jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2005/8/4 2004/17/0035

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 04.08.2005

Index

E1E;
E6J;
001 Verwaltungsrecht allgemein;
21/02 Aktienrecht;
21/03 GesmbH-Recht;
34 Monopole;
59/04 EU - EWR;

Norm

11997E012 EG Art12;
11997E031 EG Art31;
11997E049 EG Art49;
11997E086 EG Art86 Abs1;
11997E086 EG Art86;
61998CJ0324 Telaustria VORAB;
62001CJ0006 Anomar VORAB;
62002CJ0042 Lindman VORAB;
AktG 1965 §95 Abs1;
GmbHG §30j Abs1;
GSpG 1989 §10;
GSpG 1989 §12;
GSpG 1989 §14 Abs2 Z1;
GSpG 1989 §14 Abs2 Z3;
GSpG 1989 §14 Abs2 Z5;
GSpG 1989 §14 Abs5;
GSpG 1989 §3;
GSpG 1989 §9;
VwRallg;

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):2004/17/0036

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Puck und die Hofräte Dr. Holeschofsky, Dr. Köhler, Dr. Zens und Dr. Zehetner als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Schiffkorn, in den Beschwerdesachen der X. GmbH (vormals "Y. GmbH") in 1010 Wien, vertreten durch Brandl & Talos, Rechtsanwälte-Kommanditpartnerschaft in 1070 Wien, Mariahilfer Straße 116, gegen die Bescheide des Bundesministers für Finanzen jeweils vom 7. Jänner 2002, beide zu Zl. 26 4600/118- V/14/01, betreffend 1.) Konzessionserteilung nach dem Glücksspielgesetz an die Österreichische Lotterien GmbH (hg. Verfahren Zl. 2004/17/0035) und 2.) Abweisung eines Antrages der beschwerdeführenden Partei auf Erteilung einer Konzession nach dem Glücksspielgesetz (hg. Verfahren Zl. 2004/17/0036), (mitbeteiligte Partei: Österreichische Lotterien GmbH in Wien, vertreten durch Dr. Barbara Hoffmann-Schöll, Rechtsanwalt in 1038 Wien, Rennweg 44), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund (Bundesministerium für Finanzen) Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 und der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 908,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1.1. Mit Schreiben vom 16. Oktober 2001 beantragte die im verwaltungsgerichtlichen Verfahren mitbeteiligte Partei als Konzessionärin die vorzeitige Neuerteilung der Konzessionen für die Durchführung von Sofortlotterien (§ 9 Glücksspielgesetz - GSpG, BGBl. Nr. 620/1989), der Klassenlotterie (§ 10 GSpG) sowie von Nummernlotterien (§ 12 GSpG) für den Zeitraum 1. Jänner 2005 bis 31. Dezember 2019.

Begründet wurde dieser Antrag damit, dass demnächst Investitionen notwendig würden, für die erhebliche finanzielle Vorleistungen erbracht werden müssten. So würde der Ankauf von

4.500 neuen, leistungsstärkeren Geräten eine Investition von rund 100 Mio. Schilling erfordern. Auch würden 4200 Lotto-Annahmestellen mit neuen Lotto-Terminals ausgestattet werden, die für die Abwicklung der Sofortlotterien auf einen neuen technischen Standard ausgerichtet sein würden; diese Standards erhöhten die Anschaffungskosten der Lotto-Terminals auf rund S 400 Mio. Auch sollte die Attraktivität der Klassenlotterie im Zuge der Euro-Umstellung gegenüber der hauptsächlich deutschen Konkurrenz gesteigert werden. Bei einem Ablauf der Konzessionen mit 31. Dezember 2004 wären die genannten Investitionen betriebswirtschaftlich nicht zu rechtfertigen.

1.2. Ausgehend von der Rechtsansicht, dass hinsichtlich der Konzessionsvergabe das Vergabegesetz nicht anwendbar sei, ließ die belangte Behörde am 29. Oktober 2001 folgenden Text im Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom 7. November 2001 sowie auf der Homepage des Bundesministeriums für Finanzen veröffentlichen (auszugsweise):

"Das Bundesministerium für Finanzen gibt bekannt, dass ein

Antrag der ... (mitbeteiligten Partei) vorliegt, der auf eine

Neuerteilung der Konzessionen zur Durchführung der Sofortlotterien gemäß § 9 Glücksspielgesetz, der Klassenlotterie gemäß § 10 Glücksspielgesetz und der Nummernlotterien gemäß § 12 Glücksspielgesetz im Zeitraum vom 1. Jänner 2005 bis 31. Dezember 2019 lautet. Allfällige weitere Interessenten, die sich für die Durchführung dieser Glücksspiele als Konzessionär bewerben möchten und die die nachfolgenden Voraussetzungen erfüllen, werden eingeladen, ihre Bewerbungen im Bundesministerium für Finanzen ... bis zum Montag, 10. Dezember 2001, 12.00 Uhr, abzugeben, bzw. so rechtzeitig per Post zu übermitteln, dass die Bewerbung rechtzeitig zu diesem Termin eingeht.

Die Voraussetzungen zur Erlangung einer Konzession sind in § 14 Abs. 2 des Glücksspielgesetzes festgelegt und lauten wie folgt ...

Der Bewerbung um eine o.a. Konzession sind aussagekräftige Nachweise anzuschließen, die das Vorliegen bzw. die Erfüllbarkeit der gesetzlichen Voraussetzungen dokumentieren.

Es wird darauf hingewiesen, dass gemäß § 14 Abs. 5 des Glücksspielgesetzes für den Fall, dass mehrere Konzessionswerber die in § 14 Abs. 2 Z 1 bis 4 des Glücksspielgesetzes genannten Voraussetzungen erfüllen, jenem Konzessionswerber die Konzession zu erteilen ist, der auf Grund der Umstände (insbesondere Erfahrungen,

Kenntnisse und Eigenmittel) erwarten lässt, dass er für den Bund den besten Abgabenertrag (Konzessionsabgabe und Wettgebühren) erzielt."

1.3. Mit Schreiben vom 7. Dezember 2001 stellte die beschwerdeführende Partei den Antrag auf Erteilung der Konzession zur Durchführung von Sofortlotterien gemäß § 9 GSpG. Die belangte Behörde habe am 6. November 2001 unter der Rubrik "Anbotsausschreibungen" der Wiener Zeitung die Vergabe der Konzessionen zur Durchführung der Sofortlotterien u.a. gemäß § 9 GSpG ausgeschrieben. Diese Veröffentlichung sei am 7. November 2001 als gegenstandslos erklärt und unter dem Titel "Interessentensuche" nochmals veröffentlicht worden.

Begründend heißt es in dem genannten Schriftsatz vom 7. Dezember 2001 weiter, die XX. bekunde ihr Interesse an der Durchführung von Sofortlotterien gemäß § 9 GSpG und der Nummernlotterien gemäß § 12 GSpG. Die Durchführung dieser Glücksspiele solle durch das 100%ige Tochterunternehmen, die beschwerdeführende Partei, erfolgen, welche mit einem Aufsichtsrat und dem dafür notwendigen Grundkapital ausgestattet werde. Die bestellten Geschäftsleiter entsprächen den Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 GSpG, doch werde die Geschäftsleitung um einen Geschäftsführer mit jahrelanger Erfahrung in einem in Österreich konzessionierten Glücksspielunternehmen erweitert.

1.4. Mit ihrem zur hg. Zl. 2004/17/0036 angefochtenen Bescheid vom 7. Jänner 2002 wies die belangte Behörde diesen Antrag der beschwerdeführenden Partei vom 7. Dezember 2001 auf Erteilung der Konzession zur Durchführung von Sofortlotterien gemäß § 9 GSpG ab.

Gemäß § 14 Abs. 2 Z 3 GSpG in der Fassung BGBl. I Nr. 59/2001 dürfe die Konzession nur einem Konzessionswerber erteilt werden, der einen Aufsichtsrat und ein eingezahltes Stamm- bzw. Grundkapital von zumindest EUR 109 Mio. habe, wobei die rechtmäßige Mittelherkunft in geeigneter Art und Weise nachzuweisen sei. Diese Konzessionsvoraussetzungen lägen bei der beschwerdeführenden Partei nicht vor.

Es werde aber darauf hingewiesen, dass selbst bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen nach § 14 Abs. 2 Z 3 GSpG eine Konzession an die beschwerdeführende Partei nicht in Betracht gekommen wäre, weil die belangte Behörde gemäß § 14 Abs. 5 GSpG bei gleichzeitigem Auftreten mehrerer Konzessionswerber, die die in § 14 Abs. 2 Z 1 bis 4 GSpG genannten Voraussetzungen erfüllten, gemäß § 14 Abs. 2 Z 5 leg. cit. jenem Konzessionswerber die Konzession zu erteilen habe, der auf Grund der Umstände (insbesondere Erfahrungen, Kenntnisse und Eigenmittel) erwarten lasse, dass er für den Bund den besten Abgabenertrag (Konzessionsabgabe und Wettgebühren) erziele. Diesbezüglich werde von der beschwerdeführenden Partei in ihrem Antrag aber nicht einmal behauptet, dass sie über die erforderlichen Erfahrungen, Kenntnisse und Eigenmittel zur Durchführung von Sofortlotterien verfüge.

1.5. Mit ihrem Antrag vom 1. März 2002 begehrte die beschwerdeführende Partei, 1. ihr den Konzessionsantrag der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren mitbeteiligten Partei für die erwähnte Konzession "sowie die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens zur Wahrung des rechtlichen Gehörs" zur Verfügung zu stellen, 2. ihr den an die im verwaltungsgerichtlichen Verfahren mitbeteiligte Partei ergangenen Bescheid, mit welchem diesem Unternehmen die Konzession erteilt worden war, zuzustellen und 3. ihre Parteistellung im Konzessionsverfahren betreffend die mitbeteiligte Partei "festzustellen".

In der Folge verfügte die belangte Behörde die Zustellung einer Kopie des Konzessionsantrages der mitbeteiligten Partei vom 16. Dezember 2001 sowie einer Ausfertigung des Konzessionserteilungsbescheides an diese Partei vom 7. Jänner 2002 an die beschwerdeführende Partei.

1.6. Mit diesem Bescheid vom 7. Jänner 2002, gerichtet an die im verwaltungsgerichtlichen Verfahren mitbeteiligte Partei, war dieser über deren Antrag vom 16. Dezember 2001 gemäß § 14 Abs. 1 des GSpG die Konzession für die Durchführung von Sofortlotterien (§ 9 GSpG), der Klassenlotterie (§ 10 GSpG) und von Nummernlotterien (§ 12 GSpG) für die Zeit vom 1. Jänner 2005 bis 30. September 2012 erteilt worden.

Weiters wurde ausgesprochen, dass die von der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren mitbeteiligten Partei gemäß § 14 Abs. 3 Z 2 GSpG zu leistende Sicherstellung mit 18 v.H. des jeweiligen Stammkapitals des Konzessionärs festgesetzt werde; die Sicherstellung sei bei einem Kreditinstitut entweder bar oder in Form von Schuldverschreibungen des Bundes oder der Länder zu erlegen. Der Erlag der Sicherstellung sei dem "Bundesministerium für Finanzen" binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Bescheides und binnen gleicher Frist nach jedem Jahresultimo sowie nach jeder Stammkapitalerhöhung nachzuweisen.

Begründend führte die belangte Behörde aus, die vom Antrag abweichende Gültigkeitsdauer der erteilten Konzession

sei als "Amortisationszeitraum" für die von der mitbeteiligten Partei beabsichtigten Investitionen ausreichend und führe überdies "zu einer wünschenswerten Harmonisierung des Konzessionsablaufes aller in den §§ 6 bis 12b GSpG genannten Spiele".

1.7. Mit Beschluss vom 23. Februar 2004, B 615/02-19 und B 616/02-19, lehnte der gegen diese unter Punkt 1.4. und 1.6. wiedergegebenen Bescheide zunächst angerufene Verfassungsgerichtshof die Behandlung der Beschwerden ab und trat diese dem Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG zur Entscheidung ab.

Begründend führte der Verfassungsgerichtshof u.a. aus:

"Die vorliegenden Beschwerden rügen die Verletzung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz und auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter sowie in sonstigen Rechten wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes. Nach den Beschwerdebehauptungen wären diese Rechtsverletzungen aber zum erheblichen Teil nur die Folge einer - allenfalls grob - unrichtigen Anwendung des einfachen Gesetzes. Zur Beurteilung der aufgeworfenen Fragen, insbesondere der Frage, ob von der belangten Behörde innerstaatliche einfachgesetzliche oder gemeinschaftsrechtliche Normen anzuwenden waren, sind spezifisch verfassungsrechtliche Überlegungen nicht anzustellen.

Soweit die Beschwerden aber insofern verfassungsrechtliche Fragen berühren, als die Verfassungswidrigkeit der die angefochtenen Bescheide tragenden Gesetzesvorschriften behauptet wird (die verfassungsrechtliche Verfahrensrüge übersieht, dass die Behörde schon die Voraussetzungen einer Aufnahme in eine Auswahlentscheidung verneint hat), lässt ihr Vorbringen vor dem Hintergrund der einschlägigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (vgl. VfSlg. 12.165/1989) angesichts des zulässigen Bestrebens des Gesetzgebers, eine den tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten entsprechende Eigenkapitaldeckung für Aufwand, Verpflichtungen und Abgaben sicherzustellen (wobei sich ein Vergleich mit anderen Wirtschaftszweigen wegen des Unterschieds im Risiko und der Interessenlage verbietet), die behauptete Rechtsverletzung, die Verletzung eines anderen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes oder die Verletzung in einem sonstigen Recht wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm als so wenig wahrscheinlich erkennen, dass sie keine hinreichende Aussicht auf Erfolg haben.

..."

1.8. Die beschwerdeführende Partei hat vor dem Verwaltungsgerichtshof in einem für beide Beschwerdeverfahren gemeinsam erstatteten Schriftsatz ihr Beschwerdevorbringen ergänzt. Sie erachtet sich durch die angefochtenen Bescheide insbesondere in ihrem Recht auf Einhaltung der Verfahrensvorschriften betreffend das Verfahren der Vergabe der gegenständlichen Konzessionen, die Durchführung einer ordnungsgemäßen Ausschreibung der zu vergebenden Konzessionen sowie in ihrem Recht auf Durchführung von Sofortlotterien gemäß § 9 GSpG verletzt. Sie macht Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend und ficht "darüber hinaus ... den genannten Bescheid wegen Gemeinschaftsrechtswidrigkeit an".

1.9. Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und ebenso wie die mitbeteiligte Partei für beide verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Gegenschrift mit dem Antrag erstattet, die Beschwerden als unbegründet abzuweisen.

2.0. Der Verwaltungsgerichtshof hat die Beschwerdeverfahren wegen ihres sachlichen und persönlichen Zusammenhanges verbunden und über die Beschwerden erwogen:

2.1. Die österreichische Rechtslage

2.1.1. Historische Vorbemerkung und verfassungsrechtliche Grundlagen

Während ursprünglich im Gebiet des heutigen Österreich das Glücksspiel bis ins 13. Jahrhundert grundsätzlich erlaubt war, begann die früheste nachweisbare Spielbekämpfung auf österreichischem Gebiet durch das Stadt- und Landrecht des Salzburger Erzbischofs Friedrich III. vom 29. November 1328, mit der das Würfelspiel verboten wurde.

Ein eigenes österreichisches Glücksspielstrafrecht mit dem Ziel der Bekämpfung der Spielleidenschaft entstand durch das Patent des Kaisers Leopold I. von 1696, in dem bestimmte, namentlich genannte Glücksspiele unter Strafdrohung gestellt wurden.

Bei - erlaubten - Glücksspielen trat bereits recht früh ein sozialer Aspekt hervor: So wird auf österreichischem Gebiet im Jahr 1718 eine vom Wiener Magistrat veranstaltete Staatslotterie erwähnt, bei der 50.000 Lose zu vier Gulden ausgegeben wurden; die Erträge sollten mittellosen und kranken Kindern zufallen.

Nach Einführung des Zahlenlottos durch Maria Theresia mit 13. November 1751 und Verpachtung des Rechts zur Durchführung desselben wurde mit dem Lotteriepatent des Kaisers Josef II. vom 21. Oktober 1787 bestimmt, das Zahlenlotto durch "eine dazu bestellte Kameraldirektion fortsetzen zu lassen"; mit 1. November 1787 wurde schließlich die "Lottogefälligkeitsdirektion" gegründet (vgl. zum gesamten historischen Überblick Schwartz, Strukturfragen und ausgewählte Probleme des österreichischen Glücksspielrechts (1998), 5 bis 11).

Der Allgemeine Teil der Erläuterungen zum geltenden Glücksspielgesetz (1067 BlgNR 17. GP, 15) führt unter Hinweis auf den ordnungspolitischen Zweck der Glücksspielgesetzgebung (und damit auch in Fortführung der österreichischen Gesetzgebung auf diesem Gebiet) wie folgt aus (auszugsweise):

"Die rechtliche Grundlage für den Bund zur Regelung des Glücksspielwesens gründet sich auf den Kompetenztatbestand 'Monopolwesen' des Art. 10 Abs. 1 Z 4 B-VG. Die Berechtigung des Bundes, das Glücksspielwesen als Monopol im Sinne dieser Bestimmung zu regeln, ist sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre unbestritten. Materiell ist zum Glücksspielwesen grundsätzlich folgendes auszuführen: Die Zielsetzungen, die der Bund mit diesem Bundesgesetz verfolgt, sind einerseits ordnungspolitischer und andererseits fiskalischer Natur.

In ordnungspolitischer Hinsicht muss gesagt werden, dass idealer Weise ein gänzliches Verbot von Glücksspielen die sinnvollste Regelung wäre. Angesichts des bekannten Umstandes, dass der Spieltrieb den Menschen nun einmal immanent gegeben zu sein scheint (wie dies auch sämtliche zu diesem Thema erscheinenden Studien immer wieder belegen), ist es aber wesentlich sinnvoller, diesen Spieltrieb im Interesse des Einzelnen und der Gemeinschaft in geordnete Bahnen zu lenken.

Dadurch wird zweierlei erreicht: Eine in Staaten mit gänzlichem Glücksspielverbot zu beobachtende Abwanderung des Glücksspieles in die Illegalität wird vermieden, gleichzeitig erhält sich der Staat die Möglichkeit, die nun auf legaler Basis betriebenen Glücksspiele zu überwachen. Diese Überwachung muss als oberste Zielsetzung den Schutz des einzelnen Spielers vor Augen haben.

...

In fiskalischer Hinsicht besteht ein Interesse des Bundes, einen möglichst hohen Ertrag aus dem Glücksspielmonopol abschöpfen zu können. Hier kommt der alte Aspekt zum Tragen, der unter Monopolen (und auch Regalien) vor allem ein vermögenswertes Recht erblickt. Bei der Regelung des Glücksspielwesens hat der Bund daher - unter Beachtung und Wahrung des ordnungspolitischen Zieles - eine Durchführung der Glücksspiele in der Richtung anzustreben, dass ihm ein möglichst hoher Ertrag aus dem Monopol verbleibt.

Der Entwurf des Glücksspielgesetzes ermöglicht es dem Bund (Bundesminister für Finanzen), die bisher von der Österreichischen Glücksspielmonopolverwaltung, einer dem Bundesministerium für Finanzen nachgeordneten Dienststelle, durchgeführten Glücksspiele zu privatisieren und die Brieflotterie, die Klassenlotterie und das Zahlenlotto einer kommerzialisierten Kapitalgesellschaft durch befristete Konzessionserteilung zu übertragen. Der Monopolertrag

wird ... durch eine Konzessionsabgabe und eine Gebühr auf die

Wetteinsätze abgeschöpft.

Die Gründe für die Ausgliederung aller Glücksspiele aus der staatlichen Verwaltung einschließlich der Möglichkeit neu einzuführender Sofortlotterien liegen in der Erwartung höherer Bundeseinnahmen aus dem Glücksspielmonopol, der Vorteilhaftigkeit der Konzentration der Glücksspiele bei einem Konzessionär im Hinblick auf den künftig verstärkt zu erwartenden europäischen Wettbewerb und der Möglichkeit von Planstelleneinsparungen bei der Österreichischen Glücksspielmonopolverwaltung.

...

Das Glücksspielwesen ist im Rechtsbestand der Europäischen Gemeinschaften nur unvollständig und nicht eindeutig geregelt. Erkenntnisse des Europäischen Gerichtshofes hiezu liegen noch nicht vor. Soweit Glücksspiele und Tätigkeiten des Lotteriewesens im Vertrag von Rom und in der Richtlinie des Rates vom 16. Juni 1975 über

Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverhältnis (75/368/EWG) geregelt sind, sind die Bestimmungen des neu gefassten Entwurfes EG-konform."

Zur verfassungsrechtlichen Kompetenzlage führte der Verfassungsgerichtshof in seinem grundlegenden Erkenntnis vom 30. September 1989, Slg. Nr. 12.165 (vgl. dazu den oben unter Pkt. 1.7. erwähnten Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 23. Februar 2004, B 615/02 und B 616/02) u.a. aus:

"...

Diese Argumentation (Anmerkung: der Beschwerde) übersieht, dass die von ihr unterstellte klare und scharfe Trennung zwischen Monopolen und Regalien schon vor Wirksamkeit der Kompetenzartikel des B-VG nicht bestanden hat, wie Heinz Mayer, Staatsmonopole, 1976, 15 ff (mit Hinweisen auf die ältere Literatur) zutreffend dargelegt hat. Auf den Kompetenztatbestand 'Monopolwesen' in Art. 10 Abs. 1 Z 4 B-VG können somit gesetzliche Regelungen nicht nur von Monopolen im engeren Sinn des Wortes, sondern auch jener Monopole gestützt werden, die sich aus Regalien entwickelt haben. Dementsprechend ist der Verfassungsgerichtshof 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 vermag. ... Er sieht sich nicht veranlasst, von dieser Auffassung abzugehen und hegt unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die hier präjudiziellen Bestimmungen des § 21 GSG.

...

Unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes und der Erwerbsfreiheit trägt die Beschwerde insbesondere Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung der Höchstzahl der zulässigen Spielbankenkonzessionen mit 11 vor. Dass schon die Einführung eines Konzessionssystems als solches im Bereich des Glücksspielwesens den angezogenen Grundrechten widerspreche, wird von der Beschwerde zwar erwogen, jedoch nicht ausdrücklich behauptet. Auch der Verfassungsgerichtshof hegt angesichts der Besonderheit des hier zu regelnden Lebenssachverhalts keine derartigen Bedenken: Weder erscheint es ihm unsachlich noch ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Erwerbsfreiheit von Interessenten an der Berechtigung zum Betrieb von Spielbanken zu sein, diese Berechtigung von einer staatlichen Bewilligung abhängig zu machen. Die besonderen Anforderungen an die Verlässlichkeit und an die wirtschaftliche Potenz eines Spielbankenunternehmens rechtfertigen ein solches System jedenfalls.

Die Festlegung der Höchstzahl von Bewilligungen, die zulässiger Weise erteilt werden dürfen, bewirkt jedoch einen schwereren Eingriff in die Grundrechtsposition neuer Bewerber. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes könnte ein solcher, die Möglichkeit zum Gewerbeantritt einschränkender Eingriff unter Aspekten der Erwerbsfreiheit nur gerechtfertigt werden, wenn dafür besonders gewichtige öffentliche Interessen sprechen und wenn andere, die Grundrechtspositionen weniger gravierend beschränkende Regelungen zur Realisierung dieser Interessen nicht gleich wirksam wären. ...

Eine solche Situation ist im vorliegenden Fall jedoch gegeben:

Die ziffernmäßige Begrenzung der zulässigen Bewilligungen wurde erstmals durch die GSG-NovelleBGBl. 226/1972 eingeführt. Damals wurde die zulässige Bewilligungszahl mit 8 festgelegt. Durch die Novelle BGBl. 407/1974 wurde die Zahl auf 9 und durch die Novelle BGBl. 98/1979 auf 11 erhöht.

In den Erläuternden Bemerkungen zur Novelle 1972 (280 BlgNR 13. GP) wird die eingeführte zahlenmäßige Begrenzung damit begründet, dass

'eine Begrenzung der Anzahl der zulässigen Spielbanken im Interesse eines ordnungsmäßigen Betriebes und einer gesicherten Überwachung der Spielbanken sowie im Interesse einer wirksamen Spielerbetreuung'

bestehen solle. Die jeweiligen Erhöhungen wurden damit gerechtfertigt, dass ein Bedarf nach zusätzlichen Konzessionen bestehe, entsprechendes Spielerpotential vorhanden sei, entsprechende Erträge aus der Spielbankenabgabe zu erwarten seien und die Voraussetzungen für eine effiziente Aufsicht die - jeweils geringfügige - Erweiterung ermöglichen.

...

Die Besonderheiten dieses Bereichs rechtfertigen in der Tat die in Rede stehende Beschränkung der Erwerbsfreiheit:

Die möglichen negativen Begleiterscheinungen und Gefahren des Betriebs von Spielbanken - wie die durch die Spielleidenschaft herbeigeführte Gefahr wirtschaftlicher Existenzgefährdung von Menschen, die möglichen unerlaubten Aktivitäten der Veranstalter von Spielbanken oder die Gefahr des Eindringens krimineller Kreise in diesen Bereich - rechtfertigen es, die Zahl der betriebenen Spielbanken gering zu halten. Auch erfordern die genannten Umstände eine ganz besonders intensive Aufsicht, die in wirtschaftlich effizienter Weise zu besorgen gerade im Spielbankenbereich ebenfalls ein öffentliches Interesse von erheblichem Gewicht darstellt.

Die besonderen Umstände des Spielbankenbetriebs und der notwendigen Aufsicht über Spielbanken rechtfertigen daher nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes auch eine zahlenmäßige Begrenzung der zulässigen Spielbankenkonzessionen. Der Verfassungsgerichtshof hegt daher auch unter grundrechtlichen Aspekten keine Bedenken gegen die angewendete Gesetzesbestimmung.

...

Wenn schließlich in der Beschwerde die Frage aufgeworfen wird, ob die Erteilung der Bewilligungen an den derzeitigen Konzessionsinhaber rechtmäßig erfolgte, so ist darauf hinzuweisen, dass diese Frage im vorliegenden Verfahren nicht erörtert werden kann.

..."

2.1.2. Die geltende österreichische Gesetzeslage

Das Bundesgesetz vom 28. November 1989 zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz - GSpG), über die Änderung des Bundeshaushaltsgesetzes und über die Aufhebung des Bundesgesetzes betreffend Lebensversicherungen mit Auslosung, BGBl. Nr. 620/1989, ist im hier in Betracht kommenden Zeitpunkt (vgl. § 41 VwGG) in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 59/2001 anzuwenden.

§ 3 leg. cit. (dieser in der Stammfassung) behält das Recht zur Durchführung von Glücksspielen (Glücksspielmonopol) dem Bund vor, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt wird.

§ 9 GSpG (auch diese Bestimmung in der Stammfassung) regelt die Sofortlotterien wie folgt:

"(1) Sofortlotterien sind Ausspielungen, bei denen die Spielteilnehmer einen auf einem Spielanteilsschein vorgedruckten allfälligen Gewinn unmittelbar nach Erwerb feststellen können.

(2) Sonstige Sofortlotterien sind Ausspielungen, bei denen die Spielteilnehmer spätestens innerhalb von 24 Stunden nach dem Abschluss von Wetten über die Gewinnchancen von Symbolen oder Zahlenkombinationen Kenntnis über einen allfälligen Gewinn erlangen können."

Die Klassenlotterie wird durch § 10 leg. cit. (gleichfalls in der Stammfassung) näher umschrieben: Sie ist eine Ausspielung, bei der die Spielanteile Gewinnchancen in mehreren aufeinander folgenden Abschnitten haben. Die Treffer werden durch öffentliche Ziehungen ermittelt.

Die Nummernlotterien werden in § 12 GSpG (gleichfalls in der Stammfassung) wie folgt definiert:

"Ausspielungen, bei denen die Spielanteile durch fortlaufende Nummern gekennzeichnet sind. Die Treffer werden in einer öffentlichen Ziehung ermittelt."

§ 14 GSpG (in der Fassung durch die Novelle BGBl. I Nr. 59/2001) lautet samt Überschrift wie folgt:

"Übertragung von Ausspielungen

Konzession

§ 14. (1) Der Bundesminister für Finanzen kann das Recht zur Durchführung der Ausspielungen nach den §§ 6 bis 12b durch Erteilung einer Konzession übertragen.

(2) Die Konzession nach Abs. 1 darf nur einem Konzessionswerber erteilt werden, der

1.

eine Kapitalgesellschaft mit dem Sitz im Inland ist,

2.

keine Eigentümer (Gesellschafter) hat, die über einen beherrschenden Einfluss verfügen und durch deren Einfluss eine Zuverlässigkeit in ordnungspolitischer Hinsicht nicht gewährleistet ist,

3. einen Aufsichtsrat und ein eingezahltes Stamm- bzw. Grundkapital von zumindest 109 Millionen Euro hat, wobei die rechtmäßige Mittelherkunft in geeigneter Art und Weise nachzuweisen ist,

4. Geschäftsleiter bestellt, die auf Grund entsprechender Vorbildung fachlich geeignet sind, über die für den ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb erforderlichen Eigenschaften und Erfahrungen verfügen und gegen die kein Ausschließungsgrund nach § 13 der Gewerbeordnung 1973, BGBl. Nr. 50/1974, vorliegt und

5. auf Grund der Umstände (insbesondere Erfahrungen, Kenntnisse und Eigenmittel) erwarten lässt, dass er für den Bund den besten Abgabenertrag (Konzessionsabgabe und Wettgebühren) erzielt sowie

6. bei dem die Struktur des allfälligen Konzerns, dem der oder die Eigentümer, die eine qualifizierte Beteiligung an dem Unternehmen halten, angehören, eine wirksame Aufsicht über den Konzessionär nicht behindert.

(3) Die Konzession ist bei sonstiger Nichtigkeit schriftlich zu erteilen, sie kann mit Nebenbestimmungen versehen sein, wenn dies im öffentlichen Interesse, insbesondere der Sicherung der Entrichtung der Konzessionsabgaben und der Wettgebühren liegt. Im Konzessionsbescheid ist insbesondere festzusetzen:

1. Die Dauer der Konzession; diese ist mit längstens 15 Jahren zu begrenzen;

2. die Höhe und Art der zu leistenden Sicherstellung; diese ist mit mindestens 10 vH des Grund- oder Stammkapitals des Konzessionärs festzusetzen; die finanziellen Verpflichtungen des Konzessionärs gegenüber dem Bund und den Spielern sind hiebei zu berücksichtigen.

(4) Der Konzessionär ist verpflichtet, die übertragenen Glücksspiele ununterbrochen durchzuführen. Bei Verzicht auf die erteilte Konzession nach Beginn der Betriebsaufnahme hat der Konzessionär die Glücksspiele während einer vom Bundesminister für Finanzen mit längstens einem Jahr festzusetzenden Frist weiter zu betreiben. Die Frist ist so zu bestimmen, dass mit ihrem Ablauf der Bund oder ein neuer Konzessionär die Glücksspiele durchführen können.

(5) Solange eine nach Abs. 1 erteilte Konzession aufrecht ist, dürfen weitere Konzessionen nach Abs. 1 nicht erteilt werden. Treten mehrere Konzessionswerber, die die in Abs. 2 Z 1 bis 4 genannten Voraussetzungen erfüllen, gleichzeitig auf, so hat der Bundesminister für Finanzen auf Grund des Abs. 2 Z 5 zu entscheiden.

(6) Liegen nach Erteilung der Konzession die Voraussetzungen gemäß Abs. 2 nicht mehr vor oder sind diese nachträglich weggefallen oder verletzt der Konzessionär Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder eines auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Bescheides, so hat der Bundesminister für Finanzen

1. dem Konzessionär unter Androhung einer Zwangsstrafe aufzutragen, den entsprechenden Zustand binnen jener Frist herzustellen, die im Hinblick auf die Erfüllung seiner Aufgaben und im Interesse der Spielteilnehmer angemessen ist;

2. im Wiederholungsfall den Geschäftsleitern des Konzessionärs die Geschäftsführung ganz oder teilweise zu untersagen;

3. die Konzession zurückzunehmen, wenn andere Maßnahmen nach diesem Bundesgesetz die Funktionsfähigkeit der Spieldurchführung nicht sicherstellen können."

Nach § 15 Abs. 1 erster Satz GSpG (in der Fassung durch die NovelleBGBl. Nr. 695/1993) darf der Konzessionär keine Filialbetriebe außerhalb Österreichs errichten.

Gemäß § 17 Abs. 1 leg. cit. (in der Stammfassung) hat der Konzessionär für die Überlassung des Rechts zur Durchführung der Glücksspiele eine Konzessionsabgabe zu entrichten. Nach § 17 Abs. 2 leg. cit. (gleichfalls in der Stammfassung) ist die Konzessionsabgabe eine ausschließliche Bundesabgabe.

Nach § 18 Abs. 1 GSpG (in der Stammfassung) hat der Konzessionär dem Bundesminister für Finanzen jährlich die Identität der Personen, die an seinem Grund- oder Stammkapital beteiligt sind, mitzuteilen. Nach § 18 Abs. 2 leg. cit. kann der Bundesminister für Finanzen, wenn Umstände auftreten, die darauf schließen lassen, dass die in § 14 Abs. 2 Z 2 verlangte Zuverlässigkeit dieser Personen nicht mehr gegeben ist, die Ausübung des Stimmrechtes im Zusammenhang mit Aktien oder Anteilen, die von einer diesen Personen gehalten werden, durch Bescheid aussetzen.

Gemäß § 19 Abs. 1 erster und zweiter Satz GSpG (in der Fassung der NovelleBGBl. Nr. 344/1991) hat der Bundesminister für Finanzen den Konzessionär auf die Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, des Konzessionsbescheides sowie sonstiger, auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassener Bescheide des Bundesministers für Finanzen zu überwachen. Zu diesem Zweck kann der Bundesminister für Finanzen in die Bücher und Schriften des Konzessionärs Einsicht nehmen; er kann Überprüfungen an Ort und Stelle vornehmen oder durch Abschlussprüfer oder sonstige sachverständige Personen vornehmen lassen und vom Konzessionär Auskünfte über Geschäftsvorfälle, die Vorlage von Zwischenabschlüssen und von Ausweisen in bestimmter Form und Gliederung verlangen; solchen Verlangen hat der Konzessionär unverzüglich nachzukommen.

Nach § 19 Abs. 2 leg. cit. (in der Stammfassung) kann der Bundesminister für Finanzen unbeschadet des Abs. 1 beim Konzessionär einen Staatskommissär und dessen Stellvertreter bestellen. § 26 des Kreditwesengesetzes, BGBl. Nr. 63/1979, in der jeweils geltenden Fassung, ist sinngemäß anzuwenden.

Regelungen über die Sportförderung aus Mitteln des Glücksspiels enthält § 20 GSpG.

Den Materialien zu § 14 GSpG (in der Stammfassung) ist u.a. Folgendes zu entnehmen (1067 BlgNR 17.GP, 18):

"Die Motive für die Möglichkeit des Bundes, nunmehr auch das Zahlenlotto, die Klassenlotterie, Nummern- und Sofortlotterien einem Konzessionär übertragen zu können, wurden bereits im Allgemeinen Teil der Erläuterungen dargelegt. Die Notwendigkeit der Konzessionserteilung der Spiele an nur eine Kapitalgesellschaft ergibt sich aus dem Interesse des Bundes, als Monopolinhaber ein Maximum an Gewinn bei diesen Ausspielungen zu erzielen. Dieses Ziel wird am ehesten dadurch erreicht, dass zum einen diese Spiele an eine private Kapitalgesellschaft übertragen werden, zum anderen, dass diese allein diese Ausspielungen durchführt, weil nur dadurch die entstehende Fixkostendegression in einer für den Bund optimalen Weise abgeschöpft werden kann. ... Der verlangte Aufsichtsrat erlaubt eine ausreichende Kontrolle der Geschäftsleitung. Das erforderliche Mindestnominalkapital wurde eingeführt, um den hohen Investitionserfordernissen und den zu befriedigenden Spieleransprüchen Rechnung zu tragen. Die Bestimmungen des Abs. 2 Z 5 und Abs. 4 sollen vor allem die fiskalischen Interessen des Bundes sichern.

...

Die in Abs. 3 vorgesehene Höchstdauer der Bewilligung soll eine zu lange Festlegung des Monopolinhabers (Bund) auf diese Glücksspielarten und auch auf einen bestimmten Konzessionsinhaber verhindern. Die nunmehr eingeführte Dauer von höchstens 15 Jahren entspricht der geschäftsüblichen Amortisationsdauer von Investitionen. Eine kürzere Dauer ist nach der gewählten Formulierung möglich, jedoch wäre eine wesentliche Verkürzung der Frist in Anbetracht der zu tätigenden Investitionen nicht sinnvoll."

2.2. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes im Bereich "Glücksspiel"

2.2.1. Seit der Abfassung des oben (Pkt. 2.1.1.) erwähnten Allgemeinen Teils der Erläuterungen zur Regierungsvorlage des bestehenden Glücksspielgesetzes und der darin getroffenen Feststellung, dass Erkenntnisse des Europäischen Gerichtshofes nicht vorlägen, hatte der EuGH mehrfach Gelegenheit, zu Fragen des Glücksspielwesens im Gemeinschaftsrecht Stellung zu nehmen.

Im Urteil vom 24. März 1994 in der Rechtssache C-275/92,Schindler, Slg. I-01039, hielt der Gerichtshof zunächst fest, dass Tätigkeiten im Lotteriewesen (im Allgemeinen) keine Tätigkeiten seien, die Waren beträfen, sondern als "Dienstleistungen" anzusehen seien (Rdnr. 24 und 25). Nationale Regelungen, selbst bei unterschiedsloser Geltung, könnten gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßen, wenn sie geeignet seien, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sei und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringe, zu unterbinden oder zu behindern (Rdnr. 43). In der Folge führte der Gerichtshof aus (Wiedergabe auszugsweise):

"57. Nach den Feststellungen des vorliegenden Gerichts verfolgten die britischen Rechtsvorschriften in ihrer vor dem Gesetz von 1993 zur Einführung der Staatlichen Lotterie geltenden Fassung folgende Ziele: Sie sollten Straftaten verhindern und sicherstellen, dass die Spieler fair behandelt werden, eine Anregung der Nachfrage nach Glücksspielen, die im Übermaß betrieben mit sozialschädlichen Folgen verbunden sind, verhindern und dafür sorgen, dass Lotterien nicht zu privaten oder gewerblichen Gewinnzwecken veranstaltet werden können, sondern ausschließlich zu wohltätigen oder sport- oder kulturfördernden Zwecken.

58. Diese Gründe, die in ihrer Gesamtheit zu würdigen sind, beziehen sich auf den Schutz der Empfänger der Dienstleistung und, allgemeiner, der Verbraucher und den Schutz der Sozialordnung. Der Gerichtshof hat bereits

entschieden, dass diese Gründe zu denjenigen gehören, die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen können. ...

59. Angesichts der ganz besonderen Natur der Lotterien, die von vielen Mitgliedstaaten betont worden ist, sind diese Gründe geeignet, Beschränkungen bis hin zum Verbot von Lotterien im Gebiet eines Mitgliedstaats im Hinblick auf Art. 59 EWG-Vertrag zu rechtfertigen.

60. Zunächst einmal können nämlich die sittlichen, religiösen oder kulturellen Erwägungen, die in allen Mitgliedstaaten zu Lotterien ebenso wie zu den anderen Glücksspielen angestellt werden, nicht außer Betracht bleiben. Sie sind allgemein darauf gerichtet, die Ausübung von Glücksspielen zu begrenzen oder sogar zu verbieten und zu verhindern, dass sie zu einer Quelle persönlichen Gewinns werden. Sodann ist festzustellen, dass die Lotterien angesichts der Höhe der Beträge, die durch sie eingenommen werden können, und der Höhe der Gewinne, die sie den Spielern bieten können, vor allem wenn sie in größerem Rahmen veranstaltet werden, die Gefahr von Betrug und anderen Straftaten erhöhen. Außerdem verleiten sie zu Ausgaben, die schädliche persönliche und soziale Folgen haben können. Schließlich ist, ohne dass dies allein als sachliche Rechtfertigung angesehen werden könnte, nicht ohne Bedeutung, dass die Lotterien in erheblichem Maße zur Finanzierung uneigennütziger und im Allgemeininteresse liegender Tätigkeiten wie sozialer oder caritativer Werke, des Sports oder der Kultur beitragen können.

61. Diese Besonderheiten rechtfertigen es, dass die staatlichen Stellen über ein ausreichendes Ermessen verfügen, um festzulegen, welche Erfordernisse sich bezüglich der Art und Weise der Veranstaltung von Lotterien, der Höhe der Einsätze sowie der Verwendung der dabei erzielten Gewinne aus dem Schutz der Spieler und allgemeiner nach Maßgabe der soziokulturellen Besonderheiten jedes Mitgliedstaates aus dem Schutz der Sozialordnung ergeben. Somit kommt den Staaten nicht nur die Beurteilung der Frage zu, ob eine Beschränkung der Tätigkeiten im Lotteriewesen erforderlich ist, sondern sie dürfen diese auch verbieten, sofern diese Beschränkungen nicht diskriminierend sind.

62. Wenn ein Mitgliedstaat die Veranstaltung großer Lotterien, insbesondere die Werbung für Lose solcher Lotterien und deren Verteilung in seinem Gebiet verbietet, kann das Verbot, Werbematerial einzuführen, um die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats an solchen in einem anderen Mitgliedstaat veranstaltenden Lotterien teilnehmen zu lassen, nicht als eine Maßnahme angesehen werden, die den freien Dienstleistungsverkehr in nicht gerechtfertigter Weise beschränkt. Ein solches Einfuhrverbot ist nämlich für den Schutz, den dieser Mitgliedstaat in seinem Gebiet im Lotteriewesen sicherstellen will, erforderlich.

..."

2.2.2. In der Folge bestätigte der EuGH diese Rechtsprechung. So führte er in seinem Urteil vom 21. September 1999 in der Rechtssache C-124/97, Läärä, Slg. I-06067, aus, dass eine nationale Regelung, die nur einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung das ausschließliche Recht zum Betrieb von Geldspielautomaten im Inland gewähre und somit die Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar daran hindere, selbst Geldspielautomaten der Allgemeinheit zur entgeltlichen Benutzung zur Verfügung zu stellen, auch wenn sie unterschiedslos gelte, eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs sei. Diese Beschränkung könne jedoch, sofern die betreffende Regelung keine Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit enthalte, aus Gründen des Schutzes der Verbraucher und der Sozialordnung gerechtfertigt sein. Zwar verbiete die zu beurteilende finnische Regelung die Benutzung der Geldspielautomaten nicht, sondern behalte deren Betrieb einer zugelassenen öffentlich-rechtlichen Einrichtung vor, doch sei die Entscheidung, wie weit ein Mitgliedstaat in seinem Gebiet den Schutz bei Lotterien und anderen Glücksspielen ausdehnen wolle, dem Ermessen der staatlichen Stellen überlassen. Diesen komme nämlich die Beurteilung zu, ob es im Rahmen des angestrebten Zieles notwendig sei, derartige Tätigkeiten vollständig oder teilweise zu verbieten oder nur einzuschränken und dazu mehr oder weniger strenge Kontrollformen vorzusehen. Somit könne allein der Umstand, dass ein Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem als ein anderer Mitgliedstaat gewählt habe, keinen Einfluss auf die Beurteilung der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen haben. Diese seien allein im Hinblick auf die von den nationalen Stellen des betreffenden Staates verfolgten Ziele und das von ihnen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen.

Der EuGH hielt aber auch fest (Rdnr. 31 und 33), dass die in Rdnr. 58 des UrteilsSchindler genannten Gründe in ihrer Gesamtheit zu würdigen seien, die aus diesen Gründen gerechtfertigten Maßnahmen jedoch geeignet sein müssten, die Verwirklichung der mit ihnen angestrebten Ziele zu gewährleisten, und nicht über das zur Erreichung dieser Ziele Erforderliche hinausgehen dürften.

2.2.3. In Rdnr. 31 des Urteils vom 21. Oktober 1999 in der Rechtssache C-67/98, Zenatti, Slg. I-07289, verwies der EuGH neuerlich auf Rdnr. 58 des Urteils Schindler und seine dortigen Ausführungen und fügte dem hinzu, dass die auf gerechtfertigte Gründe gestützten Maßnahmen geeignet sein müssten, die Verwirklichung des mit ihnen angestrebten Zieles zu gewährleisten, und nicht über das hiefür Erforderliche hinausgehen dürften. Er betonte wiederum (Rdnr. 34), dass es für die Beurteilung der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen ohne Belang sei, dass ein Mitgliedstaat andere Schutzregelungen als ein anderer Mitgliedstaat erlassen habe. Diese seien allein im Hinblick auf die von den nationalen Stellen des betroffenen Mitgliedstaats verfolgten Ziele und auf das Schutzniveau zu beurteilen, das sie gewährleisten sollten.

In Rdnr. 35 des erwähnten Urteils Zenatti führte der Gerichtshof weiter unter Hinweis auf Rdnr. 37 in der Rechtssache Läärä aus, dass auch im hier zu beurteilenden Fall die Tatsache, dass die streitigen Wetten nicht vollständig verboten seien, nicht für den Nachweis genüge, dass die nationale Regelung die am Allgemeininteresse ausgerichteten Ziele, die in ihr aufgeführt würden und die in ihrer Gesamtheit zu würdigen seien, nicht wirklich zu erreichen suche. Denn eine begrenzte Erlaubnis von Glücksspielen im Rahmen von - bestimmten Einrichtungen gewährten oder zur Konzession erteilten - besonderen Rechten oder Ausschließlichkeitsrechten, die den Vorteil biete, die Spiellust und den Betrieb der Spieler in kontrollierte Bahnen zu lenken, die Risiken eines solchen Betriebes im Hinblick auf Betrug und andere Straftaten auszuschalten und die sich daraus ergebenden Gewinne gemeinnützigen Zwecken zuzuführen, diene auch der Verwirklichung dieser Ziele. In diesem Zusammenhang führte jedoch der Gerichtshof in Rdnr. 36 weiter aus, dass eine solche Begrenzung nur zulässig sei, wenn sie in erster Linie wirklich dem Ziel diene, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern, und wenn die Finanzierung sozialer Aktivitäten mit Hilfe einer Abgabe auf die Einnahmen aus genehmigten Spielen nur eine "erfreuliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik" sei. "Denn obwohl es, wie der Gerichtshof in Rdnr. 60 des Urteils Schindler festgestellt hat, nicht gleichgültig ist, dass Lotterien und andere Glücksspiele in erheblichem Maße zur Finanzierung gemeinnütziger oder im Allgemeininteresse liegender Tätigkeiten beitragen können, kann dies allein nicht als sachliche Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit angesehen werden".

Schließlich verwies der Gerichtshof in Rdnr. 37 des Urteils Zenatti noch darauf, dass es Sache des nationalen Gerichts sei zu überprüfen, ob die nationalen Rechtsvorschriften angesichts ihrer konkreten Anwendungsmodalitäten wirklich Zielen dienten, mit denen sie gerechtfertigt werden könnten, und ob die in ihnen enthaltenen Beschränkungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stünden.

2.2.4. Der EuGH hat weiters im Urteil vom 11. September 2003 in der Rechtssache C-6/01, Anomar, Slg. I-08621, ausgeführt, dass die Durchführung von Glücksspielen eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Art. 2 EG sei; insbesondere sei die Tätigkeit des Betriebes von Glücksspielautomaten unabhängig davon, ob sie sich von den die Herstellung, die Einfuhr und den Vertrieb derartiger Geräte betreffenden Tätigkeiten trennen lasse, als Dienstleistung im Sinne des Vertrages zu qualifizieren und könne daher nicht unter die Art. 28 EG und 29 EG über den freien Warenverkehr fallen. Außerdem falle ein Monopol für die Veranstaltung derartiger Spiele, da diese eine Dienstleistungstätigkeit seien, nicht in den Anwendungsbereich des Art. 31 EG, der den Handel mit Waren betreffe. Die durch die portugiesische Regelung eintretende Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit könne durch verschiedene Gründe, die zum Erlass einer derartigen Regelung der Glücksspiele geführt hätten, gerechtfertigt werden; diese Gründe seien in ihrer Gesamtheit zu würdigen, wie der Gerichtshof in Rdnr. 58 des Urteils Schindler festgestellt habe. Weiters verwies der Gerichtshof in Rdnr. 74 darauf, dass eine begrenzte Erlaubnis von Glücksspielen im Rahmen von etwa zur Konzession erteilten besonderen oder Ausschließlichkeitsrechten der Verwirklichung von näher genannten im Allgemeininteresse liegenden Zielen dienen könnte, wie dies bereits in Rdnr. 35 des Urteils Zenatti ausgesprochen worden sei. Zusammenfassend erklärte der Gerichtshof in Rdnr. 75, dass die Art. 49ff EG nationalen Rechtsvorschriften in Anbetracht der Erwägungen der Sozialpolitik und der Betrugsvorbeugung, auf die diese gestützt seien, nicht entgegenstünden. Schließlich erklärte der Gerichtshof in Beantwortung der Fragen des vorliegenden Gerichtes in Rdnr. 88 seines Urteils, dass im Rahmen von mit dem EG-Vertrag vereinbaren Rechtsvorschriften die Wahl der Bedingungen für die Organisation und die Kontrolle der Tätigkeiten der Veranstaltung von und der Teilnahme an Glücksspielen, wie z.B. der Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Konzessionsvertrags mit dem Staat oder die Beschränkung der Veranstaltung von und der Teilnahme an bestimmten Spielen auf ordnungsgemäß dafür zugelassene Orte, Sache der nationalen Stellen im Rahmen ihres Ermessens sei.

2.2.5. In seinem Urteil vom 6. November 2003 in der Rechtssache C-243/01, Gambelli, Slg. I-13031, bejahte der Gerichtshof erstmals die Möglichkeit einer Verletzung der Niederlassungsfreiheit:

"48. Soweit nun das Fehlen ausländischer Wirtschaftsteilnehmer unter den Konzessionären auf dem Sektor der Wetten über Sportereignisse in Italien darauf zurückzuführen ist, dass die italienische Regelung für Ausschreibungen die Möglichkeit für Kapitalgesellschaften, die auf den reglementierten Märkten der anderen Mitgliedstaaten notiert sind, Konzessionen zu erhalten, praktisch ausschließt, stellt eine solche Regelung auf den ersten Blick eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, und zwar auch dann, wenn diese Beschränkung unterschiedslos allen Kapitalgesellschaften mit Sitz in Italien oder in einem anderen Mitgliedstaat auferlegt ist, die ein Interesse an diesen Konzessionen haben könnten.

49. Es lässt sich daher nicht ausschließen, dass die durch die italienische Regelung auferlegten Bedingungen für die Beteiligung an Ausschreibungen zur Vergabe dieser Konzessionen gleichfalls ein Hindernis für die Niederlassungsfreiheit darstellen."

Im Hinblick auf eine mögliche Verletzung der Dienstleistungsfreiheit hielt der Gerichtshof (Rdnr. 55) fest, dass der freie Dienstleistungsverkehr nicht nur die Freiheit des Leistungserbringers umfasse, Leistungsempfängern, die in einem anderen Mitgliedstaat als in dem ansässig seien, in dessen Gebiet sich dieser Leistungserbringer befinde, Dienstleistungen anzubieten und zu erbringen, sondern auch die Freiheit, als Leistungsempfänger von einem Leistungserbringer mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat angebotene Dienstleistungen zu empfangen oder in Anspruch zu nehmen, ohne durch Beschränkungen beeinträchtigt zu werden.

In der Folge prüfte der Gerichtshof mögliche Rechtfertigungen für die Einschränkung der Niederlassungsfreiheit bzw. der Dienstleistungsfreiheit. Dazu hielt er in Rdnr. 63 unter Bezugnahme auf seine Urteile Schindler, Läärä und Zenatti fest, die sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten und die sittlichen und finanziellen schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft, die mit Spielen und Wetten einhergingen, könnten es rechtfertigen, dass die staatlichen Stellen über ein ausreichendes Ermessen verfügen, um festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben. Nach der Rechtsprechung des EuGH müssten jedoch die genannten Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt und geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten; sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich sei. Auf jeden Fall müssten sie in nicht diskriminierender Weise angewendet werden (Rdnr. 65).

Ausdrücklich verwies der Gerichtshof in Rdnr. 66 seines Urteils darauf, dass es Sache des vorlegenden Gerichtes sei, darüber zu befinden, ob im Ausgangsverfahren die gesetzlichen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs die genannten Voraussetzungen erfüllten.

Zur Beurteilung dieser Frage erörterte der Gerichtshof jedoch in der Folge einige Gesichtspunkte: So führte er (Rdnr. 69) aus, dass sich die Behörden eines Staates, wenn sie die Verbraucher dazu anreizten und ermunterten, an Lotterien, Glücksspielen oder Wetten teilzunehmen, damit der Staatskasse daraus Einnahmen zuflössen, nicht im Hinblick auf die Notwendigkeit, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern, auf die öffentliche Sozialordnung berufen könnten, um Maßnahmen wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden zu rechtfertigen. Auch müssten (vgl. Rdnr. 70) die durch die italienische Regelung auferlegten Beschränkungen im Bereich der Ausschreibungen in dem Sinne unterschiedslos anwendbar sein, dass sie in gleicher Weise und mit den gleichen Kriterien für in Italien ansässige Wirtschaftsteilnehmer wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten. In diesem Zusammenhang werde das vorlegende Gericht zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen für die Beteiligung an Ausschreibungen für Konzessionen zur Durchführung von Wetten über Sportereignisse so festgelegt seien, dass sie in der Praxis von den italienischen Wirtschaftsteilnehmern leichter erfüllt werden könnten als von denjenigen aus dem Ausland; gegebenenfalls wäre durch diese Voraussetzungen das Kriterium der Nichtdiskriminierung nicht beachtet (vgl. Rdnr. 71).

Was die Verhältnismäßigkeit der italienischen Rechtsvorschriften im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit angehe, so könne sich, auch wenn das von den Behörden eines Mitgliedstaates verfolgte Ziel darin bestehe, das Risiko auszuschalten, dass die Konzessionäre für Spiele in kriminelle oder betrügerische Tätigkeiten verwickelt würden, der Ausschluss der Möglichkeit für Kapitalgesellschaften, die auf den reglementierten Märkten der anderen Mitgliedstaaten notiert seien, Konzessionen für die Verwaltung von Sportwetten zu erhalten, obwohl es vor allem

andere Mittel gebe, die Konten und Tätigkeiten solcher Gesellschaften zu kontrollieren, als eine Maßnahme erweisen, die über das zur Betrugsverhinderung Erforderliche hinausgehe (vgl. Rdnr. 74). Es sei (wiederum) Sache des vorlegenden Gerichtes zu prüfen, ob die nationale Regelung angesichts ihrer konkreten Anwendungsmodalitäten tatsächlich den Zielen Rechnung trage, die sie rechtfertigen könnten, und ob die mit ihr auferlegten Beschränkungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stünden (vgl. Rdnr. 75).

2.2.6. In seinem Urteil vom 13. November 2003 in der Rechtssache C-42/02, Lindman, Slg. I-13519, führte der Gerichtshof in einer Frage der in Finnland vorgesehenen Besteuerung von Gewinnen aus der Teilnahme an Glücksspielen, die außerhalb Finnlands veranstaltet werden, aus:

"19. Wie der Gerichtshof bereits zu der Veranstaltung von Lotterien festgestellt hat, finden die Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr auf eine Tätigkeit Anwendung, die darin besteht, den Nutzern gegen Entgelt die Teilnahme an einem Glücksspiel zu ermöglichen (vgl. Urteil Schindler, Randnummer 19). Daher fällt eine solche Tätigkeit in den Anwendungsbereich des Artikels 49 EG, wenn zumindest einer der Dienstleistenden in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ansässig ist, in dem die Dienstleistung angeboten wird. Der Fall ist daher unter dem Blickwinkel des freien Dienstleistungsverkehrs zu prüfen."

Der Gerichtshof sprach schließlich weiter aus (Rdnr. 22), der Umstand, dass die in Finnland ansässigen Erbringer solcher Spiele als Veranstalter von Glücksspielen steuerpflichtig seien, nehme den finnischen Vorschriften nicht ihren offensichtlich diskriminierenden Charakter, denn diese Steuer entspreche nicht der Einkommensteuer, von der die aus der Teilnahme an den in anderen Mitgliedstaaten veranstalteten Lotterien stammenden Gewinne der Steuerpflichtigen betroffen sein.

In Rdnr. 25 wies der Gerichtshof schließlich darauf hin, dass

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, http://www.vwgh.gv.at

© 2026 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at