

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

B 1337/11-15

B 1338/11-20

B 1340/11-23

6. Dezember 2012

## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des  
Präsidenten

Dr. Gerhart HOLZINGER,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. Brigitte BIERLEIN

und der Mitglieder

Dr. Sieglinde GAHLEITNER,

DDr. Christoph GRABENWARTER,

Dr. Christoph HERBST,

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Claudia KAHR,

Dr. Georg LIENBACHER,

Dr. Rudolf MÜLLER,

DDr. Hans Georg RUPPE,

Dr. Johannes SCHNIZER und

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

als Stimmführer, im Beisein der Schriftführerin

Dr. Kerstin BUCHINGER,

in den Beschwerdesachen 1. der B. LTD, (...) , Malta, vertreten durch die Rechtsanwälte Haas, Frank, Schilchegger-Silber & Rabl, Bauernstraße 9/WDZ 3, 4600 Wels, 2. der L. GMBH, (...) , 1090 Wien, vertreten durch die schwarz huber-medek & partner rechtsanwälte og, Stubenring 2, 1010 Wien, und 3. der B. E. LIMITED, (...) , Malta, vertreten durch die Saxinger, Chalupsky & Partner Rechtsanwälte GmbH, Europaplatz 7, 4020 Linz, gegen die Bescheide der Bundesministerin für Finanzen jeweils vom 10. Oktober 2011, 1. Z BMF-180000/0123-VI/5/2011, 2. Z BMF-180000/0122-VI/5/2011 und 3. Z BMF-180000/0120-VI/5/2011, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 144 B-VG zu Recht erkannt:

- I. Die beschwerdeführenden Gesellschaften sind durch die angefochtenen Bescheide weder in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht noch wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in ihren Rechten verletzt worden.

Die Beschwerden werden abgewiesen.

- II. Die Beschwerden zu B 1337/11 und B 1340/11 werden dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung darüber abgetreten, ob die beschwerdeführenden Gesellschaften durch die angefochtenen Bescheide in einem sonstigen Recht verletzt wurden.

## Entscheidungsgründe

### I.

1. Die Bundesministerin für Finanzen (im Folgenden: Bundesministerin) führte gemäß § 14 des Bundesgesetzes zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz – GSpG), BGBl. 620/1989, idF BGBl. I 111/2010, ein Verfahren zur Erteilung der Konzession zur Durchführung der Ausspielungen nach den §§ 6 bis 12b GSpG für den Zeitraum von 1. Oktober 2012 bis 30. September 2027 durch.

1

1.1. Das Verfahren wurde durch Veröffentlichung auf der Homepage des Bundesministeriums für Finanzen (im Folgenden: Bundesministerium) am 6. Juni 2011 eröffnet. Am selben Tag wurde auf der Homepage des Bundesministeriums unter der Adresse [https://www.bmf.gv.at/gluecksspiel/\\_start.htm](https://www.bmf.gv.at/gluecksspiel/_start.htm) eine "Unterlage zur Teilnahme an der öffentlichen Interessentensuche 'Lotteriekonzession' " (im Folgenden: Verfahrensunterlage) veröffentlicht, in die nach erfolgter Registrierung Einsicht genommen werden konnte. Am darauffolgenden Tag erging eine Presseausendung des Bundesministeriums und wurden im Amtsblatt der Wiener Zeitung, im "Lottery Insider" (einem internationalen Branchenmagazin) sowie in der "Financial Times Europe" Hinweise auf die Veröffentlichung des Bundesministeriums vom 6. Juni 2011 in deutscher bzw. englischer Sprache abgedruckt.

2

1.2. Insgesamt brachten vier Unternehmen – darunter die drei beschwerdeführenden Gesellschaften – fristgerecht Anträge auf Erteilung einer Konzession ein.

3

## II.

1. § 14 des Bundesgesetzes zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz – GSpG) BGBl. 620/1989, idF BGBl. I 111/2010 lautet:

4

### "Übertragung bestimmter Lotterien Konzession

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

(2) Eine Konzession nach Abs. 1 darf nur einem Konzessionswerber erteilt werden, wenn

1. das Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat geführt wird und sein Sitz nach Maßgabe des Abs. 3 in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes

liegt und die Abwicklung des Spielbetriebs in einer Form erfolgt, die eine effektive und umfassende ordnungspolitische Aufsicht nach diesem Bundesgesetz erlaubt;

2. die Satzung der Kapitalgesellschaft keine Bestimmungen enthält, die die Sicherheit und die ordnungsgemäße Spieldurchführung gefährden;

3. die Kapitalgesellschaft über ein eingezahltes Stamm- oder Grundkapital von mindestens 109 Millionen Euro verfügt, deren rechtmäßige Mittelherkunft in geeigneter Weise nachgewiesen wird und die den Geschäftsleitern unbeschränkt und nachgewiesener Maßen für den Spielbetrieb im Inland zur freien Verfügung stehen und im Zeitpunkt der Konzessionsbewerbung nicht durch Bilanzverluste geschmälert worden sind (Haftungsstock);

4. die Personen, die eine Beteiligung am Konzessionär halten und über einen beherrschenden Einfluss verfügen, den Ansprüchen genügen, die im Interesse einer soliden und umsichtigen Konzessionsausübung und der Zuverlässigkeit in ordnungspolitischer Hinsicht liegen;

5. die Geschäftsleiter auf Grund ihrer Vorbildung fachlich geeignet sind, über die für den ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb erforderlichen Eigenschaften und Erfahrungen verfügen und kein Ausschließungsgrund nach § 13 der Gewerbeordnung 1994 gegen sie vorliegt;

6. die Struktur des allfälligen Konzerns, dem der oder die Eigentümer, die eine qualifizierte Beteiligung an dem Unternehmen halten, angehören, und die Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Sitzstaates eine wirksame Aufsicht über den Konzessionär nicht behindern sowie

7. vom Konzessionswerber insbesondere auf Grund seiner Erfahrungen, Infrastrukturen, Entwicklungsmaßnahmen und Eigenmittel sowie seiner Systeme und Einrichtungen zur Spielsuchtvorbeugung, zum Spielerschutz, zur Geldwäsche- und Kriminalitätsvorbeugung, zur Betriebssicherheit, zur Qualitätssicherung, zur betriebsinternen Aufsicht und zu anderen ihn treffenden Bestimmungen dieses Bundesgesetzes die beste Ausübung der Konzession zu erwarten ist.

(3) Zur Bewerbung um eine Konzession ist für Interessenten ein Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes erforderlich. Im Falle der erfolgreichen Bewerbung eines Interessenten mit Sitz außerhalb von Österreich ist die Konzession unter der Bedingung zu erteilen, dass der Sitz der Kapitalgesellschaft in Österreich errichtet wird, und mit der Auflage zu versehen, den Errichtungsnachweis binnen einer bestimmten Frist zu erbringen.

Die Errichtung einer inländischen Kapitalgesellschaft zur Ausübung der Konzession ist nicht erforderlich, wenn die ausländische Kapitalgesellschaft in ihrem Sitzstaat über eine vergleichbare Lotterienkonzession verfügt und einer vergleichbaren staatlichen Glücksspielaufsicht unterliegt, die im Sinne des § 19 der österreichischen Aufsicht erforderlichenfalls Kontrollauskünfte übermittelt und für sie Kontrollmaßnahmen vor Ort durchführt (behördliche Aufsichtskette). Können diese Voraussetzungen nachgewiesen werden, ist die Ausübung der Konzession durch eine bloße Niederlassung in Österreich zulässig. Über die

Organbeschlüsse der ausländischen Kapitalgesellschaft ist dem Bundesminister für Finanzen unverzüglich zu berichten, soweit sie auch die Geschäftsführung der österreichischen Niederlassung betreffen. Zudem hat eine getrennte Buch- und Geschäftsführung für alle inländischen Betriebe zu erfolgen.

(4) 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 Glücksspielabgabe 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.
3. eine Höchstzahl bewilligbarer Video Lotterie Terminals im Sinne des § 12a Abs. 2.

(5) 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.

(6) Über alle fristgerecht eingebrachten Anträge ist im Zuge der Prüfung der Interessensbekundung bescheidmäßig zu entscheiden. Treten mehrere Konzessionsswerber gleichzeitig auf, die die Voraussetzungen des Abs. 2 Z 1 bis 6 erfüllen, so hat der Bundesminister für Finanzen auf Grund des Abs. 2 Z 7 zu entscheiden. Solange eine nach Abs. 1 erteilte Konzession aufrecht ist, dürfen weitere Konzessionen nach Abs. 1 nicht erteilt werden.

(7) 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."

2. Die im Internet auf der Website des Bundesministeriums für Finanzen unter der Adresse [https://www.bmf.gv.at/gluecksspiel/\\_start.htm](https://www.bmf.gv.at/gluecksspiel/_start.htm) veröffentlichte "Unterlage zur Teilnahme an der öffentlichen Interessentensuche 'Lotteriekonzession' ", Z BMF-180000/0065-VI/5/2011, lautet in Auszügen wie folgt:

"[...]

### 1. Einführung

Glücksspiel ist ein besonders sensibler Bereich mit vielen Risiken. Er betrifft die gesellschaftspolitische Verantwortung eines Staates und ist daher von hoher ordnungspolitischer Relevanz. Die Sicherstellung von hohen Spielerschutzstandards ist dabei eine der zentralen Zielsetzungen des österreichischen Glücksspielgesetzes (GSpG) und in mehreren Bestimmungen des GSpG gesetzlich verankert.

[...]

Diese Teilnahmeunterlage zur öffentlichen Interessentensuche enthält nähere Angaben zu der zu übertragenden Konzession sowie zum Verfahren und den vorzulegenden Unterlagen.

Für einen qualifizierten, fachkundigen und vollständigen Konzessionsantrag sind umfassende Kenntnisse des österreichischen Glücksspielmarkts, dessen Strukturen und Potentiale sowie dessen rechtlicher Grundlagen und Zielvorgaben Voraussetzung.

Die Bundesministerin für Finanzen ermöglicht mit diesem Verfahren Bewerbern, auf Basis der bekannten, gesetzlichen Anforderungen vorbereitete, schlüssige Anträge zur bestmöglichen Erreichung der ordnungspolitischen Ziele, darzulegen.

Das in dieser Unterlage näher beschriebene Prüfverfahren dient der Ermittlung des Bewerbers, der im Sinne eines verantwortungsvollen Maßstabes im Umgang mit Glücksspiel die beste Konzessionsausübung im Sinne des GSpG erwarten lässt.

#### 1.1. Zielsetzung

Die Bundesministerin für Finanzen stellt mit der Durchführung dieses Verfahrens sicher, dass mögliche Bewerber ausreichend Zeit zur Vorbereitung und Umsetzung der dargestellten Leistungen bis zum Ablauf der bestehenden Konzession am 30.09.2012 vorfinden.

Ziele dieses Verfahrens sind die

- Sicherstellung von Transparenz sowie Nichtdiskriminierung von Interessenten;

- Erreichung von bestmöglichem Spielerschutz durch geeignete und professionelle Maßnahmen und Rahmenbedingungen;
- Umfassende Abdeckung der anzubietenden Glücksspiele nach §§ 6 bis 12b GSpG
- Bereitstellung eines attraktiven Spielangebots für den österreichischen Markt, sowie dessen fortlaufende Weiterentwicklung und verantwortungsbewusste Vermarktung zur Verhinderung der Abdrängung der österreichischen Glücksspielnachfrage in die Illegalität;
- Aufrechterhaltung des Niveaus der Marktdurchdringung sowie deren organische Weiterentwicklung über die Dauer der Konzession (keine Angebotsmaximierung) zur Verhinderung der Abdrängung der österreichischen Glücksspielnachfrage in die Illegalität;
- Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtung bevorzugter Vertriebswege (§ 16 Abs. 12 bis 14 GSpG: Lotto/Toto und Zusatzspiel über Tabaktrafikanten, Zahlen- und Klassenlotterie über Lottokollekturen) sowie insgesamt ein effektives und flächendeckendes Vertriebsnetzwerk im österreichischen Bundesgebiet;
- Auswahl des Bewerbers, von dem die bestmögliche Ausübung der Konzession unter Berücksichtigung der gesetzlichen Bestimmungen und ordnungspolitischen Zielsetzungen zu erwarten ist.

## 1.2. [...]

### 1.3. Umfang der Konzession

Die Konzessionsdauer beginnt am 01. Oktober 2012, wird nach Maßgabe der bestehenden Gesetzeslage für einen Zeitraum von fünfzehn (15) Jahren erteilt und umfasst das Recht und die Pflicht zur Durchführung der Ausspielungen nach den §§ 6 bis 12b GSpG (Lotto, Toto, Zusatzspiel, Sofortlotterien, Klassenlotterie, Zahlenlotterie, Nummernlotterien, Elektronische Lotterien, Bingo und Keno). Traditionelle Sportwetten stellen kein Glücksspiel im Sinne des Glücksspielgesetzes dar und sind nicht Gegenstand dieser Konzession.

Der Konzessionsbescheid hat gemäß § 14 Abs. 4 GSpG bestimmte Festlegungen zu enthalten und kann mit Nebenbestimmungen versehen werden. Siehe dazu Kapitel 6.

Der Konzessionär ist nach Erteilung der Konzession für die sichere, stabile und umfassende Durchführung und Abwicklung der Ausspielungen unter besonderer Rücksichtnahme auf die ordnungspolitischen Ziele verantwortlich.

Gemäß § 16 Abs. 1 GSpG hat der Konzessionär für die übertragenen Glücksspiele Spielbedingungen aufzustellen, welche der vorherigen Bewilligung der Bundesministerin für Finanzen bedürfen (ausgenommen Elektronische Lotterien im Sinne des § 12a Abs. 2 bis 4 GSpG). Beispiele für die bestehende Bewilligungspraxis sind in den bestehenden Spielbedingungen ersichtlich.

Hinweis: Sämtliche Rechte an Marken, Namen, Logos, Produkten (soweit geschützt) usw. im Zusammenhang mit derzeit bestehenden Ausspielungen liegen ausschließlich beim bestehenden Konzessionär, so dass seitens des Konzessionsgebers keine diesbezüglichen Rechte auf den neuen Konzessionär übertragen werden können.

[...]

1.4. – 1.8. [...]

## 2. Bestehendes Lotterieangebot

[...]

## 3. Verfahren

### 3.1. Ablauf

Das Verfahren wird nach dem Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) in Verbindung mit den Bestimmungen des GSpG und den Prinzipien der Transparenz und Nichtdiskriminierung durchgeführt. Die Konzessionserteilung erfolgt daher im behördlichen Verfahren durch Bescheid und nicht nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes (BVergG).

Die vorliegende Unterlage zur Teilnahme an der Interessentensuche 'Lotteriekonzession' orientiert sich speziell an den Vorgaben des § 14 Abs. 2 Z 1 bis 7 GSpG, wobei für die Ziffern 1 bis 6 entsprechende Darstellungen bzw. Nachweise erbracht und für die Ziffer 7 weitere Erklärungen und Details zu den einzelnen Anforderungen dargelegt werden müssen. Interessenten können auf Grundlage dieser Unterlagen einen 'Antrag' zur Konzessionserteilung mit den geeigneten Nachweisen und Erklärungen zu den einzelnen geforderten Punkten stellen.

[...]

Gemäß § 14 Abs. 1 GSpG hat die Bundesministerin für Finanzen festzulegen, innerhalb welcher Frist Anträge auf Konzessionserteilung zu stellen sind und welche Unterlagen dabei verpflichtend vorzulegen sind. Diese Festlegungen erfolgen in diesem Dokument.

Sämtliche Bewerber müssen fristgerecht einen Antrag auf Konzessionserteilung einbringen und die Voraussetzungen nach § 14 Abs. 2 Z 1 bis 6 GSpG zwingend erfüllen. Nähere diesbezügliche Festlegungen finden sich in den Punkten 5.2 bis 5.4 dieser Unterlage. Wenn mehrere Bewerber diese Voraussetzungen erfüllen, erfolgt die Auswahl des Konzessionswerbers anhand der Kriterien des § 14 Abs. 2 Z 7 GSpG. Entsprechende Festlegungen finden sich in den Punkten 5.5.1 bis 5.5.10 dieser Unterlage.

Der Konzessionsgeber behält sich vor, gegebenenfalls ergänzende Angaben, die erforderlich sind um eine Entscheidung nach § 14 Abs. 2 Z 7 GSpG treffen zu können, von den Konzessionswerbern abzuverlangen.

[...]

Nach Abschluss der Bewertungen wird eine Konzession gemäß § 14 Abs. 4 GSpG per Bescheid erteilt.

[...]

### 3.2. Registrierung, Unterlagen und Kommunikation

Alle Unterlagen im Rahmen dieses Verfahrens werden über das Internetportal des BMF unter [www.bmf.gv.at](http://www.bmf.gv.at) veröffentlicht. Nur eine Registrierung stellt sicher, dass Interessenten dem BMF bekannt sind und somit bei Bedarf per Email Informationen zum Verfahren zugesendet werden können. Dabei werden allen registrierten Interessenten Zugangsdaten zu einem entsprechenden Bereich der Internetseite des BMF zur Verfügung gestellt. Eine Liste mit registrierten Interessenten wird nicht veröffentlicht.

Das BMF hat für eine allfällige Kommunikation mit den Interessenten bzw. Antragstellern ein Email-Postfach eingerichtet. Alle Fragen bzw. Anliegen sind an folgende Email Adresse zu richten:

[Lotterien.Konzessionen@bmf.gv.at](mailto:Lotterien.Konzessionen@bmf.gv.at)

Kontaktaufnahmen zu diesem Verfahren haben ausschließlich unmittelbar mit der Behörde und grundsätzlich über dieses Email-Postfach zu erfolgen und nicht mit den externen Experten oder den Beiratsmitgliedern.

3.3. [...]

### 3.4. Zeitachse

Nachfolgend ist der Zeitplan der Interessentensuche dargestellt. Die Bundesministerin für Finanzen kann den Zeitplan jederzeit nach Bedarf ändern.

Einreichung von Fragen zum Verfahren bis	24. Juni 2011
Abgabefrist für Anträge bis	01. August 2011
Konzessionsbescheid beabsichtigt bis	Ende September 2011

3.5. – 3.6. [...]

### 3.7. Antragsempfänger und Antragsfrist

Die Antragsfrist endet am

01. August 2011

und bis dahin sind die Anträge bei der

Poststelle des BMF (auf Zufahrtsebene, zwischen 07:30 und 16:00 Uhr)  
Hintere Zollamtsstraße 2b  
1030 Wien

abzugeben oder zur Post zu geben. Die Vorgaben über die Einreichform der Anträge dazu finden sich in Kapitel 4.3.

Damit endet für die Konzessionswerber auch die angemessene Frist für die Interessensbekundung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 3 GSpG. Ergänzungen der Anträge sind nur auf Veranlassung der Behörde zulässig.

#### 3.7.1. Verspätete Anträge

Es liegt in der Verantwortung der Konzessionswerber, Anträge fristgerecht einzubringen. Anträge, die nicht fristgerecht eingebracht wurden, werden zurückgewiesen. Bei postalisch übermittelten Anträgen trägt der Bewerber das Risiko des tatsächlichen Einlangens.

[...]

3.8. – 3.10. [...]

### 4. Antragsinhalt und Struktur

4.1. – 4.7. [...]

### 5. Qualifikation des Konzessionswerbers

#### 5.1. Einführung

Die Anforderungen in diesem Abschnitt sollen sicherstellen, dass der Bewerber in der Lage ist und über die notwendigen Ressourcen verfügt, im Sinne der Zielsetzungen dieses Verfahrens ein Lotterieuunternehmen zu planen, zu organisieren und erfolgreich zu betreiben. Die Unternehmensstruktur und die Rechtsform müssen klar dargestellt werden, damit eine eindeutige Bewertung im Sinne der gesetzlichen Anforderungen möglich ist.

Hinweis: Sollten die gestellten Anforderungen an Informationen für eine eindeutige Entscheidung nicht ausreichen, so behält sich der Konzessionsgeber vor, im Rahmen der Evaluierung weitere, detailliertere Informationen gem. Kapitel 3.9 unter Wahrung einer angemessenen Frist einzufordern.

#### 5.2. Möglichkeiten der Bewerbung

Das Glücksspielgesetz sieht verschiedene Möglichkeiten hinsichtlich Gründung und Sitz der Kapitalgesellschaft vor. Folgende Szenarien bestehen:

1. Bestehende Kapitalgesellschaft in Österreich mit ausreichendem Stamm- oder Grundkapital: Die Konzession kann direkt an diese Kapitalgesellschaft erteilt werden.

2. Bestehende Kapitalgesellschaft mit Sitz im EU/EWR Ausland und beabsichtigter Gründung einer Kapitalgesellschaft mit Sitz in Österreich im Fall der Erteilung einer Konzession: Diesfalls muss die ausländische Kapitalgesellschaft alle Bedingungen selbst erfüllen und es kann bei erfolgreicher Bewerbung die Konzession direkt an sie erteilt werden. In der Folge hat diese innerhalb einer bestimmten Frist eine Kapitalgesellschaft (Tochtergesellschaft) mit Sitz in Österreich zu gründen, die die Voraussetzungen gemäß § 14 Abs. 2 GSpG insbesondere die Stamm- oder Grundkapitalforderungen erfüllt. Die Konzession wird nach Gründung von der Muttergesellschaft auf die neu gegründete österreichische Tochtergesellschaft übertragen.

3. Bestehende Kapitalgesellschaft mit Sitz im EU/EWR Ausland, welche über eine vergleichbare Lotterienkonzession verfügt und über den Weg einer behördlichen Aufsichtskette beaufsichtigt werden kann. In diesem Fall muss diese Kapitalgesellschaft das Stamm- und Grundkapital gemäß § 14 Abs. 1 Z 3 GSpG nachweisen und die Konzession verbleibt bei der Kapitalgesellschaft. In Österreich genügt gemäß § 14 Abs. 3 GSpG eine bloße Niederlassung.

Der Bewerber muss klar und verständlich darstellen, welches Szenario für ihn zum Tragen kommen soll, wie und wann Gesellschaften gegründet werden sowie wann und in welcher Gesellschaft das erforderliche Stamm- und Grundkapital zur Verfügung stehen wird. Auch muss der Bewerber ausführen, welche Garantien dem Konzessionsgeber geboten werden, damit die termingerechte Ausübung der Konzession sichergestellt werden kann.

Vom Bewerber sind hierzu besonders auch die Ausführungen in Kapitel 6.2 zu beachten.

### 5.3. Informationen zum Konzessionswerber

Jeder Bewerber muss im Rahmen des Antrags folgende Informationen (oder möglichst nahekommende bzw. vergleichbare Dokumente) zur Verfügung stellen. Anzugeben sind:

1. Alle Namen, unter welchen das Unternehmen firmiert oder in den letzten fünf (5) Jahren firmiert hat.
2. Details der Registrierung des jeweiligen Unternehmens, wie folgt:
  - a. Firmenbuchauszug (bzw. vergleichbare Registrierungsurkunde(n), in der (denen) Registrierungsnummer, Registrierungsdatum, Ort der Registrierung, Adresse der Geschäftsanschrift, Rechtsform, usw. enthalten sind)
  - b. Adresse(n) von Niederlassungen/Büros in Österreich und gegebenenfalls von weiteren außerhalb Österreichs im Bereich der EU oder des EWRs

- c. Gründungsurkunde(n) oder gleichwertige Urkunde und Satzung
- d. Details über die Personen des Aufsichtsrats (Name, Funktion, Firma, etc.)
- e. Namen von Geschäftsführern und Prokuristen

3. Namen und Adressen der Wirtschaftsprüfer, der Rechtsvertretung sowie der Hauptbanken des Konzessionswerbers.

4. Namen und kurze Beschreibung von Subunternehmen, welche im Rahmen der Konzessionsausübung für den Spielbetrieb erforderliche Leistungen erbringen werden.

Die Anforderungen von Punkt 1 und 2 gelten für den Konzessionswerber, alle Gesellschafter des Konzessionswerbers und deren Eigentümer, die entweder direkt oder indirekt mehr als drei (3) Prozent am Konzessionswerber (oder Gesellschafter) halten, sowie für Tochtergesellschaften (falls vorhanden) des Konzessionswerbers, an denen der Konzessionswerber Beteiligungen von mehr als 10% hält.

#### 5.4. Kriterien für den Konzessionswerber

Der Bewerber muss nachfolgende Voraussetzungen erfüllen und in diesem Zusammenhang die jeweilige Situation darstellen:

##### 5.4.1. Unternehmensrechtsform und Sitz

Das Unternehmen muss in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat geführt werden, sein Sitz nach Maßgabe des § 14 Abs. 3 GSpG in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes liegen und den Spielbetrieb in einer Form abwickeln, die eine effektive und umfassende ordnungspolitische Aufsicht nach dem Glücksspielgesetz erlaubt. [§ 14 Abs. 2 Z 1 GSpG]

Folgende Angaben sind zu machen:

1. Name, Adresse (Sitz), Stadt, Land des konzessionswerbenden Unternehmens
2. (Geplanter) Standort für die Hauptabwicklung des Spielbetriebs
3. (Geplante) Standorte der zentralen, technischen Infrastruktur
4. (Geplante) Standorte der Finanzabteilung

Der Aufsichtsrat soll zum Zeitpunkt der Antragstellung ernannt sein. Ist dies jedoch nicht der Fall, so sind vom Bewerber die verschiedenen, zu besetzenden Rollen und Funktionen zu bezeichnen, mit einem Zeithorizont zur Besetzung zu versehen, sowie voraussichtlich zur Wahl stehende Namen zu nennen.

Falls der Sitz der Kapitalgesellschaft zur Ausübung der Konzession nicht in Österreich liegt und auch nicht geplant ist, in Österreich eine eigene Kapitalgesellschaft zu begründen, sind folgende Zusatzinformationen erforderlich:

- a. Beschreibung der Lotteriekonzession (Umfang, Glücksspiele, Darstellung der betrieblichen Aktivitäten, etc.)
- b. Beschreibung der maßgeblichen Glücksspielaufsicht vor Ort, deren Kontrollmaßnahmen (im Detail) sowie eine schriftliche Erklärung dieser Glücksspielaufsicht zur Bereitschaft, erforderlichenfalls Kontrollauskünfte an die österreichische Aufsicht zu übermitteln und für sie Kontrollmaßnahmen vor Ort nach österreichischen Aufsichtsstandards durchzuführen (behördliche Aufsichtskette).
- c. Form der österreichischen Niederlassung(en)
- d. Geschäftsführung (Namen und Adressen) der österreichischen Niederlassung(en)
- e. Standort(e) der österreichischen Niederlassung(en)
- f. Berichtslinien und Organe der österreichischen Niederlassung(en) innerhalb der ausländischen Kapitalgesellschaft

#### 5.4.2. Satzung der Kapitalgesellschaft

Die Satzung der Kapitalgesellschaft darf keine Bestimmungen enthalten, die die Sicherheit und die ordnungsgemäße Spieldurchführung gefährden könnten. [§ 14 Abs. 2 Z 2 GSpG]

Die Satzung der Konzessionswerbers wird diesbezüglich überprüft (übermittelt gemäß Abschnitt 5.3., Ziffer 2.c). Vom Bewerber ist unter diesem Abschnitt nur ein Kapitel-Verweis auf die Satzung des Konzessionswerbers im Antragsdokument einzufügen.

#### 5.4.3. Stamm- und Grundkapital

Die Kapitalgesellschaft muss über ein eingezahltes Stamm- oder Grundkapital von mindestens 109 Millionen Euro verfügen, deren rechtmäßige Mittelherkunft in geeigneter Weise nachgewiesen wird. Das eingezahlte Stamm- oder Grundkapital muss zudem den Geschäftsleitern unbeschränkt und nachgewiesener Maßen für den Spielbetrieb im Inland zur freien Verfügung steht und darf im Zeitpunkt der Konzessionsbewerbung nicht durch Bilanzverluste geschmälert sein (Haftungsstock). [§ 14 Abs. 2 Z 3 GSpG]

Der Bewerber hat dazu folgende Nachweise zu erbringen:

1. Vorlage einer geprüften Bilanz eines Geschäftsjahres, das nicht vor dem 1.1.2010 geendet hat, in der ein eingezahltes Stamm- oder Grundkapital von mindestens EUR 109 Millionen ausgewiesen ist, welches nicht durch Bilanzverluste geschmälert wurde; wenn dieser Betrag durch die letzte Bilanz nicht nachweisbar ist (z.B. Neugründung oder Kapitalaufstockung bei der Kapitalgesellschaft), sind andere geeignete Nachweise einschließlich entsprechender Bestätigung durch einen Wirtschaftsprüfer zu erbringen.
2. Vorlage einer Erklärung der Geschäftsführung der Kapitalgesellschaft, dass ein Betrag von mindestens EUR 109 Millionen unbeschränkt als ausschließlicher Haftungsstock für den Spielbetrieb nach § 14 GSpG zur freien Verfügung steht oder der Tochtergesellschaft zur Verfügung stehen wird. Dieser Betrag darf

nicht durch andere Haftungsverpflichtungen – etwa für die Ausübung anderer in- oder ausländischer Glücksspielkonzessionen – geschmälert sein.

3. Plausibilisierung der rechtmäßigen Mittelherkunft unter Darlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Kapitalgesellschaft unter Beilage allfälliger Jahresabschlüsse und Prüfberichte der letzten drei Jahre.

Ein Verweis auf bereits beigebrachte Unterlagen an anderer Stelle im Antrag ist zulässig.

#### 5.4.4. Beteiligungen

Die Personen, die eine Beteiligung am Konzessionär halten und über einen beherrschenden Einfluss verfügen, müssen den Ansprüchen genügen, die im Interesse einer soliden und umsichtigen Konzessionsausübung und der Zuverlässigkeit in ordnungspolitischer Hinsicht liegen. [§ 14 Abs. 2 Z 4 GSpG]

Der Bewerber muss die Seriosität und Unbescholtenheit der natürlichen und/oder juristischen Personen, die als Eigentümer und/oder Geschäftsführer von Gesellschaftern, die mittelbar oder unmittelbar mehr als 25% am antragstellenden Unternehmen halten, nachzuweisen.

Diese Nachweise haben folgende Angaben zu enthalten:

1. ob gegen die Personen oder das beteiligte Unternehmen ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde;
2. ob gegen die Personen oder das beteiligte Unternehmen eine rechtskräftige Verurteilung für einen der folgenden Tatbestände zutrifft: Mitgliedschaft bei einer kriminellen Organisation (§ 278a des Strafgesetzbuches – StGB, BGBl. Nr. 60/1974), Bestechung (§§ 302, 307, 308 und 310 StGB; § 10 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl. Nr. 448), Betrug (§§ 146 ff StGB), Untreue (§ 153 StGB), Geschenkannahme (§ 153a StGB), Förderungsmissbrauch (§ 153b StGB) oder Geldwäscherei (§ 165 StGB) bzw. einen entsprechenden Straftatbestand gemäß den Vorschriften des Landes in dem der Unternehmer seinen Sitz hat;
3. ob die Personen oder das beteiligte Unternehmen ihre Verpflichtungen zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben in Österreich oder nach den Vorschriften des Landes, in dem sie niedergelassen sind, erfüllt haben.

#### 5.4.5. Qualifikation der Geschäftsleitung

Die Geschäftsleiter müssen auf Grund ihrer Vorbildung fachlich geeignet sein, über die für den ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb erforderlichen Eigenschaften und Erfahrungen verfügen und es darf kein Ausschließungsgrund nach § 13 der Gewerbeordnung 1994 gegen sie vorliegen. [§ 14 Abs. 2 Z 5 GSpG]

Der Bewerber muss die fachliche Qualifikation in geeigneter Form (z.B. durch Lebensläufe, Urkunden, ...) durch Angabe von besonderen Kenntnissen, Funktionen, Vorbildung, Auszeichnungen, usw. der Geschäftsleiter des Konzessionswerbers angeben.

Der Bewerber muss auch bestätigen, dass gegen die Geschäftsleiter kein Ausschließungsgrund nach § 13 der Gewerbeordnung 1994 vorliegt (z.B. bestimmte gerichtliche Verurteilung, finanzstrafbehördliche Bestrafung, Eröffnung von Konkurs-/Ausgleichsverfahren). Die Angaben sind durch entsprechende behördliche Auskünfte nachzuweisen. Wenn im Sitzstaat des Bewerbers derartige behördliche Auskünfte nicht erlangbar sind, ist eine eidesstattliche Erklärung zu den Ausschließungsgründen gemäß § 13 der Gewerbeordnung 1994 zu erbringen.

#### 5.4.6. Wirksame Aufsicht

Die Struktur des allfälligen Konzerns, dem der oder die Eigentümer, die eine qualifizierte Beteiligung an dem Unternehmen halten, angehören, und die Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Sitzstaates dürfen eine wirksame Aufsicht über den Konzessionär nicht behindern. [§ 14 Abs. 2 Z 6 GSpG]

Die Struktur des allfälligen Konzerns ist an dieser Stelle durch ein Organigramm darzustellen. In dieser Struktur sind die Beteiligungsverhältnisse ersichtlich zu machen. Auch ist darzulegen, wie aus der Sicht des Bewerbers wirksame Aufsicht durch die österreichischen Behörden möglich ist bzw. ermöglicht werden kann.

#### 5.5. Fachliche Qualifikation des Konzessionswerbers

Nachfolgende Punkte fordern eine Darstellung der Qualifikation des Bewerbers anhand konkreter, fachlicher Kriterien.

##### 5.5.1. Erfahrungen

Der Bewerber muss seine relevante Erfahrung in der Errichtung, im technischen und organisatorischen Betrieb und in der Weiterentwicklung eines Lotterieuunternehmens beschreiben. Im Besonderen sind Angaben zu in Komplexität vergleichbaren Lotterie-Unternehmungen innerhalb der EU oder des EWR zu machen, die zumindest seit fünf (5) Jahren in Vollbetrieb stehen.

Der Bewerber hat den Namen der Lotterie oder des vergleichbaren Lotterieuunternehmens, die in diesem Unternehmen wahrgenommene Verantwortung und eine kurze Beschreibung der erbrachten Leistungen (z.B. Geschäftsplanung, Organisation und Personalbesetzung, Technologien, Vertriebsnetzwerk, Marketing, usw.) sowie der angebotenen Glücksspiele anzugeben. Zudem ist seine Erfahrung mit der behördlichen Glücksspielaufsicht zu beschreiben und sind allfällige für angegebene Referenzunternehmungen im Ausland maßgebliche Aufsichtsbestimmungen und Aufsichtsstandards darzustellen.

Von speziellem Interesse sind vergangene, gegebenenfalls vergleichbare Erfahrungswerte im Bereich der anzubietenden Glücksspiele gemäß GSpG, deren Einführung und Darstellung von positiven und negativen Einflussfaktoren für deren Entwicklung über einen Zeitraum von zumindest fünf (5), bevorzugt mehr, Jahren.

Auch soll angegeben werden, ob die verschiedenen Leistungen selbst oder durch Subunternehmen bzw. Lieferanten geleistet wurden.

Die Erfahrungen, die durch Unternehmen einbracht werden, welche am Bewerber wesentlich (mind. 25%) beteiligt sind oder an denen der Bewerber wesentlich beteiligt ist, werden berücksichtigt.

[...]

#### 5.5.5. Spielsuchtvorbeugung

Proaktive Spielsuchtvorbeugung ist eines der wichtigsten ordnungspolitischen Ziele des Konzessionsgebers. Das Spielangebot muss so ausgerichtet sein, dass Spielsuchtpotentiale festgestellt werden und in die Produktentscheidung einfließen.

Der Bewerber muss seine Prozesse, Aktivitäten, Systeme, und Einrichtungen zur Spielsuchtvorbeugung und Mechanismen zur Erkennung von Spielsucht beschreiben. Auch ist darzulegen, mit welchen Maßnahmen die Wirksamkeit der Aktivitäten überprüft wird.

Zusätzlich sind Prozesse und Maßnahmen zu beschreiben, die im Falle von potentieller oder identifizierter Spielsucht eines Spielteilnehmers ergriffen werden. Auch soll dargestellt werden, wie gegebenenfalls das Umfeld des Spielteilnehmers berücksichtigt wird.

#### 5.5.6. Spielerschutz

Spielerschutz gehört ebenso wie die Spielsuchtvorbeugung zu den wichtigsten ordnungspolitischen Zielen. Der Bewerber muss nachvollziehbar darlegen, dass er alle erforderlichen Maßnahmen ergreift, um die Interessen der Spielteilnehmer zu schützen, diese fair zu behandeln und die Altersgrenzen zur Teilnahme effektiv durchzusetzen.

Der Bewerber muss seine Spielerschutzmaßnahmen umfassend beschreiben und hat Vorschläge zu deren Fortentwicklung zu unterbreiten, besonders hinsichtlich

1. Jugendschutz, wie insbesondere die Verhinderung von Teilnahme an Glücksspielen durch Personen unter der festgelegten Altersgrenze
2. Berücksichtigung von Spielerschutzüberlegungen bei der Spiel/Produktplanung
3. Konsumentenschutz zur Wahrung der Interessen der Spieler
4. Sicherstellung der Verpflichtungen aus dem Spielvertrag, insbesondere der ordnungsgemäßen Spielteilnahme und der Gewinnauszahlungen
5. 'Responsible Gaming' Aktivitäten und Maßnahmen

6. Werbetätigkeiten
7. Schulungen
8. Kooperationen und Forschung mit Fachexperten
9. Gewinnerbetreuung
10. Zusammenarbeit mit Spielerschutzeinrichtungen
11. allfällige, weitere Spielerschutzmaßnahmen

Der Konzessionär ist auch zur Zusammenarbeit mit der Stabstelle für Suchtprävention und Suchtberatung des BMF verpflichtet.

#### 5.5.7. Geldwäsche- und Kriminalitätsvorbeugung

Vorbeugungsmaßnahmen zur Verhinderung von Geldwäsche und Kriminalität sind weitere, wichtige ordnungspolitische Ziele. Es ist von eminentem Interesse des Konzessionsgebers, Glücksspiel in legaler und kontrollierter Form anzubieten und damit die gebotenen Möglichkeiten zur illegalen Abwicklung von Glücksspielen weitestgehend einzuschränken. Dennoch birgt auch der legale Bereich ein großes Gefahrenpotential.

Der Bewerber muss seine Prozesse, Maßnahmen, Systeme und Einrichtungen

1. zur Geldwäsche und Kriminalitätsvorbeugung sowie
2. zum Schutz gegen weitere Formen illegaler oder nicht erlaubter Aktivitäten in Bezug auf den Spielbetrieb (z.B. Innentäter, Datenintegrität, usw.)

beschreiben.

#### 5.5.8. Betriebssicherheit

Unter Betriebssicherheit ist die sichere und dauerhafte Abwicklung und Durchführung von Ausspielungen ohne nennenswerte Unterbrechungen zu verstehen. Solche Unterbrechungen oder Minderungen im Produkt- und Spielangebot könnten zu unerwünschter Verlagerung von Spielteilnahmen zu Spielangeboten außerhalb der ordnungspolitischen Kontrolle führen. Der Bewerber muss darlegen, mit welchen Maßnahmen er dies verhindern wird. Zumindest sind folgende Bereiche zu beschreiben:

1. Geschäftskontinuität: Angaben zu den Geschäftskontinuitätsstrategien und Plänen, bzw. deren Entwicklung
2. Versicherungen: Angaben über (gegebenenfalls bestehende) Versicherungen und deren Deckungssummen
3. Risikomanagement: Angaben zu proaktiven Risikomanagementprozessen, sowohl operativ als auch strategisch.
4. Sicherstellung der Kontinuität: Mit welchen Maßnahmen stellt der Bewerber sicher, dass die kontinuierliche Durchführung von Ausspielungen gem. §§ 6 – 12b GSpG (speziell im Fall einer Konzessionsneuübernahme) gewährleistet wird.
5. Abhängigkeiten von Vertragspartnern (insbesondere Subunternehmer, Lieferanten, usw.) können ebenso zu Einschränkungen der Betriebssicherheit

führen. Der Bewerber soll seine grundsätzlichen Richtlinien und Geschäftsbeziehungen in diesem Zusammenhang beschreiben.

6. Sicherheitskonzepte für die einzelnen Standorte (z.B. Rechenzentrum, VLT-Outlets, ...) gegen Überfall, Betrug und Cybercrime sowie andere strafrechtliche Angriffe

[...]

## 6. Konzessionsbescheid

Der Konzessionsbescheid muss gemäß § 14 Abs. 4 Z 2 GSpG bestimmte Festlegungen enthalten und kann mit Nebenbestimmungen versehen sein. Diese werden nachfolgend erläutert.

### 6.1. Gesetzlich geforderte Festlegungen

1. Die Konzessionsdauer beginnt mit 01.10.2012 und beträgt 15 Jahre.
2. Nach Erteilung der Konzession ist eine Sicherstellung für die Konzessionsdauer zu leisten. Diese wird in Abhängigkeit vom angebotenen Glücksspielportfolio, jedenfalls mit mindestens 20 % des gesetzlichen Mindestgrund- oder Stammkapitals des Konzessionärs festgesetzt. [...]

6.2. [...]

## 7. Evaluierung und Entscheidungskriterien

[...]

7.1. [...]

### 7.2. Konzessionserteilung

Die Bundesministerin für Finanzen wird jenem Bewerber, der sämtliche Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Z 1 bis 6 GSpG erfüllt und die Anforderungen nach § 14 Abs. 2 Z 7 GSpG am besten erfüllt, die Konzession durch Bescheid erteilen."

## III.

1. Mit Bescheid der Bundesministerin vom 10. Oktober 2011 wurde der Österreichischen Lotterien Gesellschaft m.b.H. die Konzession gemäß § 14 GSpG zur Durchführung von Ausspielungen nach den §§ 6 bis 12b GSpG für den Zeitraum von 1. Oktober 2012 bis 30. September 2027 erteilt.

6

1.1. Die Bundesministerin führt in der Begründung des Bescheides zunächst aus, dass bei der zeitlichen Planung des Verfahrens zur Neuerteilung der Lotterienkonzession einerseits zu beachten gewesen sei, dass die zuletzt erteilte Konzession mit 30. September 2012 enden würde und dass andererseits ein neuer Konzessionär nach Erteilung der Konzession noch ausreichend Zeit haben müsse, sämtliche in § 14 Abs. 1 GSpG genannten Spiele zu implementieren, was bedeute, dass die notwendige Infrastruktur zu schaffen und die Betriebswege zu installieren seien. Nach den Wertungen des Glücksspielgesetzes sei für diesen Prozess von der Entscheidung, die Konzession an einen neuen Konzessionär zu vergeben, bis zu dem Zeitpunkt, zu dem dieser spielbereit sei, eine Frist von einem Jahr erforderlich.

7

1.2. Nach Darstellung des Verfahrensganges weist die Bundesministerin darauf hin, dass für die Frage des Vorliegens der Voraussetzungen nach § 14 Abs. 2 Z 1 bis 6 GSpG der Zeitpunkt der Antragstellung maßgeblich sei. Auf nach Fristablauf vorgelegte Unterlagen, die inhaltlich eine Änderung der Anträge darstellen würden, sei bei der Entscheidungsfindung nicht Bedacht zu nehmen. Nach der Konzeption des § 14 Abs. 2 und 6 GSpG sei zunächst hinsichtlich jedes Antragstellers gesondert zu prüfen, ob dieser die Voraussetzungen nach § 14 Abs. 2 Z 1 bis 6 GSpG erfülle. Da die Erteilung einer Konzession an einen Antragsteller, der diese Voraussetzungen nicht erfülle, jedenfalls unzulässig sei, könnten dessen subjektive Rechte durch die Erteilung der Konzession an einen anderen Antragsteller schon abstrakt nicht berührt werden. Die Österreichische Lotterien Gesellschaft m.b.H. habe als einzige der bewerbenden Gesellschaften die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Konzession nach § 14 Abs. 2 Z 1 bis 6 GSpG erfüllt, sodass keine Verwaltungsverfahrensgemeinschaft anzunehmen gewesen sei. Mangels weiterer, die Voraussetzungen der Z 1 bis 6 des § 14 Abs. 2 GSpG erfüllender Bewerber liege daher kein Anwendungsfall des § 14 Abs. 6 GSpG vor und sei eine vergleichende Prüfung und Entscheidung durch die Bundesministerin gemäß Z 7 leg.cit. nicht erforderlich gewesen.

8

1.3. Gegen diesen Bescheid erhob die zu B 1338/11 beschwerdeführende Gesellschaft Beschwerde, welche zu B 1339/11 anhängig ist.

9

2. Mit den hier maßgeblichen Bescheiden der Bundesministerin vom 10. Oktober 2011, Zlen. BMF-180000/0123-VI/5/2011, BMF 180000/0122-VI/5/2011 und

10

BMF-180000/0120-VI/5/2011, wurden die Anträge der zu B 1337/11, B 1338/11 und B 1340/11 beschwerdeführenden Gesellschaften auf Erteilung einer Konzession gemäß § 14 GSpG abgewiesen.

2.1. Die Begründung der abweisenden Bescheide deckt sich in ihrem ersten Teil im Wesentlichen mit jener des Bescheides, mit dem die Konzession an die Österreichische Lotterien Gesellschaft m.b.H. erteilt wurde (siehe oben Pkt. 1). Die Abweisung der Anträge wird damit begründet, dass die Anträge der nunmehr beschwerdeführenden Gesellschaften – aus unterschiedlichen, jeweils näher ausgeführten Gründen – die nach § 14 Abs. 2 Z 1 bis 6 GSpG gesetzlich geforderten Voraussetzungen nicht erfüllt hätten und die beschwerdeführenden Gesellschaften daher nicht Teil einer allfälligen Verwaltungsverfahrensgemeinschaft sein könnten.

11

2.2. Sodann führt die Bundesministerin zu den beschwerdeführenden Gesellschaften im Einzelnen Folgendes aus:

12

2.2.1. Die zu B 1337/11 beschwerdeführende Gesellschaft, eine am 26. Juli 2011 gegründete maltesische "Limited" (Kapitalgesellschaft), habe keinen Aufsichtsrat ernannt. Es seien zwar Aufsichtsratsmitglieder namhaft gemacht worden, im Antrag werde jedoch kein Zeithorizont für deren Ernennung genannt. Die beschwerdeführende Gesellschaft verfüge über keine Niederlassung in Österreich, beabsichtige jedoch für den Fall der Erteilung der Konzession innerhalb von zwei Monaten die Gründung einer Kapitalgesellschaft in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Österreich. In der Satzung der beschwerdeführenden Gesellschaft würden in glücksspielrelevanter Hinsicht "VLT-Glücksspiele" genannt, sodass insoweit ausschließlich Online-Glücksspiele als Gesellschaftszweck angeführt würden. Im Zeitpunkt der Antragstellung habe das eingezahlte Stammkapital € 1.165,-- betragen und es seien keine Bilanzen oder Prüfberichte vorgelegt worden. Ebenso wenig seien im Zusammenhang mit der Unbedenklichkeit der Eigentümer bzw. Beteiligungen iSd § 14 Abs. 2 Z 4 GSpG bzw. zur Frage der Qualifikation der Geschäftsleitung iSd § 14 Abs. 2 Z 5 GSpG Nachweise bzw. Urkunden vorgelegt worden. Schließlich habe die beschwerdeführende Gesellschaft keine Angaben zu den Rechts- und Verwaltungsvorschriften ihres Sitzstaates gemacht.

13

Die Voraussetzung des § 14 Abs. 2 Z 2 GSpG, wonach eine Konzession nur erteilt werden dürfe, wenn die Satzung der Kapitalgesellschaft keine Bestimmungen enthalte, die die Sicherheit und die ordnungsgemäße Spieldurchführung gefährden können, solle sicherstellen, dass die Geschäftsleiter auch innergesellschaftlich die notwendigen Rechte besitzen, um eine ordnungsgemäße Durchführung der zu übertragenden Glücksspiele zu ermöglichen. Zu prüfen sei dabei einerseits, ob die Satzung im Innenverhältnis die Durchführung der beantragten Glücksspiele erlaube und ob sie andererseits keine Bestimmungen enthalte, die ordnungspolitisch bedenklich seien und daher einer ordnungsgemäßen Spieldurchführung entgegenstehen. Die Satzung der zu B 1337/11 beschwerdeführenden Gesellschaft führe als Geschäftsgegenstand in glücksspielrelevanter Hinsicht jedoch lediglich "VLT-Glücksspiele" an und sei daher "enger" als die beantragte Konzession, weshalb die Gesellschaft im Innenverhältnis nicht den gesamten beantragten Konzessionsumfang abdecken könne, sodass dies eine ordnungsgemäße Spieldurchführung gemäß §§ 6 bis 12b GSpG gefährde.

14

Nach § 14 Abs. 2 Z 3 GSpG dürfe eine Konzession nach Abs. 1 leg.cit. nur einem Konzessionswerber erteilt werden, wenn die Kapitalgesellschaft über ein eingezahltes Stamm- oder Grundkapital von mindestens € 109 Millionen verfüge, dessen rechtmäßige Mittelherkunft in geeigneter Weise nachgewiesen werde und das den Geschäftsleitern unbeschränkt und nachgewiesener Maßen für den Spielbetrieb im Inland zur freien Verfügung stehe und im Zeitpunkt der Konzessionsbewerbung nicht durch Bilanzverluste geschmälert worden sei. Der für die Beurteilung maßgebliche Zeitpunkt sei daher ausdrücklich der Zeitpunkt der Bewerbung um die Konzession, nicht aber der Zeitpunkt, in dem die Konzession erteilt werde. Da die zu B 1337/11 beschwerdeführende Gesellschaft dieses Erfordernis nicht erfüllt habe, sei ihr Antrag auch aus diesem Grund abzuweisen gewesen.

15

2.2.2. Die zu B 1338/11 beschwerdeführende Gesellschaft sei eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach österreichischem Recht, deren Aufsichtsrat im Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht ernannt gewesen sei. Die beschwerdeführende Gesellschaft habe keine Satzung, sondern nur einen Firmenbuchauszug vorgelegt, dem zu entnehmen sei, dass der Unternehmensgegenstand "Betreiben und Vermarktung von Spielen; Lizenzerteilung" umfasse, und dass die beschwerdeführende Gesellschaft über ein eingezahltes Stammkapital in Höhe

16

von € 35.000,-- verfüge; das Stammkapital sei im Zeitpunkt der Bewerbung um die Konzession jedoch bereits durch Bilanzverluste geschmälert gewesen. Zur Frage der Unbedenklichkeit der Eigentümer bzw. Beteiligungen iSd § 14 Abs. 2 Z 4 GSpG hätten mangels Vorlage sämtlicher Unterlagen nur teilweise Feststellungen getroffen werden können. Der Geschäftsführer der beschwerdeführenden Gesellschaft verfüge über etwa 20 Jahre Berufs- und Managementenerfahrung sowie über Erfahrung in der Entwicklung und Konzeption des Produktes "L." im Jahr 2010.

Gemäß § 14 Abs. 2 Z 5 GSpG dürfe eine Konzession einem Konzessionswerber nur erteilt werden, wenn die Geschäftsleiter auf Grund ihrer Vorbildung fachlich geeignet seien, über die für den ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb erforderlichen Eigenschaften und Erfahrungen verfügen und kein Ausschließungsgrund nach § 13 Gewerbeordnung 1994 gegen sie vorliege. Für das "glücksspielspezifische Know-how" seien als Maßstab die Bereiche der beantragten Konzession anzusehen. Mit dem Verweis (lediglich) auf den Betrieb des "SMS-Glücksspiels" L. habe die beschwerdeführende Gesellschaft nicht die Abdeckung der notwendigen fachlichen Eignung und Erfahrung für die Durchführung der von der beantragten Konzession erfassten Glücksspielbereiche auf Ebene der Geschäftsleitung dargetan.

17

Ferner habe auch die zu B 1338/11 beschwerdeführende Gesellschaft das Erfordernis eines Stamm- oder Grundkapitals in der Höhe von mindestens € 109 Millionen im Zeitpunkt der Antragstellung nicht erfüllt.

18

2.2.3. Die zu B 1340/11 beschwerdeführende Gesellschaft sei eine Kapitalgesellschaft mit Sitz in Malta. Im Zeitpunkt der Antragstellung sei noch kein Aufsichtsrat ernannt worden; dies sei jedoch im Antrag für den Fall der Erteilung der Konzession an die beschwerdeführende Gesellschaft bis spätestens 11. Oktober 2011 in Aussicht gestellt worden. Die beschwerdeführende Gesellschaft verfüge über eine maltesische "Online-Glücksspiel-Lizenz der Klasse I (Class I Remote Gaming Licence)", die Casino-Spiele, Bingo, Slots und Lotterien umfasse und ausschließlich zum Online-Angebot dieser Produkte berechtige. Die beschwerdeführende Gesellschaft habe zwar angegeben, über den Weg einer behördlichen Aufsichtskette beaufsichtigt werden zu können, eine abschließende

19

Beurteilung des Umfanges der in der Erklärung der maltesischen Aufsichtsbehörde zugesicherten Unterstützung sei jedoch auf Grund des Antragsvorbringens allein nicht möglich. Die beschwerdeführende Gesellschaft verfüge über keine Niederlassung in Österreich und es sei auch nicht geplant, eine solche zukünftig zu errichten. Der Gründungsurkunde der beschwerdeführenden Gesellschaft sei als Geschäftsgegenstand in glücksspielrelevanter Hinsicht "Internetspiele und computergestützte Onlinespiele" zu entnehmen. Das eingezahlte Stammkapital habe im Zeitpunkt der Antragstellung € 100.000,-- betragen; ein Nachweis darüber, dass dieses den Geschäftsleitern unbeschränkt und nachgewiesenermaßen zur Verfügung stehe, sei nicht erbracht worden, ebenso wenig habe die beschwerdeführende Gesellschaft Angaben zur Mittelherkunft gemacht. Ferner habe die beschwerdeführende Gesellschaft keine Nachweise vorgelegt, ob gegen Personen oder beteiligte Unternehmen ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren eingeleitet worden sei oder darüber, ob die Personen oder das beteiligte Unternehmen ihre Verpflichtungen zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge oder Steuern und Abgaben erfüllt hätten. Hinsichtlich des Geschäftsleiters seien lediglich Erfahrungen mit Online-Glücksspiel dargelegt worden.

Gemäß § 14 Abs. 2 Z 1 GSpG dürfe eine Konzession nur einem Konzessionswerber erteilt werden, wenn das Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat geführt werde und sein Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes liege und die Abwicklung des Spielbetriebes in einer Form erfolge, die eine effektive und umfassende ordnungspolitische Aufsicht nach dem Glücksspielgesetz erlaube. Im Fall der erfolgreichen Bewerbung eines Interessenten mit Sitz außerhalb von Österreich sei die Konzession unter der Bedingung zu erteilen, dass der Sitz der Kapitalgesellschaft in Österreich errichtet werde, und mit der Auflage zu versehen, den Errichtungsnachweis binnen einer bestimmten Frist zu erbringen. Die Errichtung einer inländischen Kapitalgesellschaft zur Ausübung der Konzession sei nicht erforderlich, wenn die ausländische Kapitalgesellschaft in ihrem Sitzstaat über eine vergleichbare Lotterienkonzession verfüge und einer vergleichbaren staatlichen Glücksspielaufsicht unterliege, die im Sinne des § 19 GSpG der österreichischen Aufsicht erforderlichenfalls Kontrollauskünfte übermittle und für sie Kontrollmaßnahmen vor Ort durchführe (behördliche Aufsichtskette). Die beschwerdeführende Gesellschaft habe ihren Sitz in Malta und beabsichtige nicht die Errichtung einer Niederlassung in Öster-

20

reich, der Bundesministerin sei daher einer Sicherstellung der unionsrechtlich gebotenen genauen Überwachung des Alleinkonzessionärs gemäß § 14 GSpG nicht möglich. Die maltesische Lizenz sei entgegen der Ansicht der beschwerdeführenden Gesellschaft keine "vergleichbare Lotterienkonzession", da diese ausschließlich zum Online-Angebot berechtige.

Die von der beschwerdeführenden Gesellschaft vorgelegte Satzung führe als Geschäftsgegenstand in glücksspielrelevanter Hinsicht lediglich "Internetspiele und computergestützte Online-Spiele" an und sei daher enger als die beantragte Konzession, weshalb die beschwerdeführende Gesellschaft auch die Voraussetzung des § 14 Abs. 2 Z 2 nicht erfülle.

21

Ferner habe auch die zu B 1340/11 beschwerdeführende Gesellschaft das Erfordernis eines Stamm- oder Grundkapitals in der Höhe von mindestens € 109 Millionen im Zeitpunkt der Antragstellung nicht erfüllt.

22

Schließlich könne die aus dem Lebenslauf des Geschäftsführers ersichtliche Anstellung als "Verkaufsleiter – MakroMarkt Handelsges.m.b.H Wels" und dessen Tätigkeit als Geschäftsführer der bet-at-home-com Internet Limited, Malta, die über zwölf Mitarbeiter verfüge, nach allgemeiner Lebenserfahrung allein nicht als geeignet angesehen werden, um ausreichende Erfahrung in der Führung eines Unternehmens in der Größenordnung, wie sie für die ordnungsgemäße "Abwicklung" der zu erteilenden Konzession nötig sei, annehmen zu können; die beschwerdeführende Gesellschaft erfülle daher auch nicht die Voraussetzung des § 14 Abs. 2 Z 5 GSpG.

23

3. Gegen diese Bescheide richten sich die vorliegenden Beschwerden:

24

3.1. Die zu B 1337/11 beschwerdeführende Gesellschaft bringt zum einen vor, die Regelung des § 14 GSpG sei verfassungswidrig, da sie unverhältnismäßig in das Grundrecht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung eingreife: Die Argumentation des Verfassungsgerichtshofes im Erkenntnis VfSlg. 12.165/1989, dass "die besonderen Umstände des Spielbankenbetriebs und der notwendigen Aufsicht über Spielbanken" eine zahlenmäßige Begrenzung der zulässigen Spielbankkonzessionen rechtfertigen können, sei auf die Zulassung von Konzessionen nach

25

§ 14 GSpG nicht übertragbar, da bei Ausspielungen nach den §§ 6 bis 12b GSpG das öffentliche Interesse an der zahlenmäßigen Beschränkung der zu vergebenden Konzessionen nicht gegeben sei, da ein Suchtverhalten, wie dies etwa bei Glücksspielen, die in Spielbanken angeboten würden, auftreten könne, in Bezug auf Lotto, Toto oder Rubbellotterien unbekannt sei. Selbst wenn man jedoch ein öffentliches Interesse an der zahlenmäßigen Beschränkung der zu vergebenden Konzessionen annehmen würde, wäre der damit verbundene Eingriff in die Freiheit der Erwerbsbetätigung unverhältnismäßig: Die zahlenmäßige Beschränkung der zu vergebenden Konzessionen stelle nicht das gelindeste Mittel zur Verfolgung eines öffentlichen Interesses dar und die Regelung sei bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Grundrechtseingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe unverhältnismäßig. Das Erfordernis eines eingezahlten Stamm- oder Grundkapitals von mindestens € 109 Millionen stelle ebenso einen unverhältnismäßigen Eingriff dar und gehe zudem weit über das hinaus, was zur Verfolgung des öffentlichen Interesses der Sicherstellung für die Spielteilnehmer notwendig sei; dies insbesondere angesichts des Umstandes, dass für Kreditinstitute lediglich ein Anfangskapital von € 5 Millionen verlangt werde. Das nach § 14 Abs. 2 Z 3 GSpG verlangte Mindestkapital diene offenkundig nur dem Zweck, dass lediglich ein (bestimmtes) Unternehmen als Konzessionswerberin in Betracht komme.

Ferner verstoße das in § 14 Abs. 2 Z 3 GSpG festgelegte Eigenkapitalerfordernis gegen den Gleichheitssatz, da es – aus den oben dargelegten Gründen – unsachlich sei.

26

Im Übrigen habe die belangte Behörde § 14 Abs. 2 Z 2 GSpG angesichts dessen, dass sie es im angefochtenen Bescheid verabsäumt habe darzulegen, welcher Teil der Satzung der beschwerdeführenden Gesellschaft die Sicherheit und die ordnungsgemäße Spieldurchführung gefährde, denkunmöglich angewendet.

27

3.2. In der zu B 1338/11 protokollierten Beschwerde wird zunächst geltend gemacht, dass die von der Bundesministerin erlassene Verfahrensunterlage als Verordnung iSd Art. 18 Abs. 2 B-VG zum einen gesetzwidrig kundgemacht worden sei und zum anderen inhaltlich gegen gesetzliche Vorgaben verstoßen würde. Im Einzelnen wird dazu Folgendes vorgebracht:

28

Die Verfahrensunterlage sei angesichts dessen, dass sie eine behördliche Geschäftszahl des Bundesministeriums für Finanzen trage und darin ausgeführt werde, dass "Die Bundesministerin für Finanzen [...] mit diesem Verfahren Bewerbern, auf Basis der bekannten, gesetzlichen Anforderungen vorbereitete, schlüssige Anträge zur bestmöglichen Erreichung der ordnungspolitischen Ziele, darzulegen" ermögliche, von einer Verwaltungsbehörde erlassen worden. Die Verfahrensunterlage richte sich auch an einen generell-abstrakten Adressatenkreis, nämlich an alle "Bewerber, Konzessionswerber, Konzessionsbewerber" und enthalte einen für diese normativen und verbindlichen Inhalt. Da von allen Interessenten auf der Homepage des Bundesministeriums für Finanzen in die Verfahrensunterlage Einsicht genommen werden habe können, sei auch das erforderliche Mindestmaß an Publizität gegeben.

29

Die Verfahrensunterlage sei mangels Kundmachung im Bundesgesetzblatt II gemäß § 4 Abs. 1 Z 2 BGBIG nicht gehörig kundgemacht worden und schon deswegen gesetzwidrig.

30

Ferner bringt die antragstellende Gesellschaft vor, die Verfahrensunterlage verstoße gegen zwingende Vorgaben des Glücksspielgesetzes bzw. sei gesetzlos ergangen und verstoße gegen Verfassungs- bzw. Unionsrecht. Die antragstellende Gesellschaft bemängelt im Zusammenhang mit dem Verfahrensablauf insbesondere die – ihrer Ansicht nach zu kurz bemessene – Frist zur Antragstellung, die Zulassung lediglich einer Verfahrenssprache (Deutsch), das zwingende Erfordernis an die Antragsteller, über das Zertifikat "ISO 27001" und den "WLA Sicherheitskontrollstandard (WLA SCS)" zu verfügen sowie das Erfordernis, dass das gesetzlich geforderte Stamm- oder Grundkapital iHv € 109 Millionen bereits im Zeitpunkt der Antragstellung bar eingezahlt sein und den Geschäftsleitern ungeschmälert zur Verfügung stehen müsse. Die antragstellende Gesellschaft vermeint des Weiteren, dass durch Pkt. 3.10. der Verfahrensunterlage, wonach mit Abgabe des Antrags "noch kein Recht auf Erteilung der Konzession" entstehe, der Bundesministerin "offenbar ein schrankenloses Ermessen eingeräumt werden" solle. Im Zusammenhang mit der geforderten fachlichen Qualifikation wird vorgebracht, dass einige der in der Verfahrensunterlage aufgestellten Erfordernisse nicht dem Glücksspielgesetz zu entnehmen seien, ebenso wenig sei das in der Verfahrensunterlage vorgesehene Punktesystem aus dem Glücksspielgesetz

31

ableitbar. Die unter Pkt. 5.5.1. der Verfahrensunterlage geforderte Erfahrung bevorzuge den bisherigen Konzessionswerber in unsachlicher Weise, da diese bei "in Komplexität vergleichbaren Lotterie-Unternehmungen innerhalb der EU oder des EWR" gemacht worden seien müssten, es aber im gesamten EWR kein Lotterieunternehmen gebe, dass alle Ausspielungen iSd §§ 6 bis 12b GSpG in der nach österreichischem Recht geltenden Komplexität betreibe. Schließlich macht die antragstellende Gesellschaft einen Verstoß der Bestimmungen betreffend "Registrierung, Unterlagen und Kommunikation" gegen das AVG geltend.

Dadurch, dass die Verfahrensunterlage – unter unsachlicher Bevorzugung des aktuellen Konzessionärs – so ausgestaltet gewesen sei, dass die Chancen der beschwerdeführenden Gesellschaft auf Erteilung der Konzession von vorneherein ausgeschlossen gewesen seien, habe die belangte Behörde die beschwerdeführende Gesellschaft auch in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein faires Verfahren verletzt.

32

Die beschwerdeführende Gesellschaft macht – wie auch die zu B 1337/11 beschwerdeführende Gesellschaft – geltend, dass § 14 Abs. 2 Z 3 GSpG verfassungswidrig sei: Die Bestimmung sei zum einen unbestimmt, da nicht mit hinreichender Deutlichkeit erkennbar sei, ob das geforderte Stamm- oder Grundkapital iHv € 109 Millionen bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung oder aber erst zum Zeitpunkt der Erteilung der Konzession einbezahlt sein müsse und zum anderen sei die vorgeschriebene Höhe des Stamm- oder Grundkapitals angesichts dessen, dass die auf Grund der Lotterienkonzession durchgeführten Spiele überwiegend nach dem Totaliseurprinzip veranstaltet würden, unsachlich. § 14 Abs. 2 Z 3 GSpG verstoße zudem gegen das Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung, da ein gewisses Mindestkapital zwar im Hinblick auf den Spielerschutz und die Vorbeugung von Kriminalität und Geldwäsche geeignet sein könne, den öffentlichen Interessen gerecht zu werden, es jedoch fraglich sei, ob die Höhe von € 109 Millionen erforderlich sei. Schließlich sei das geforderte Mindestkapital unionsrechtswidrig.

33

Der angefochtene Bescheid sei zudem mit Willkür belastet, da die belangte Behörde zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass der Geschäftsführer der beschwerdeführenden Gesellschaft nicht ausreichend qualifiziert sei; die belangte Behörde hätte vielmehr den fehlenden Nachweis über glücksspielspezifische

34

Erfahrungen im Wege eines Verbesserungsauftrages nach § 13 Abs. 3 AVG nachfordern müssen. Dadurch, dass die belangte Behörde den Antrag der beschwerdeführenden Gesellschaft nicht zurück-, sondern abgewiesen habe, habe sie diese auch in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter verletzt.

Ferner sei die belangte Behörde in der Begründung des den Antrag der beschwerdeführenden Gesellschaft abweisenden Bescheides nicht darauf eingegangen, dass die beschwerdeführende Gesellschaft garantiert habe, dass das erforderliche Stamm- oder Grundkapital iHv € 109 Millionen unmittelbar vor oder unmittelbar nach Erteilung der Konzession aufgebracht werden würde. Die belangte Behörde hätte im Übrigen ohnehin im Wege einer verfassungskonformen Interpretation zu der Auffassung gelangen müssen, dass es ausreichend sei, wenn das Grund- oder Stammkapital im Zeitpunkt der Konzessionserteilung einbezahlt sei.

35

Die beschwerdeführende Gesellschaft bringt weiters unter Verweis auf EuGH 9.9.2010, Rs. C-64/08, Engelmann vor, dass das gesamte Verfahren nicht den unionsrechtlichen Vorgaben an eine transparente und diskriminierungsfreie Konzessionsvergabe entsprechen würde.

36

3.3. Auch die zu B 1340/11 beschwerdeführende Gesellschaft rügt zunächst unter dem Titel einer Verletzung im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung die Verfassungswidrigkeit des Konzessionsystems nach § 14 GSpG: Der Umstand, dass die Konzession nach § 14 GSpG sowohl "herkömmliche" Lotteriespiele als auch elektronische Lotterien umfasse, sei angesichts dessen, dass es sich dabei um zwei "grundlegend verschiedene Erwerbstätigkeiten" handle, eine unverhältnismäßige Beschränkung des Art. 6 StGG, da dieses System dem Erwerbsantritt solcher Unternehmen, die Lotterien entweder bloß in "herkömmlicher" Form oder bloß in elektronischer Form durchführen wollen, entgegenstehe. Die Kumulierung unterschiedlicher Ausspielungsformen zu einem Konzessionsgegenstand sei weder zur Sicherstellung legitimer öffentlicher Interessen erforderlich noch – angesichts des schwerwiegenden Grundrechteingriffs – adäquat. Das Erfordernis der Begründung einer Niederlassung in Österreich sei für ein bloßes Internetangebot nicht

37

erforderlich und damit im Lichte des Art. 6 StGG unverhältnismäßig. Angesichts dessen, dass sich das erforderliche Kapital wesentlich nach dem Investitionsbedarf bemesse, sei die (schon im Zeitpunkt der Antragstellung bestehende) Verpflichtung zu einer Mindestkapitalausstattung iHv € 109 Millionen – vor allem für ein bloßes Online-Angebot – nicht gerechtfertigt. Nach Ansicht der beschwerdeführenden Gesellschaft sei auch bei der Prüfung der Kriterien nach § 14 Abs. 2 Z 1, 2 und 5 GSpG zwischen "herkömmlichen" Lotterien einerseits und elektronischen Lotterien andererseits zu unterscheiden. Schließlich vermeint die beschwerdeführende Gesellschaft unter Hinweis auf EuGH 9.9.2010, Rs. C-64/08, Engelmann, das Konzessionssystem des § 14 GSpG schaffe im Ergebnis einen verfassungswidrigen Bestandsschutz für den bislang auf einer unionsrechtswidrigen Regelung tätigen Konzessionsinhaber. Da das Konzessionssystem des § 14 GSpG aus den dargelegten Gründen unsachlich sei, verstoße es auch gegen den Gleichheitssatz.

Ferner bringt die beschwerdeführende Gesellschaft vor, die belangte Behörde habe zur Frage der inländischen Niederlassung das Parteivorbringen nicht berücksichtigt, indem sie außer Acht gelassen habe, dass die beschwerdeführende Gesellschaft ausdrücklich dargelegt habe, dass sie in Form von Agenturen ("Annahmestellen, Trafiken") über Niederlassungen in Österreich verfügen werde; durch dieses willkürliche Verhalten habe die belangte Behörde die beschwerdeführende Gesellschaft im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz verletzt.

38

Schließlich erachtet sich die beschwerdeführende Gesellschaft im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein faires Verfahren verletzt, da im Verfahren "trotz zahlreicher entscheidungsrelevanter Fragen auf Sachverhaltsebene keine mündliche Verhandlung stattgefunden" habe, obwohl in diesem Fall die Kognitionsbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes zu kurz greife, weil dieser sich nach seiner eigenen Rechtsprechung zu einer – wenngleich beschränkten – Kontrolle der Beweiswürdigung, im Regelfall aber nicht zu eigenen Beweisaufnahmen befugt sehe.

39

4. Die Bundesministerin erstattete Gegenschriften, in denen sie dem jeweiligen Beschwerdevorbringen entgegentritt und die Abweisung der Beschwerden beantragt. In der Gegenschrift zu B 1338/11 führt die Bundesministerin "zum

40

rechtlichen Charakter der Verfahrensunterlage" aus, dass diese weder eine Verordnung noch gesetzwidrig sei und verweist im Übrigen auf die unter einem vorgelegte Äußerung im Verfahren zu V 101/11, in dem die nunmehr beschwerdeführende Gesellschaft einen Antrag auf Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Verfahrensunterlage eingebracht hat (der mit hg. Beschluss vom 5. Dezember 2011 wegen Vorliegens eines zumutbaren anderen Weges als unzulässig zurückgewiesen wurde, wodurch sich ein Eingehen auf die Frage, ob es sich bei gegenständlicher Verfahrensunterlage um eine Verordnung iSd Art. 139 B-VG handelt, erübrigte).

5. Die beschwerdeführenden Gesellschaften und die mitbeteiligte Partei erstatteten weitere Schriftsätze. 41

#### IV.

Der Verfassungsgerichtshof hat die zu B 1337/11, B 1338/11 und B 1340/11 protokollierten – zulässigen – Beschwerden in sinngemäßer Anwendung der §§ 187 und 404 ZPO iVm § 35 VfGG zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbunden. 42

1. Gegen die Vorschriften des § 14 GSpG sind vor dem Hintergrund der vorliegenden Fälle keine verfassungsrechtlichen Bedenken entstanden: 43

1.1. Die beschwerdeführenden Gesellschaften bringen zunächst vor, das in § 14 GSpG geregelte Konzessionssystem verstoße gegen das Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung. Zum einen bestehe mangels eines bekannten Suchtverhaltens im Bereich der Lotteriespiele kein öffentliches Interesse an der zahlenmäßigen Beschränkung der Konzessionen für diesen Bereich (B 1337/11), bzw. sei zwischen "herkömmlichen" und elektronischen Lotterien zu unterscheiden (B 1340/11) und zum anderen sei das in § 14 Abs. 2 Z 3 GSpG festgelegte Mindestkapital (für ein bloßes Online-Angebot, B 1340/11) unverhältnismäßig. Die zu B 1340/11 beschwerdeführende Gesellschaft vermeint zudem, dass die Voraussetzung der Begründung einer Niederlassung in Österreich für bloße Online-Angebote weder erforderlich noch adäquat sei. 44

1.1.1. Das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung wird nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes durch einen Bescheid verletzt, wenn dieser einem Staatsbürger – oder einem Bürger eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union (vgl. VfSlg. 19.077/2010) – den Antritt oder die Ausübung einer bestimmten Erwerbsbetätigung untersagt, ohne dass ein Gesetz die Behörde zu einem solchen die Erwerbstätigkeit einschränkenden Bescheid ermächtigt, oder wenn die Rechtsvorschrift, auf die sich der Bescheid stützt, verfassungswidrig oder gesetzwidrig ist, oder wenn die Behörde bei der Erlassung des Bescheides ein verfassungsmäßiges Gesetz oder eine gesetzmäßige Verordnung in denkmöglicher Weise angewendet hat (zB VfSlg. 10.413/1985, 14.470/1997, 15.449/1999, 17.980/2006; vgl. auch VfSlg. 15.431/1999).

45

1.1.2. Nach der ständigen Judikatur zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung gemäß Art. 6 StGG (s. zB VfSlg. 10.179/1984, 12.921/1991, 15.038/1997, 15.700/1999, 16.120/2001, 16.734/2002 und 17.932/2006) sind gesetzliche, die Erwerbs(ausübungs)freiheit beschränkende Regelungen auf Grund des diesem Grundrecht angefügten Gesetzesvorbehaltes nur dann zulässig, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind.

46

1.1.3. Die Ziele der Beschränkung von Glücksspielkonzessionen, nämlich Straftaten zu verhindern, eine übermäßige Anregung zur Teilnahme am Glücksspiel durch unreglementierte Konkurrenz zu vermeiden und zu verhindern, dass Glücksspiel ausschließlich zu gewerblichen Gewinnzwecken veranstaltet wird, liegen angesichts der nachgewiesenen Sozialschädlichkeit des Glücksspiels im öffentlichen Interesse (vgl. die Hinweise auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union, wonach Beschränkungen im Bereich des Glücksspiels bis hin zum gänzlichen Verbot unionsrechtskonform sind, in VfSlg. 19.077/2010; vgl. in diesem Zusammenhang etwa EuGH 24.3.1994, Rs. C-275/92, Schindler, Slg. 1994, I-01039; 21.9.1999, Rs. C-124/97, Läära ua., Slg. 1999, I-06067; 21.9.1999, Rs. C-67/98, Zenatti, Slg. 1999, I 07289; 6.3.2007, Rs. C 338/04 ua., Placanica ua., Slg. 2007, I-01891 ua.), und zwar auch dann, wenn für ein bestimmtes Glücksspiel ein Suchtverhalten nicht in gleicher Weise nachgewiesen werden kann wie etwa für das Glücksspiel in Spielbanken.

47

1.1.4. Sowohl die Beschränkung der Anzahl der Konzessionen für Lotterien als auch die Mindestkapitalvorschrift des § 14 Abs. 2 Z 3 GSpG sind geeignet, diese Ziele zu erreichen. Es liegt auf der Hand, dass bei einer Beschränkung der Zahl der Konzessionen die Aufsicht wirksamer ist und dass die strenge Mindestkapitalvorschrift Konzessionswerber vom Markt abhält, die gegebenenfalls mit Hilfe illegaler Geschäfte die finanziellen Voraussetzungen für die Veranstaltung von Glücksspiel schaffen wollen.

48

1.1.5. Die Beschränkungen sind aber auch adäquat und sonst sachlich zu rechtfertigen. Berücksichtigt man, dass hier im Einzelfall sehr hohe Summen ausgespielt werden und angesichts dieser Summen auch die Gefahr der Begehung von Straftaten besonders hoch ist, kann dem Gesetzgeber nicht entgegengetreten werden, wenn er nicht nur eine strenge Kapitalvorschrift erlässt, sondern auch die Zahl der Konzessionen beschränkt. Dabei liegt es im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum, wenn der Gesetzgeber herkömmliche und elektronische Lotterien insoweit gleichbehandelt. Auch ist es nicht unverhältnismäßig, wenn der Gesetzgeber mit Blick auf die besonderen Gefahren, die vom Glücksspiel ausgehen können – anders als im Gewerbebereich – am Erfordernis einer Niederlassung im Inland festhält: § 14 Abs. 2 Z 1 GSpG schreibt fest, dass eine Konzession nur einem Konzessionswerber erteilt werden darf, wenn das Unternehmen seinen Sitz nach Maßgabe des Abs. 3 leg.cit. in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes hat und die Abwicklung des Spielbetriebs in einer Form erfolgt, die eine effektive und umfassende ordnungspolitische Aufsicht nach dem Glücksspielgesetz erlaubt (vgl. hierzu die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu BGBl. I 111/2010, 981 BlgNR 24. GP, 147).

49

1.2. Ferner bringen die beschwerdeführenden Gesellschaften vor, die Beschränkung der Zahl der Konzessionen sowie die Höhe des in § 14 Abs. 2 Z 3 GSpG vorgesehenen Stamm- oder Grundkapitals seien angesichts dessen, dass die auf Grund der zu vergebenden Konzession durchgeführten Spiele nach dem Totalisatorprinzip veranstaltet würden, unsachlich. Auch diesbezüglich bringt die zu B 1340/11 beschwerdeführende Gesellschaft vor, es sei zwischen "herkömmlichen" und elektronischen Lotterien zu unterscheiden.

50

1.2.1. Eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz kann nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (zB VfSlg. 10.413/1985, 14.842/1997, 15.326/1998 und 16.488/2002) nur vorliegen, wenn der angefochtene Bescheid auf einer dem Gleichheitsgebot widersprechenden Rechtsgrundlage beruht, wenn die Behörde der angewendeten Rechtsvorschrift fälschlicherweise einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt oder wenn sie bei Erlassung des Bescheides Willkür geübt hat (zur Anwendbarkeit des Gleichheitsgrundsatzes auf juristische Personen mit Sitz im EU-Ausland vgl. VfSlg. 19.077/2010).

51

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 sind im vorliegenden Fall nicht überschritten. Ob eine Regelung zweckmäßig ist und das Ergebnis in allen Fällen als befriedigend empfunden wird, kann nicht mit dem Maß des Gleichheitssatzes gemessen werden (zB VfSlg. 14.301/1995, 15.980/2000 und 16.814/2003).

52

1.2.2. Gegen die zahlenmäßige Beschränkung der Konzession sowie das Erfordernis eines Mindestkapitals bestehen auch mit Blick auf den Gleichheitsgrundsatz keine Bedenken. Es ist nicht unsachlich, wenn der Gesetzgeber aus den oben genannten Gründen nur eine Konzession für Ausspielungen nach den §§ 6 bis 12b GSpG vergibt. Dabei überschreitet der Gesetzgeber seinen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum nicht, wenn er elektronische und "herkömmliche" Lotterien gleich behandelt.

53

Auch ist es aus den unter Pkt. 1.1.5. genannten Gründen nicht unsachlich, wenn der Gesetzgeber das Erfordernis eines (eingezahlten) Stamm- oder Grundkapitals in der Höhe von mindestens € 109 Millionen aufstellt, wobei der Gesetzgeber auch Nachweise verlangen darf, dass die entsprechenden Mittel zur Verfügung stehen. Entgegen der Auffassung der beschwerdeführenden Parteien ist es nicht unsachlich, das Vorliegen dieses Erfordernisses auch bereits zum Zeitpunkt der

54

Antragstellung zu verlangen. Zwar könnte es bei einer längeren Verfahrensdauer dadurch zu Härten für neue Konzessionswerber kommen, dass sie gleichsam "auf Vorrat" den Haftungsstock bereithalten müssten. Auf der anderen Seite muss die Behörde angesichts des hohen Bedürfnisses an Rechtssicherheit als Voraussetzung für ein effizientes und rasches Verfahren im Interesse aller Konzessionswerber in die Lage versetzt werden, über Anträge zu entscheiden, die grundsätzlich bereits zum Zeitpunkt, in dem sie gestellt werden, die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen. Entscheidet sie – wozu sie angesichts des hohen Kapitaleinsatzes sowohl durch § 73 Abs. 1 AVG als auch durch Art. 6 EMRK gehalten ist – rasch, ist die finanzielle Belastung, die aus der Erfüllung dieses Kriteriums erwächst, begrenzt.

1.3. Die zu B 1338/11 beschwerdeführende Gesellschaft vermeint überdies, die Bestimmung des § 14 Abs. 2 Z 3 GSpG sei zu unbestimmt, da aus dem Wortlaut nicht hervorgehe, ob das geforderte Mindestkapital bereits im Zeitpunkt der Bewerbung um die Konzession, oder aber erst im Zeitpunkt der Konzessionserteilung einbezahlt sein müsse. 55

1.3.1. Den Bedenken der beschwerdeführenden Gesellschaft, § 14 Abs. 2 Z 3 GSpG sei zu unbestimmt, kann schon angesichts des Gesetzeswortlautes, wonach eine Konzession nur an einen Konzessionswerber erteilt werden darf, wenn die Kapitalgesellschaft über ein eingezahltes Stamm- und Grundkapital von mindestens € 109 Millionen verfügt, das den Geschäftsleitern unbeschränkt und nachgewiesener Maßen zur Verfügung steht und im Zeitpunkt der *Konzessionsbewerbung* nicht durch Bilanzverluste geschmälert wurde, nicht gefolgt werden. Anders als die beschwerdeführende Gesellschaft vermeint, steht die in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu BGBl. I 111/2010 (981 BlgNR 24. GP, 147) zum Ausdruck kommende Intention des Gesetzgebers, wonach diese Bestimmung sicherstellen soll, dass das verlangte Eigenkapital dem konzessionierten Spielbetrieb (auch noch) bei Konzessions*antritt* als Haftungsstock unbelastet zur Verfügung steht, dazu nicht in Widerspruch. 56

1.4. Die zu B 1338/11 beschwerdeführende Gesellschaft rügt zudem, dass im Bereich des Glücksspielsektors nicht vor einer "kohärenten und systematischen Regelung" im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen 57

Union gesprochen werden könne und diese Regelung daher unionsrechtswidrig sei.

Diesem Vorbringen der beschwerdeführenden Gesellschaft, das im Ergebnis die Frage aufwirft, ob von der belangten Behörde innerstaatliche, einfachgesetzliche Normen oder aber – auf Grund des Anwendungsvorranges – unionsrechtliche Normen anzuwenden waren, ist zu entgegnen, dass diesbezüglich spezifische verfassungsrechtliche Erwägungen nicht anzustellen sind. Dass die gesetzlichen Regelungen gegen Garantien der Grundrechte-Charta verstoßen würden, wurde in den Beschwerden nicht vorgebracht. Auch beim Verfassungsgerichtshof sind insoweit keine Bedenken entstanden.

58

1.5. Die beschwerdeführenden Gesellschaften sind daher durch die angefochtenen Bescheide nicht wegen Anwendung eines von ihnen als verfassungswidrig angesehenen Gesetzes verletzt worden.

59

2. Auch dem Vorbringen der zu B 1338/11 beschwerdeführenden Gesellschaft, wonach die von der Bundesministerin für Finanzen auf der Homepage des Bundesministeriums veröffentlichte "Unterlage zur Teilnahme an der öffentlichen Interessentensuche 'Lotteriekonzession'" eine nicht gehörig kundgemachte Verordnung sei, die außerdem gegen zwingende Vorschriften des GSpG verstoßen sowie mit den Vorgaben des AVG in Widerspruch stehen würde, kann nicht gefolgt werden:

60

2.1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ist eine verbindliche Äußerung der Behörde, auch wenn sie formell nur an die unterstellten Behörden adressiert ist, als Rechtsverordnung anzusehen, wenn sie der Sache nach die Rechtssphäre eines unbestimmten Kreises von Betroffenen gestaltet (vgl. VfSlg. 11.467/1987, 13.632/1993, 17.244/2004, 17.806/2006). Für die Qualifikation als Verordnung kommt es auch nicht auf die Bezeichnung einer behördlichen Enunziation, sondern auf ihren Inhalt an. Eine rechtsgestaltende Außenwirkung ist gegeben, wenn zum imperativen Inhalt ein solches Maß an Publizität hinzutritt, dass der betreffende Akt Eingang in die Rechtsordnung gefunden hat (vgl. VfSlg. 13.632/1993, 15.694/1999, 17.244/2004, 17.849/2006).

61

2.2. Die Verfahrensunterlage enthält zum Teil Informationen über die Inhalte von anzuwendenden Gesetzen, über mögliches Vorgehen bei der Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen und die Durchführung der Auswahlentscheidung. Auch soweit die Verfahrensunterlage imperative Formulierungen enthält, bildet sie jedoch keine Verordnung. Zum einen wird auch insoweit zum Teil nur der Inhalt von Gesetzen wiederholt. Zum anderen aber bilden darüber hinausgehende Inhalte nicht wie Erlässe an nachgeordnete Behörden normative Vorgaben für das Verwaltungshandeln von anderen Organen. Vielmehr wird dadurch in Erfüllung europarechtlicher Vorgaben (EuGH 9.9.2010, Rs. C-64/08, Engelmann, Rz 49 ff.) das Verfahren zur Auswahlentscheidung auf diese Weise transparent gemacht, dass die bescheiderlassende Behörde – bezogen auf ein einzelnes konkretes Verfahren – die von ihr selbst zu setzenden Verfahrensschritte und die damit im Zusammenhang stehenden Verfahrenshandlungen der Parteien als eine Art Sammlung von im Laufe des Verfahrens konkret zu treffenden Verfahrensanordnungen vorweg in einem Dokument zusammenfasst und öffentlich macht. Die Behörde kann im Rahmen der Verwaltungsverfahrensgesetze im konkreten Verfahrensablauf unter Beachtung des Grundsatzes der Transparenz und Nichtdiskriminierung auch weitere oder geänderte Anordnungen treffen. Allfällige Gesetzeswidrigkeiten der in der Verfahrensunterlage beschriebenen Schritte können, sofern die Behörde diese tatsächlich setzt, im Rahmen der Anfechtung des Bescheides vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts geltend gemacht werden.

62

2.3. Angesichts dessen, dass es sich bei der von der Bundesministerin veröffentlichten Verfahrensunterlage um keine Rechtsverordnung handelt, geht sowohl das Vorbringen der beschwerdeführenden Gesellschaft, die Verfahrensunterlage sei im Hinblick auf § 14 GSpG gesetzwidrig, als auch das weitere Vorbringen, diese sei mangels Kundmachung im Bundesgesetzblatt II nicht gehörig kundgemacht worden und auch deswegen gesetzwidrig, ins Leere.

63

3. Der belangten Behörde sind entgegen dem Vorbringen in den Beschwerden bei Erlassung der angefochtenen Bescheide auch keine in die Verfassungssphäre reichenden Vollzugsfehler unterlaufen:

64

3.1. Angesichts der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit der angewendeten Rechtsvorschriften und des Umstandes, dass kein Anhaltspunkt dafür besteht, dass die Behörde diesen Vorschriften fälschlicherweise einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt hat, könnten die beschwerdeführenden Gesellschaften im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz nur verletzt worden seien, wenn die Behörde Willkür geübt hätte. 65

Ein willkürliches Verhalten der Behörde, das in die Verfassungssphäre eingreift, liegt unter anderem in einer gehäuften Verkennung der Rechtslage, aber auch im Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit in einem entscheidenden Punkt oder dem Unterlassen eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens überhaupt, insbesondere in Verbindung mit einem Ignorieren des Parteivorbringens und einem leichtfertigen Abgehen vom Inhalt der Akten oder dem Außer-Acht-Lassen des konkreten Sachverhaltes (zB VfSlg. 8808/1980 mwN, 14.848/1997, 15.241/1998 mwN, 16.287/2001, 16.640/2002). 66

3.2. Soweit sich das Vorbringen gegen die Verfahrensunterlage selbst richtet, geht es angesichts der Feststellung, dass ihr keine Verbindlichkeit zukommt (siehe Pkt. 2.2.), ins Leere. Allenfalls könnten tatsächlich im Einklang mit der Verfahrensunterlage gesetzte Verfahrensschritte zur Rechtswidrigkeit eines Bescheides führen. Nach den Ausführungen in den Beschwerden wären die behaupteten Rechtsverletzungen aber – abgesehen vom Vorbringen zu den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter und auf ein faires Verfahren (siehe unten Pkt. 3.3. und 3.4.) – zum erheblichen Teil nur die Folge einer unrichtigen Anwendung des Glücksspielgesetzes, die nicht die Schwelle willkürlichen Verhaltens erreichen. 67

Die beschwerdeführenden Gesellschaften sind daher durch die angefochtenen Bescheide nicht im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz verletzt worden. 68

3.3. Die zu B 1338/11 beschwerdeführende Gesellschaft bringt überdies vor, sie sei im Recht auf den gesetzlichen Richter einerseits dadurch verletzt worden, dass der Antrag abgewiesen statt zurückgewiesen wurde, andererseits dadurch, dass kein Verbesserungsauftrag erteilt wurde. 69

3.3.1. Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter wird durch den Bescheid einer Verwaltungsbehörde verletzt, wenn die Behörde eine ihr gesetzlich nicht zukommende Zuständigkeit in Anspruch nimmt (zB VfSlg. 15.372/1998, 15.738/2000, 16.066/2001, 16.298/2001 und 16.717/2002) oder wenn sie in gesetzwidriger Weise ihre Zuständigkeit ablehnt, etwa indem sie zu Unrecht eine Sachentscheidung verweigert (zB VfSlg. 15.482/1999, 15.858/2000, 16.079/2001 und 16.737/2002).

3.3.2. Die Abweisung des Antrags vermag schon allein deshalb keine Verletzung im Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter zu bilden, weil – selbst unter der Annahme, dass die Behörde richtigerweise zurückzuweisen gehabt hätte – das bloße Vergreifen im Ausdruck nicht zur Verletzung im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht führt (vgl. VfSlg. 13.469/1993 mwN).

3.3.3. Auch das behauptetermaßen rechtswidrige Unterbleiben eines Verbesserungsauftrags verletzt die beschwerdeführende Gesellschaft nicht in ihrem Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter. Selbst unter der Annahme einer Rechtswidrigkeit betrifft sie eine Vorschrift des (einfachen) Gesetzes, deren Verletzung nicht in die Verfassungssphäre reicht, mag sie auch indirekt möglicherweise auf die Frage, ob eine Sachentscheidung zu fällen ist, von Einfluss sein.

3.4. Soweit die zu B 1338/11 beschwerdeführende Gesellschaft eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren geltend macht, ist es zwar zutreffend, dass Gegenstand des Verfahrens ein vermögenswertes Recht und Art. 6 EMRK daher anwendbar ist. Ihr Vorbringen, das von der Verfahrensunterlage geleitete Verwaltungsverfahren habe den bestehenden Konzessionär bevorzugt, geht aber schon allein deshalb ins Leere, weil dieses Verfahren mit Blick auf die Qualität des Entscheidungsorgans von vornherein nicht geeignet war, dem Art. 6 EMRK Genüge zu tun. Da die Bundesministerin kein "Gericht" im Sinne des Art. 6 EMRK ist, können die Anforderungen des Art. 6 EMRK grundsätzlich erst im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erfüllt werden (vgl. VfSlg. 18.446/2008; 19.425/2011).

## V.

1. Die behauptete Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte hat sohin nicht stattgefunden. 74
2. Das Beschwerdeverfahren hat auch nicht ergeben, dass die beschwerdeführenden Gesellschaften in einem von ihnen nicht geltend gemachten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht verletzt worden wären; ebenso wenig entstanden – aus der Sicht dieser Beschwerdesachen – verfassungsrechtliche Bedenken gegen die den bekämpften Bescheiden zugrunde liegenden Rechtsvorschriften. Die beschwerdeführenden Gesellschaften wurden mithin auch nicht wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in ihren Rechten verletzt. 75
3. Der beteiligten Partei waren die begehrten Kosten nicht zuzusprechen, weil die von ihr erstatteten Äußerungen nichts zur Rechtsfindung beigetragen haben (zB VfSlg. 14.214/1995, 15.916/2000). 76
4. Die Beschwerden waren daher als unbegründet abzuweisen und die zu B 1337/11 und zu B 1340/11 eingebrachten Beschwerden gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG antragsgemäß dem Verwaltungsgerichtshof abzutreten. 77
- Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 erster Satz VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden. 78

Wien, am 6. Dezember 2012

Der Präsident:  
Dr. HOLZINGER

Schriftführerin:  
Dr. BUCHINGER