

Donnerstag, 23. August 2012

## Glücksspielgesetz des Bundes; Oö. Glücksspielautomatengesetz

### Vergabe von Glücksspiellizenzen

*Das Präsidium des Unabhängigen Verwaltungssenats des Landes Oberösterreich teilt mit:*

Die **Unabhängigen Verwaltungssenate (UVS)** in den Ländern sind von der Bundesverfassung zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit der öffentlichen Verwaltung berufen. Sie erkennen als **richterliche Instanz** unter anderem in Angelegenheiten, die ihnen durch die einzelnen Gebiete der Verwaltung regelnden Bundes- oder Landesgesetze zugewiesen werden.

Derzeit sind beim Unabhängigen Verwaltungssenat vier Verfahren wegen Erteilung bzw. Nichterteilung von Konzessionen nach dem Oö. Glücksspielautomatengesetz anhängig.

Im Zuge der hiesigen Verfahren sind verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der gesetzlichen Grundlagen entstanden, die nach Ansicht des UVS einer Überprüfung durch den Verfassungsgerichtshof bedürfen.

Da der Regelungsinhalt des Oö. Glücksspielautomatengesetzes nahezu vollinhaltlich durch das Glücksspielgesetz des Bundes vorgegeben ist, richten sich die Bedenken des UVS Oberösterreich **vorrangig gegen die maßgeblichen Bestimmungen des Glücksspielgesetzes des Bundes.**

Insbesondere haben sich vor dem Hintergrund des **Grundrechts der Erwerbsfreiheit**, des **Gleichheitsgrundsatzes** sowie hinsichtlich eines verfassungswidrigen Eingriffs in die **Gesetzgebungskompetenz der Länder**, aber auch wegen einer allfälligen Verletzung der **Charta der Grundrechte der Europäischen Union** inhaltliche Vorbehalte gegen die Verhältnismäßigkeit und damit die Verfassungsmäßigkeit der **Monopolbestimmungen des Glücksspielgesetzes des Bundes** ergeben.

Zur bestmöglichen Optimierung der Verfahrensdauer und um möglichst **rasch Rechtssicherheit** in den beim UVS bereits jetzt anhängigen sowie künftig noch zu erwartenden Verfahren herzustellen, werden – im Sinne des **vorausschauenden Verfahrensmanagements** – direkt durch den UVS Oberösterreich die

aufgezeigten verfassungsrechtlichen Bedenken an den Verfassungsgerichtshof zur Klärung herangetragen.

Am 22. August 2012 wurde daher dem Verfassungsgerichtshof ein Antrag auf **Prüfung der Monopolregelung des Glücksspielgesetzes des Bundes** übermittelt.

Der geschäftsführende Vizepräsident:



Alfred Kisch

**Rückfragen:**

Geschäftsführender Vizepräsident Mag. Alfred Kisch

Telefon: (+43 732) 7075 – 180 01

Fax: (+43 732) 7075 – 218 018

Mail: [alfred.kisch@uvs-ooe.gv.at](mailto:alfred.kisch@uvs-ooe.gv.at)

Geschäftszeichen:

**VwSen-740042/5/Gf/Rt**

Datum:

**Linz, 10. August 2012**

An den  
Verfassungsgerichtshof  
Freyung 8 (Ecke Renngasse)  
1010 Wien

Antragsteller: Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes  
Oberösterreich, Fabrikstraße 32, 4021 Linz

Antragsgegner: 1) Bund, vertreten durch die Bundesregierung,  
diese vertreten durch den Bundeskanzler,  
Ballhausplatz 2, 1010 Wien

2) Land Oberösterreich, vertreten durch die  
Oberösterreichische Landesregierung  
Landhausplatz 1, 4021 Linz

Mitbeteiligte Parteien: 1) GmbH  
vertreten durch  
Rechtsanwälte GmbH

2) Oberösterreichische Landesregierung,  
Direktion Inneres und Kommunales  
Bahnhofplatz 1, 4021 Linz

3) AG  
vertreten durch  
Rechtsanwälte GmbH

4) A GmbH

5) Bundesministerin für Finanzen  
Hintere Zollamtstr. 2b, 1030 Wien

## **A n t r a g**

gemäß Art. 140 Abs. 1 i.V.m. Art. 129a Abs. 3 und Art. 89 B-VG

1. auf Aufhebung der Wortfolge "*und die Anzahl der aufrechten Bewilligungen zum Betrieb von Glücksspielautomaten ist mit höchstens drei pro Bundesland beschränkt*" in § 5 Abs. 1 zweiter Satz des Glücksspielgesetzes, BGBl.Nr. 620/1989, zuletzt geändert durch BGBl.Nr. I 50/2012,

sowie

2. auf Aufhebung des zweiten und des dritten Satzes des § 3 Abs. 1 des Oö. Glücksspielautomatengesetzes, LGBl.Nr. 35/2011,

in eventu

2a. auf Aufhebung des zweiten Satzes des § 3 Abs. 1 des oö. Glücksspielautomatengesetzes, LGBl.Nr. 35/2011,

in eventu

2b. auf Aufhebung des dritten Satzes des § 3 Abs. 1 des oö. Glücksspielautomatengesetzes, LGBl.Nr. 35/2011

### **1. Sachverhalt**

1.1. Mit Bescheid der Oö. Landesregierung vom 28. März 2012, Zl. IKD(Pol)-070276/200-2012-Wa, wurde einer näher bezeichneten Aktiengesellschaft (im Folgenden: Mitbeteiligte Partei) die Bewilligung zur Durchführung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten in Einzelaufstellung unter Vorschreibung von insgesamt 20 Auflagen erteilt; unter einem wurden die gleichgerichteten Konzessionsanträge der Berufungswerberin und einer weiteren Partei (im Folgenden: Drittbeteiligte) abgewiesen.

Begründend führte die belangte Behörde dazu aus, dass nach § 3 Abs. 1 des Oö. Glücksspielautomatengesetzes, LGBl.Nr. 35/2011 (im Folgenden: OöGSpAG), insgesamt bloß drei Bewilligungen zum Aufstellen und zum Betrieb von Glücksspielautomaten erteilt werden dürften, wobei sich die Oö. Landesregierung dazu entschieden habe, (lediglich) eine dieser Bewilligungen in Form der Ausspielung in Einzelaufstellung (und die beiden anderen in Form der Ausspielung in Automatenalons) zu vergeben.

Eine entsprechende Interessentensuche habe im Juli 2011 begonnen, wobei die Teilnahmekriterien sowohl auf der Homepage des Landes Oberösterreich als auch in der Amtlichen Linzer Zeitung sowie im Amtsblatt zur Wiener Zeitung kundgemacht worden seien und die Frist für die Antragstellung am 15. September 2011 geendet habe.

In der Unterlage zu dieser Kundmachung sei u.a. angemerkt worden, dass für diese Interessentensuche nicht die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes (bzw. des Oö. Vergaberechtsschutzgesetzes), sondern die Vorschriften des AVG, des Glücksspielgesetzes des Bundes und des OöGSpAG sowie die Prinzipien der Transparenz und der Nichtdiskriminierung maßgeblich seien; dass verspätete Bewerbungen zurückgewiesen würden und die Öffnung der Anträge erst nach Ablauf der Antragsfrist in nicht öffentlicher Form erfolge; dass ausschließlich österreichisches Recht anzuwenden sei und kein Rechtsanspruch auf Konzessionserteilung bestehe; dass die Erteilung einer Bewilligung zum Aufstellen und zum Betrieb von 449 Glücksspielautomaten in Einzelaufstellung beabsichtigt sei; dass die Bewilligungsinhaberin für die sichere, stabile und umfassende Durchführung und Abwicklung der Ausspielungen unter besonderer Berücksichtigung der ordnungspolitischen Ziele verantwortlich sei; dass die Bewilligung für die Dauer von maximal 15 Jahren erteilt werde und eine Betriebspflicht für alle 449 Automaten bestehe; dass im Falle mehrerer Bewilligungswerberinnen jene den Vorzug erhalten, die auf Grund ihrer Erfahrungen, Infrastrukturen, Entwicklungsmaßnahmen, Eigenmittel, Systeme und Einrichtungen bezüglich Spielsuchtvorbeugung, Spielerschutz, Geldwäsche- und Kriminalitätsvorbeugung sowie Betriebssicherheit und Qualitätssicherung eine qualitativ hohe Ausübung der Bewilligung erwarten lasse, wobei insoweit der Gesamteindruck der Konzessionswerberin wesentlich sei; sowie, dass jeder Antrag professionell und fachlich beurteilt werde.

Die gesetzlich geforderten Voraussetzungen, eine Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat zu verkörpern (§ 3 Abs. 2 Z. 1 OöGSpAG); keine Gesellschafter zu ha-

ben, die über einen beherrschenden Einfluss verfügen, wodurch eine Zuverlässigkeit in ordnungspolitischer Hinsicht nicht gewährleistet ist (§ 3 Abs. 2 Z. 2 OöGSpAG); über ein eingezahltes Stamm- oder Grundkapital von mindestens 8.000 Euro je betriebsberechtigtem Glücksspielautomaten (§ 3 Abs. 2 Z. 3 OöGSpAG), über einen geeigneten und erfahrenen Geschäftsführer (§ 3 Abs. 2 Z. 4 OöGSpAG) sowie über eine mittels Zentralcomputer vernetzte Durchführung der Abrechnung samt Anbindung an die Bundesrechenzentrum-GmbH (§ 3 Abs. 2 Z. 6 OöGSpAG) zu verfügen; ein Entsenderecht für einen Staatskommissär durch die Bundesministerin für Finanzen (§ 3 Abs. 2 Z. 9 OöGSpAG) sowie effiziente Maßnahmen zur Geldwäschevorbeugung vorzusehen (§ 14 OöGSpAG); der Betriebspflicht zu entsprechen; eine Besuchs- und Spielordnung vorzulegen; sowie, über ein Standortkonzept mit entsprechender regionaler Streuung zu verfügen, hätten jeweils alle drei Bewerberinnen erfüllt.

Dem gegenüber seien bezüglich der proaktiven Spielsuchtvorbeugung (insbesondere der Anzeige der Gewinnausschüttungsquote und der Tagesspieldauer); der Identifikation, der Spielerkarte und des Zutritts; eines Konzeptes zur Einrichtung eines Spielerwarnsystems und zur Mitarbeiterschulung; sowie des Bestehens einer wirksamen Aufsicht nicht hindernden Konzernstruktur bei beiden Konkurrentinnen der Mitbeteiligten Partei verschiedene und teilweise gravierende Mängel aufgetreten, sodass eine Gesamtbeurteilung ergeben habe, dass Letztere am besten dazu geeignet erscheine, die Interessen der Spieler zu schützen, weshalb dieser die beantragte Bewilligung zu erteilen gewesen sei.

1.2. Gegen diesen der Berufungswerberin am 30. März 2012 zugestellten Bescheid richtet sich die vorliegende, am 13. April 2012 – und damit rechtzeitig – zur Post gegebene Berufung.

Darin wird zunächst vorgebracht, dass der Rechtsmittelwerberin weder vor noch nach der Erlassung des angefochtenen Bescheides eine Einsicht in die Unterlagen der beiden Mitbewerberinnen gewährt und ihr damit jegliche Möglichkeit zu einer zweckentsprechenden Rechtsverteidigung genommen worden sei; gleichzeitig habe die belangte Behörde dadurch auch massiv gegen den von ihr selbst im Zuge der Interessentensuche besonders betonten Transparenzgrundsatz verstoßen. Dessen ungeachtet bestehe dem Vernehmen nach der dringende Verdacht, dass die Vorstände und Geschäftsleiter der Mitbeteiligten Partei – als Baumeister bzw. bloß für Inkasso zuständige oder überhaupt branchenfremde Personen – die geforderte fachliche Eignung ebenso wenig erfüllen würden wie Letztere über ver-

gleichsweise bessere Spielerschutzkonzepte und Zutrittssysteme verfüge. Weiters treffe es auch nicht zu, dass gegen die Vertreter der Alleingesellschafterin etwaige Verwaltungsstrafverfahren geführt oder auch nur eingeleitet worden seien. Dem gegenüber sei keinerlei eigenunternehmerische Tätigkeit der Mitbeteiligten Partei bekannt; vielmehr stelle diese bloß eine sog. "Briefkastenfirma" dar, die ihrerseits im wirtschaftlichen Einflussbereich einer AG stehe, welche aber bereits selbst über eine Ausspielbewilligung für Automatensalons verfüge, sodass der Mitbeteiligten Partei nach den für die Interessentensuche aufgestellten Kriterien schon wegen dieser Verflechtung die beantragte Bewilligung zu versagen gewesen wäre. Darüber hinaus sei unerfindlich, wie die belangte Behörde angesichts von der Berufungswerberin vorgelegter einschlägiger Unterlagen zu dem Ergebnis kommen konnte, dass eine ausreichende Beschreibung der Spielbedingungen fehle, ganz abgesehen davon, dass nach dem OöGSpAG weder eine Anzeige der Tagesspieldauer sowie von deren Ende noch eine permanente Anzeige der Gewinnausschüttungsquote gefordert sei; Gleiches gelte überdies für eine bauliche Abtrennung der Räumlichkeiten, in denen die Automaten aufgestellt werden, deren Zutrittskontrolle und Videoüberwachung sowie für das Erfordernis einer Unterschrift auf der Spielerkarte. Unverständlich sei zudem, weshalb ein von der Rechtsmittelwerberin – wenngleich erst nach dem Schluss des Ermittlungsverfahrens – vorgelegtes Gutachten, mit dem eine besondere Qualität ihres Spielerschutzkonzeptes attestiert werde, sowie ein weiteres Gutachten zur Früherkennung und Prävention von Spielsucht nicht berücksichtigt wurde, obwohl nach diesen insgesamt zweifelsfrei feststehe, dass in Wahrheit die Berufungswerberin die Anforderungen des OöGSpAG am besten erfülle. Dem gegenüber erweise sich die von der belangten Behörde vertretene Ansicht, dass ein zu rigides Spielerschutzkonzept zu einer Abwanderung in den illegalen Markt führe, nicht nur als fachlich substanzlos, sondern diese laufe zudem auch den erklärten Zielsetzungen des OöGSpAG diametral zuwider. Schließlich könne man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die belangte Behörde in der Begründung des angefochtenen Bescheides jene Voraussetzungen, hinsichtlich der die Rechtsmittelwerberin vermeintliche Schwächen gegenüber der Mitbeteiligten Partei aufweise, besonders ausführlich gewürdigt habe, während im umgekehrten Fall die Vorzüge der Berufungswerberin keineswegs hervorgehoben, sondern lediglich lapidar darauf hingewiesen worden sei, dass sämtliche Bewerber die gesetzlich geforderte Voraussetzung erfüllen würden – und all dies, ohne dass geeignete Sachverständige beigezogen worden seien.

Aus diesen Gründen wird daher beantragt, der Rechtsmittelwerberin die begehrte Bewilligung zu erteilen und die gleichlautenden Anträge der Mitbeteiligten Partei und der Drittbeteiligten abzuweisen, in eventu den angefochtenen Bescheid aufzuheben und die Angelegenheit zur neuerlichen Entscheidung an die belangte Behörde zurückzuverweisen.

## **2. Präjudizialität**

2.1. Im vorliegenden Fall wurde der angefochtene Bescheid, mit dem der Antrag der Berufungswerberin (und der Drittbeteiligten) auf Erteilung einer Bewilligung zum Aufstellen und zum Betrieb von Glücksspielautomaten im Bundesland Oberösterreich abgewiesen (und diese der Mitbeteiligten Partei erteilt) wurde, (u.a.) auf Grund des § 3 Abs. 1 OöGSpAG erlassen.

2.2. § 3 Abs. 1 OöGSpAG lautet:

*"Die Ausspielung mit Glücksspielautomaten darf nur mit Bewilligung der Landesregierung erfolgen. Insgesamt dürfen drei Bewilligungen zum Aufstellen und Betrieb von Glücksspielautomaten im Bundesland Oberösterreich erteilt werden. Die Bewilligungserteilung erfolgt nach vorheriger öffentlicher und transparenter Interessentensuche durch die Landesregierung."*

In den folgenden Absätzen des § 3 werden nähere Anforderungen an die Bewilligungswerber (Abs. 2), an den Inhalt und die Ausgestaltung des Bewilligungsbescheides (Abs. 3) sowie u.a. festgelegt, dass die Anzahl der zulässigen Glücksspielautomaten das Verhältnis von einem Automaten pro 1.200 Einwohner nicht übersteigen darf (Abs. 4), dass im Falle mehrerer Bewerber jenem, der gewisse Anforderungen des Abs. 2 am besten erfüllt, der Vorzug zu geben ist (Abs. 5), sowie, dass den Konzessionsinhaber eine Betriebspflicht trifft (Abs. 6).

2.3. Auf Grund des gegen diesen Bescheid von der Beschwerdeführerin rechtzeitig erhobenen und zulässigen Rechtsmittels wird auch der nach § 18 Abs. 2 OöGSpAG zuständige Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich im Zuge der Erlassung seiner Berufungsentscheidung diese Bestimmung anzuwenden haben; sie ist daher sowohl im h. Verfahren als auch als präjudiziell i.S.d. Art. 89 Abs. 2 i.V.m. Art. 129a Abs. 3 und i.V.m. Art. 140 Abs. 1 B-VG anzusehen.



2.4. Wie noch näher darzulegen sein wird (vgl. unten, 3.3.), ist der Inhalt des zweiten Satzes des § 3 Abs. 1 OöGSpAG durch den zweiten Satz des § 5 Abs. 1 des Glücksspielgesetzes, BGBl.Nr. 620/1989, in der durch BGBl.Nr. I 73/2010 geänderten Fassung (im Folgenden: GSpG), präformiert. Auf Grund dieses untrennbaren materiellen Zusammenhanges ist daher nach h. Auffassung auch die in der letztgenannten Bestimmung enthaltene, mit dem gegenständlichen Antrag angefochtene Wortfolge als präjudiziell anzusehen.

### **3. Verfassungsrechtliche Bedenken**

3.1. Nach § 3 Abs. 1 dritter Satz OöGSpAG hat die Bewilligungserteilung durch die Landesregierung *nach vorheriger öffentlicher und transparenter Interessentensuche* zu erfolgen. Wie, d.h. nach welchen konkreten Verfahrensvorschriften diese Interessentensuche durchzuführen ist, ist allerdings nicht näher geregelt; vielmehr findet sich in den Gesetzesmaterialien diesbezüglich nur der iterative Hinweis: "*Die Bewilligung ist nach Durchführung einer transparenten, europarechtskonformen Interessentensuche zu vergeben.*" (vgl. Beilage 327/2011 zu den Wortprotokollen des Oö. Landtags, XXVII. Gesetzgebungsperiode, S. 6). Insbesondere enthält auch das OöGSpAG keinen konkreten Verweis darauf, welche der bestehenden eigenständigen Verfahrensgesetze in diesem Zusammenhang heranzuziehen sind.

3.1.1. Zwar legt Art. I Abs. 2 lit. A Z. 1 EGVG generell fest, dass (u.a.) das AVG auf das behördliche Verfahren der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern – wozu fraglos auch die Oö. Landesregierung zählt – anzuwenden ist. Allerdings enthält auch das AVG keine Bestimmungen darüber, nach welchen Kriterien im Vorfeld einer Bewilligungserteilung eine öffentliche und transparente Interessentensuche durchzuführen ist.

Inhaltlich besehen kämen hierfür am ehesten noch die Bestimmungen über das Ermittlungsverfahren in Betracht, hinsichtlich der allerdings das AVG selbst davon ausgeht, dass diese grundsätzlich bloß subsidiär zu den primär im Materiengesetz zu verankernden einschlägigen Vorschriften zum Tragen kommen (vgl. § 39 Abs. 1 und 2 AVG). Davon abgesehen enthält auch der 1. Abschnitt des II. Teiles des AVG beispielsweise keine näheren Anordnungen darüber, in bzw. mittels welchen Mediums bzw. Kundmachungsorganes die Interessentensuche

durchzuführen ist, insbesondere, ob hierfür gerade dann, wenn zu erwarten ist, dass auch ausländische Unternehmen, vornehmlich solche aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, an einer Bewilligungserteilung interessiert sein werden, eine – noch dazu ausschließliche – Kundmachung in kaum verbreiteten bzw. kaum öffentlich zugänglichen Printmedien (wie hier: Amtliche Linzer Zeitung und Amtsblatt zur Wiener Zeitung) oder elektronischen Medien (wie hier: Internet-Homepage des Landes Oberösterreich) als im Sinne der Öffentlichkeit und Transparenz ausreichend anzusehen ist (vgl. dazu z.B. auch VwGH v. 3. Mai 2012, Zl. 2011/06/0084, m.w.N., wonach die Kundmachung einer Bauverhandlung im Internet nur dann zulässig ist, wenn diese Kundmachungsform bereits zuvor in der Gemeinde allgemein bekannt gemacht worden war). Selbst wenn man aber dies noch bejahen würde, fehlen weiters Vorschriften über die Verbindlichkeit von in solchen Medien festgelegten Kriterien (wie z.B. Endigungsfristen) sowie über die Rechtsfolgen für den Fall, dass diese – etwa mangels entsprechender Kenntnis – nicht eingehalten wurden bzw. werden konnten – dies ganz abgesehen davon, dass sich im gegenständlichen Fall die Frist zur Interessentensuche in auffälliger Weise nahezu nahtlos mit den sommerlichen Hauptferien deckte. Darüber hinaus enthält das AVG beispielsweise auch keine spezifischen Regelungen über den Umfang der Akteneinsicht in Verfahren, in denen sich konkurrierende Leistungen von wechselseitig in einem wirtschaftlichen Wettbewerb befindlichen Parteien gegenüberstehen, diese jedoch derart miteinander verglichen und deren Vor- und Nachteile bewertet werden müssen, dass nur der im Ergebnis leistungsfähigste Bewerber die beantragte Bewilligung erhält; dies scheint aber ein System, wie es dem § 17 Abs. 3 und 4 AVG zu Grunde liegt, wonach die Verweigerung der Akteneinsicht (wie auch im vorliegenden Fall) im Ergebnis vorwiegend vom Willen einer anderen Verfahrenspartei oder Dritter abhängt und zudem dagegen kein Rechtsmittel zulässig ist, a priori auszuschließen bzw. geradezu zwingend eine entsprechende Sonderregelung zu erfordern. Zudem ist auch darauf hinzuweisen, dass der Begriff der "Transparenz" dem AVG nicht nur als solcher unbekannt ist, sondern auch nicht indirekt – und insbesondere nicht aus den das Ermittlungsverfahren prägenden Grundsätzen (der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis; vgl. § 39 Abs. 2 letzter Satz AVG) – abgeleitet werden kann.

Dem entsprechend erscheint daher das AVG in keiner Weise geeignet, den im Sinne eines rechtsstaatlichen Standards für eine einer Bewilligungserteilung vorangehende öffentliche und transparente Interessentensuche zu fordernde verfahrensrechtliche Determinierung tatsächlich genügen zu können.

3.1.2. Eine Heranziehung des materiell betrachtet wesentlich sachnäheren Bundesvergabegesetzes, BGBl.Nr. I 17/2006 i.d.F. BGBl.Nr. I 50/2012 (im Folgenden: BVergG), – sowie allenfalls auch i.V.m. dem Oö. Vergaberechtsschutzgesetz, LGBl.Nr. 130/2006, i.d.F. LGBl.Nr. 68/2010 (im Folgenden: OöVergRSG) – scheidet hingegen für das gegenständliche Verfahren schon deshalb aus, weil sich beide Normenkomplexe nach ihrem Anwendungsbereich jeweils explizit bloß auf das Gebiet des öffentlichen Auftragswesens beschränken (vgl. § 1 Abs. 1 BVergG sowie § 1 Abs. 1 OöVergRSG) und somit die Konstellation der Erteilung einer beschränkten Anzahl von behördlichen Bewilligungen an die entsprechenden Interessenten nach Durchführung eines Auswahlverfahrens schon von vornherein nicht zum Gegenstand haben.

3.1.3. Das Nichtbestehen spezifisch-materienbezogener Verfahrensvorschriften führt somit – noch dazu in Kumulation mit der Verwendung einer Vielzahl unbestimmter Gesetzesbegriffe im Zusammenhang mit den materiellen Kriterien für die Bewilligungserteilung (vgl. § 3 Abs. 2 Z. 1 bis 9 OöGSpAG) – insgesamt dazu, dass – wie dies auch im gegenständlichen Fall am Beispiel der Verweigerung der Akteneinsicht besonders deutlich wird (vgl. dazu etwa den Aktenvermerk vom 11. April 2012, Zl. "zu IKD(Pol)070.276/234-2012" [= BEILAGE 1], sowie den letzten Absatz unter Pkt. 1 [= S. 2] der Ausschreibungsunterlage "Öffentliche und transparente Interessentensuche für Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten in Einzelaufstellung in Oberösterreich) – das Verwaltungshandeln für die Bewilligungswerber nicht mehr bzw. jedenfalls nicht in dem rechtsstaatlich geforderten Umfang vorhersehbar und berechenbar ist.

Insoweit scheint daher der dritte Satz des § 3 Abs. 1 des OöGSpAG gegen das verfassungsrechtliche Determinierungsgebot des Art. 18 Abs. 1 B-VG, das nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes jedenfalls im Zusammenhang mit der behördlichen Auswahl unter mehreren Bewerbern für eine (beschränkte Anzahl von) Bewilligung(en) eine ganz besondere Berücksichtigung zu finden hat (vgl. insbes. VfSlg 10179/1984), zu verstoßen.

3.2. Nach § 3 Abs. 1 zweiter Satz OöGSpAG dürfen von der Landesregierung insgesamt (nur) "*drei Bewilligungen zum Aufstellen und Betrieb von Glücksspielautomaten*" erteilt werden. Dadurch sowie in Verbindung damit, dass die Dauer einer derartigen Bewilligung gemäß § 3 Abs. 3 Z. 1 OöGSpAG bis zu 15 Jahre betragen kann (und regelmäßig – so auch im gegenständlichen Fall; vgl. Aufla-

genpunkt 1. des angefochtenen Bescheides – diese Zeitspanne erfasst), wird für diesen Erwerbszweig im Ergebnis ein (Quasi-)Monopol eingerichtet.

3.2.1. Ein derartiger Eingriff in das nach Art. 6 StGG jedem "Staatsbürger", nach Art. 15 und 16 EGRC (die nach der jüngsten Rechtsprechung des VfGH nunmehr als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte i.S.d. Art. 140 und 144 B-VG anzusehen sind; vgl. VfGH vom 14. März 2012, U 466/11, RN 35) darüber hinaus auch jedem Unionsbürger gewährleistete Grundrecht der Erwerbsfreiheit ist zwar nicht gänzlich gehindert, nach der (damals noch zur Dienstleistungsfreiheit ergangenen, nunmehr auch auf Art. 15 und 16 EGRC übertragbaren; vgl. *Müller*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Europäische Grundrechtecharta – "Bereicherung oder Funktionsverlust"? – Thesen zur Frage, ÖJZ 2012, 159 ff [162 f]) Judikatur des EuGH jedoch nur dann und insoweit zulässig, als dadurch die im AEUV anerkannten Ziele des Allgemeininteresses (wie: öffentliche Ordnung und Sicherheit, Kriminalitätsvorbeugung, und Verbraucherschutz) verfolgt werden und insgesamt besehen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt (vgl. EuGH v. 9. November 2010, C-64/08 – Fall "Engelmann").

Davon ausgehend würden die Begrenzung der Anzahl der Konzessionen und deren Laufzeit von 15 Jahren zwar grundsätzlich geeignete und durch das Allgemeininteresse gerechtfertigte Maßnahmen darstellen – dies jedoch in concreto nur dann, wenn 1.) deren Vergabe (nicht bloß dem Schein nach, sondern) effektiv nach dem Grundsatz der Transparenz erfolgt, 2.) die Bekämpfung der bestehenden Kriminalität und der Spielerschutz (und nicht etwa bloß eine Erhöhung der Staatseinnahmen) das tatsächliche Ziel dieser Monopolregelung bildet, wobei den Staat zudem die Beweislast dafür trifft, dass er mit den ihm verbleibenden Eingriffsbefugnissen auch dazu in der Lage sein wird, diese Ziele in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen, 3.) der Monopolist seine Geschäftspolitik nur maßvoll expansiv und gleichzeitig als nicht zur Spielteilnahme anregend ausgestaltet sowie 4.) weniger einschneidende Maßnahmen nicht in gleicher Weise dazu geeignet erscheinen, die zulässiger Weise verfolgten Ziele zu erreichen (vgl. EuGH v. 15. September 2011, C-347/09 u.a. – Fälle "Dickinger" und "Ömer").

3.2.2. Soweit es davon ausgehend im vorliegenden Fall den Aspekt der effektiven Transparenz betrifft, darf – um Wiederholungen zu vermeiden – auf die obigen Ausführungen unter 3.1. hingewiesen werden, aus denen hervorgeht, dass eine solche durch das OöGSpAG schon in Ermangelung sachadäquater Verfahrensbestimmungen nicht gewährleistet erscheint.

Obwohl den Staat nach dem vorzitierten "Dickinger"- und "Ömer"-Urteil des EuGH hierfür die Beweislast trifft, kann jedoch weder den Ausführungen der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid, noch den – kaum substantiell über den Normtext hinaus gehenden – Gesetzesmaterialien (Beilage 327/2011 zu den Wortprotokollen des Oö. Landtags, XXVII. Gesetzgebungsperiode) entnommen werden, dass und inwiefern die Kriminalität im Zusammenhang mit dem – hier in Rede stehenden sog. "kleinen" – Glücksspiel überhaupt ein Ernst zu nehmendes sozialpolitisches Problem darstellt(e), geschweige denn, weshalb diesem Missstand in Oberösterreich nur im Wege einer Monopolregelung effizient entgegengetreten werden kann. Auffällig ist dem gegenüber, dass sich in den Gesetzesmaterialien die Ausführungen über die Abgabenlukrierung und deren Sicherstellung (vgl. die S. 1 bis 4 und S. 12/13) einerseits sowie jene über den Spielerschutz (vgl. die S. 6 bis 11) andererseits annähernd die Waage halten; allerdings lässt sich anhand Letzterer nicht überzeugend nachvollziehen, wie das Land Oberösterreich – von bloß mehr oder weniger verbindlichen Pflichtenkatalogen für die Bewilligungsinhaber abgesehen – das Ziel des Spielerschutzes aus eigenem gleichermaßen systematisch, effizient und kohärent erreichen kann (vgl. z.B. auch *Leidenmühler*, Das "Engelmann"-Urteil des EuGH – Rien ne va plus für das österreichische Glücksspielgesetz, MuR 2010, 247 ff [250 f]; *ders.*, EuGH-Urteil Dickinger und Ömer: Neues zum Online-Glücksspiel, MuR 2011, 243 ff; *Talos/Stadler*, EuGH kippt österreichisches Glücksspielmonopol, *ecolex* 2010, 1006 ff).

Als ein augenfälliges Beispiel dafür, dass im Gegenteil eher eine diesbezügliche Ineffektivität zu vermuten ist, mag die Bestimmung des § 15 Abs. 2 Z. 3 OöGSpAG dienen. Wenn diese nämlich nur lapidar anordnet, dass der Bewilligungsinhaber sicherzustellen hat, "*dass bei Werbeauftritten ein verantwortungsvoller Maßstab eingehalten wird*" und eine Nichteinhaltung dieser Vorschrift bloß mit einer Höchststrafe von 22.000 Euro bedroht ist, der Gesetzgeber andererseits aber von einem geschätzten monatlichen Bruttoumsatz von 3.000 Euro pro Glücksspielautomat ausgeht (vgl. die Beilage 327/2011 zu den Wortprotokollen des Oö. Landtags, XXVII. Gesetzgebungsperiode, S. 3), so liegt es auf der Hand, dass eine (im Lichte des Bestimmtheitsgebotes des Art. 7 Abs. 1 EMRK und des Art. 18 Abs. 1 B-VG zudem bedenkliche) generalklauselartige Blankettstrafbestimmung wie § 23 Abs. 1 Z. 2 und 3 OöGSpAG – mit der ein begrifflich kaum fassbarer "unverantwortlicher Werbeauftritt" geahndet werden soll – insgesamt besehen offensichtlich kaum dazu geeignet ist, tatsächlich und effektiv zu ge-

währleisten, dass ein Konzessionsinhaber seine Geschäftspolitik i.S.d. vorzitierten EuGH-Judikatur "*stets nur maßvoll expansiv und nicht zur Spielteilnahme anregend*" ausgestaltet (ganz abgesehen davon, dass der "*Werbeaufwand der Monopolisten enorm*" sowie die "*Werbeaktivitäten ..... gerichtsnotorisch*" sind; vgl. dazu LG Linz vom 22. März 2012, 1 Cg 190/11y-14 [BEILAGE 2], S. 4 und S. 8).

Und schließlich finden sich im OöGSpAG und in den Gesetzesmaterialien selbst für den Fall, dass man davon ausgeht, dass dieses den Anforderungen der dargestellten EuGH-Rechtsprechung dennoch gerecht würde, keine Anhaltspunkte dafür, weshalb die Ziele der Kriminalitäts- und Spielsuchtvorbeugung nicht in gleicher Weise auch dadurch erreicht werden können, dass das Kontingent von 449 Glücksspielautomaten nicht bloß auf 1 (bzw. auf 3), sondern – etwa entsprechend dem Ergebnis der durchgeführten Interessentensuche – auf mehr – nämlich beispielsweise auf insgesamt 5 oder 10 – Konzessionäre aufgeteilt wird. Dies hätte allerdings eine flexiblere Regelung anstelle der konkreten zahlenmäßigen Festlegung in § 3 Abs. 1 Satz 2 OöGSpAG bedingt.

3.2.3. Aus diesen Gründen erscheint daher die Regelung des zweiten Satzes des § 3 Abs. 1 OöGSpAG im Ergebnis als ein unverhältnismäßiger und damit verfassungswidriger Eingriff in das Grundrecht der Erwerbsfreiheit.

3.3. Die konkrete Ausgestaltung des OöGSpAG, insbesondere auch jene des § 3 Abs. 1 OöGSpAG, ist in inhaltlicher Hinsicht in hohem Maße durch die Vorgaben des Glücksspielgesetzes des Bundes, BGBl. Nr. 620/1989 in der durch die Novelle BGBl.Nr. I 73/2010 geänderten Fassung (im Folgenden: GSpG), bedingt, **sodass sich die vorstehenden Bedenken der Sache nach primär gegen den einfachen Bundesgesetzgeber richten.**

3.3.1. Denn nach § 4 Abs. 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 GSpG dürfen die vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommenen Landesauspielungen mit Glücksspielautomaten in zulässiger Weise nur in der Form einer gesetzlichen Regelung durch die Länder unterzogen werden, dass der Landesgesetzgeber u.a. vorsieht, dass ein höchstzulässiges Verhältnis von einem Glücksspielautomat pro 1.200 Einwohner insgesamt im Bundesland nicht überschritten und *die Anzahl der aufrechten Bewilligungen zum Betrieb von Glücksspielautomaten mit höchstens drei pro Bundesland beschränkt* wird (vgl. § 5 Abs. 1 zweiter Satz GSpG).

Im Ergebnis führt dies dazu, dass die dem Landesgesetzgeber von Verfassungs wegen (vgl. Art. 15 Abs. 1 B-VG) originär zukommende Kompetenz zur Regelung des Veranstaltungswesens, auf der auch das OöGSpAG beruht (vgl. Beilage 327/2011 zu den Wortprotokollen des Oö. Landtags, XXVII. Gesetzgebungsperiode, S. 2), in essentiellen Bereichen durch den einfachen Bundesgesetzgeber inhaltlich determiniert wird, d.h. konkret: dem Landesgesetzgeber – im Gegensatz zur früher bestehenden Regelung des sog. "kleinen Glücksspiels" – die Übernahme dieses (Quasi-)Monopolsystems aufgezwungen wird.

3.3.2. Eine derartige, auf Art. 10 Abs. 1 Z. 4 B-VG fußende Vorgangsweise ist nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zwar prinzipiell insofern zulässig, als dieser Kompetenztatbestand als grundsätzlich inhaltlich flexibel anzusehen ist, nämlich derart (vgl. VfSlg 7567/1975, S. 403), dass es für sämtliche Bereiche des Monopolwesens geradezu kennzeichnend ist, dass

"Neuregelungen darin bestehen können, bestimmte Tätigkeiten dem Bunde vorzubehalten oder solche Vorbehalte wieder rückgängig zu machen. Nimmt der Bundesgesetzgeber eine Tätigkeit ausdrücklich von ihrer Unterstellung unter ein Monopol aus, so besteht verfassungsrechtlich kein Hindernis, dass diese Tätigkeit von dem hiezu zuständigen Gesetzgeber einer Regelung unterzogen wird."

Damit wurde aber lediglich ausgesprochen, dass der Umfang des jeweiligen Monopols zur Disposition des einfachen Gesetzgebers steht, nicht jedoch, dass dieser im Übrigen nicht den sonstigen, schon allgemein aus der Verfassung resultierenden Bindungen unterliegen würde. Zu Letzteren zählt insbesondere das Sachlichkeitsgebot des Gleichheitsgrundsatzes sowie – speziell im Zusammenhang mit Kompetenznormen – das bundesstaatliche Berücksichtigungsprinzip (vgl. VfSlg 10292/1984).

Abgesehen davon, dass eine sachliche Rechtfertigung für ein Abgehen von der vor der GSpG-Novelle BGBl.Nr. I 73/2010 bestehenden Rechtslage nicht erkennbar ist, scheint sich die Anordnung des § 5 Abs. 1 zweiter Satz GSpG selbst unter der Annahme von dessen Kompetenzkonformität insbesondere auch mit dem Erfordernis, die vom Gesetzgeber der anderen Gebietskörperschaft wahrgenommenen Interessen nicht negieren bzw. unterlaufen zu dürfen, sondern einen angemessenen Ausgleich der eigenen Interessen mit jenen der anderen Gebietskörperschaft herbeiführen zu müssen, nicht vereinbaren zu lassen.

3.3.3. Dazu kommt auch noch, dass diese bundesgesetzliche Regelung inhaltlich besehen einen Gehalt aufweist, wie er dem Kompetenztypus des Art. 12 B-VG –

nicht jedoch jenem des Art. 10 B-VG – entspricht: Denn nur jene in Art. 12 Abs. 1 Z. 1 bis 6 B-VG aufgezählten Kompetenztatbestände ermöglichen es dem einfachen Bundesgesetzgeber, den Landesgesetzgeber an von ihm vorgegebene Grundsätze zu binden; ansonsten stehen sich (wovon auch das vorzitierte, zum Verhältnis zwischen Art. 10 und Art. 15 B-VG ergangene Erkenntnis VfSlg 10292/1984 ausgeht) der Bundesgesetzgeber und die Landesgesetzgeber – als Ausfluss des bundesstaatlichen Grundprinzips der Verfassung – nach dem Prinzip der strikten inhaltlichen Trennung gleichgeordnet gegenüber. Daraus resultiert, dass dem Bundesgesetzgeber im Falle der Inanspruchnahme eines in Art. 10 B-VG geregelten Kompetenztatbestandes allenfalls nur die Festlegung eines abstrakten Rahmens, nicht jedoch auch eine konkrete inhaltliche Bindung des Landesgesetzgebers zukommt (vgl. auch *Vögl*, SWK 2010, 967; *Winkler*, Poker und Pokerspielsalons in der Glücksspielgesetzgebung, Wien 2011, 281 f).

3.3.4. Indem der einfache Bundesgesetzgeber hier jedoch den Landesgesetzgeber in § 5 Abs. 1 zweiter Satz GSpG dazu verpflichtet, im Zuge der Regelung von Ausspielungen mittels Glücksspielautomaten anzuordnen, dass ein höchstzulässiges Verhältnis von einem Glücksspielautomat pro 1.200 Einwohner insgesamt im Bundesland nicht überschritten werden darf und die Anzahl der aufrechten Bewilligungen zum Betrieb von Glücksspielautomaten mit höchstens drei pro Bundesland beschränkt ist, scheint er somit seinen Kompetenzbereich überschritten bzw. eine Zuständigkeit in Anspruch genommen zu haben, die durch Art. 10 Abs. 1 Z. 4 B-VG nicht (mehr) gedeckt ist, sodass insoweit ein verfassungswidriger Eingriff in die Gesetzgebungskompetenz der Länder gemäß Art. 15 Abs. 1 B-VG vorzuliegen scheint.

#### **4. Antrag**

Aus allen diesen Gründen stellt der Oö. Verwaltungssenat durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Kammer gemäß Art. 140 Abs. 1 i.V.m. Art. 129a Abs. 3 und Art. 89 B-VG an den Verfassungsgerichtshof den

#### **A n t r a g,**

dieser möge

1. die Wortfolge "*und die Anzahl der aufrechten Bewilligungen zum Betrieb von Glücksspielautomaten ist mit höchstens drei pro Bundesland beschränkt*" in § 5



Abs. 1 zweiter Satz des Glücksspielgesetzes, BGBl.Nr. 620/1989, in der durch BGBl.Nr. I 73/2010 geänderten Fassung

sowie

2. den zweiten und den dritten Satz des § 3 Abs. 1 des Oö. Glücksspielautomatengesetzes, LGBl.Nr. 35/2011,

in eventu

2a) (nur) den zweiten Satz des § 3 Abs. 1 des oö. Glücksspielautomatengesetzes, LGBl.Nr. 35/2011,

in eventu

2b) nur den dritten Satz des § 3 Abs. 1 des oö. Glücksspielautomatengesetzes, LGBl.Nr. 35/2011,

als verfassungswidrig aufheben.

**Beilagen:**

1. Aktenvermerk vom 11. April 2012, Zl. "zu IKD(Pol)070.276/234-2012" (BEILAGE 1);
2. Urteil des LG Linz vom 22. März 2012, 1 Cg 190/11y-14 (BEILAGE 2);
3. Akt der Oö. Landesregierung zu Zl. IKD(Pol)-070276/2012-Wa (**Anmerkung:** Im Hinblick auf deren außergewöhnlichen Umfang wurde von einer Übersendung der **Bewerbungsunterlagen** der einzelnen Bewilligungswerber vorerst Abstand genommen; diese können im Bedarfsfall jedoch jederzeit nachgereicht werden);
4. Akt des Oö. Verwaltungssenates zu Zl. VwSen-740042

Für die 11. Kammer des Oö. Verwaltungssenates

Der Vorsitzende:

Dr. W e i ß

Für die Richtigkeit  
der Ausfertigung:

Geschäftszeichen:

**VwSen-740050/6/Gf/Rt**  
**VwSen-740051/5/Gf/Rt**  
**VwSen-740052/5/Gf/Rt**

Datum:

**Linz, 10. August 2012**

An den  
Verfassungsgerichtshof  
Freyung 8 (Ecke Renngasse)  
1010 Wien

Antragsteller: Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes  
Oberösterreich, Fabrikstraße 32, 4021 Linz

Antragsgegner: 1) Bund, vertreten durch die Bundesregierung,  
diese vertreten durch den Bundeskanzler,  
Ballhausplatz 2, 1010 Wien  
  
2) Land Oberösterreich, vertreten durch die  
Oberösterreichische Landesregierung  
Landhausplatz 1, 4021 Linz

Mitbeteiligte Parteien: 1) AG  
vertreten durch  
Rechtsanwälte und Verteidiger in Strafsachen

2) E AG  
vertreten durch  
Rechtsanwälte-Partnerschaft

3) M AG  
vertreten durch

4) Oberösterreichische Landesregierung,  
Direktion Inneres und Kommunales

Bahnhofplatz 1, 4021 Linz

5) X AG  
vertreten durch

6) C AG  
vertreten durch  
Rechtsanwälte OG

7) X GmbH

8) X Y

9) P GmbH  
vertreten durch

10) Bundesministerin für Finanzen  
Hintere Zollamtstr. 2b, 1030 Wien

### **A n t r a g**

gemäß Art. 140 Abs. 1 i.V.m. Art. 129a Abs. 3 und Art. 89 B-VG

1. auf Aufhebung der Wortfolge "*und die Anzahl der aufrechten Bewilligungen zum Betrieb von Glücksspielautomaten ist mit höchstens drei pro Bundesland beschränkt*" in § 5 Abs. 1 zweiter Satz des Glücksspielgesetzes, BGBl.Nr. 620/1989, zuletzt geändert durch BGBl.Nr. I 50/2012,

sowie

2. auf Aufhebung des zweiten und des dritten Satzes des § 3 Abs. 1 des Oö. Glücksspielautomatengesetzes, LGBl.Nr. 35/2011,

in eventu

2a. auf Aufhebung des zweiten Satzes des § 3 Abs. 1  
des oö. Glücksspielautomatengesetzes, LGBl.Nr. 35/2011,

in eventu

2b. auf Aufhebung des dritten Satzes des § 3 Abs. 1  
des oö. Glücksspielautomatengesetzes, LGBl.Nr. 35/2011

## **1. Sachverhalt**

1.1. Mit Bescheid der Oö. Landesregierung vom 28. März 2012, Zl. IKD(Pol)-070276/224-2012-Wa, wurde zwei näher bezeichneten Aktiengesellschaften (im Folgenden: Mitbeteiligte Parteien) jeweils die Bewilligung zur Durchführung von Landesausspielungen mit 362 Glücksspielautomaten in Automatensalons unter Vorschreibung von insgesamt 20 Auflagen erteilt; unter einem wurden die gleichgerichteten Konzessionsanträge von drei Berufungswerberinnen und drei weiteren Parteien (im Folgenden: Drittbeteiligte) abgewiesen.

Begründend führte die belangte Behörde dazu im Wesentlichen aus, dass nach § 3 Abs. 1 des Oö. Glücksspielautomatengesetzes, LGBl.Nr. 35/2011 (im Folgenden: OöGSpAG), insgesamt bloß drei Bewilligungen zum Aufstellen und zum Betrieb von Glücksspielautomaten erteilt werden dürften, wobei sich die Oö. Landesregierung dazu entschieden habe, zwei dieser Bewilligungen in Form der Ausspielung in Automatensalons (sowie eine Bewilligung in Form der Ausspielung in Einzelaufstellung) zu vergeben.

Eine entsprechende Interessentensuche habe im Juli 2011 begonnen, wobei die entsprechenden Teilnahmekriterien sowohl auf der Homepage des Landes Oberösterreich als auch in der Amtlichen Linzer Zeitung sowie im Amtsblatt zur Wiener Zeitung kundgemacht worden seien und die Frist für die Antragstellung am 15. September 2011 geendet habe.

In der Unterlage zu dieser Kundmachung sei u.a. angemerkt worden, dass für diese Interessentensuche nicht die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes (bzw. des Oö. Vergaberechtsschutzgesetzes), sondern die Vorschriften des AVG,

des Glücksspielgesetzes des Bundes und des OöGSpAG sowie die Prinzipien der Transparenz und der Nichtdiskriminierung maßgeblich seien; dass verspätete Bewerbungen zurückgewiesen würden und die Öffnung der Anträge erst nach Ablauf der Antragsfrist in nicht öffentlicher Form erfolge; dass ausschließlich österreichisches Recht anzuwenden sei und kein Rechtsanspruch auf Konzessionserteilung bestehe; dass die Erteilung von zwei Bewilligungen zum Aufstellen und zum Betrieb von je 362 Glücksspielautomaten in Automatensalons beabsichtigt sei; dass die Bewilligungsinhaberin für die sichere, stabile und umfassende Durchführung und Abwicklung der Ausspielungen unter besonderer Berücksichtigung der ordnungspolitischen Ziele verantwortlich sei; dass die Bewilligung für die Dauer von maximal 15 Jahren erteilt werde und eine Betriebspflicht für alle 362 Automaten bestehe; dass im Falle mehrerer Bewilligungswerberinnen jene den Vorzug erhielten, die auf Grund ihrer Erfahrungen, Infrastrukturen, Entwicklungsmaßnahmen, Eigenmittel, Systeme und Einrichtungen bezüglich Spielsuchtvorbeugung, Spielerschutz, Geldwäsche- und Kriminalitätsvorbeugung sowie Betriebssicherheit und Qualitätssicherung eine qualitativ hohe Ausübung der Bewilligung erwarten ließen, wobei insoweit der Gesamteindruck der Konzessionswerberin wesentlich sei; sowie, dass jeder Antrag professionell und fachlich beurteilt werde.

Die gesetzlich geforderten Voraussetzungen, eine Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat zu verkörpern (§ 3 Abs. 2 Z. 1 OöGSpAG); keine Gesellschafter zu haben, die über einen beherrschenden Einfluss verfügen, durch den eine Zuverlässigkeit in ordnungspolitischer Hinsicht nicht gewährleistet ist (§ 3 Abs. 2 Z. 2 OöGSpAG); über ein eingezahltes Stamm- oder Grundkapital von mindestens 8.000 Euro je betriebsberechtigtem Glücksspielautomaten (§ 3 Abs. 2 Z. 3 OöGSpAG), über einen geeigneten und erfahrenen Geschäftsführer (§ 3 Abs. 2 Z. 4 OöGSpAG), über eine Konzernstruktur, die die wirksame Aufsicht über die Bewilligungsinhaberin nicht behindert (§ 3 Abs. 2 Z. 5 OöGSpAG) sowie über eine mittels Zentralcomputer vernetzte Durchführung der Abrechnung samt Anbindung an die Bundesrechenzentrum-GmbH (§ 3 Abs. 2 Z. 6 OöGSpAG) zu verfügen; ein Entsenderecht für einen Staatskommissär durch die Bundesministerin für Finanzen vorzusehen (§ 3 Abs. 2 Z. 9 OöGSpAG); der Betriebspflicht zu entsprechen; eine Besuchs- und Spielordnung vorzulegen; nur den Anforderungen des § 13 Abs. 1 Z. 1 bis 8 OöGSpAG entsprechende Glücksspielautomaten zu verwenden; sowie, über ein Standortkonzept mit entsprechender regionaler Streuung zu verfügen, hätten jeweils alle drei Bewerberinnen erfüllt.

Im Bereich des Zutritts-, des Karten- und des Identifikationssystems und hinsichtlich des Warn- und Schulungssystems seien die Konzepte der Mitbeteiligten Parteien für die Behörde am besten nachvollziehbar sowie am verständlichsten gewesen und hätten keine Fragen aufgeworfen, sodass diese den besten Spielerschutz bieten würden; außerdem würde deren Standortkonzept sämtliche Bezirke in Oberösterreich berücksichtigen.

Dem gegenüber seien bei den übrigen Bewerberinnen teilweise Mängel bezüglich der proaktiven Spielsuchtvorbeugung (z.B. Angabe der Gewinnausschüttungsquote und der sog. Abkühlphase); der Identifikation, der Spielerkarte und des Zutritts; sowie eines Konzeptes zur Einrichtung eines Spielerwarnsystems mit abgestuften Spielerschutzmaßnahmen und zur Mitarbeiterschulung aufgetreten, sodass eine Gesamtbeurteilung ergeben habe, dass die Mitbeteiligten Parteien am besten dazu geeignet erscheinen würden, die Interessen der Spieler zu schützen, weshalb diesen jeweils die beantragte Bewilligung zu erteilen gewesen sei.

1.2. Gegen diesen den Rechtsmittelwerberinnen am 30. März bzw. am 2. April 2012 zugestellten Bescheid richten sich die vorliegenden, am 12. bzw. am 13. bzw. am 16. April 2012 – und damit jeweils rechtzeitig – zur Post gegebenen Berufungen.

Darin wird – auf das Wesentliche zusammengefasst – von der (nach alphabetischer Reihenfolge:) Erstberufungswerberin vorgebracht, dass aus den "Bedingungen für die öffentliche und transparente Interessentensuche" hervorgegangen sei, dass eine Bewilligungserteilung für Automatenalons einer solchen für Einzelaufstellung entgegen stehe, weshalb von ihr von vornherein nur ein Antrag auf Automatenalonbewilligung und nicht zugleich auch ein solcher für eine Einzelaufstellungsbewilligung gestellt worden sei. Da überdies allen behördlichen Anfragen stets unverzüglich und ordnungsgemäß entsprochen worden sei, könne auch nicht nachvollzogen werden, weshalb die Mitbeteiligten Parteien, denen die Konzession mit dem angefochtenen Bescheid erteilt wurde, vergleichsweise besser zur Ausübung der Bewilligung geeignet sein sollen. Davon abgesehen stelle sich – wie sich dies auch aus einem entsprechenden Rechtsgutachten ergebe – die den bekämpften Bescheid tragende gesetzliche Grundlage als verfassungswidrig dar. Dies zum einen deshalb, weil der einfache Bundesgesetzgeber (von den in Art. 12 B-VG genannten Materien abgesehen) keine Befugnis dafür besitze, die Länder hinsichtlich deren autonomer Gesetzgebungszuständigkeit inhalt-

lich umfassend zu determinieren; zum anderen widerspreche die Beschränkung der Anzahl der Glücksspielautomaten auch dem Gleichheitsgrundsatz. Darüber hinaus seien im vorliegenden Verfahren entgegen dem gesetzlichen Auftrag nicht drei, sondern lediglich zwei Lizenzen vergeben worden. Die von der belangten Behörde autonom, d.h. ohne entsprechende Ermessensgrundlage vorgenommene Bewilligungserteilung im Wege zweier getrennter Verfahren sei jedoch a priori unzulässig gewesen, weil dem OöGSpAG ein Zwang zur gemeinsamen Ausschreibung im Wege eines Stufenkonzepts (Ausspielbewilligung – Standortbewilligung – Einzelbewilligung) zu entnehmen sei. Davon abgesehen würden sowohl dem Ermittlungsverfahren als auch der Bescheidbegründung wesentliche Verfahrensmängel (Verletzung des Parteiengehörs, Nichtbeziehung von Sachverständigen, zweckwidrige Ermessensausübung unter den Konzessionswerbern hinsichtlich des Zutrittssystems, Spielerschutzkonzepts, der Geldwäschevorbeugung, des Schulungskonzepts, der Konzernstruktur und der Zusammenarbeit mit den Behörden sowie des Standortkonzepts) anhaften.

Die Zweitberufungswerberin weist darauf hin, dass die Begründung des angefochtenen Bescheides in Wahrheit lediglich eine (von insgesamt 50) Seite(n) umfasse und aus dieser zudem deutlich hervorgehe, dass die belangte Behörde ihrer Entscheidung gesetzlich gar nicht vorgesehene Ermessenskriterien zu Grunde gelegt habe. Dazu komme, dass die Konzepte jener Konzessionswerberinnen, denen letztlich die Bewilligung erteilt wurde, detailliert und positiv dargestellt, jene der übergangenen Bewerberinnen hingegen aus nicht nachvollziehbaren Gründen nur ganz cursorisch abgehandelt worden seien; dies gelte insbesondere bezüglich des Schulungs- und des Spielerschutzkonzeptes der Zweitberufungswerberin, sodass objektiv in keiner Weise nachvollziehbar sei, weshalb diese nicht als zumindest gleichwertig qualifiziert wurden. Schließlich sei auch die enge wirtschaftliche Verflechtung jener Bewerberinnen, denen die Bewilligung erteilt wurde, zu einer AG, welche bereits selbst in mehreren anderen Bundesländern über eine Ausspielbewilligung für Automatensalons verfüge, nicht beachtet worden, sodass nicht von der Hand zu weisen sei, dass für die belangte Behörde für die Bewilligungserteilung in Wahrheit ausschließlich die – vom EuGH jedoch bereits heftig kritisierte – Erhaltung des bestehenden Mono- bzw. Oligopols im Glücksspielwesen die allein maßgebende Motivation dargestellt habe.

Von der Drittberufungswerberin wird über die – entscheidungserhebliche und zudem unrichtige – Heranziehung gesetzwidriger Auswahlkriterien (wie z.B. Maßnahmen zur Geldwäschevorbeugung und Standortkonzept), die selektive und

tendenzielle Würdigung der Zugangs-, Spielerschutz- und Schulungskonzepte sowie die objektiv nicht nachvollziehbare Begründung der Auswahlentscheidung hinaus noch eingewendet, dass ihr weder vor noch nach der Erlassung des angefochtenen Bescheides eine Einsicht in den gesamten, nach Auskunft der Erstbehörde mindestens 40.000 Seiten umfassenden Verfahrensakt – sondern bloß in kleine, ohne eigenständige behördliche Prüfung von den Mitbewerberinnen jeweils nicht als vertraulich gekennzeichnete Teile desselben gewährt und ihr damit die Möglichkeit zu einer effektiven Rechtsverfolgung und -verteidigung genommen worden sei; gleichzeitig habe die belangte Behörde dadurch auch massiv gegen den von ihr selbst im Zuge der Interessentensuche besonders betonten Transparenzgrundsatz verstoßen. Darüber hinaus habe sie – obwohl sie hierzu von Amts wegen verpflichtet gewesen wäre – jegliche Ermittlungstätigkeit bezüglich der gegen die Eigentümer jener Bewerberinnen, denen letztlich die Bewilligung erteilt wurde, geführten Untersuchungen der Staatsanwaltschaft Wien unterlassen, obwohl darüber in den Medien sehr ausführlich berichtet worden sei. Schließlich werden unter Hinweis auf ein Rechtsgutachten auch unions- und verfassungsrechtliche Bedenken gegen die den angefochtenen Bescheid tragende Ausschreibungsunterlage – nämlich: wegen eines unverhältnismäßigen Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit, wegen fehlerhafte Kundmachung sowie wegen Verstoßes der gesetzlichen Regelung gegen das Grundrecht der Erwerbsfreiheit und gegen den Gleichheitsgrundsatz – vorgebracht.

Aus allen diesen Gründen wird daher jeweils beantragt, entweder einer der Rechtsmittelwerberinnen die begehrte Bewilligung zu erteilen und die gleichlautenden Anträge der Mitbeteiligten Parteien und der Drittbeteiligten abzuweisen, oder den angefochtenen Bescheid aufzuheben und die Angelegenheit zur neuerlichen Entscheidung an die belangte Behörde zurückzuverweisen.

## **2. Präjudizialität**

2.1. Im vorliegenden Fall wurde der angefochtene Bescheid, mit dem die Anträge der Berufungswerberinnen (und der Drittbeteiligten) auf Erteilung einer Bewilligung zum Aufstellen und zum Betrieb von Glücksspielautomaten im Bundesland Oberösterreich abgewiesen (und diese den Mitbeteiligten Partei erteilt) wurden, (u.a.) auf Grund des § 3 Abs. 1 OöGSpAG erlassen.

2.2. § 3 Abs. 1 OöGSpAG lautet:



"Die Ausspielung mit Glücksspielautomaten darf nur mit Bewilligung der Landesregierung erfolgen. *Insgesamt dürfen drei Bewilligungen zum Aufstellen und Betrieb von Glücksspielautomaten im Bundesland Oberösterreich erteilt werden. Die Bewilligungserteilung erfolgt nach vorheriger öffentlicher und transparenter Interessentensuche durch die Landesregierung.*"

In den folgenden Absätzen des § 3 werden nähere Anforderungen an die Bewilligungswerber (Abs. 2), an den Inhalt und die Ausgestaltung des Bewilligungsbescheides (Abs. 3) sowie u.a. festgelegt, dass die Anzahl der zulässigen Glücksspielautomaten das Verhältnis von einem Automaten pro 1.200 Einwohner nicht übersteigen darf (Abs. 4), dass im Falle mehrerer Bewerber jenem, der gewisse Anforderungen des Abs. 2 am besten erfüllt, der Vorzug zu geben ist (Abs. 5), sowie, dass den Konzessionsinhaber eine Betriebspflicht trifft (Abs. 6).

2.3. Auf Grund der gegen diesen Bescheid von den Berufungswerberinnen rechtzeitig erhobenen und zulässigen Rechtsmittel wird auch der nach § 18 Abs. 2 OöGSpAG zuständige Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich im Zuge der Erlassung seiner Berufungsentscheidung diese Bestimmung anzuwenden haben; sie ist daher sowohl im h. Verfahren als auch als präjudiziell i.S.d. Art. 89 Abs. 2 i.V.m. Art. 129a Abs. 3 und i.V.m. Art. 140 Abs. 1 B-VG anzusehen.

2.4. Wie noch näher darzulegen sein wird (vgl. unten, 3.3.), ist der Inhalt des zweiten Satzes des § 3 Abs. 1 OöGSpAG durch den zweiten Satz des § 5 Abs. 1 des Glücksspielgesetzes, BGBl.Nr. 620/1989, in der durch BGBl.Nr. I 73/2010 geänderten Fassung (im Folgenden: GSpG), präformiert. Auf Grund dieses untrennbaren materiellen Zusammenhanges ist daher nach h. Auffassung auch die in der letztgenannten Bestimmung enthaltene, mit dem gegenständlichen Antrag angefochtene Wortfolge als präjudiziell anzusehen.

### **3. Verfassungsrechtliche Bedenken**

3.1. Nach § 3 Abs. 1 dritter Satz OöGSpAG hat die Bewilligungserteilung durch die Landesregierung *nach vorheriger öffentlicher und transparenter Interessentensuche* zu erfolgen. Wie, d.h. nach welchen konkreten Verfahrensvorschriften diese Interessentensuche durchzuführen ist, ist allerdings nicht näher geregelt;

vielmehr findet sich in den Gesetzesmaterialien diesbezüglich nur der iterative Hinweis: "*Die Bewilligung ist nach Durchführung einer transparenten, europarechtskonformen Interessentensuche zu vergeben.*" (vgl. Beilage 327/2011 zu den Wortprotokollen des Oö. Landtags, XXVII. Gesetzgebungsperiode, S. 6). Insbesondere enthält auch das OöGSpAG keinen konkreten Verweis darauf, welche der bestehenden eigenständigen Verfahrensgesetze in diesem Zusammenhang heranzuziehen sind.

3.1.1. Zwar legt Art. I Abs. 2 lit. A Z. 1 EGVG generell fest, dass (u.a.) das AVG auf das behördliche Verfahren der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern – wozu fraglos auch die Oö. Landesregierung zählt – anzuwenden ist. Allerdings enthält auch das AVG keine Bestimmungen darüber, nach welchen Kriterien im Vorfeld einer Bewilligungserteilung eine öffentliche und transparente Interessentensuche durchzuführen ist.

Inhaltlich besehen kämen hierfür am ehesten noch die Bestimmungen über das Ermittlungsverfahren in Betracht, hinsichtlich der allerdings das AVG selbst davon ausgeht, dass diese grundsätzlich bloß subsidiär zu den primär im Materiengesetz zu verankernden einschlägigen Vorschriften zum Tragen kommen (vgl. § 39 Abs. 1 und 2 AVG). Davon abgesehen enthält auch der 1. Abschnitt des II. Teiles des AVG beispielsweise keine näheren Anordnungen darüber, in bzw. mittels welchen Mediums bzw. Kundmachungsorganes die Interessentensuche durchzuführen ist, insbesondere, ob hierfür gerade dann, wenn zu erwarten ist, dass auch ausländische Unternehmen, vornehmlich solche aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, an einer Bewilligungserteilung interessiert sein werden, eine – noch dazu ausschließliche – Kundmachung in kaum verbreiteten bzw. kaum öffentlich zugänglichen Printmedien (wie hier: Amtliche Linzer Zeitung und Amtsblatt zur Wiener Zeitung) oder elektronischen Medien (wie hier: Internet-Homepage des Landes Oberösterreich) als im Sinne der Öffentlichkeit und Transparenz ausreichend anzusehen ist (vgl. dazu z.B. jüngst wiederum VwGH v. 3. Mai 2012, Zl. 2011/06/0084, m.w.N., wonach die Kundmachung einer Bauverhandlung im Internet nur dann zulässig ist, wenn diese Kundmachungsform bereits zuvor in der Gemeinde allgemein bekannt gemacht worden war). Selbst wenn man aber dies noch bejahen würde, fehlen weiters Vorschriften über die Verbindlichkeit von in solchen Medien festgelegten Kriterien (wie z.B. Endigungsfristen) sowie über die Rechtsfolgen für den Fall, dass diese – etwa mangels entsprechender Kenntnis – nicht eingehalten wurden bzw. werden konnten – dies ganz abgesehen davon, dass sich im gegenständlichen Fall die

Frist zur Interessentensuche in auffälliger Weise nahezu nahtlos mit den sommerlichen Hauptferien deckte. Darüber hinaus enthält das AVG beispielsweise auch keine spezifischen Regelungen über den Umfang der Akteneinsicht in Verfahren, in denen sich konkurrenzierende Leistungen von wechselseitig in einem wirtschaftlichen Wettbewerb befindlichen Parteien gegenüberstehen, diese jedoch derart miteinander verglichen und deren Vor- und Nachteile bewertet werden müssen, dass nur der im Ergebnis leistungsfähigste Bewerber die beantragte Bewilligung erhält; dies scheint aber ein System, wie es dem § 17 Abs. 3 und 4 AVG zu Grunde liegt, wonach die Verweigerung der Akteneinsicht (wie auch im vorliegenden Fall) im Ergebnis vorwiegend vom Willen einer anderen Verfahrenspartei oder Dritter abhängt und zudem dagegen kein abgesondertes Rechtsmittel zulässig ist, a priori auszuschließen bzw. geradezu zwingend eine entsprechende Sonderregelung zu erfordern. Zudem ist auch darauf hinzuweisen, dass der Begriff der "Transparenz" dem AVG nicht nur als solcher unbekannt ist, sondern auch nicht indirekt – und insbesondere nicht aus den das Ermittlungsverfahren prägenden Grundsätzen (der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis; vgl. § 39 Abs. 2 letzter Satz AVG) – abgeleitet werden kann.

Dem entsprechend erscheint daher das AVG in keiner Weise geeignet, den im Sinne eines rechtsstaatlichen Standards für eine einer Bewilligungserteilung vorangehende öffentliche und transparente Interessentensuche zu fordernde verfahrensrechtliche Determinierung tatsächlich genügen zu können.

3.1.2. Eine Heranziehung des materiell betrachtet wesentlich sachnäheren Bundesvergabegesetzes, BGBl.Nr. I 17/2006 i.d.F. BGBl.Nr. I 50/2012 (im Folgenden: BVergG), – sowie allenfalls auch i.V.m. dem Oö. Vergaberechtsschutzgesetz, LGBl.Nr. 130/2006, i.d.F. LGBl.Nr. 68/2010 (im Folgenden: OöVergRSG) – scheidet hingegen für das gegenständliche Verfahren schon deshalb aus, weil sich beide Normenkomplexe nach ihrem Anwendungsbereich jeweils explizit bloß auf das Gebiet des öffentlichen Auftragswesens beschränken (vgl. § 1 Abs. 1 BVergG sowie § 1 Abs. 1 OöVergRSG) und somit die Konstellation der Erteilung einer beschränkten Anzahl von behördlichen Bewilligungen an die entsprechenden Interessenten nach Durchführung eines Auswahlverfahrens schon von vornherein nicht zum Gegenstand haben.

3.1.3. Das Nichtbestehen spezifisch-materienbezogener Verfahrensvorschriften führt somit – noch dazu in Kumulation mit der Verwendung einer Vielzahl unbestimmter Gesetzesbegriffe im Zusammenhang mit den materiellen Kriterien für

die Bewilligungserteilung (vgl. § 3 Abs. 2 Z. 1 bis 9 OöGSpAG) – insgesamt dazu, dass – wie dies auch im gegenständlichen Fall am Beispiel der Verweigerung der Akteneinsicht besonders deutlich wird (vgl. dazu etwa den Aktenvermerk vom 5. April 2012, Zl. "zu IKD(Pol)070.276/233-2012" [= BEILAGE 1], sowie den letzten Absatz unter Pkt. 1 [= S. 2] der Ausschreibungsunterlage "Öffentliche und transparente Interessentensuche für Landesausstellungen mit Glücksspielautomaten in Automatensalons in Oberösterreich") – das Verwaltungshandeln für die Bewilligungswerber nicht mehr bzw. jedenfalls nicht in dem rechtsstaatlich geforderten Umfang vorhersehbar und berechenbar ist.

Insoweit scheint daher der dritte Satz des § 3 Abs. 1 des OöGSpAG gegen das verfassungsrechtliche Determinierungsgebot des Art. 18 Abs. 1 B-VG, das nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes jedenfalls im Zusammenhang mit der behördlichen Auswahl unter mehreren Bewerbern für eine (beschränkte Anzahl von) Bewilligung(en) eine ganz besondere Berücksichtigung zu finden hat (vgl. insbes. VfSlg 10179/1984), zu verstoßen.

3.2. Nach § 3 Abs. 1 zweiter Satz OöGSpAG dürfen von der Landesregierung insgesamt (nur) *"drei Bewilligungen zum Aufstellen und Betrieb von Glücksspielautomaten"* erteilt werden. Dadurch sowie in Verbindung damit, dass die Dauer einer derartigen Bewilligung gemäß § 3 Abs. 3 Z. 1 OöGSpAG bis zu 15 Jahre betragen kann (und regelmäßig – so auch im gegenständlichen Fall; vgl. Aufлагенpunkt 1. des angefochtenen Bescheides – diese Zeitspanne erfasst), wird für diesen Erwerbszweig im Ergebnis ein (Quasi-)Monopol eingerichtet.

3.2.1. Ein derartiger Eingriff in das nach Art. 6 StGG jedem "Staatsbürger", nach Art. 15 und 16 EGRC (die nach der jüngsten Rechtsprechung des VfGH nunmehr als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte i.S.d. Art. 140 und 144 B-VG anzusehen sind; vgl. VfGH vom 14. März 2012, U 466/11, RN 35) darüber hinaus auch jedem Unionsbürger gewährleistete Grundrecht der Erwerbsfreiheit ist zwar nicht gänzlich gehindert, nach der (damals noch zur Dienstleistungsfreiheit ergangenen, nunmehr auch auf Art. 15 und 16 EGRC übertragbaren; vgl. *Müller*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Europäische Grundrechtecharta – "Bereicherung oder Funktionsverlust"? – Thesen zur Frage, ÖJZ 2012, 159 ff [162 f]) Judikatur des EuGH jedoch nur dann und insoweit zulässig, als dadurch die im AEUV anerkannten Ziele des Allgemeininteresses (wie: öffentliche Ordnung und Sicherheit, Kriminalitätsvorbeugung, und Verbraucherschutz) verfolgt werden und insgesamt

besehen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt (vgl. EuGH v. 9. November 2010, C-64/08 – Fall "Engelmann").

Davon ausgehend würden die Begrenzung der Anzahl der Konzessionen und deren Laufzeit von 15 Jahren zwar grundsätzlich geeignete und durch das Allgemeininteresse gerechtfertigte Maßnahmen darstellen – dies jedoch in concreto nur dann, wenn 1.) deren Vergabe (nicht bloß dem Schein nach, sondern) effektiv nach dem Grundsatz der Transparenz erfolgt, 2.) die Bekämpfung der bestehenden Kriminalität und der Spielerschutz (und nicht etwa bloß eine Erhöhung der Staatseinnahmen) das tatsächliche Ziel dieser Monopolregelung bildet, wobei den Staat zudem die Beweislast dafür trifft, dass er mit den ihm verbleibenden Eingriffsbefugnissen auch dazu in der Lage sein wird, diese Ziele in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen, 3.) der Monopolist seine Geschäftspolitik nur maßvoll expansiv und gleichzeitig als nicht zur Spielteilnahme anregend ausgestaltet sowie 4.) weniger einschneidende Maßnahmen nicht in gleicher Weise dazu geeignet erscheinen, die zulässiger Weise verfolgten Ziele zu erreichen (vgl. EuGH v. 15. September 2011, C-347/09 u.a. – Fälle "Dickinger" und "Ömer").

3.2.2. Soweit es davon ausgehend im vorliegenden Fall den Aspekt der effektiven Transparenz betrifft, darf – um Wiederholungen zu vermeiden – auf die obigen Ausführungen unter 3.1. hingewiesen werden, aus denen hervorgeht, dass eine solche durch das OöGSpAG schon in Ermangelung sachadäquater Verfahrensbestimmungen nicht gewährleistet erscheint.

Obwohl den Staat nach dem vorzitierten "Dickinger"- und "Ömer"-Urteil des EuGH hierfür die Beweislast trifft, kann jedoch weder den Ausführungen der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid, noch den – kaum substantiell über den Normtext hinaus gehenden – Gesetzesmaterialien (Beilage 327/2011 zu den Wortprotokollen des Oö. Landtags, XXVII. Gesetzgebungsperiode) entnommen werden, dass und inwiefern die Kriminalität im Zusammenhang mit dem – hier in Rede stehenden sog. "kleinen" – Glücksspiel überhaupt ein Ernst zu nehmendes sozialpolitisches Problem darstellt(e), geschweige denn, weshalb diesem Missstand in Oberösterreich nur im Wege einer Monopolregelung effizient entgegen getreten werden kann. Auffällig ist dem gegenüber, dass sich in den Gesetzesmaterialien die Ausführungen über die Abgabenlukrierung und deren Sicherstellung (vgl. die S. 1 bis 4 und S. 12/13) einerseits sowie jene über den Spielerschutz (vgl. die S. 6 bis 11) andererseits annähernd die Waage halten; allerdings lässt sich anhand Letzterer nicht überzeugend nachvollziehen, wie das Land

Oberösterreich – von bloß mehr oder weniger verbindlichen Pflichtenkatalogen für die Bewilligungsinhaber abgesehen – das Ziel des Spielerschutzes aus eigenem gleichermaßen systematisch, effizient und kohärent erreichen kann (vgl. z.B. auch *Leidenmühler*, Das "Engelmann"-Urteil des EuGH – Rien ne va plus für das österreichische Glücksspielgesetz, MuR 2010, 247 ff [250 f]; *ders.*, EuGH-Urteil Dickinger und Ömer: Neues zum Online-Glücksspiel, MuR 2011, 243 ff; *Talos/Stadler*, EuGH kippt österreichisches Glücksspielmonopol, *ecolex* 2010, 1006 ff).

Als ein augenfälliges Beispiel dafür, dass im Gegenteil eher eine diesbezügliche Ineffektivität zu vermuten ist, mag die Bestimmung des § 15 Abs. 2 Z. 3 OöGSpAG dienen. Wenn diese nämlich nur lapidar anordnet, dass der Bewilligungsinhaber sicherzustellen hat, *"dass bei Werbeauftritten ein verantwortungsvoller Maßstab eingehalten wird"* und eine Nichteinhaltung dieser Vorschrift bloß mit einer Höchststrafe von 22.000 Euro bedroht ist, der Gesetzgeber andererseits aber von einem geschätzten monatlichen Bruttoumsatz von 3.000 Euro pro Glücksspielautomat ausgeht (vgl. die Beilage 327/2011 zu den Wortprotokollen des Oö. Landtags, XXVII. Gesetzgebungsperiode, S. 3), so liegt es auf der Hand, dass eine (im Lichte des Bestimmtheitsgebotes des Art. 7 Abs. 1 EMRK und des Art. 18 Abs. 1 B-VG zudem bedenkliche) generalklauselartige Blankettstrafbestimmung wie § 23 Abs. 1 Z. 2 und 3 OöGSpAG – mit der ein begrifflich kaum fassbarer "unverantwortlicher Werbeauftritt" geahndet werden soll – insgesamt besehen offensichtlich kaum dazu geeignet ist, tatsächlich und effektiv zu gewährleisten, dass ein Konzessionsinhaber seine Geschäftspolitik i.S.d. vorzitierten EuGH-Judikatur *"stets nur maßvoll expansiv und nicht zur Spielteilnahme anregend"* ausgestaltet (ganz abgesehen davon, dass der *"Werbeaufwand der Monopolisten enorm"* sowie die *"Werbeaktivitäten ..... gerichtsnotorisch"* sind; vgl. dazu das Urteil des LG Linz vom 22. März 2012, 1 Cg 190/11 y-14 [BEILAGE 2], S. 4 und S. 8).

Und schließlich finden sich im OöGSpAG und in den Gesetzesmaterialien selbst für den Fall, dass man davon ausgeht, dass dieses den Anforderungen der dargestellten EuGH-Rechtsprechung dennoch gerecht würde, keine Anhaltspunkte dafür, weshalb die Ziele der Kriminalitäts- und Spielsuchtvorbeugung nicht in gleicher Weise auch dadurch erreicht werden können, dass das Kontingent von 1173 Glücksspielautomaten nicht bloß auf 2 (bzw. auf 3), sondern – etwa entsprechend dem Ergebnis der durchgeführten Interessentensuche – auf mehr – nämlich beispielsweise auf insgesamt 10 – Konzessionäre aufgeteilt wird. Dies hätte

allerdings eine flexiblere Regelung anstelle der konkreten zahlenmäßigen Festlegung in § 3 Abs. 1 Satz 2 OöGSpAG bedingt.

3.2.3. Aus diesen Gründen erscheint daher die Regelung des zweiten Satzes des § 3 Abs. 1 OöGSpAG im Ergebnis als ein unverhältnismäßiger und damit verfassungswidriger Eingriff in das Grundrecht der Erwerbsfreiheit.

3.3. Die konkrete Ausgestaltung des OöGSpAG, insbesondere auch jene des § 3 Abs. 1 OöGSpAG, ist in inhaltlicher Hinsicht in hohem Maße durch die Vorgaben des Glücksspielgesetzes des Bundes, BGBl. Nr. 620/1989 in der durch die Novelle BGBl.Nr. I 73/2010 geänderten Fassung (im Folgenden: GSpG), bedingt, **sodass sich die vorstehenden Bedenken der Sache nach primär gegen den einfachen Bundesgesetzgeber richten.**

3.3.1. Denn nach § 4 Abs. 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 GSpG dürfen die vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommenen Landesauspielungen mit Glücksspielautomaten in zulässiger Weise nur in der Form einer gesetzlichen Regelung durch die Länder unterzogen werden, dass der Landesgesetzgeber u.a. vorsieht, dass ein höchstzulässiges Verhältnis von einem Glücksspielautomat pro 1.200 Einwohner insgesamt im Bundesland nicht überschritten und *die Anzahl der aufrechten Bewilligungen zum Betrieb von Glücksspielautomaten mit höchstens drei pro Bundesland beschränkt* wird (vgl. § 5 Abs. 1 zweiter Satz GSpG).

Im Ergebnis führt dies dazu, dass die dem Landesgesetzgeber von Verfassungswegen (vgl. Art. 15 Abs. 1 B-VG) originär zukommende Kompetenz zur Regelung des Veranstaltungswesens, auf der auch das OöGSpAG beruht (vgl. Beilage 327/2011 zu den Wortprotokollen des Oö. Landtags, XXVII. Gesetzgebungsperiode, S. 2), in essentiellen Bereichen durch den einfachen Bundesgesetzgeber inhaltlich determiniert wird, d.h. konkret: dem Landesgesetzgeber – im Gegensatz zur früher bestehenden Regelung des sog. "kleinen Glücksspiels" – die Übernahme dieses (Quasi-)Monopolsystems aufgezwungen wird.

3.3.2. Eine derartige, auf Art. 10 Abs. 1 Z. 4 B-VG fußende Vorgangsweise ist nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zwar grundsätzlich insofern zulässig, als dieser Kompetenztatbestand als grundsätzlich inhaltlich flexibel anzusehen ist, nämlich derart (vgl. VfSlg 7567/1975, S. 403), dass es für sämtliche Bereiche des Monopolwesens geradezu kennzeichnend ist, dass

"Neuregelungen darin bestehen können, bestimmte Tätigkeiten dem Bunde vorzubehalten oder solche Vorbehalte wieder rückgängig zu machen. Nimmt der Bundesgesetzgeber eine Tätigkeit ausdrücklich von ihrer Unterstellung unter ein Monopol aus, so besteht verfassungsrechtlich kein Hindernis, dass diese Tätigkeit von dem hiezu zuständigen Gesetzgeber einer Regelung unterzogen wird."

Damit wurde aber lediglich ausgesprochen, dass der Umfang des jeweiligen Monopols zur Disposition des einfachen Gesetzgebers steht, nicht jedoch, dass dieser im Übrigen nicht den sonstigen, schon allgemein aus der Verfassung resultierenden Bindungen unterliegen würde. Zu Letzteren zählt insbesondere das Sachlichkeitsgebot des Gleichheitsgrundsatzes sowie – speziell im Zusammenhang mit Kompetenznormen – das bundesstaatliche Berücksichtigungsprinzip (vgl. VfSlg 10292/1984).

Abgesehen davon, dass eine sachliche Rechtfertigung für ein Abgehen von der vor der GSpG-Novelle BGBl.Nr. I 73/2010 bestehenden Rechtslage nicht erkennbar ist, scheint sich die Anordnung des § 5 Abs. 1 zweiter Satz GSpG selbst unter der Annahme von dessen Kompetenzkonformität insbesondere auch mit dem Erfordernis, die vom Gesetzgeber der anderen Gebietskörperschaft wahrgenommenen Interessen nicht negieren bzw. unterlaufen zu dürfen, sondern einen angemessenen Ausgleich der eigenen Interessen mit jenen der anderen Gebietskörperschaft herbeiführen zu müssen, nicht vereinbaren zu lassen.

3.3.3. Dazu kommt weiters, dass diese bundesgesetzliche Regelung inhaltlich besehen einen Gehalt aufweist, wie er dem Kompetenztypus des Art. 12 B-VG – nicht jedoch jenem des Art. 10 B-VG – entspricht: Denn nur jene in Art. 12 Abs. 1 Z. 1 bis 6 B-VG aufgezählten Kompetenztatbestände ermöglichen es dem einfachen Bundesgesetzgeber, den Landesgesetzgeber an von ihm vorgegebene inhaltliche Grundsätze zu binden; ansonsten stehen sich (wovon auch das vorzitierte, zum Verhältnis zwischen Art. 10 und Art. 15 B-VG ergangene Erkenntnis VfSlg 10292/1984 ausgeht) der Bundesgesetzgeber und die Landesgesetzgeber – als Ausfluss des bundesstaatlichen Grundprinzips der Verfassung – nach dem Prinzip der strikten inhaltlichen Trennung gleichgeordnet gegenüber. Daraus resultiert, dass dem Bundesgesetzgeber im Falle der Inanspruchnahme eines in Art. 10 B-VG geregelten Kompetenztatbestandes allenfalls nur die Festlegung eines abstrakten Rahmens, nicht jedoch auch eine konkrete inhaltliche Bindung des Landesgesetzgebers zukommt (vgl. auch *Vögl*, SWK 2010, 967; *Winkler*, *Poker und Pokerspielsalons in der Glücksspielgesetzgebung*, Wien 2011, 281 f).



3.3.4. Indem der einfache Bundesgesetzgeber hier jedoch den Landesgesetzgeber in § 5 Abs. 1 zweiter Satz GSpG dazu verpflichtet, im Zuge der Regelung von Ausspielungen mittels Glücksspielautomaten anzuordnen, dass ein höchstzulässiges Verhältnis von einem Glücksspielautomat pro 1.200 Einwohner insgesamt im Bundesland nicht überschritten werden darf und die Anzahl der aufrechten Bewilligungen zum Betrieb von Glücksspielautomaten mit höchstens drei pro Bundesland beschränkt ist, scheint er somit seinen Kompetenzbereich überschritten bzw. eine Zuständigkeit in Anspruch genommen zu haben, die durch Art. 10 Abs. 1 Z. 4 B-VG nicht (mehr) gedeckt ist, sodass insoweit ein verfassungswidriger Eingriff in die Gesetzgebungskompetenz der Länder gemäß Art. 15 Abs. 1 B-VG vorzuliegen scheint.

#### **4. Antrag**

Aus allen diesen Gründen stellt der Oö. Verwaltungssenat durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Kammer gemäß Art. 140 Abs. 1 i.V.m. Art. 129a Abs. 3 und Art. 89 B-VG an den Verfassungsgerichtshof den

#### **A n t r a g,**

dieser möge

1. die Wortfolge "*und die Anzahl der aufrechten Bewilligungen zum Betrieb von Glücksspielautomaten ist mit höchstens drei pro Bundesland beschränkt*" in § 5 Abs. 1 zweiter Satz des Glücksspielgesetzes, BGBl.Nr. 620/1989, in der durch BGBl.Nr. I 73/2010 geänderten Fassung

sowie

2. den zweiten und den dritten Satz des § 3 Abs. 1 des Oö. Glücksspielautomatengesetzes, LGBl.Nr. 35/2011,

in eventu

2a) (nur) den zweiten Satz des § 3 Abs. 1 des oö. Glücksspielautomatengesetzes, LGBl.Nr. 35/2011,

in eventu

2b) nur den dritten Satz des § 3 Abs. 1 des öö. Glücksspielautomatengesetzes, LGBl.Nr. 35/2011,

als verfassungswidrig aufheben.

**Beilagen:**

1. Aktenvermerk vom 5. April 2012, Zl. "zu IKD(Pol)070.276/233-2012" (BEILAGE 1);
2. Urteil des LG Linz vom 22. März 2012, 1 Cg 190/11 y-14 (BEILAGE 2);
3. Akt der Oö. Landesregierung zu Zl. IKD(Pol)-070276/2012-Wa (**Anmerkung:** Im Hinblick auf deren außergewöhnlichen Umfang wurde von einer Übersendung der **Bewerbungsunterlagen** der einzelnen Bewilligungswerber vorerst Abstand genommen; diese können im Bedarfsfall jedoch jederzeit nachgereicht werden);
4. Akt des Oö. Verwaltungssenates zu Zl. VwSen-740050

Für die 11. Kammer des Oö. Verwaltungssenates

Der Vorsitzende:

Dr. W e i ß

Für die Richtigkeit  
der Ausfertigung: