

# TE Vfgh Erkenntnis 2012/6/30 G51/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.06.2012

## Index

34 MONOPOLE

34/01 Monopole

## Norm

B-VG Art7 Abs1 / Gesetz

B-VG Art140 Abs1 / Individualantrag

B-VG Art140 Abs1 / Prüfungsumfang

GlücksspielG §1 Abs2, §21, §22, §57, §60 Abs24

BAO §201, §239

## Leitsatz

Unsachlichkeit einer Übergangsbestimmung über die Befristung des Betriebs bestehender Pokersalons bis zur Erteilung einer Spielbankkonzession nach dem Glücksspielgesetz in der Fassung der Novelle 2010; teils Zurückweisung des Individualantrags der Betreiberin eines Pokercasinos als zu eng gefasst bzw wegen Zumutbarkeit des Verwaltungsrechtsweges

## Spruch

I.1. Die Wortfolge "zur Erteilung einer Konzession im Sinne des §22, längstens bis" in §60 Abs24 des Bundesgesetzes zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz - GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, idF BGBl. I Nr. 73/2010, wird als verfassungswidrig aufgehoben.

2. Frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in Kraft.

3. Der Bundeskanzler ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt I verpflichtet.

II. Soweit sich der Antrag darüber hinaus gegen §60 Abs24 Glücksspielgesetz richtet, wird er abgewiesen.

III. Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.

IV. Der Bund (Bundesministerin für Finanzen) ist schuldig, der antragstellenden Gesellschaft zuhanden ihres Rechtsvertreters die mit € 820,- bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Entscheidungsgründe:

I.

Mit auf Art140 B-VG gestütztem Antrag begehrt die antragstellende Gesellschaft, das Wort "Poker," in §1 Abs2

GSpG idF BGBl. I 54/2010, die Wortfolge "Bis zur Erteilung einer Konzession im Sinne des §22, längstens bis 31.12.2012" in §60 Abs24 GSpG und §57 Abs1 GSpG, jeweils idFBGBl. I 73/2010, als verfassungswidrig aufzuheben.

II.

1. §1 des Bundesgesetzes zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz - GSpG), BGBl. 620/1989, idF der Glücksspielgesetz-Novelle 2008 (GSpG-Novelle 2008), BGBl. I 54/2010, lautet (der angefochtene Teil der Bestimmung ist hervorgehoben):

"§1. (1) Ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

(2) Glücksspiele im Sinne dieses Bundesgesetzes sind insbesondere die Spiele Roulette, Beobachtungroulette, Poker, Black Jack, Two Aces, Bingo, Keno, Baccarat und Baccarat chemin de fer und deren Spielvarianten. Der Bundesminister für Finanzen ist ermächtigt, aus Gründen der Rechtssicherheit durch Verordnung weitere Spiele als Glücksspiele im Sinne des Abs1 zu bezeichnen.

(3) In Angelegenheiten des Glücksspiels kann der Bundesminister für Finanzen Amtssachverständige bestellen.

[...]"

2. §57 Abs1 und §60 Abs24 GSpG idF der Glücksspielgesetz-Novelle 2010 (GSpG-Novelle 2010), BGBl. I 73/2010, lauten (die angefochtenen Teile der Bestimmungen sind hervorgehoben):

"Glücksspielabgabe

§57. (1) Ausspielungen, an denen die Teilnahme vom Inland aus erfolgt, unterliegen - vorbehaltlich der folgenden Absätze - einer Glücksspielabgabe von 16 vH vom Einsatz. Bei turnierförmiger Ausspielung treten außerhalb des Anwendungsbereiches von §17 Abs2 an Stelle der Einsätze die in Aussicht gestellten vermögenswerten Leistungen (Gewinne in Geld, Waren oder geldwerten Leistungen) des Turniers.

(2) - (7) [...]

[...]

§60. (1) - (23) [...]

(24) Bis zur Erteilung einer Konzession im Sinne des §22, längstens bis 31.12.2012, steht §2 in der Fassung dieses Bundesgesetzes dem Betrieb eines Pokersalons für Pokerspiele ohne Bankhalter im Lebendspiel dann nicht entgegen, wenn dieser Betrieb bereits auf Grundlage der Rechtslage zum 1. Jänner 2010 zulässig gewesen wäre und bereits vor dem 15. März 2010 auf Basis einer aufrechten gewerberechtlichen Bewilligung erfolgt ist.

(25) - (26) [...]"

3. Im Übrigen lautet das GSpG idFBGBl. I 50/2012, soweit es für die Beurteilung der Zulässigkeit des Antrags maßgeblich ist, auszugsweise wie folgt:

"Glücksspielmonopol

§3. Das Recht zur Durchführung von Glücksspielen ist, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt wird, dem Bund vorbehalten (Glücksspielmonopol).

[...]

Spielbanken

Konzession

§21. (1) Der Bundesminister für Finanzen kann das Recht zum Betrieb einer Spielbank durch Konzession übertragen. Der Konzessionserteilung hat eine öffentliche Interessentensuche voranzugehen, welche den Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung zu entsprechen hat. Die Interessentensuche ist öffentlich bekannt zu machen, wobei die Bekanntmachung nähere Angaben zu der zu übertragenden Konzession sowie zur Interessensbekundung und den dabei verpflichtend vorzulegenden Unterlagen sowie eine angemessene Frist für die Interessensbekundung zu enthalten hat. Der Bundesminister für Finanzen kann für die Begutachtung der Interessensbekundungen einen beratenden Beirat einrichten.

## Pokersalon

§22. Der Bundesminister für Finanzen kann das Recht zum Betrieb einer weiteren Spielbank durch Erteilung einer Konzession gemäß §21 übertragen, wenn er diese zum ausschließlichen Betrieb eines Pokersalons für Pokerspiele ohne Bankhalter im Lebendspiel beschränkt. Dabei reduziert sich das erforderliche eingezahlte Grundkapital auf mindestens 5 Millionen Euro."

### III.

1. Die antragstellende Gesellschaft bringt zu ihrer Antragslegitimation vor, sie betreibe "unter Berücksichtigung der Tätigkeit ihrer Rechtsvorgängerin Y GmbH & Co KG" seit etwa zehn Jahren ein Pokercasino. Die antragstellende Gesellschaft sei zunächst zu 99 vH an ihrer Rechtsvorgängerin beteiligt gewesen, am 25. Februar 2011 sei der verbleibende Anteil gemäß §146 UGB (richtig: §142 UGB) auf die antragstellende Gesellschaft übertragen worden; die entsprechende Firmenbucheintragung sei am 30. März 2011 erfolgt. Die - ursprünglich auf die Rechtsvorgängerin der antragstellenden Gesellschaft ausgestellte, mit Eintragung vom 15. April 2011 auf die antragstellende Gesellschaft übertragene - Gewerbeberechtigung laute auf das Gewerbe "Veranstaltung und Organisation des Kartenspiels 'Poker' und anderer erlaubter Kartenspiele, bei denen der Spielerfolg nicht ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängig ist, ohne Bankhalter" und liege seit 19. Februar 2001 vor.

1.1. Auf Grund der aufrechten und gültigen Gewerbeberechtigung habe die antragstellende Gesellschaft erhebliche Investitionen (Gebäudeanmietung, Ausstattung des Pokersalons, Anschaffung von entsprechendem Betriebsinventar) getätigt. Sie erachte sich nun durch die angefochtenen Gesetzesbestimmungen unmittelbar in ihrer Rechtssphäre beeinträchtigt, da ihr unmittelbar nach Erteilung einer Konzession iSd §22 GSpG idF der GSpG-Novelle 2010 - "theoretisch von heute auf morgen" - die gesamte Existenzgrundlage entzogen werde. Es sei insbesondere nicht zumutbar, einen Wirtschaftsbetrieb mit ca. 120 Mitarbeitern und mit einem erheblichen Gesamtjahresumsatz von ca. € 3.360.000,- "gewissermaßen auf Abruf" aufrecht zu erhalten, um diesen dann (mangels Vorliegens einer angemessenen Übergangsfrist) ohne jeglichen Zeitrahmen und ohne Möglichkeit, dann noch die Verletzung von Rechten geltend zu machen, schließen zu müssen.

1.2. Durch die mit der GSpG-Novelle 2010 in Kraft getretene Besteuerungsbestimmung für Pokersalons sei die wirtschaftliche Führung eines derartigen Betriebes - zumindest für die Dauer der Übergangsphase bis zur Erteilung einer Konzession - nicht mehr möglich. Ausgehend von den der antragstellenden Gesellschaft monatlich zufließenden Bruttoumsätzen iHv ca. € 280.000,- und den - nicht der antragstellenden Gesellschaft zufließenden - monatlichen Bruttoumsätzen iHv ca. € 1.680.000,- bis € 2.800.000,- komme die im GSpG verankerte Steuerpflicht von 16 vH des Einsatzes einem Berufsverbot gleich. Die antragstellende Gesellschaft weist in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hin, dass sie - wie branchenüblich - nicht an der jeweiligen Höhe der Einsätze linear mitpartizipiere, sondern bloß eine nach oben hin mit € 5,- gedeckelte Tischmiete pro Spiel einheben könne.

2. Ihre - auf den Gleichheitsgrundsatz und die Freiheit der Erwerbsbetätigung gestützten - Bedenken gegen die angefochtenen Bestimmungen begründet die antragstellende Gesellschaft wie folgt:

2.1. Die Erwähnung des Pokerspiels in der Aufzählung des §1 Abs2 GSpG idF der GSpG-Novelle 2010 stelle einen unsachlichen Eingriff in die Rechtssphäre aller Pokersalon-Betreiber dar, da der Gesetzgeber sich "inhaltlich nicht im Geringsten mit dem Wesen des Pokerspiels auseinander gesetzt" habe. Poker sei kein Glücksspiel, sondern vielmehr ein Geschicklichkeitsspiel, da die Entscheidung über das Spielergebnis nicht ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängige. Mit der Aufnahme des Pokerspiels in die Aufzählung des §1 Abs2 GSpG habe der Gesetzgeber im Nachhinein in massiver Weise in die bereits bestehenden Rechte (Gewerberecht) aller Pokercasino-Betreiber eingegriffen.

2.2. Die in §60 Abs24 GSpG idF der GSpG-Novelle 2010 enthaltene Übergangsbestimmung sei verfassungswidrig, da der Gesetzgeber dem Umstand, dass einzelne Pokersalons - wie auch jener der antragstellenden Gesellschaft - über eine gültige gewerberechtliche Bewilligung verfügen, nur am Rande Rechnung getragen habe, indem er eine Übergangsfrist von unbestimmter Dauer (bis zur Erteilung einer Konzession nach §22 GSpG, längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2012) eingeräumt habe. Die antragstellende Gesellschaft könne durch diese Regelung,

mit der bestehende Poker-Gewerbeberechtigungen indirekt für unzulässig erklärt würden, ihren Geschäftsbetrieb nur in völliger Ungewissheit aufrecht erhalten. Allein die "offensichtliche Motivation des Gesetzgebers, das Glücksspiel generell besser kontrollieren zu müssen", könne einen derartig schwerwiegenden Eingriff nicht rechtfertigen.

2.3. Die Verfassungswidrigkeit der Besteuerungsbestimmung des § 57 Abs 1 GSpG idF der GSpG-Novelle 2010 erblickt die antragstellende Gesellschaft darin, dass die Besteuerung nicht vom tatsächlichen Betriebsumsatz des Unternehmens, sondern von der Höhe der Einsätze der Pokerspieler erhoben werde. Es sei "weder branchenüblich noch faktisch möglich", eigenes Personal für die Erfassung der Einsatzhöhen an den jeweiligen Pokertischen einzusetzen. Abgesehen von dem nicht zu bewältigenden administrativen Aufwand sei es auch auf Grund der Eigenart des Pokerspiels und seiner Gewinnmöglichkeiten nicht möglich, den Spieler zur Abgabe von 16 vH des Einsatzes zu verhalten, da die Gewinnmöglichkeiten beim Pokerspiel eine derartig hohe Abschöpfung nicht zulassen würden und diese Besteuerungsform daher faktisch einer Unterbindung des Pokerspiels gleichkommen würde. Die antragstellende Gesellschaft führt dazu wörtlich aus:

"Die Klasse bzw. Qualität eines 'guten' Pokerspielers zeigt sich nicht im einzelnen Spiel, sondern vielmehr über einen längeren Zeitraum (das sind naturgemäß mehrere Spiele hintereinander), wo die regelmäßige Abschöpfung von 16% des Einsatzes zu einer solchen Reduktion des Einsatzes führt, dass sich die Vorteile eines 'guten' Spielers, der seine Geschicklichkeit nützt nicht mehr in einen Gewinnvorteil für diesen umsetzen lässt."

Die gleiche Problematik gelte auch für Pokerturniere.

§ 57 Abs 1 GSpG schränke die antragstellende Gesellschaft daher unangemessen in ihrem Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung ein und stelle ein indirektes Berufsverbot dar. Im Hinblick auf die Abgabefreiheit für konzessionierte Spielbanken verstoße diese Bestimmung auch gegen den Gleichheitssatz, da es keine sachliche Rechtfertigung für die Bevorzugung der konzessionierten Spielbanken gebe.

3. Die Bundesregierung erstattete eine Äußerung, in der sie die Zurückweisung, in eventu Abweisung des Antrags, soweit dieser auf Aufhebung der Wortfolge "Bis zur Erteilung einer Konzession im Sinne des § 22, längstens bis 31.12.2012" in § 60 Abs 24 GSpG und auf Aufhebung des § 57 Abs 1 GSpG gerichtet ist, sowie die Abweisung des Antrags, soweit dieser auf Aufhebung des Wortes "Poker" in § 1 Abs 2 GSpG gerichtet ist, beantragt. Für den Fall der Aufhebung der angefochtenen Bestimmungen stellt die Bundesregierung den Antrag, der Verfassungsgerichtshof möge gemäß Art 140 Abs 5 B-VG eine Frist für das Außerkrafttreten von einem Jahr bestimmen.

3.1. Zur Zulässigkeit des Antrags brachte sie

Folgendes vor:

Auch die von der antragstellenden Gesellschaft angefochtene Wortfolge in § 60 Abs 24 GSpG greife nicht unmittelbar in die Rechtssphäre der antragstellenden Gesellschaft ein, da es nach Ansicht der Bundesregierung "höchst zweifelhaft" sei, ob das von der antragstellenden Gesellschaft betriebene Pokercasino bereits auf Grundlage der Rechtslage zum 1. Jänner 2010 (§ 60 Abs 24 GSpG) zulässig gewesen sei und sich die angefochtene Bestimmung - für den Fall der Unzulässigkeit des Betriebes des Pokersalons - daher an die antragstellende Gesellschaft wende. Darüber hinaus sei die rechtliche Betroffenheit der antragstellenden Gesellschaft insoweit in Zweifel zu ziehen, als sie - nach Auffassung der Bundesregierung - über keine für die Anwendbarkeit von § 60 Abs 24 GSpG erforderliche aufrechte Gewerbeberechtigung vor dem 15. März 2010 verfügt habe, da die Ummeldung des Gewerbes von der Rechtsvorgängerin der antragstellenden Gesellschaft auf diese nach eigenen Ausführungen erst am 15. April 2011 erfolgt sei. Ferner stehe der antragstellenden Gesellschaft ein zumutbarer anderer Weg offen, ihre Bedenken an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen: Sie habe im Hinblick auf die in § 22 GSpG neu vorgesehene Pokerkonzession die Möglichkeit, einen Antrag auf Erteilung einer Pokerkonzession zu stellen und somit einen Bescheid zu erwirken. Schließlich würde die Aufhebung der von der antragstellenden Gesellschaft angefochtenen Wortfolge dazu führen, dass ein sprachlich unvollständiges bzw. unverständliches Satzgefüge verbleibe.

Der Antrag der antragstellenden Gesellschaft sei auch hinsichtlich der Anfechtung des § 57 Abs 1 GSpG im Hinblick auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu Selbstbemessungsabgaben (die Bundesregierung verweist in diesem Zusammenhang auf VfSlg. 13.105/1992) unzulässig, da der antragstellenden Gesellschaft ein anderer zumutbarer Weg offenstehe, ihre Bedenken an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen. Im Übrigen

enthalte der Antrag keinerlei Angaben dahingehend, ob die antragstellende Gesellschaft durch §57 Abs1 zweiter Satz GSpG unmittelbar und aktuell betroffen sei, insbesondere habe die antragstellende Gesellschaft nicht vorgebracht, dass sie Turniere veranstalte.

Insgesamt gesehen sei der Antrag daher, soweit damit die Wortfolge "Bis zur Erteilung einer Konzession im Sinne des §22, längstens bis 31.12.2012" in §60 Abs24 GSpG und §57 Abs1 GSpG, jeweils idFBGBl. I 73/2010, angefochten würden, als unzulässig zurückzuweisen.

3.2. In der Sache tritt die Bundesregierung den im Antrag geäußerten Bedenken entgegen wie folgt:

Dem Vorbringen der antragstellenden Gesellschaft,

dass die Erwähnung des Pokerspiels im Glücksspielkatalog des §1 Abs2 GSpG einen unsachlichen Eingriff in die Rechtssphäre aller Pokersalon-Betreiber darstelle, da der Gesetzgeber damit im Nachhinein in massiver Weise in bereits bestehende Rechte aller Pokercasino-Betreiber eingreife, sei unter Hinweis auf die Erläuterungen zur GSpG-Novelle 2008 entgegenzusetzen, dass die Aufnahme des Pokerspiels in den Katalog des §1 Abs2 GSpG lediglich klarstellenden Charakter habe. Im Hinblick darauf, dass bereits vor der Änderung des §1 Abs2 GSpG durch die GSpG-Novelle 2008 die Glücksspieleigenschaft des Pokerspiels bestanden habe und auch höchstgerichtlich (vom Verwaltungsgerichtshof) festgestellt worden sei, könne man nicht von einem im Nachhinein erfolgten Eingriff des Gesetzgebers in die Freiheit der Erwerbsbetätigung ausgehen. Da das Pokerspiel ein mindestens ebenso großes Suchtpotential aufweise wie andere Glücksspiele, wäre es vor dem Hintergrund der Sicherstellung eines möglichst hohen Spielerschutzstandards nicht vertretbar, das Pokerspiel nicht den Regelungen des GSpG zu unterwerfen. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber das Angebot von Poker in differenzierter Art zugelassen habe, indem er das Spiel um hohe Einsätze konzessionierten Spielbanken vorbehalte und demgegenüber Poker-Spielformen mit geringen Einsätzen in gewissem Umfang vom Glücksspielmonopol ausnehme. Dadurch sei gewährleistet, dass der Einsatz und die Gefahr des Verlustes hoher Summen auf wenige, streng beaufsichtigte Spielbanken beschränkt blieben.

Den von der antragstellenden Gesellschaft geäußerten Bedenken gegen die Übergangsbestimmung des §60 Abs24 GSpG hält die Bundesregierung entgegen, dass im Hinblick auf die Pokerkonzessionsvergabe, die in Anlehnung an §21 Abs1 GSpG (öffentliche Interessentensuche, angemessene Frist für die Interessensbekundung etc.) zu erfolgen habe, davon auszugehen sei, dass es keinesfalls zu einem plötzlichen Eingriff in die Rechtsposition der antragstellenden Gesellschaft kommen werde. Selbst wenn man jedoch davon ausginge, dass der Betrieb eines Pokersalons bis 15. März 2010 zulässig gewesen und die Schaffung einer eigenen Pokerkonzession kurzfristig erfolgt sei, ließe sich die Länge der vorgesehenen Übergangsbestimmung dadurch rechtfertigen, dass damit einem dringenden öffentlichen Interesse, nämlich der Bekämpfung der immanenten Gefahr eines Abwanderns von Pokerveranstaltungen in kriminelle Kreise, der Gefahr der Geldwäsche und der Wahrung des immer wichtiger werdenden Spielerschutzes, Rechnung getragen werde.

Auch die von der antragstellenden Gesellschaft geäußerten Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit des §57 Abs1 GSpG seien nicht berechtigt: Die Bestimmung liege im Hinblick auf das Ziel, ein möglichst hohes Spielerschutzniveau zu erreichen, jedenfalls im öffentlichen Interesse. Im Gegensatz zu einem generellen Pokerverbot handle es sich dabei um ein gelinderes Mittel, das einen möglichst umfassenden Spielerschutz gewährleiste. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes sei der Steuergesetzgeber, solange er nicht eine Erwerbstätigkeit vollkommen unterbinde, nicht verpflichtet, die Rentabilität der belasteten Tätigkeit zu garantieren. Durch die angefochtene Bestimmung werde somit - auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass dadurch die Rentabilität des Pokerspiels herabgesetzt werde und Unternehmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten gebracht werden könnten - nicht die Ausübung eines ganzen Erwerbszweiges unmöglich gemacht.

3.3. Die antragstellende Gesellschaft erstattete eine Replik zur Äußerung der Bundesregierung.

IV.

Der Verfassungsgerichtshof hat über die Zulässigkeit erwogen:

1. Gemäß Art140 B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auch auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Verfassungswidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, sofern das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für

diese Person wirksam geworden ist.

2. Die Grenzen der Aufhebung einer angefochtenen Gesetzesbestimmung müssen so gezogen werden, dass einerseits der verbleibende Teil nicht einen völlig veränderten Inhalt annimmt und andererseits die mit der aufzuhebenden Stelle in untrennbarem Zusammenhang stehenden Bestimmungen auch erfasst werden (zB VfSlg. 8155/1977, 8461/1978 mwN).

2.1. Dieser Grundposition folgend geht der Verfassungsgerichtshof davon aus, dass im Gesetzesprüfungsverfahren der Anfechtungsumfang der in Prüfung gezogenen Norm bei sonstiger Unzulässigkeit des Prüfungsantrages nicht zu eng gewählt werden darf. Unter dem Aspekt einer nicht trennbaren Einheit in Prüfung zu ziehender Vorschriften ergibt sich ferner, dass ein Prozesshindernis auch dann vorliegt, wenn es auf Grund der Bindung an den gestellten Antrag zu einer in der Weise isolierten Aufhebung einer Bestimmung käme, dass Schwierigkeiten bezüglich der Anwendung der im Rechtsbestand verbleibenden Vorschriften entstünden, und zwar in der Weise, dass der Wegfall der angefochtenen (Teile einer) Gesetzesbestimmung den verbleibenden Rest unverständlich oder auch unanwendbar werden ließe. Letzteres liegt dann vor, wenn nicht mehr mit Bestimmtheit beurteilt werden könnte, ob ein der verbliebenen Vorschrift zu unterstellender Fall vorliegt (vgl. VfSlg. 16.869/2003 mwN).

2.2. Im vorliegenden Fall ist offensichtlich, dass das angefochtene Wort "Poker" in der Legaldefinition des §1 Abs2 GSpG, die Poker nunmehr in den Anwendungsbereich des Glücksspielgesetzes (insbesondere des §3 leg.cit.) aufnimmt, jedenfalls mit §3 GSpG, aber auch mit der Bestimmung des §22 GSpG, die vorsieht, dass der Bundesminister für Finanzen das Recht zum Betrieb einer weiteren Spielbank durch Erteilung einer Konzession gemäß §21 übertragen kann, wenn er diese zum ausschließlichen Betrieb eines Pokersalons für Pokerspiele ohne Bankhalter im Lebendspiel beschränkt, in einem untrennbaren Zusammenhang steht. Dies ergibt sich insbesondere auch aus den geäußerten Bedenken der antragstellenden Gesellschaft, die sich mit dem Vorbringen, der Gesetzgeber habe durch die Aufnahme des Pokerspiels in den Katalog des §1 Abs2 GSpG in bestehende Rechtspositionen von Pokersalonbetreibern in einer nicht mit dem Gleichheitssatz und der Freiheit der Erwerbsbetätigung zu vereinbarenden Weise eingegriffen, insgesamt gegen die Einbeziehung von Poker in das durch das GSpG geregelte Glücksspielmonopol des Bundes bzw. das darin vorgesehene Konzessionssystem richten.

2.3. Vor diesem Hintergrund erweist sich der Antrag als zu eng gefasst, weil eine antragsgemäße Aufhebung des Wortes "Poker" nicht zum Ergebnis führen würde, dass Poker künftig nicht mehr unter das Glücksspielgesetz fiele. Bedenkt man, dass die Aufzählung in §1 GSpG bloß eine demonstrative ist (arg. "insbesondere"), und berücksichtigt man des Weiteren, dass §22 leg.cit. eine Regelung über eine Spielbankkonzession für Poker enthält, so müsste man bei systematischer Interpretation der insoweit "bereinigten" Rechtslage zum zwingenden Schluss gelangen, dass Poker auch nach entsprechender Aufhebung des Wortes "Poker" in §1 dem Glücksspielgesetz unterläge, weshalb keine Änderung der Rechtslage herbeigeführt würde. Der Antrag ist daher insoweit zurückzuweisen.

3. Soweit die antragstellende Gesellschaft die Aufhebung des §57 Abs1 GSpG beantragt, steht ihr - worauf die Bundesregierung in ihrer Äußerung zutreffend hinweist - ein anderer, zumutbarer Weg offen, ihre Bedenken gegen die angefochtene Bestimmung an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen:

3.1. Der Verfassungsgerichtshof geht seit dem Beschluss VfSlg. 8009/1977 in ständiger Rechtsprechung davon aus, die Antragslegitimation nach Art140 Abs1 letzter Satz B-VG setze voraus, dass durch die bekämpfte Bestimmung die (rechtlich geschützten) Interessen des Antragstellers nicht bloß potentiell, sondern aktuell beeinträchtigt werden müssen und dass der durch Art140 Abs1 B-VG dem Einzelnen eingeräumte Rechtsbehelf dazu bestimmt ist, Rechtsschutz gegen verfassungswidrige Gesetze nur insoweit zu gewähren, als ein anderer zumutbarer Weg hiefür nicht zur Verfügung steht (zB VfSlg. 11.803/1988, 13.871/1994, 15.343/1998, 16.722/2002, 16.867/2003).

3.2. Wie der Verfassungsgerichtshof bereits in seinem Beschluss vom 30. November 2011, G12-14/11, ausgesprochen hat, unterliegen Glücksspielabgaben dem Regime des §201 BAO, der für den Fall, dass die Abgabenvorschriften die Selbstberechnung einer Abgabe durch den Abgabepflichtigen anordnen oder gestatten, bestimmt, dass eine erstmalige Festsetzung der Abgabe u.a. dann zu erfolgen hat, "wenn der Abgabepflichtige, obwohl er dazu verpflichtet ist, keinen selbst berechneten Betrag der Abgabenbehörde bekannt gibt oder wenn sich die bekannt gegebene Selbstberechnung als nicht richtig erweist".

3.3. Der antragstellenden Gesellschaft steht

angesichts dessen die Möglichkeit offen, durch Unterlassung der Steuerabfuhr bei gleichzeitiger Offenlegung gegenüber der Abgabenbehörde die Erlassung eines Bescheides zu erwirken (vgl. VfGH 30.11.2011, G12-14/11; VfSlg. 16.193/2001 mwN). Auch könnte sie der Behörde die unrichtige Selbstbemessung mitteilen oder einen Antrag auf Rückerstattung nach §239 BAO der von ihr im Wege der Selbstbemessung gemäß §201 BAO in Entsprechung der hier bekämpften Vorschrift entrichteten Abgaben mit der Begründung stellen, diese hätten sich als unrichtig erwiesen. Bei Beschreitung dieses Weges befände sich die antragstellende Gesellschaft, was ihre Verpflichtung zur Entrichtung inzwischen fällig gewordener Abgaben nach der hier bekämpften Vorschrift betrifft, in keiner anderen Situation als jene Abgabepflichtigen, welche im Bereich der Vollziehung liegende Rechtswidrigkeiten von Steuerbescheiden rügen wollen.

Dieser Weg ist zumutbar. Die antragstellende Gesellschaft würde sich bei einer solchen Vorgehensweise auch nicht der Gefahr einer finanzstrafrechtlichen Verfolgung aussetzen (vgl. §49 Abs1 lita FinStrG).

3.4. Im Hinblick darauf, dass der antragstellenden Gesellschaft die Möglichkeit eröffnet ist, einen letztinstanzlichen Bescheid zu erwirken, in dem über die Abfuhrpflicht dem Grunde nach abgesprochen wird und gegen den sie in der Folge eine auf Art144 B-VG gestützte Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof erheben und auf diesem Weg ihre Bedenken gegen die Bestimmung des §57 Abs1 GSpG anders als im Wege des - bloß als subsidiärer Rechtsbehelf ausgestalteten - Individualantrages an den Verfassungsgerichtshof herantragen kann, ist der Antrag insoweit als unzulässig zurückzuweisen.

4. Demgegenüber erweist sich der Antrag, soweit er sich auf die Aufhebung der Wortfolge "Bis zur Erteilung einer Konzession im Sinne des §22, längstens aber bis 31.12.2012" in §60 Abs24 GSpG bezieht, als zulässig; er ist als selbständiger Antrag zu werten, mit dem eigenständige Bedenken gegen die normativ von den Bestimmungen der §§1 ff. GSpG abgrenzbare Übergangsvorschrift geltend gemacht werden.

4.1. Die antragstellende Gesellschaft ist Betreiberin eines Pokercasinos und als solche von der angefochtenen Bestimmung unmittelbar in ihrer Rechtssphäre betroffen. Die antragstellende Gesellschaft hat in ihrem Antrag glaubhaft dargelegt, dass der Betrieb des Pokercasinos bereits auf der Grundlage der Rechtslage zum 1. Jänner 2010 zulässig war, bereits vor dem 15. März 2010 auf Basis einer aufrechten gewerberechtlichen Bewilligung erfolgt und die antragstellende Gesellschaft daher (auch) von der Übergangsbestimmung des §60 Abs24 GSpG betroffen ist; daran vermag auch die Tatsache, dass die entsprechende Bewilligung zunächst auf die Rechtsvorgängerin der antragstellenden Gesellschaft ausgestellt wurde, an der die antragstellende Gesellschaft zu 99 vH beteiligt war, und dass der Firmenbucheintrag über die am 25. Februar 2011 erfolgte Übertragung des verbleibenden Anteils laut Firmenbuchauszug gemäß §142 UGB auf die antragstellende Gesellschaft (erst) am 30. März 2011 durchgeführt wurde, nichts zu ändern.

Den Ausführungen der Bundesregierung dahingehend,

dass der Antrag im Hinblick auf die in §22 GSpG neu vorgesehene Pokerkonzession und die damit verbundene Möglichkeit, einen Bescheid zu erwirken, unzulässig sei, ist nicht zu folgen. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit sich ein allenfalls negativer Bescheid über einen Antrag auf Erteilung einer Pokerkonzession nach §22 GSpG auf die Übergangsbestimmung des §60 Abs24 GSpG stützen und damit der antragstellenden Gesellschaft im Zuge der Anfechtung dieses Bescheides die Möglichkeit eröffnen könnte, ihre Bedenken gegen diese Bestimmung an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen. Entgegen der Ansicht der Bundesregierung führt die Aufhebung der von der antragstellenden Gesellschaft angefochtenen Wortfolge in §60 Abs24 GSpG auch nicht dazu, dass ein sprachlich unvollständiges bzw. unverständliches Satzgefüge verbleibt (siehe dazu im Folgenden unter Pkt. V.4.).

V.

Der Verfassungsgerichtshof hat in der Sache erwogen:

1. Der Verfassungsgerichtshof hat sich in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gemäß Art140 B-VG auf die Erörterung der aufgeworfenen Fragen zu beschränken (vgl. VfSlg. 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003). Er hat sohin ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen verfassungswidrig ist (VfSlg. 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003).

Es ist daher zu prüfen, ob die im Antrag dargelegten Bedenken gegen die Bestimmung einer Übergangsfrist in

§60 Abs24 GSpG idF der GSpG-Novelle 2010 mit der Wortfolge "Bis zur Erteilung einer Konzession im Sinne des §22, längstens bis 31.12.2012" im Hinblick auf eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes bzw. des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf Freiheit der Erwerbsbetätigung zutreffen.

2. Die antragstellende Gesellschaft vermeint, die angefochtene Wortfolge des §60 Abs24 GSpG idF der GSpG-Novelle 2010 verstoße gegen den Gleichheitsgrundsatz, da es sich zum einen um eine Übergangsbestimmung mit unbestimmter Dauer handle, da nicht absehbar sei, wann eine Konzession erteilt werden würde, und die antragstellende Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb somit nur in völliger Ungewissheit aufrecht erhalten könne. Zum anderen wäre die Frist auch für den Fall, dass bis zum 31. Dezember 2012 keine Konzession erteilt würde, im Hinblick auf bereits getätigte Investitionen jedenfalls zu kurz bemessen.

3. Der Gleichheitsgrundsatz bindet auch den Gesetzgeber (s. etwa VfSlg. 13.327/1993, 16.407/2001). Er setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen (vgl. zB VfSlg. 14.039/1995, 16.407/2001). Innerhalb dieser Schranken ist es dem Gesetzgeber jedoch von Verfassung wegen durch den Gleichheitsgrundsatz nicht verwehrt, seine politischen Zielvorstellungen auf die ihm geeignet erscheinende Art zu verfolgen (s. etwa VfSlg. 16.176/2001, 16.504/2002).

Diese Schranken wurden im vorliegenden Fall überschritten.

3.1. Zwar ist die Anordnung einer Befristung mit 31. Dezember 2012 für sich genommen nicht verfassungswidrig:

Wenn der Gesetzgeber - wie die antragstellende Gesellschaft behauptet - eine bisher erlaubte Tätigkeit in Zukunft in erheblichem Umfang einschränkt, so darf er - die hier nicht zu prüfende Frage der Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung vorausgesetzt - dies auch mit einem bestimmten Stichtag tun. Ob derartige Übergangsvorschriften zulässig sind, bemisst sich nach verschiedenen Gesichtspunkten, die insbesondere im Hinblick auf faktisch getroffene Dispositionen maßgeblich vom verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes bestimmt sind (vgl. VfSlg. 12.944/1991, 13.177/1992, 15.373/1998).

Der verfassungsrechtlich verbürgte Vertrauensschutz kann es unter Umständen erfordern, dass der Gesetzgeber eine Übergangsfrist setzt, in der die alte Rechtslage unverändert oder in modifizierter Form weitergilt (vgl. VfSlg. 13.177/1992, 15.739/2000). Damit wird betroffenen Normunterworfenen die Möglichkeit eingeräumt, sich auf die neue Rechtslage einzustellen. Wie lange eine solche Frist zu sein hat, hängt maßgeblich von den übrigen Übergangsregelungen und insbesondere von der Gravität der neuen Beschränkungen ab (zum Verbot überfallsartiger Rechtsänderungen VfSlg. 16.989/2003). Wenn der Gesetzgeber bestimmte Formen des Spiels als Glücksspiel qualifiziert (ob aus verfassungsrechtlicher Sicht zu Recht, hat der Verfassungsgerichtshof aus Anlass dieses Antrags nicht zu prüfen) und einen bestimmten Betrieb von Einrichtungen für dieses Spiel nach einer Übergangsfrist von über zwei Jahren vorsieht, nach deren Ablauf der Betrieb bestehender Pokersalons unzulässig wird, handelt er nicht unsachlich.

Soweit sich die antragstellende Gesellschaft gegen die Befristung des Betriebs eines "Pokersalons für Pokerspiele ohne Bankhalter im Lebendspiel" mit 31. Dezember 2012 wendet, ist sie daher nicht im Recht. Die Regelung des §60 Abs24 GSpG begegnet insoweit im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz keinen Bedenken.

3.2. Die antragstellende Gesellschaft ist jedoch im Recht, soweit sie sich gegen die der Befristung vorangestellte auflösende Bedingung der Erteilung einer (einzigen) Konzession nach §22 GSpG richtet. Nach §22 GSpG kann die Konzession einer (einzigen) weiteren Spielbank beschränkt auf den Betrieb eines Pokersalons für Pokerspiele ohne Bankhalter im Lebendspiel erteilt werden. Diese Konzession kann auch an einen von der hier antragstellenden Gesellschaft verschiedenen Spielbankbetreiber erteilt werden. Mit der Zustellung des Konzessionsbescheides ist die auflösende Bedingung erfüllt; der Betrieb der bisher zugelassenen Pokersalons ist von einem Tag auf den anderen einzustellen.

Eine solche abrupte, wenngleich gesetzlich vorgezeichnete Änderung der Rechtslage ist jedenfalls dann unsachlich, wenn aus der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut der Übergangsbestimmung in vertretbarer Weise abgeleitet werden kann, dass der Betrieb von Pokersalons nach bisheriger Rechtslage, wenn schon nicht ausdrücklich für zulässig erklärt, so doch wenigstens hingenommen wurde (arg. "auf Basis einer aufrechten gewerberechtlichen Bewilligung"; siehe oben IV.4.1.; näher Winkler, Poker und Pokerspielsalons in der Glücksspielgesetzgebung, 2011, S 147 ff.; vgl. auch 657 BlgNR 24. GP, 7 f.). Zwar muss ein Pokerspielbankbetreiber nach Inkrafttreten der



Übergangsbestimmung mit der Änderung der Rechtslage bis zum 31. Dezember 2012 rechnen. Er kennt jedoch nicht den Tag der Änderung, der unmittelbar bevorstehen oder aber einen (zunächst) über zwei Jahre dauernden Zeitraum in der Zukunft liegen kann. Die angefochtene Wortfolge ist daher verfassungswidrig, soweit sie sich auf die auflösende Bedingung der Konzessionserteilung bezieht.

4. Angesichts der Feststellungen unter 3.1. reicht es zur Beseitigung der Verfassungswidrigkeit aus, jenen Teil der angefochtenen Wortfolge aufzuheben, der sich auf die Erteilung einer Konzession nach §22 GSpG bezieht, nämlich die Wortfolge "zur Erteilung einer Konzession im Sinne des §22, längstens bis". Dass der aus sprachlichen Gründen nunmehr überflüssige Beistrich nach der Datumsangabe "31.12.2012" mangels eines entsprechenden Antrags nicht aufgehoben wird, schadet nicht, wird doch dadurch der Sinn der Vorschrift nicht beeinflusst.

VI.

1. Die Wortfolge "zur Erteilung einer Konzession im Sinne des §22, längstens bis" in §60 Abs24 des Bundesgesetzes zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz - GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, idFBGBl. I Nr. 73/2010, ist als verfassungswidrig aufzuheben.

Von der Bestimmung einer Frist gemäß Art140 Abs5

dritter und vierter Satz B-VG wird im Hinblick auf den Aufhebungsumfang abgesehen.

Der Ausspruch, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht wieder in Kraft treten, beruht auf Art140 Abs6 erster Satz B-VG.

Die Verpflichtung des Bundeskanzlers zur

unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung und der damit im Zusammenhang stehenden sonstigen Aussprüche erfließt aus Art140 Abs5 erster Satz B-VG und §64 Abs2 VfGG iVm §3 Z3 BGGIG.

2. Soweit sich der Antrag darüber hinaus gegen §60 Abs24 Glücksspielgesetz richtet, ist er abzuweisen.

3. Im Übrigen ist der Antrag als unzulässig zurückzuweisen.

4. Die Kostenentscheidung stützt sich auf §65 VfGG, wobei zu berücksichtigen ist, dass die antragstellende Gesellschaft mit ihrem Antrag nur zu einem geringen Teil erfolgreich war. In den zugesprochenen Kosten sind Umsatzsteuer in Höhe von € 100,-- sowie eine Eingabengebühr gemäß §17a VfGG in der Höhe von € 220,-- enthalten.

5. Diese Entscheidungen konnten gemäß §19 Abs4 erster Satz VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

### **Schlagworte**

Glücksspiel, Glücksspielmonopol, Übergangsbestimmung, Vertrauensschutz, Abgaben, Finanzverfahren, Selbstbemessung, VfGH / Individualantrag, VfGH / Prüfungsumfang

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VFGH:2012:G51.2011

### **Zuletzt aktualisiert am**

11.03.2013

**Quelle:** Verfassungsgerichtshof VfGH, <http://www.vfgh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)