlich festgeschrieben werden."

Der damalige Gesetzgeber bezog sich hierbei auf das VwGH-Erkenntnis vom 8.9.2005, Gz 2000/17/0201. Bei genauerer Betrachtung dieses Erkenntnisses wird allerdings klar, dass es sich lediglich auf drei ganz genau bestimmte Spielvarianten von Poker bezog, nicht aber auf Poker im Allgemeinen.

Darüber hinaus war das diesem Erkenntnis zugrunde liegende Sachverständigengutachten mathematisch punktuell und nicht empirisch allgemein. Es stellte lediglich auf den Zufall der Kartenlage ab, dh auf die Ausgangslage, und berücksichtigte nicht die rationalen Verhaltensmöglichkeiten und -weisen der Spieler im weiteren Spielverlauf. Zur Illustration: Tarock, Bridge und Schnapsen gelten – auch nach Auffassung des Bundesministers für Finanzen nicht als Glücks-, sondern als Geschicklichkeitsspiel. Auch bei all diesen Kartenspielen ist jedoch die Ausgangslage der Spieler ausschließlich vom Zufall abhängig, dh letztendlich Glückssache. Erst was der Spieler aus seinen Karten "herausholt", ist Geschicklichkeitssache.

Nicht anders verhält es sich beim Poker allgemein, jedenfalls aber bei etlichen seiner Spielvarianten: Die Spieler erhalten die Karten zwar nach dem Zufallsprinzip, dann aber haben sie immer noch unzählige Möglichkeiten, den Spielverlauf durch autonome Entscheidungen zu beeinflussen. Ein geübter, guter Spieler kann aus dem Spielverhalten der Mitspieler (Wer steigt aus? Wer setzt? Wieviel? Wer geht mit? Wer erhöht? Wer setzt aus?) gewisse Rückschlüsse ziehen und dies entsprechend in seiner eigenen Spielstrategie berücksichtigen. Auch besteht die Möglichkeit, durch gekonntes Bluffen mit einem unvorteilhafteren Blatt letztendlich doch noch als Gewinner aus dem Spiel zu gehen.

Dass bei den gängigen Arten des Pokers daher das Spielergebnis überwiegend vom Zufall abhängen soll, entspricht nicht der allgemeinen Lebenserfahrung. Wäre dies der Fall, würde bei großen Pokerturnieren und -meisterschaften die Gewinnverteilung gleichmäßig sein. Faktisch ist jedoch das Gegenteil der Fall, denn überwiegend gehen immer wieder dieselben Personen aus einem kleinen Kreis als Turniergewinner hervor. Wenn daher das Spielergebnis bei Poker überwiegend vom Zufall abhängen würde, so würde dies bedeuten, dass andere Faktoren nur zu einem unbedeutenden Teil zum Spielergebnis beitragen, und dass jegliche Geschicke und Professionalität beim Poker reine Show wären. Dies entspricht jedoch keineswegs der Realität – dies wurde auch anschaulich dargelegt durch *Hambach/Hettich/Kruis*, die in diesem Zusammenhang Bezug

auf eine entsprechende Studie der TÜV Rheinland Secure IT GmbH nehmen, die nach entsprechenden Versuchsreihen hinsichtlich bestimmter Spielvarianten von Texas Hold'em zum Ergebnis kam, dass ein Geschicklichkeits- (und kein Glücks-) Spiel vorliege.⁵

Im zitierten VwGH-Erkenntnis wurde das Kriterium der Geschicklichkeit somit nicht ausreichend gewürdigt, insbesondere nicht in Hinblick auf den gewinnenden Spieler. Ein solches Erkenntnis, das sich nur auf einen ganz spezifischen Einzelfall anhand von bloß drei – aus einer unendlichen Vielzahl in der Praxis vorkommender – Spielvarianten bezieht, als Gesetzesbegründung heranzuziehen, ist (auch in Anbetracht des § 12 des Allgemeines Bürgerlichen Gesetzbuches ("ABGB")) höchst problematisch.

Insgesamt zeigt sich, dass "Poker" in seiner Allgemeinheit nicht vom kompetenzrechtlichen Begriff des "Glücksspiels" gedeckt ist. Vielmehr sind die unterschiedlichen Spielvarianten gesondert einer diesbezüglichen Beurteilung zu unterziehen. Auch das in den seinerzeitigen Gesetzesmaterialien zitierte VwGH-Erkenntnis bezog sich ausdrücklich nur auf bestimmte Spielvarianten.

Ergänzende Ausführungen zum historischen Kontext

Die nunmehr wiederum vorgesehene, ausdrückliche Unterwerfung von Poker unter das Glücksspielmonopol entspricht auch keineswegs den bisherigen Grundsätzen, die sich aus einem historischen Kontext ableiten lassen. Glücksspiele im Sinne des Glücksspielmonopols waren zunächst stets durch den singulären Akt der Auslösung einer eigengesetzlichen, vom reinen Zufall bestimmten Kausalität durch den Unternehmer bzw. Veranstalter des Spiels gekennzeichnet. Solche Spiele waren und sind noch immer typische Spiele des Zufalls und sind nicht durch menschliches Verhalten rational lenkbar. Nach dem Spielbeginn vollzieht sich das Eintreten des Spielergebnisses aus eigengesetzlicher Kausalität von selbst. Zu den typischen historischen Spielen des Erfolges aus einem reinen oder überwiegenden, technisch herbeigeführten Zufall gehören die klassischen Glücksspiele, wie Lotterie und Toto, Tombolaspiele, Glückshäfen, Juxausspielungen und Roulette. Diese Art von Spielen wurden von jeher als Glücksspiele im Sinne des Monopols verstanden, wie im Folgenden ein kurzer historischer Überblick zeigt.

Mit dem GSpG 1960 wurde die Begriffstrios "Glücksspiel", "Ausspielung" und "Unternehmer" definiert und als Abgrenzungs- und Einteilungskriterium für Monopolglücksspiele herangezogen. Unter anderem wurde der "Bankhalter" als Kriterium dafür herangezogen, ob ein Glücksspiel im Sinne des Glücksspielmonopols vorlag, bei dem ein ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängiges Ereignis über Gewinn und Verlust entschied, oder bloß ein – nicht dem Glücksspielmonopol unterliegendes! – Kartenspiel, bei dem einander ausschließlich Spieler gegenüberstehen. Der Begriff des "Bankhalters" wurde verstanden als ein verfügungsberechtigter Halter der Bank eines Glücksspielunternehmens, der für den ausspielenden Unternehmer mit dem Bankkapital auch am Spiel teilnimmt und für diesen auch am Gewinn beteiligt ist. Langfristig gewinnt immer der Bankhalter. Dies ist ein wichtiges Kennzeichen für das historische, im Einklang mit dem

⁵ Verabschiedet sich Poker aus dem Glücksspielrecht? Eine Besprechung der aktuellen verwaltungs- und strafrechtlichen Rechtslage zur Pokervariante Texas Hold'em, MR-Int 2009, 41.

verfassungsrechtlichen Kompetenztatbestand stehende Verständnis des Glücksspielmonopols.

Dieses Verständnis des Glücksspiels lag und liegt nicht nur den früheren Fassungen des GSpG zugrunde, sondern auch dem verfassungsrechtlichen Kompetenztatbestand des Monopolwesens. Dieser setzt somit – neben der zumindest vorwiegenden Abhängigkeit vom Zufall – insbesondere auch voraus, dass er Kartenspiele nicht umfasst, die aufgrund eines zivilrechtlichen Spielvertrages ausschließlich zwischen den Spielern untereinander gespielt werden und bei denen einander ausschließlich die Spieler gegenüberstehen. Lediglich bei Vorhandensein eines "Bankhalters" eines Glücksspielunternehmens als Spielteilnehmer kommt eine Qualifizierung als Glücksspiel überhaupt in Betracht. Diese Grundsätze kamen noch in § 4 Abs 1 GSpG (alt) sowie im GSpG 1989 klar zum Ausdruck. Sie erfuhren hinsichtlich der Rolle von nicht am Spiel teilnehmenden Dritten allerdings eine durch Einführung des § 2 Abs 4 GSpG (alt) modifizierte, verfassungsrechtlich bedenkliche Modifikation.

Beispielsweise heißt es auch in den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zum GSpG 1962, dass nicht jedes Glücksspiel, wie zB Kartenspiele, bei denen sich nur Spieler gegenüberstehen, unter das Glücksspielmonopol des Bundes fällt. Dabei war stets das Verständnis, dass ein Glücksspielunternehmer mit Spielbeginn ein unbestimmbares Ereignis des Zufalls für den auf Gewinn oder Verlust gerichteten Spielausgang zumeist mit einer einzelnen Spielhandlung auslöst und – genauso wenig wie die einzelnen Spieler – auf den Verlauf des Spieles und damit auf die Kausalität des Eintretens des alternativ positiven oder negativen Spielergebnisses keinen Einfluss hat. Daher waren Kartenspiele und damit auch Pokerspiele von der Anwendbarkeit des GSpG selbstredend ausgenommen. Schließlich gibt es bei den gängigen Kartenspielen, bei denen einander nur Spieler gegenüberstehen, im Allgemeinen keinen derartigen Unternehmer und auch keine Kausalität eines selbsttätigen Spielverlaufs.

Die traditionellen Kartenspiele waren also auch gemäß dem GSpG 1962 keine Glücksspiele im Sinn des Glücksspielmonopols des Bundes, weil sie den Kriterien der legal definierten Grundbegriffe des Glücksspielwesens im Rahmen des (verfassungsrechtlich "versteinernten") Monopols des Bundes nicht entsprachen. Kartenspiele unterscheiden sich von den typischen Glücksspielen unter dem Staatsmonopol dadurch, dass sie durch einen zivilrechtlichen Vertrag der Spieler autonom zustande kommen. Auf Grund dieses Vertragskonsenses und gemäß den Spielregeln werden sie von den Spielern entscheidungs- und handlungsautonom vertragsgemäß und regelungskonform durchgeführt. Bei den Kartenspielerunden gibt es an und für sich weder eine Ausspielung durch einen Spielunternehmer, weder eine Spielbeteiligung noch eine Gewinnbeteiligung des Spielunternehmers. Daher gibt es auch keinen am Spiel beteiligten Bankhalter eines Veranstalters. Gewerberechtliche Vorschriften und die auf Grund solcher Vorschriften erworbenen, frei gewerblichen Befugnisse für Unternehmen zum Betrieb von Kartenspielsalons (Pokerspielsalons) wurden auch von den Vorschriften des GSpG 1962 nicht berührt.

In den Materialien zum GSpG 1989, dessen Regelungen weitestgehend mit denen der Vorgängerregelungen übereinstimmen, wird zum ersten Mal der Begriff der "Geschicklichkeit" als Gegenbegriff zum "Zufall" aufgeführt. Demnach liegt kein Glücksspiel vor,

wenn nicht der Zufall, sondern Geschicklichkeit oder Können über Gewinn und Verlust entscheiden.

Aus den Erläuternden Bemerkungen zum GSpG 1989 lässt sich nach wie vor das Verständnis ableiten, dass sich bei Ausspielungen grundsätzlich Glücksspielunternehmer und Spieler gegenüber stehen; in Abgrenzung beispielsweise zu Kartenspielen, bei denen sich nur Spieler gegenüberstehen. Laut Erläuternden Bemerkungen gehört es zum Wesen der Ausspielung, dass den Einsätzen der Spieler Gegenleistungen des Unternehmers gegenüberstehen.

Diese Ausführungen zeigen das jahrzehntelange und gefestigte Verständnis des Begriffs des Glücksspiels im Sinne des Glücksspielmonopols. Die kompetenzwidrige Einbeziehung des Kartenspiels Poker entspricht diesem Verständnis nicht und ist daher im logisch-historischen Kontext keineswegs nachvollziehbar.

Schließlich bedeutet der Begriff "*Monopolwesen*" für sich allein keinen verfassungsrechtlich verbürgten Rechtstitel zur beliebigen Einbeziehung weiterer Arten von Spielen als Glücksspiele in das Bundesmonopol. Neuerungen und Erweiterungen der Typen von Glücksspielen müssen dem historisch verfestigten System des Monopolwesens des Bundes entsprechen. Mit der in Aussicht genommenen Neuregelung wird daher in kompetenz- und somit verfassungswidriger Weise das Bundesmonopol in seinem Anwendungsbereich erweitert.

Die (neuerliche) Aufzählung von "Poker" samt seinen "Spielvarianten" in § 1 Abs 2 GSpG wäre kompetenzwidrig

"Poker" im allgemeinen ist somit kein "*Glücksspiel*" iSd kompetenzrechtlichen Monopolbegriffs des Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG. Durch die Aufzählung von "Poker" und dessen "*Spielvarianten*" in § 1 Abs 2 GSpG würde der Gesetzgeber eine Reihe von Spielen unkritisch, pauschal und undifferenziert dem Glücksspielbegriff – und damit dem Regime des GSpG – unterstellen, ohne auf die Eigenarten der verschiedenen Spielvarianten einzugehen. Insbesondere würde dabei unberücksichtigt gelassen, ob und inwieweit einzelne Spielvarianten überhaupt "*Glücksspiele*" im Sinne der Definition des § 1 Abs 1 GSpG sind, die dem kompetenzrechtlichen Tatbestand des "*Monopolwesens*" in Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG zugrunde liegen. Eine fundierte Auseinandersetzung mit dieser Frage ergibt, dass dies im Hinblick auf die unter dem Überbegriff des "Poker" erfassten Spiele jedenfalls nicht in dieser Allgemeinheit der Fall ist.

Die (neuerliche) Aufnahme der Wortfolge "Poker," in § 1 Abs 2 GSpG wäre insofern kompetenz- (und damit verfassungs-) widrig.

Die Regelung ist auch nicht erforderlich: Schließlich steht es dem Bundesminister für Finanzen offen, einen Amtssachverständigen nach § 1 Abs 3 GSpG zu bestellen, einzelne Spielvarianten des Poker einer fundierten Untersuchung hinsichtlich ihres Glücksspielcharakters zu unterziehen und in einer entsprechenden Verordnung nach § 1 Abs 2 letzter Satz GSpG zu inkludieren.

Auch die vom VfGH in seiner Entscheidung aus 1989 genannten, verfassungsrechtlich zulässigen Ziele der Einrichtung eines Monopolsystems (insb zB Spielerschutz) können

nicht nur im Rahmen einer gesetzlichen Regelung des Monopolwesens verfolgt werden. Sie sind mit Leichtigkeit auch im Rahmen der Gewerbeordnung zu verwirklichen (siehe dazu die zahlreichen Sonderregelungen betreffend eine Reihe von reglementierten Gewerben, die teils konsumentenschützenden Charakter haben, aber etwa auch der Geldwäsche- und Terrorismusbekämpfung dienen).

2.1.2 Schaffung einer unklaren Regelung

Die pauschale Unterstellung des Pokerspiels erweist sich darüber hinaus angesichts des § 1 Abs 1 GSpG als systemwidrig, da bei wichtigen Varianten des Poker das Ergebnis eben nicht vorwiegend vom Zufall abhängt.

Die Erläuterungen zum Entwurf halten dazu (ähnlich wie die Erläuterungen zur früheren Aufnahme § 1 Abs 2 GSpG) fest:

"Dadurch soll die Rechtssicherheit erhöht und gerichtliche Auseinandersetzungen um deren Glücksspieleigenschaft im Interesse der Verfahrensökonomie und einer effektiven Umsetzung des Glücksspielgesetzes vermieden werden."

Mit dem vorgelegten Entwurf wäre aber weiterhin unklar, welche Arten von Poker (zB "Texas Hold'em", "7 Card Stud", "5 Card Draw", jeweils in den Formen "Turnier" bzw "Cash Game") unter den Glücksspielbegriff fallen, da die Aufzählung lediglich demonstrativ ist und sich somit im Rahmen der allgemeinen Definition des § 1 Abs 1 GSpG halten muss. Ihr kann somit nicht die Bedeutung beigelegt werden, auch jene Spielvarianten des Poker zu erfassen, welche die allgemeinen Kriterien des § 1 Abs 1 GSpG nicht erfüllen. Eine derartige Auslegung würde sich – wie im vorigen Punkt dargelegt – auch unter dem Gesichtspunkt einer verfassungskonformen Interpretation verbieten.

Somit würde die in Aussicht genommene Änderung das Gegenteil dessen bewirken, was durch sie erreicht werden soll: Durch die Verwendung eines weiten Pokerbegriffs, der auch solche Spiele umfasst, die definitionsgemäß nicht unter den Glücksspielbegriff fallen, wird der Eindruck erweckt, die allgemeinen Kriterien des § 1 Abs 1 GSpG würden im Fall des (nur allgemein umschriebenen) Pokerspiels nicht gelten. Pokerspiele, die nicht unter die allgemeine Definition fallen, würden damit einer erheblichen Rechtsunsicherheit unterworfen. Der Gesetzgeber hätte die Möglichkeit, Klarheit zu schaffen, würde dies aber verabsäumen, wenn er wiederum nur pauschal von "Poker" spricht.

Die Rechtsunsicherheit durch die in Aussicht genommene Regelung würde aber auch über das Pokerspiel hinausreichen: Durch das Wort "*insbesondere*" suggeriert der Gesetzgeber, die Aufzählung in § 1 Abs 2 GSpG sei demonstrativ. Damit würde der Gesetzgeber erhebliche Rechtsunsicherheiten auch für andere Kartenspiele mit Glückskomponente (zB Schnapsen, Bauernschnapsen, Tarock, Bridge etc) schaffen, denn bei vielen in § 1 Abs 2 GSpG nicht genannten Kartenspielen ist das Ergebnis wesentlich stärker vom Zufall abhängig als bei manchen Spielvarianten des Poker. Damit entsteht der Eindruck, dass auch Spiele wie zB Schnapsen, Bauernschnapsen, Tarock, Bridge vom Glücksspielbegriff umfasst sein könnten. Im Ergebnis wäre damit auch für diese Spiele eine erhebliche Rechtsunsicherheit dahingehend gegeben, ob sie vom Glücksspielbegriff erfasst sind oder nicht.

Im Ergebnis würde der Gesetzgeber eine unklare Rechtslage schaffen, die mit dem Legalitätsprinzip des Art 18 B-VG im Widerspruch steht.

2.2 Zu Art 16 Z 2 (§ 22 GSpG)

2.2.1 Derzeit gibt es etwa 30 Betreiber von Pokersalons in Österreich. Schon im Hinblick auf die Vergabe von nur einer Lizenz hat der VfGH in seinem Erkenntnis vom 27.6.2013 festgehalten, dass dies *"erhebliche nachteilige Folgen für jene Personen herbeiführt, die bis 31. Dezember 2012 auf Grund einer Gewerbeberechtigung rechtmäßig Pokersalons betrieben haben"*⁶.

Durch die Erhöhung der Anzahl der Konzessionen von einer auf drei würden diese Nachteile nicht beseitigt, sodass dem Erkenntnis nicht Rechnung getragen wäre.

2.2.2 Zu beachten ist auch, dass in den derzeit bestehenden 15 allgemeinen Spielbanken (§ 21 Abs 5 GSpG) Pokerspiele mit Bankhalter ohne Limit betrieben werden dürfen. Das stellt eine erhebliche, verfassungsrechtlich zu beanstandende Ungleichbehandlung der auf gewerberechtl. Grundlage betriebenen *"Pokersalons"* ohne Bankhalter im Verhältnis zu den Spielbanken mit Bankhalter dar.

Die Ungleichbehandlung zwischen gewerblichen *"Pokersalons"* und Spielbanken nach § 21 GSpG war tragendes Begründungselement des erwähnten VfGH-Erkenntnisses. Wörtlich führte der VfGH aus:⁷

"Hinsichtlich der Zahl der zu vergebenden Konzessionen enthält § 22 GSpG keine dem § 21 Abs. 5 GSpG vergleichbare Regelung, derzufolge eine Höchstzahl von fünfzehn Konzessionen angeordnet ist. Da § 22 GSpG, anders als § 21 GSpG die Erteilung nur einer (einzigen) Konzession zulässt [...] sind die Nachteile jedenfalls für Veranstalter wie die antragstellenden Gesellschaften vor dem Hintergrund der tatsächlichen Verhältnisse und Unterschiede zum Glücksspiel der Lotterien gravierend."

Dass an die etwa 30 bestehenden Pokersalonbetreiber ohne Bank nur drei Konzessionen vergeben werden, während 15 Spielbanken Poker mit Bankhalter veranstalten dürfen, würde weiterhin eine Ungleichbehandlung darstellen, die sachlich nicht gerechtfertigt wäre. Wenn in Pokersalons Poker ohne Bankhalter gespielt wird, würde dies nahelegen, dass nicht weniger, sondern mehr Konzessionen als nach § 21 Abs 5 iVm § 21 Abs 1 GSpG zu vergeben sind. Jedenfalls wäre die Zahl von drei mit der Zahl von 15 weiterhin nicht annähernd vergleichbar.

2.2.3 Nicht nachvollziehbar ist auch, warum nach dem vorgeschlagenen Entwurf das eingezahlte Grundkapital *"mindestens 5 Millionen Euro"* betragen soll. Die Hürde wäre so hoch, dass es für bestehende gewerbliche Gastronomiebetriebe für erlaubte Kartenspiele ohne Bankhalter fast unmöglich wäre, ihren Betrieb in eine Spielbank iSd § 22 GSpG zu überführen. Im Ergebnis würde dies viele Betriebe grundlos zur Aufgabe zwingen,

⁶ Vgl VfGH 27.3.2013, G 26/2013-11, Rz 60.

⁷ Vgl VfGH 27.3.2013, G 26/2013-11, Rz 62.

was einen Eingriff in ihre verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte darstellen würde und den Verlust einer Vielzahl von Arbeitsplätzen in Österreich zur Folge hätte.

Darüber hinaus ist es unter dem Gesichtspunkt des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes sachlich nicht gerechtfertigt, auch im Fall von Spielen ohne Bankhalter, in denen kein Spielvertrag unmittelbar zwischen dem Betreiber und den Spielern zustande kommt, ein Grundkapital in dieser exorbitanten Höhe vorzuschreiben.

2.2.4 Logische Folge wäre auch, dass passionierte Pokerspieler ihr Hobby künftig in Spielbanken nach § 21 GSpG ausüben, wo mit Bankhalter gespielt wird und erfahrungsgemäß deutlich höhere Tischgelder verlangt werden. Damit wäre auch dem behaupteten Zweck des Spielerschutzes nicht gedient.

2.2.5 Unklar wäre auch weiterhin, ob Konzessionsinhaber für Pokersalons diese an einem oder an mehreren Standorten betreiben dürften. Der VfGH hat begründend zur Aufhebung des § 22 GSpG ausgeführt, dass sogar erfolgreiche Konzessionswerber künftig insofern (stärker als bisher) beschränkt würden, wenn sie *"über die eine Spielbank hinaus nicht an weiteren Standorten Pokersalons betreiben dürften"*⁵. Diese Einschränkung würde daher nicht den Vorgaben des VfGH entsprechen.

2.3 Zu Art 16 Z 6 (§ 60 Abs 33 GSpG)

Auch die Übergangsfrist wäre zu kurz bemessen, wenn man bedenkt, dass von 30 Gastronomiebetrieben für erlaubte Kartenspiele ohne Bankhalter österreichweit mindestens 27 (aufgrund der hohen Einstiegshürde von EUR 5 Mio vermutlich sogar 30) Betriebe zusperren müssten.

3. ZUSAMMENFASSUNG

Es wird daher vorgeschlagen,

- in einer ergänzten Fassung des § 1 Abs 2 GSpG ausschließlich auf *"Poker in der Spielvariante 5 Card Draw mit Ausnahme der Turnierform"* Bezug zu nehmen;
- in § 22 GSpG in der Entwurfsfassung das Wort *"drei"* durch das Wort *"zwanzig"* zu ersetzen, nach der Wortfolge *"jeweils eines Pokersalons"* die Wortfolge *"an bis zu zwölf Standorten"* zu ergänzen sowie die Zahl *"5 Millionen"* durch die Zahl *"500.000"* zu ersetzen; und
- in § 60 Abs 33 GSpG in der Entwurfsfassung die Zahl *"2017"* durch *"2020"* zu ersetzen.

Wien, am 15.1.2014

CBA Spielapparate- und Restaurantbetriebs GmbH

⁵ Vgl VfGH 27.3.2013, G 26/2013-11, Rz 60.