jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Vfgh Erkenntnis 2013/3/16 G82/12 ua

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 16.03.2013

Index

L7071 Spielapparate

Norm

GlücksspielG §5 Abs1
Oö GlücksspielautomatenG §3 Abs1
B-VG Art18 Abs1
B-VG Art140 Abs1 / Präjudizialität
StGG Art6 Abs1 / Erwerbsausübung
AEUV Art49, Art56
EU-Grundrechte-Charta Art15, Art16

Leitsatz

Kein Verstoß der im Oberösterreichischen Glücksspielautomatengesetz normierten Beschränkung der Bewilligungen für das Aufstellen und den Betrieb von Glücksspielautomaten gegen das Bestimmtheitsgebot und die Erwerbsausübungsfreiheit; Zurückweisung der Gesetzesprüfungsanträge des UVS Oberösterreich hinsichtlich der bundesgesetzlichen Regelung im Glücksspielgesetz mangels Präjudizialität

Spruch

I. Die Anträge auf Aufhebung des §3 Abs1 zweiter und dritter Satz des Oö. Glücksspielautomatengesetzes, LGBl Nr 35/2011, werden abgewiesen.

II. Im Übrigen werden die Anträge zurückgewiesen.

Begründung

Entscheidungsgründe

I. Anlassverfahren, Antragsvorbringen und Vorverfahren

1. Beim Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (im Folgenden: UVS) ist ein Berufungsverfahren gegen einen Bescheid der Oberösterreichischen Landesregierung anhängig, mit dem einer näher bezeichneten Aktiengesellschaft die Bewilligung zur Durchführung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten in Einzelaufstellung unter Vorschreibung von insgesamt 20 Auflagen erteilt wurde (G82, 115/12); weiters ist beim UVS ein Berufungsverfahren gegen einen Bescheid der Oberösterreichischen Landesregierung anhängig, mit dem zwei näher bezeichneten Aktiengesellschaften jeweils die Bewilligung zur Durchführung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten in Automatensalons unter Vorschreibung von insgesamt 20 Auflagen erteilt wurde (G83,

116/12); unter einem wies die Oberösterreichische Landesregierung mit den beim UVS angefochtenen Bescheiden gleichgerichtete Konzessionsanträge der Berufungswerberinnen im Verfahren vor dem UVS und weiterer Gesellschaften ab.

Die Oberösterreichische Landesregierung begründete ihre Entscheidung damit, dass nach §3 Abs1 Oö. Glücksspielautomatengesetz, LGBl 35/2011 (im Folgenden: OöGSpAG), insgesamt bloß drei Bewilligungen zum Aufstellen und zum Betrieb von Glücksspielautomaten erteilt werden dürften und sich die Oberösterreichische Landesregierung dazu entschieden habe, (lediglich) eine dieser Bewilligungen in Form einer Ausspielung in Einzelaufstellung und die beiden anderen in Form der Ausspielung in Automatensalons zu vergeben.

2. Aus Anlass der Berufungsverfahren stellte der UVS beim Verfassungsgerichtshof die auf Art140 B-VG gestützten Anträge (Vorverfahren protokolliert und durchgeführt unter G82, 83/12; erledigt nunmehr unter G82, 83, 115 und 116/12), die Wortfolge "und die Anzahl der aufrechten Bewilligungen zum Betrieb von Glücksspielautomaten ist mit höchstens drei pro Bundesland beschränkt" in §5 Abs1 zweiter Satz Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl 620/1989, in der Fassung BGBl I 50/2012 (im Folgenden: GSpG), sowie den zweiten und dritten Satz des §3 Abs1 OöGSpAG als verfassungswidrig aufzuheben. In eventu stellte der UVS die Anträge, einerseits (nur) den zweiten Satz des §3 Abs1 OöGSpAG als verfassungswidrig aufzuheben bzw. andererseits (nur) den dritten Satz des §3 Abs1 OöGSpAG als verfassungswidrig aufzuheben. Begründend führte der UVS im Wesentlichen aus (Hervorhebungen wie im Original enthalten):

"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 Abs1 OöGSpAG erlassen.

[...]

2.3. Auf Grund des gegen diesen Bescheid von der Beschwerdeführerin rechtzeitig erhobenen und zulässigen Rechtsmittels wird auch der nach §18 Abs2 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. Art89 Abs2 i.V.m. Art129a Abs3 und i.V.m. Art140 Abs1 B-VG anzusehen.

2.4. Wie noch näher darzulegen sein wird (vgl. unten, 3.3.), ist der Inhalt des zweiten Satzes des §3 Abs1 OöGSpAG durch den zweiten Satz des §5 Abs1 des Glücksspielgesetzes, BGBlNr 620/1989, in der durch BGBlNr 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 Abs1 dritter Satz OöGSpAG hat die Bewilligungserteilung durch die Landesregierungnach 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 ArtI Abs2 litA Z1 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 Abs1 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 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 Abs3 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 Abs2 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, BGBlNr I 17/2006 i.d.F. BGBlNr I 50/2012 (im Folgenden: BVergG), – sowie allenfalls auch i.V.m. dem Oö. Vergaberechtsschutzgesetz, LGBlNr 130/2006, i.d.F. LGBlNr 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 Abs1 BVergG sowie §1 Abs1 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 Abs2 Z1 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 Abs1 des OöGSpAG gegen das verfassungsrechtliche Determinierungsgebot des Art18 Abs1 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 Abs1 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 Abs3 Z1 OöGSpAG bis zu 15 Jahre betragen kann (und regelmäßig – so auch im gegenständlichen Fall; vgl. Auflagenpunkt 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 Art6 StGG jedem 'Staatsbürger', nach Art15 und 16 EGRC (die nach der jüngsten Rechtsprechung des VfGH nunmehr als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte i.S.d. Art140 und 144 B-VG anzusehen sind; vgl. VfGH vom 14. März 2012, U466/11, 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 Art15 und 16 EGRC übertragbaren; vgl. Müller, Verfassungsgerichtsbarkeit und Europäische Grundrechtecharta – 'Bereicherung oder Funktionsverlust'? – Thesen zur Frage, ÖJZ2012, 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 Abs2 Z3 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 Art7 Abs1 EMRK und des Art18 Abs1 B-VG zudem bedenkliche) generalklauselartige Blankettstrafbestimmung wie §23 Abs1 Z2 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 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 Abs1 Satz 2 OöGSpAG bedingt.

3.2.3. Aus diesen Gründen erscheint daher die Regelung des zweiten Satzes des §3 Abs1 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 Abs1 OöGSpAG, ist in inhaltlicher Hinsicht in hohem Maße durch die Vorgaben des Glücksspielgesetzes des Bundes, BGBl Nr 620/1989 in der durch die Novelle BGBlNr 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 Abs2 i.V.m. §5 Abs1 GSpG dürfen die vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommenen Landesausspielungen 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 Abs1 zweiter Satz GSpG).

Im Ergebnis führt dies dazu, dass die dem Landesgesetzgeber von Verfassungs wegen (vgl. Art15 Abs1 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 Art10 Abs1 Z4 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 BGBlNr I 73/2010 bestehenden Rechtslage nicht erkennbar ist, scheint sich die Anordnung des §5 Abs1 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 Art12 B-VG – nicht jedoch jenem des Art10 B-VG – entspricht: Denn nur jene in Art12 Abs1 Z1 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 Art10 und Art15 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 Art10 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 Abs1 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 Art10 Abs1 Z4 B-VG nicht (mehr) gedeckt ist, sodass insoweit ein verfassungswidriger Eingriff in die Gesetzgebungskompetenz der Länder gemäß Art15 Abs1 B-VG vorzuliegen scheint."

3. Die Bundesregierung wies in ihrer Äußerung einleitend darauf hin, dass sie sich gemäß§63 VfGG auf die Vertretung der angefochtenen bundesgesetzlichen Regelung des §5 GSpG beschränkt und daher allenfalls nur am Rande auf die Bedenken des UVS gegen das OöGSpAG eingehen wird. In der Äußerung begehrte die Bundesregierung – zunächst – die Zurückweisung des Antrags in Bezug auf die Aufhebung der Wortfolge "und die Anzahl der aufrechten Bewilligungen zum Betriebe von Glücksspielautomaten ist mit höchsten drei pro Bundesland beschränkt" in §5 Abs1 zweiter Satz GSpG. Im Einzelnen brachte die Bundesregierung Folgendes vor:

"[...]

In den vorliegenden Verfahren ist zunächst fraglich, ob die Bestimmung des§5 GSpG überhaupt präjudiziell ist.

[...]

Gegen die Annahme der Präjudizialität von §5 GSpG spricht, dass der UVS OÖ über Bescheide zu entscheiden hat, mit denen Bewilligungen zur Durchführung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten in Einzelaufstellung bzw. in Automatensalons gemäß §3 in Verbindung mit §18 Abs1 Z1 OöGSpAG erteilt bzw. die Anträge der Berufungswerber nach dem OöGSpAG abgewiesen wurden. Nach Ansicht der Bundesregierung hat die OÖ Landesregierung dabei die Bestimmung des §3 Abs1 OöGSpAG (jedenfalls denkmöglich) angewendet, weshalb diese Bestimmung auch im Verfahren vor dem UVS OÖ bzw. vor dem Verfassungsgerichtshof anzuwenden sein dürfte.

Die in Berufung gezogenen Entscheidungen in diesen Verfahren sind jedoch – soweit aus dem Antrag ersichtlich – nicht auf §5 GSpG gestützt worden. Die Bestimmung des§5 GSpG wäre im Anlassfall auch nicht von der belangten Behörde anzuwenden gewesen. Der Antrag auf Aufhebung der Wortfolge 'und die Anzahl der aufrechten Bewilligungen zum Betrieb von Glücksspielautomaten ist mit höchstens drei pro Bundesland beschränkt' in §5 Abs1 zweiter Satz GSpG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl I Nr 73/2010 erscheint daher unzulässig.

[...]

Die Bundesregierung geht daher davon aus, dass die angefochtene Wortfolge des §5 Abs1 zweiter Satz GSpG nicht präjudiziell ist und insoweit die Prozessvoraussetzungen nicht vorliegen."

4. In der Sache hielt die Bundesregierung den vom UVS geltend gemachten Bedenken Folgendes entgegen (Hervorhebungen wie im Original enthalten):

"1. Zu den Bedenken im Hinblick auf die Kompetenzverteilung

[...]

2. Zu den Bedenken im Hinblick auf den Eingriff in die Erwerbsfreiheit

Der UVS OÖ hegt das Bedenken, dass die Beschränkung auf höchstens drei Bewilligungen zum Aufstellen und Betrieb von Glücksspielautomaten in Verbindung mit der Dauer derartiger Bewilligung von bis zu 15 Jahren, ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Grundrecht der Erwerbsfreiheit (Art6 StGG und Art15 und 16 der Europäischen Grundrechte-Charta – EGRC) sei.

Die Bundesregierung teilt diese Bedenken nicht:

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Bestimmungen der EU-Grundrechte-Charta für die Mitgliedstaaten 'ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union' gelten. Auch der Verfassungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 14.3.2012, U466/11, ausgesprochen, dass er die Grundrechte?Charta 'in ihrem Anwendungsbereich (Art51 Abs1 GRC) als Maßstab für nationales Recht heranzieht'. Auch wenn die genaue Bedeutung der Wendung 'Durchführung des Rechts der Union' gegenüber der möglicherweise weitergehenden Formel 'im Anwendungsbereich des Unionsrecht' vom EuGH noch nicht geklärt ist (vgl. dazu etwa die anhängige Rechtssache C-617/10, Åkerberg Fransson), geht die Bundesregierung insoweit im Einklang mit dem Erkenntnis U466/11 davon aus, dass mit 'Durchführung des Unionsrechts' die Vollziehung unmittelbar wirksamen Unionsrechts durch Gerichte oder Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten und die Vollziehung von mitgliedstaatlichen Umsetzungsvorschriften gemeint ist.

Beim derzeitigen Stand des Unionsrechts fällt die Regelung des Glücksspiels jedoch in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten (vgl. zB EuGH Rs. C-173/11, HIT und HIT LARIX, Rn. 24 mit Verweis auf Rs. C-42/07, Liga Portuguesa, Rn. 57). Die OÖ Landesregierung hat daher bei der Erlassung der angefochtenen Bescheide nicht in Durchführung des Unionsrechts gehandelt. Nach Ansicht der Bundesregierung ist folglich im vorliegenden Verfahren ausschließlich Art6 StGG, nicht jedoch die Grundrechte-Charta einschlägig.

Der UVS OÖ begründet seine Bedenken im Wesentlichen mit Bezugnahme auf EuGH-Judikatur zur Dienstleistungsfreiheit (mit Verweis auf EuGH Rs. C-64/08, Engelmann und Rs. C-347/09, Dickinger und Ömer). Der UVS sieht 'keine Anhaltspunkte dafür, weshalb die Ziele der Kriminalitäts- und Spielsuchtvorbeugung nicht in gleicher Weise auch dadurch erreicht werden können, dass das Kontingent von [449 bzw. 1173] Glückspielautomaten nicht bloß auf [1 (bzw. auf 3) bzw. 2 (bzw. auf 3)], sondern – entsprechend dem Ergebnis der durchgeführten Interessentensuche – auf mehr – nämlich beispielsweise auf insgesamt 5 oder 10 – Konzessionäre aufgeteilt wird' (Seite 12 bzw. 13 der Anträge).

Nach Ansicht der Bundesregierung vermögen diese Bedenken keinen unverhältnismäßigen Eingriff in die Erwerbsfreiheit aufzuzeigen:

Nach der Rechtsprechung sind gesetzliche Beschränkungen der Erwerbsfreiheit zulässig, wenn sie durch ein öffentliches Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind (vgl. VfSlg 13.704/1994, 13.725/1994, 14.038/1995). Diese Voraussetzungen sind nach Auffassung der Bundesregierung im vorliegenden Fall erfüllt:

Eine nähere Regelung der Ausnahmen vom Glücksspielmonopol des Bundes für Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten ist insbesondere vor dem Hintergrund der Erreichung eines möglichst hohen Spielerschutzniveaus als im öffentlichen Interesse liegend anzusehen (vgl. die ErlRV657 XXIV. GP 5, wonach unklare Kompetenzregelungen und unterschiedliche Aufsichtsstandards bisher einen gleichmäßigen Vollzug in Österreich erschwerten und durch die Novellierung Rechtsklarheit und durch begleitende Maßnahmen Spielerschutz erreicht werden sollte). Dabei ist insbesondere zu bedenken, dass nach Ansicht namhafter Suchtexperten dem Spiel an Glücksspielautomaten ein hohes Suchtpotenzial zu Grunde liegt und insbesondere das sog. 'kleine Glücksspiel' (§4 Abs2 GSpGaF) als Gefahr für die Ausbreitung von Spielsucht angesehen wurde (vgl. zB die Nachweise bei Strejcek/Bresich, GSpG2, 26 f).

Die in §5 GSpG vorgesehenen Regelungen sind zur Verfolgung der angestrebten Ziele auch geeignet. Dabei ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass eine Beschränkung der Anbieter im Bereich der Glücksspiele eine effektivere Aufsicht der Konzessionäre mit dem Ziel der Bekämpfung von Kriminalität und Spielsucht ermöglicht. So hat auch der Verfassungsgerichtshof etwa zu Spielbanken bereits in VfSlg 12.165/1989 ausgeführt:

'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.'

In die gleiche Richtung geht auch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (zB VwGH 23.12.1991, 88/77/0010) und auch die ständige Rechtsprechung des EuGH und des EFTA-Gerichtshofs zu gerechtfertigten Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch Monopolregelungen (vgl. zB nur Rs. C-316/07, Stoß, Rn. 79 mit weiteren Nachweisen; E-1/06, Norwegen, und E-3/06, Ladbrokes).

Im Lichte dieser Erwägungen liegt es nach Ansicht der Bundesregierung im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, eine Ausnahme vom Glücksspielmonopol des Bundes für Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten nur dann vorzusehen, wenn die Anzahl der Anbieter auf höchsten drei eingeschränkt wird.

Für die Sachlichkeit einer derartigen Regelung spricht weiters auch, dass die Republik Österreich sich ihren Verpflichtungen aus dem Unionsrecht nicht mit Hinweis auf die innerstaatliche Kompetenzverteilung entziehen kann. Wie insbesondere aus dem EuGH-Urteil in der Rs. C-46/08, Carmen Media Group, Rn. 70, abgeleitet werden kann, ist letztlich auch eine bundesweite Kohärenz und Systematik der glücksspielrechtlichen Regelungen zu gewährleisten. Die nähere Umschreibung inhaltlicher Voraussetzungen für die Ausnahme aus dem Bundesmonopol, wie in §5 GSpG vorgesehen, erleichtert jedenfalls eine solche bundesweit kohärente Ausgestaltung in den Ländern. Dass der Bundesgesetzgeber dem Landesgesetzgesetzgeber bei der Regelung der höchstzulässigen Anzahl an Konzessionären einen gewissen Spielraum einräumt, schadet dabei nicht. So wird es den Landesgesetzgebern (bzw. je nach landesgesetzlicher Ausgestaltung gegebenenfalls den Landesverwaltungen) ermöglicht, auch auf besondere regionale Umstände Bedacht zu nehmen und daher etwa auch ein generelles Verbot von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten zu verfügen oder zu entscheiden, dass nur ein einzelner Anbieter oder zwei oder drei Anbieter zugelassen werden sollen.

Soweit der antragstellende UVS auf die Werbung für Glücksspiel Bezug nimmt, ist nach Ansicht der Bundesregierung eine Begrenzung der Anzahl an (bundes- wie auch) landesrechtlichen Konzessionären durchaus geeignet, den Spielerschutz zu erhöhen, als dies eine Überhitzung des Wettbewerbs der Konzessionäre bei der Durchführung der Glücksspiele verhindert und insoweit auch eine maßvoll expansive Politik tatsächlich ermöglicht, um die Spieler vom unerlaubten Glücksspiel zum staatlich streng überwachten konzessionierten Angebot zu führen (vgl. EuGH Rs. C-338/04, Placanica, Rn. 55, C-316/07, Stoß, Rn. 102 f).

Nach Ansicht der Bundesregierung liegen die verfahrensgegenständlichen Beschränkungen im öffentlichen Interesse an der Bekämpfung von Kriminalität und Spielsucht; sie sind zur Zielerreichung geeignet, erforderlich und adäquat. Zusammenfassend wird daher festgehalten, dass die angefochtene Wortfolge §5 Abs1 zweiter Satz GSpG in der Fassung des Bundesgesetzblattes BGBl I Nr 73/2010 nicht verfassungswidrig ist."

5. Die Oberösterreichische Landesregierung erstattete eine Äußerung, in der sie die Abweisung des Antrags auf Aufhebung des zweiten und dritten Satzes des §3 Abs1 OöGSpAG bzw. die Abweisung der Eventualanträge auf Aufhebung einerseits (nur) des zweiten Satzes des §3 Abs1 OöGSpAG bzw. andererseits (nur) des dritten Satzes des §3 Abs1 OöGSpAG mangels Verfassungswidrigkeit wie folgt beantragt (Hervorhebungen wie im Original enthalten):

"[...]

2.1. Zum Bestimmtheitsgebot

(Zu den Punkten 3.1. der Anträge)

2.1.1. Der Antragsteller bringt im Wesentlichen vor, dass §3 Abs1 dritter Satz Oö. Glücksspielautomatengesetz, dem zufolge die Bewilligungserteilung nach vorheriger öffentlicher und transparenter Interessentensuche durch die Landesregierung erfolgt, nicht dem verfassungsrechtlichen Determinierungsgebot des Art18 Abs1 B-VG entspricht; es

sei nicht absehbar, nach welchen konkreten Verfahrensvorschriften diese Interessentensuche durchzuführen ist. Auch das AVG enthalte keine den Grundsätzen der Öffentlichkeit und Transparenz entsprechenden näheren Kriterien für die Interessentensuche, für eine (unionsweit) geeignete Kundmachungsform sowie für den jeweiligen Umfang der Akteneinsicht im Rahmen eines Verfahrens, bei dem die Parteien im gegenseitigen Wettbewerb stehen. Das Fehlen spezifisch-materienbezogener Verfahrensvorschriften würde in Kumulation mit der Verwendung vieler unbestimmter Gesetzesbegriffe bei den materiellen Kriterien für die Bewilligungserteilung (§3 Abs2 Oö. Glücksspielautomatengesetz) das Verwaltungshandeln für den Bewilligungswerber nicht im rechtsstaatlich geforderten Umfang vorhersehbar und berechenbar machen.

2.1.2. [...]

2.1.3. Das Oö. Glücksspielautomatengesetz sieht in seinem §3 Abs1 dritter Satz eine öffentliche und transparente Interessentensuche vor. Die Begriffe der 'Öffentlichkeit' und 'Transparenz' haben insbesondere in den letzten Jahren durch die unionsrechtliche Rechtsetzung und Rechtsprechung eine wesentliche Bedeutung und Prägung erhalten. Aus diesem Grund findet sich in den besonderen Erläuterungen zu §3 Oö. Glücksspielautomatengesetz der ausdrückliche Hinweis darauf, dass die Bewilligung nach Durchführung einer transparenten, europarechtskonformen Interessentensuche zu vergeben ist (vgl. dazu AB 327/2011 BlgLT XXVII. GP, S 6). Das Glücksspielrecht ist weder sekundärrechtlich harmonisiert noch unterliegen Glücksspiele der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG (vgl. zB Koppensteiner, Der EuGH und das Glücksspiel, RdW 2011, 134). Ungeachtet dessen, dass weder das Bundesvergabegesetz 2006 noch das Oö. Vergaberechtsschutzgesetz auf das im Oö. Glücksspielautomatengesetz vorgesehene Bewilligungsverfahren anwendbar sind, handelt es sich bei der gemäß §3 Abs1 dritter Satz Oö. Glücksspielautomatengesetz durchgeführten 'Öffentlichen und transparenten Interessentensuche für Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten in Einzelaufstellung und in Automatensalons in Oberösterreich' (siehe Anlagen) um ein mit dem Vergabeverfahren nach dem Bundesvergabegesetz 2006 vergleichbares Verfahren, im Zuge dessen die zentralen vergaberechtlichen Grundsätze einzuhalten sind.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH (insbesondere Rs. C-324/98, Teleaustria und Telefonadress, Rn. 60 f; Rs. C-203/08, Sporting Exchange, Rn. 39 ff; Rs. C-64/08, Engelmann, Rn. 49 ff) sind auch bei der Vergabe von nicht den vergaberechtlichen Regelungen unterliegenden Dienstleistungs- und Glücksspielkonzessionen die im 'Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union' (im Folgenden: AEUV) verankerten Bestimmungen, vor allem jene über die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit, sowie die daraus folgenden Grundsätze der Nichtdiskriminierung (Inländergleichbehandlung) und der Öffentlichkeit und Transparenz behördlicher Verfahren zu beachten. 'Auch wenn das Transparenzgebot, das gilt, wenn die betreffende Dienstleistungskonzession für ein Unternehmen von Interesse sein kann, das in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem diese Konzession erteilt wird, ansässig ist, nicht unbedingt eine Ausschreibung vorschreibt, verpflichtet es doch die konzessionserteilende Stelle, zugunsten der potenziellen Bewerber einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, der eine Öffnung der Dienstleistungskonzessionen für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind.' (Rs. C-64/08, Engelmann, Rn. 50).

2.1.4. Neben diesen unionsrechtlichen Vorgaben, welchen hinsichtlich der primärrechtlich verankerten Grundfreiheiten samt Diskriminierungsverboten (ohne entsprechende nationale Umsetzungsakte) unmittelbare Geltung und - bei Widerspruch zum nationalen Recht - Anwendungsvorrang zukommt, sind die Begriffe 'öffentlich' und 'transparent' auch nach nationalem Recht(sverständnis) bestimmbar, ohne dass es dazu - wie vom Antragsteller behauptet - weiterer Verfahrensvorschriften bedarf. Ganz allgemein bedeutet ein 'öffentliches' Verfahren, dass Akte der Verwaltung (Vollziehung) und insbesondere auch der Gesetzgebung der Öffentlichkeit gegenüber in entsprechender Form in Erscheinung treten müssen, um Wirksamkeit zu erlangen. Ein 'transparentes' Verfahren meint, dass die Vorgehensweise der Behörde und der ihrer Entscheidung zugrunde liegende Prozess nicht undurchsichtig, sondern nachvollziehbar sind, was neben dem Legalitätsprinzip im Allgemeinen vor allem durch gesetzlich festgelegte (Bewilligungs)kriterien und die von der Behörde vorgenommene Begründung (ihrer Entscheidung) gewährleistet ist. Gerade auch das AVG, welches von der Oö. Landesregierung als Verwaltungsbehörde sowohl bei der Interessentensuche als auch bei der Bewilligungserteilung nach §3 Abs1 Oö. Glücksspielautomatengesetz anzuwenden war, stellt in diesem Sinn eine geeignete rechtliche Grundlage für ein rechtsstaatliches Verfahren dar. Der Auffassung des Antragstellers, dass dem AVG der Begriff 'Transparenz' nicht nur als solcher unbekannt ist, sondern auch nicht indirekt abgeleitet werden kann, wird vonseiten der Oö. Landesregierung

entgegengetreten. Dem AVG ist der Begriff der 'Transparenz' immanent, was insbesondere durch die Regelungen zur Zuständigkeit, zur Befangenheit, zum Verkehr zwischen Behörden und Beteiligten, zur Niederschrift und zur Akteneinsicht zum Ausdruck kommt.

Darüber hinaus erfährt die 'Transparenz' durch die materiellen Bewilligungskriterien des §3 Abs2 Oö. Glücksspielautomatengesetz eine nähere Determinierung, da diesen Kriterien für die Interessentensuche und die Bewilligungserteilung eine wesentliche Bedeutung zukommt. Der Aussage des Antragstellers, dass §3 Abs2 Oö. Glücksspielautomatengesetz eine rechtsstaatlich bedenkliche Vielzahl unbestimmter Gesetzesbegriffe enthält, kann nicht beigepflichtet werden. Im Gegenteil handelt es sich bei den in den Z1 bis 9 leg.cit. festgelegten Kriterien um klare und deutliche Vorgaben, welche einen - den Besonderheiten des Glücksspielbereichs entsprechenden - überaus hohen Detaillierungsgrad aufweisen.

2.1.5. Hinsichtlich der vom Antragsteller angeführten Entscheidung VfSlg 10.179/1984 ergeht der Hinweis, dass der Verfassungsgerichtshof eine Verletzung von Art18 Abs1 B-VG durch §6 Abs1 lita Schrottlenkungsgesetz feststellte, da diese Norm keine Auswahlkriterien dahingehend enthielt, wie die Verwaltungsbehörde bei Auftreten mehrerer in gleicher Weise geeigneter Genehmigungswerber vorzugehen hat. Für eine derartige Konstellation hat jedoch §3 Abs5 Oö. Glücksspielautomatengesetz folgendermaßen Vorsorge getroffen: 'Treten mehrere Bewilligungswerberinnen, die die Voraussetzungen nach Abs2 erfüllen, gleichzeitig auf, so hat die Landesregierung derjenigen Bewilligungswerberin den Vorzug zu geben, die die Voraussetzungen nach Abs2 Z4, 5, 7 und 8 am besten erfüllt.'

2.1.6. Der Antragsteller stellt in Frage, ob die im vorliegenden Fall vorgenommene Kundmachung 'in kaum verbreiteten bzw. kaum öffentlich zugänglichen Printmedien' (Amtliche Linzer Zeitung und Amtsblatt zur Wiener Zeitung) oder elektronischen Medien (Internethomepage des Landes Oberösterreich) insbesondere im Hinblick auf Interessenten aus dem EU-Ausland als im Sinn der Öffentlichkeit und Transparenz ausreichend anzusehen sind.

Dem ist zu entgegnen, dass die Oö. Landesregierung bei der Interessentensuche den im §3 Abs1 dritter Satz Oö. Glücksspielautomatengesetz vorgegebenen Kriterien der 'Öffentlichkeit' und 'Transparenz' Rechnung getragen und den im Sinn der Rs. Engelmann geforderten 'angemessenen Grad an Öffentlichkeit' sichergestellt hat. [...]

2.1.7. [...]

2.1.8. [...]

2.1.9. [...]

2.1.10. [...]

2.1.11. [...]

2.1.12. Bei der einer behördlichen Bewilligungserteilung zum Aufstellen und Betrieb von Glücksspielautomaten vorgelagerten Interessentensuche nach §3 Abs1 Oö. Glücksspielautomatengesetz handelt es sich - wie bei Vergabeverfahren - um ein Verfahren, in dem die Behörde neben den Grundsätzen der Öffentlichkeit und Transparenz insbesondere auch die Grundsätze eines lauteren Wettbewerbs und des Schutzes von Berufsgeheimnissen zu beachten hat. Demzufolge ist die Behörde gemäß §17 Abs3 AVG, Art6 EMRK, Art41 Abs2 litb EU-GRC und im Sinn bereits bestehender europäischer und nationaler Rechtsprechung nicht befugt, im Verfahren nach §3 Abs1 Oö. Glücksspielautomatengesetz die Anträge und Unterlagen einer Partei allen anderen Parteien (Mitbewerberinnen) im Rahmen der Akteneinsicht uneingeschränkt offen zu legen, da durch ein derartiges behördliches Vorgehen die berechtigten Interessen einer Partei an einem fairen Wettbewerb, am Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie an einem vertraulichen Umgang der Behörde mit bestimmten Akteninhalten geschädigt würden.

Zum Themenbereich der Geheimhaltung von Unterlagen hat die Oö. Landesregierung bereits im Rahmen der Interessentensuche darauf hingewiesen, dass Informationen an die Behörde grundsätzlich dem Amtsgeheimnis unterliegen. Den Bewilligungswerberinnen wurde die Möglichkeit eingeräumt, Akteninhalte, die ihrer Ansicht nach besonders schutzwürdig sind, als 'vertraulich' zu kennzeichnen (siehe Anlagen). Alle Bewerberinnen haben daraufhin (nur) ihre eingereichten Konzepte, nicht sämtliche Unterlagen als vertraulich gekennzeichnet. Die Einsicht in die Akten wurde den Bewerberinnen von der Oö. Landesregierung nicht generell verweigert. Jede Bewerberin hatte uneingeschränktes Einsichtsrecht in ihren eigenen Verfahrensakt. Von den Parteien wurden zudem Unterlagen vorbereitet, die allen Parteien (Mitbewerberinnen) auf Verlangen zur Einsicht offen lagen. Da somit allen Verfahrensparteien auf ihr Verlangen die Akteneinsicht in gleichem Umfang gewährt wurde, liegt auch kein Verstoß

gegen das im §17 Abs2 AVG verankerte Recht auf Gleichbehandlung vor.

2.1.13. Die Oö. Landesregierung hat unter Einhaltung des im Art18 Abs1 B-VG verankerten Legalitätsprinzips auf Grund von §3 Abs1 dritter Satz Oö. Glücksspielautomatengesetz, auf Grund von den unter Punkt 2.1.6. angeführten Bestimmungen des Verlautbarungsgesetzes 1985 und des Oö. Kundmachungsgesetzes sowie auf Grund der im AVG enthaltenen verfahrensrechtlichen Bestimmungen, insbesondere auf Grund von §17 AVG, eine öffentliche und transparente Interessentensuche vorgenommen. Die dargelegte Vorgehensweise der Behörde lässt den Rückschluss zu, dass mit §3 Abs1 dritter Satz Oö. Glücksspielautomatengesetz und den sonstigen im Rahmen der Interessentensuche nach nationalem Recht anzuwendenden Normen ausreichend bestimmte Gesetze vorhanden sind, um dem Determinierungsgebot des Art18 Abs1 B-VG und den sonstigen Anforderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren Genüge zu tun. §3 Abs1 dritter Satz Oö. Glücksspielautomatengesetz entspricht dem aus Art18 Abs1 B-VG abgeleiteten Bestimmtheitsgebot und ist daher nicht verfassungswidrig.

2.2. Zur Verhältnismäßigkeit

(Zu den Punkten 3.2. der Anträge)

2.2.1. Der Antragsteller sieht im §3 Abs1 zweiter Satz Oö. Glücksspielautomatengesetz, wonach im Bundesland Oberösterreich insgesamt drei Bewilligungen zum Aufstellen und Betrieb von Glücksspielautomaten erteilt werden dürfen, einen unverhältnismäßigen und daher verfassungswidrigen Eingriff in das den Staatsbürgern gemäß Art6 StGG und den Unionsbürgern gemäß Art15 und 16 EU-GRC zukommende Grundrecht auf Erwerbsfreiheit. Die zahlenmäßige Begrenzung der Konzessionen und deren Laufzeit von 15 Jahren würden nach Ansicht des Antragstellers zwar grundsätzlich geeignete und durch das Allgemeininteresse gerechtfertige Maßnahmen darstellen, dies jedoch '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 bloß etwa eine Erhöhung der Staatseinnahmen) das tatsächliche Ziel dieser Monopolregelung bildet [...] 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.'

2.2.2. In der Rs. C-64/08, Engelmann, hat der EuGH auf Grund eines österreichischen Vorabentscheidungsersuchens (Vorlagegericht: Landesgericht Linz) die primärrechtlich verankerten Grundfreiheiten der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit im Hinblick auf das im Glücksspielgesetz des Bundes vorgesehene Konzessionssystem für Spielbanken ausgelegt. Dabei wurden wesentliche, auf den vorliegenden Fall übertragbare Aussagen über die zahlenmäßige Beschränkung und Befristung von Spielbankkonzessionen sowie über das Transparenzgebot getroffen:

'Was erstens die begrenzte Zahl von Spielbankkonzessionen betrifft, ergeben sich aus dieser Begrenzung Hemmnisse für die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr (Urteil Placanica u. a., Randnrn. 50 und 51). Vorbehaltlich einer Überprüfung durch das vorlegende Gericht ergibt sich jedoch, dass eine Begrenzung der Zahl der Konzessionen und damit der Spielbanken auf zwölf - was nach den Angaben der österreichischen Regierung einer Spielbank auf 750 000 Einwohner entspricht - im betroffenen Sektor bereits ihrem Wesen nach ermöglicht, die Gelegenheiten zum Spiel einzuschränken und damit ein Ziel des Allgemeininteresses zu erreichen, das durch das Unionsrecht anerkannt ist (vgl. in diesem Sinne Urteile Gambelli u. a., Randnrn. 62 und 67; Placanica u. a., Randnr. 53, und Carmen Media Group, Randnr. 84). Da die Verbraucher sich an einen anderen Ort begeben müssen, um in einer Spielbank an den fraglichen Glücksspielen teilnehmen zu können, verstärkt eine Begrenzung der Zahl der Spielbanken die Hindernisse für die Teilnahme an derartigen Spielen. Was zweitens die Dauer der Konzessionen betrifft, kann die Vergabe von Konzessionen für eine Dauer von bis zu 15 Jahren nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Ausübung der durch die Art43 EG und 49 EG gewährleisteten Freiheiten durch Wirtschaftsteilnehmer mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten behindern und sogar unmöglich machen und stellt daher eine Beschränkung der Ausübung dieser Freiheiten dar. Was die Beurteilung der Vereinbarkeit dieser Beschränkung mit dem Unionsrecht angeht, so können die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit als fundamentale Grundsätze des Vertrags nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten. Ferner ist die fragliche nationale Regelung nur dann gerechtfertigt, wenn sie geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Ziels zu

gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist. Dies scheint hier der Fall zu sein, da die Vergabe von Konzessionen für eine Dauer von bis zu 15 Jahren – vorbehaltlich einer Überprüfung durch das vorlegende Gericht – insbesondere im Hinblick darauf als gerechtfertigt angesehen werden kann, dass der Konzessionär ausreichend Zeit benötigt, um die für die Gründung einer Spielbank erforderlichen Investitionen zu amortisieren.' (Rn. 44 bis 48).

2.2.3. Bereits 1989 hat sich der Verfassungsgerichtshof in VfSlg12.165 mit der Verfassungsmäßigkeit zahlenmäßig beschränkter Bewilligungen zum Betrieb von Spielbanken auseinandergesetzt und dazu folgende zentrale Aussagen getroffen:

'Die ziffernmäßige Begrenzung der zulässigen Bewilligungen wurde erstmals durch die GSG-NovelleBGBl 226/1972 eingeführt. Damals wurde die zulässige Bewilligungszahl mit acht festgelegt. Durch die Novelle BGBl 407/1974 wurde die Zahl auf neun und durch die Novelle

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at