
Mitgliedstaatliche Glücksspielmonopole vs. EG-Wettbewerbsrecht?

Jens-Daniel Braun*

Inhalt

I.	Einführung	212
II.	Europäisches Glücksspielrecht?	212
	1. Sekundärrechtliche Vorgaben	212
	2. Primärrechtliche Vorgaben	214
III.	EG-wettbewerbsrechtliche Maßstäbe: Art. 86 Abs. 1 EGV i.V.m. Art. 82 EGV	217
	1. Die staatliche Lotteriesellschaft als öffentliches Unternehmen und Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EGV	218
	2. Vorliegen einer Maßnahme im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EGV	220
	a) Marktbeherrschung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes	221
	(1) Abgrenzung des relevanten Marktes	222
	(2) Beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes	223
	b) Wettbewerbsverstoß durch Art und Weise der Aufrechterhaltung des Monopols	224
	c) Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	225

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Abteilung für politische, rechtliche und institutive Fragen (Leitung: Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.) am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und dort Leiter der Forschungsprojektgruppe „Institutionelles Recht der Europäischen Gemeinschaften und der Europäischen Union“. Dem Beitrag liegt ein Vortrag zugrunde, den der Verfasser am 5. November 2004 auf dem Symposium „Glücksspiel ohne Grenzen: Nationale Glücksspielregelungen und gemeinschaftsrechtlicher Rahmen“ an der Juridischen Fakultät der Universität Wien gehalten hat. Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten. Herrn Karlis Svikis und Herrn Anastasios Sivridis sei für wertvolle Vorarbeiten und Recherchen herzlich gedankt. Alle WWW-Angaben sind auf dem Stand vom 5. Mai 2005.

IV. Ausnahme von der Anwendung der Wettbewerbsregeln nach Art. 86 Abs. 2 EGV	226
1. Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben	226
a) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	226
b) Betrauungsakt	229
c) Eigenschaft als Finanzmonopol	232
2. Unabdingbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung zur Aufgabenerfüllung	234
a) Bestimmung des Verhinderungsmaßstabs im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EGV	234
b) Gefährdung der Aufgabenerfüllung durch das Monopolunternehmen im Falle der Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln	235
V. Ausblick	236

I. Einführung

Die mitgliedstaatlichen Glücksspielmonopole geraten immer stärker in Bedrängnis. In Deutschland und in den Niederlanden sind zahlreiche Verfahren anhängig, in denen u.a. über die Frage gestritten wird, ob die nationalen Vorschriften mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts vereinbar sind. Auch die Gemeinschaftsgerichte werden im Wege von Vorabentscheidungsersuchen und Vertragsverletzungsverfahren immer häufiger mit entsprechenden Fragen konfrontiert. Vor diesem Hintergrund geht der Beitrag im ersten Teil der Frage nach, ob es derzeit so etwas wie ein Europäisches Glücksspielrecht gibt. Der zweite Teil widmet sich dann ausführlich den Vorgaben des EG-Wettbewerbsrechts (Art. 81 ff. EGV) für die Regulierung des Glücksspielsektors.

II. Europäisches Glücksspielrecht?

1. Sekundärrechtliche Vorgaben

Kann man nach dem derzeitigen Stand der europäischen Integration bereits von einem Europäischen Glücksspielrecht oder präziser von einem EG-Glücksspielrecht sprechen? Der Begriff „EG-Glücksspielrecht“ legt nahe, dass es - ähnlich wie

etwa im EG-Umweltrecht oder im EG-Telekommunikationsrecht¹ – einen eigenständigen Korpus von Rechtsnormen auf EG-Ebene gibt, der detaillierte Regelungen für diesen Wirtschaftssektor enthält.

Dies ist derzeit jedoch nicht der Fall. Sekundärrechtliche Regelungen finden sich nur punktuell. Die Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) findet nach ihrem Art. 1 Abs. 5 lit. c keine Anwendung auf „Gewinnspiele mit einem einen Geldwert darstellenden Einsatz bei Glücksspielen, einschließlich Lotterien und Wetten“.² Die EG-Kommission hat in ihrem ersten Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2000/31/EG erklärt, sie habe eine Reihe von Beschwerden im Zusammenhang mit grenzüberschreitendem Online-Glücksspiel erhalten und angekündigt, sie werde „angemessene Maßnahmen zur Bearbeitung dieser Beschwerden ergreifen und zusätzlich eine Studie in Auftrag geben, um die Informationen zu sammeln, anhand derer der Bedarf und der Umfang einer möglichen neuen Gemeinschaftsinitiative ermittelt werden kann“.³ Ob eine derartige Initiative der Kommission jedoch im Ergebnis tatsächlich zur Streichung oder zumindest zur Einschränkung der derzeitigen Bereichsausnahme führt, erscheint insbesondere angesichts der ablehnenden Haltung vieler Mitgliedstaaten derzeit eher zweifelhaft.⁴

Auch in der momentan im Rechtsetzungsverfahren befindlichen Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt (sogenannte EG-Dienstleistungsrichtlinie) finden sich in Bezug auf den Glücksspielsektor Ausnahmeregelungen. Die Richtlinie soll nach dem vorliegenden Vorschlag der Kommission⁵ das sogenannte Herkunftslandprinzip⁶ im Grundsatz

1 Vgl. zu diesen Rechtsmaterien etwa die Darstellungen von Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Band I, 2. Aufl. 2003; Krämer, EC environmental law, 5. Aufl. 2003 und Koenig/Bartosch/Braun (Hrsg.), EC competition and telecommunications law, 2002.

2 S. erläuternd zur Reichweite dieser Bereichsausnahme Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2000/31/EG.

3 Kommission, Bericht an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss – Erster Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr), KOM(2003) 702 endg., S. 24, im Internet unter http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2003/com2003_0702de01.pdf abrufbar.

4 Die skeptische Haltung vieler Mitgliedstaaten lässt sich gut an den zahlreichen Stellungnahmen ablesen, die diese in den einschlägigen EuGH-Verfahren abgegeben haben, vgl. nur EuGH, Rs. C-243/01, Urt. v. 6.11.2003, Rdnr. 30 ff. (*Gambelli*), noch nicht in amt. Slg., aber unter [www.curia.eu.int/](http://curia.eu.int/) abrufbar.

5 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt (von der Kommission vorgelegt), KOM(2004) 2 endg. (<http://europa.eu.int/eur-lex/>)

flächendeckend durchsetzen (s. Art. 16). Nach Art. 18 Abs. 1 lit. b des Richtlinienvorschlags soll jedoch Art. 16 während eines Übergangszeitraumes keine Anwendung auf „Gewinnspiele, die einen geldwerten Einsatz bei Glücksspielen verlangen, einschließlich Lotterien und Wetten“, finden. Artikel 18 Abs. 3 sieht jedoch vor, dass „mit Inkrafttreten des in Art. 40 Abs. 1 lit. b genannten Rechtsaktes“ die Ausnahme des Art. 18 Abs. 1 lit. b keine Anwendung mehr findet. Nach Art. 40 Abs. 1 lit. b des Richtlinienvorschlags prüft die Kommission innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten der Richtlinie „die Möglichkeit, Vorschläge für harmonisierende Rechtsakte“ u.a. zu „Gewinnspielen, die einen geldwerten Einsatz bei Glücksspielen verlangen, einschließlich Lotterien und Wetten im Lichte eines Berichtes der Kommission und einer breiten Konsultation der interessierten Kreise“ vorzulegen. Eine nähere Betrachtung dieser in ihrer Regelungstechnik unnötig komplizierten Bestimmungen zeigt, dass die EG-Dienstleistungsrichtlinie nach dem Kommissionsvorschlag in absehbarer Zeit nicht zur Anwendbarkeit des Herkunftslandprinzips auf den Glücksspielsektor führen wird, da der Kommission durch Art. 40 Abs. 1 lit. b lediglich eine Prüfpflicht auferlegt wird. Dass es in diesem Bereich zur Verabschiedung eines harmonisierenden Rechtsaktes im Sinne des Art. 40 Abs. 1 lit. b des Richtlinienvorschlags kommen wird, dürfte für die nächsten Jahre eher unwahrscheinlich sein, wenn nicht die weitere Entwicklung der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte den rechtsetzenden Organen der Gemeinschaft eine entsprechende Regelung opportun erscheinen lässt.

2. Primärrechtliche Vorgaben

Die praktischen Auswirkungen des EG-Sekundärrechts auf die nationalen Glücksspiel- und Lotteriemärkte sind daher derzeit sehr gering. Von erheblich größerer Bedeutung ist demgegenüber das EG-Primärrecht. Allgemein bekannt ist dies für die Grundfreiheiten, insbesondere für die Dienstleistungs-, die Warenverkehrs- und die Niederlassungsfreiheit.⁷

de/com/pdf/2004/com2004_0002de02.pdf). Der Kommissionsvorschlag weist sowohl aus rechtsdogmatischer als auch aus rechtspolitischer Sicht eine Reihe von Problempunkten auf; vgl. dazu etwa *Schlachter*, Der Kommissionsentwurf für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, GPR 2004, S. 245 ff.; *Mankowski*, Wider ein Herkunftslandprinzip für Dienstleistungen im Binnenmarkt, IPrax 2004, S. 385 ff.

⁶ Ausführlich zur Entwicklung des Herkunftslandprinzips durch den EuGH und zu dessen ökonomischen Wirkungen *Koenig/Braun/Capito*, Europäischer Systemwettbewerb durch Wahl der Rechtsregeln in einem Binnenmarkt für mitgliedstaatliche Regulierungen?, EWS 1999, S. 401 ff.

⁷ Auch die Kapitalverkehrs freiheit kann insoweit betroffen sein, vgl. *Koenig/Braun*, „Das Geld muss im Lande bleiben“ – Über die Unvereinbarkeit der Neuregelung des hessischen und des sachsen-anhaltinischen Lotterierechts mit der EG-Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs freiheit, SächsVBl. 2002, S. 157 (162 ff.).

Die insoweit einschlägigen Maßstäbe für die Prüfung von mitgliedstaatlichen Beschränkungen der wirtschaftlichen Betätigung auf den Lotterie- und Glücksspielmärkten anhand der Grundfreiheiten hat der EuGH vor allem in den Entscheidungen *Schindler*, *Zenatti*, *Läärä* und *Gambelli*⁸ entwickelt.⁹ Im Jahre 1994 stellte der Gerichtshof in der Rechtssache *Schindler* fest, dass das gesetzliche Verbot der Bewerbung einer in einem anderen Mitgliedstaat veranstalteten Lotterie eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV) darstellt. Derartige Beschränkungen des Wirtschaftsverkehrs seien allerdings dann zulässig, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind. Speziell im Bereich der Veranstaltung von Glücksspielen, zu denen auch Lotterien gehören, sei es von allgemeinem Interesse, die Spielsucht und die damit verbundenen sozialschädlichen Folgen einzudämmen.¹⁰ Zudem bestehe mit der Ausdehnung der Glücksspiele und deren Veranstaltung in größerem Rahmen die Gefahr, dass Straftaten wie etwa Betrug zunehmen.¹¹ In zwei 1999 ergangenen Entscheidungen (*Läärä*, *Zenatti*) präzisierte der Gerichtshof diesen Prüfungsmaßstab. Die Zulässigkeit einer nationalen Beschränkungsregelung sei im Hinblick auf das durch die Regelung angestrebte Schutzniveau zu beurteilen.¹² In der Rechtssache *Zenatti* betonte der Gerichtshof dabei, es sei zu untersuchen, „ob die nationalen Rechtsvorschriften angesichts ihrer konkreten Anwendungsmodalitäten wirklich Zielen dienen, mit denen sie gerechtfertigt werden können, und ob die in ihnen

⁸ EuGH, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039 ff. (*Schindler*); EuGH, Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-6067 ff. (*Läärä*); EuGH, Rs. C-67/98, Slg. 1999, I-7289 ff. (*Zenatti*); EuGH, Rs. C-243/01, Urt. v. 6.11.2003 (*Gambelli*).

⁹ Aus der reichhaltigen Literatur der letzten Jahre zur Rechtsprechung des EuGH s. etwa *Bodemann*, Nach der „Gambelli“-Entscheidung des EuGH: Droht dem Glücksspielbereich in Deutschland eine Rechtszersplitterung?, *ELR* 2004, S. 332 ff.; *Diegmann/Hoffmann*, Der Tanz um's goldene Lotto-Kalb – Zur Forderung einer Liberalisierung des öffentlichen Glücksspiels, *NJW* 2004, S. 2642 (2644); *Dietlein*, Zulässigkeit staatlicher Glücksspielmonopole, *CR* 2004, S. 372 (373 ff.); *Fritzemeyer/Rinderle*, „Rien ne va plus“ für das Glücksspielmonopol in Deutschland?, *CR* 2004, S. 367 ff.; *Geeroms*, in: Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung (Hrsg.), *Cross-Border Gambling on the Internet: Challenging National and International Law*, 2004, S. 145 (150 ff.); *Jahndorf*, Veranstaltung von Glücksspielen durch Private, *VerwArch* 95 (2004), S. 359 (373 ff.); *Janz*, Rechtsfragen der Vermittlung von Oddset-Wetten in Deutschland, *NJW* 2003, S. 1694 (1700 f.); *Koenig/Braun*, (Fn. 7), S. 158 ff.; *Stratemans*, As you sow, so shall you reap: On Member States overstepping the mark, *CMLRev.* 41 (2004), S. 1409 (1417 ff.); *Verbiest/Keuleers*, Gambelli Case Makes it Harder for Nations to Restrict Gambling, *Gaming Law Review* 8 (2004), S. 9 ff.; *Walz*, Gambling um Gambelli? – Rechtsfolgen der Entscheidung Gambelli für das staatliche Sportwettenmonopol, *EuZW* 2004, S. 523 ff., jeweils auch mit Nachweisen zu entsprechenden Entscheidungen der mitgliedstaatlichen Gerichte.

¹⁰ EuGH, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039 (1096 ff.), Rdnr. 58 ff. (*Schindler*).

¹¹ EuGH, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039 (1096 f.), Rdnr. 60 (*Schindler*).

¹² EuGH, Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-6067 (6117), Rdnr. 36 (*Läärä*); EuGH, Rs. C-67/98, Slg. 1999, I-7289 (7315), Rdnr. 34 (*Zenatti*).

enthaltenden Beschränkungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stehen“.¹³ Der EuGH machte damit deutlich, dass sich die Gemeinschaftsrechtmäßigkeit von mitgliedstaatlichen Normen auch anhand ihrer konkreten Anwendung beurteilt.¹⁴ Ende des Jahres 2003 bestätigte der EuGH sodann in der „Gambelli“-Entscheidung, dass Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit tatsächlich geeignet sein müssen, „die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wettätigkeiten beitragen“.¹⁵ Eine Rechtfertigung der „Beschränkungen der Spieltätigkeiten“ sei daher dann nicht möglich, wenn „die Behörden eines Mitgliedstaates die Verbraucher dazu anreizen und ermuntern, an Lotterien, Glücksspielen oder Wettbeteiligung teilzunehmen, damit der Staatskasse daraus Einnahmen zufließen“.¹⁶

Die Auswirkungen dieser Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten auf den Bestand der mitgliedstaatlichen Glücksspielmonopole sind Gegenstand zahlreicher Verfahren vor mitgliedstaatlichen Gerichten. Auch in der Literatur finden sich zu diesem Fragenkreis viele Stellungnahmen.¹⁷ Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden nicht der Versuch unternommen werden, eine weitere Ausdeutung der genannten EuGH-Entscheidungen vorzulegen. Die folgenden Überlegungen beschäftigen sich stattdessen mit der bislang „unterbelichteten“ Bedeutung des EG-Wettbewerbsrechts für diesen Wirtschaftssektor.

In den einschlägigen Entscheidungen des EuGH sind die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages bisher nur am Rande thematisiert worden.¹⁸ Dies liegt in erster Linie daran, dass es sich bei diesen Verfahren jeweils um Vorabentscheidungsverfahren handelte. Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens kann der EuGH jedoch nur die Fragen beantworten, die ihm gestellt worden sind. Stellt das mitglied-

¹³ EuGH, Rs. C-67/98, Slg. 1999, I-7289 (7316), Rdnr. 37 (*Zenatti*). Diese Aufgabe weist der EuGH in dieser Entscheidung, die auf ein Vorabentscheidungsersuchen des *Consiglio di Stato* erging, den nationalen Gerichten zu (EuGH, *ibid.*).

¹⁴ Das Abstellen auf die konkrete Anwendung von Normen in der Praxis bei der Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit ist im Übrigen auch der deutschen Rechtsordnung nicht fremd: So können nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Defizite beim Vollzug von Steuervorschriften auf die Rechtmäßigkeit der Besteuerungsgrundlage zurückwirken, s. BVerfGE 84, 239 (271 f.); BVerfG, Urt. des Zweiten Senats v. 9.3.2004, Az.: 2 BvL 17/02, NJW 2004, 1022 ff., m. Anmerkung *Winterhoff*, Trommelwirbel mit geringfügigen Mißtönen: Zum Spekulationssteuerurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9. März 2004, DÖV 2004, S. 819 ff.

¹⁵ EuGH, Rs. C-243/01, Urt. v. 6.11.2003, Rdnr. 67 (*Gambelli*). Zur Rezeption der Gambelli-Entscheidung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vgl. zuletzt BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Az.: 1 BvR 223/05, Beschluss v. 27.4.2005.

¹⁶ EuGH, Rs. C-243/01, Urt. v. 6.11.2003, Rdnr. 69 (*Gambelli*).

¹⁷ Vgl. die Nachweise in Fn. 9.

¹⁸ Vgl. aber aus der mitgliedstaatlichen Entscheidungspraxis etwa BGH, Urt. v. 14.3.2002, Az.: 1 ZR 279/99, Entscheidungsumdruck, S. 7.

staatliche Gericht lediglich Fragen zu den Grundfreiheiten, wird es daher keine Antworten (auch) zu den Art. 81 ff. EGV erhalten. In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass der EuGH sich in der Rechtssache C-124/97 (*Lääärä*) weigerte, auch zur Auslegung des EG-Wettbewerbsrechts Stellung zu nehmen, da ihm die entsprechende Frage des vorlegenden Gerichts insoweit als zu pauschal erschien.¹⁹

III. EG-wettbewerbsrechtliche Maßstäbe: Art. 86 Abs. 1 EGV i.V.m. Art. 82 EGV

Um die folgenden Überlegungen nicht mit Details einzelner mitgliedstaatlicher Regulierungsmodelle zu belasten, soll von folgendem fiktiven Grundfall ausgegangen werden.

Im (fiktiven) Mitgliedstaat X existiert folgende Regelung: Zugelassen ist derzeit nur eine staatliche Lottogesellschaft. Eine Nebenbestimmung der staatlichen Genehmigung verpflichtet die staatliche Lottogesellschaft dazu, „für ein seriöses Angebot an Lotterien zu sorgen, das den Spieltrieb der Bevölkerung nicht stimuliert“. Die staatliche Lottogesellschaft führt jedes Jahr etwa 20-25 Prozent des Nettoerlöses an gemeinnützige Organisationen ab. Private Lottogesellschaften werden nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen nicht zugelassen, wenn „nicht auszuschließen ist, dass die Veranstaltung der (privaten) Lotterie wegen des insgesamt bereits vorhandenen Glücksspielangebots den Spieltrieb in besonderer Weise fördert“. Außerdem gibt es weitere gesetzliche Beschränkungen für etwaige private Lottoanbieter, nach denen etwa ein bestimmter Höchstgewinn (1 Million Euro) nicht überschritten werden darf und eine interaktive Teilnahme in Medien, insbesondere im Internet, mit zeitnaher Gewinnbekanntgabe ausgeschlossen ist. Begründet werden die Beschränkungen für private Lotterieanbieter in den einschlägigen Gesetzesmaterialien wie folgt: Die Regelung sichere durch Steuern und Abgaben Staatseinnahmen und fördere wohltätige Zwecke. Zudem bestünden ordnungspolitische Gründe. So werde die Zulassungsbeschränkung grundsätzlich durch die öffentliche Aufgabe bestimmt, das illegale Glücksspiel um Geld einzudämmen und dem nicht zu unterdrückenden Spieltrieb des Menschen seriöse, staatlich überwachte Betätigungsmöglichkeiten zu verschaffen.

¹⁹ EuGH, Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-6067 (6114), Rdnr. 23 (*Lääärä*). Das finnische Gericht hatte dem EuGH u.a. die Frage vorgelegt, ob es die Art. 28, 49 oder 50 EGV „oder eine andere Bestimmung des EG-Vertrages“ verbieten, dass Finnland den Betrieb bestimmter Spielautomaten durch die Gewährung eines ausschließlichen Rechts an ein bestimmtes Unternehmen beschränkt hat, obwohl diese Beschränkung in gleicher Weise für inländische wie für ausländische Veranstalter von Glücksspielen gilt, s. EuGH, Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-6067 (6110 f.), Rdnr. 9 (*Lääärä*). Vgl. dazu auch die Schlussanträge von GA *La Pergola*, Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-6069 (6084), Nr. 24 (*Lääärä*).

Der staatliche Lottoanbieter wirbt in großem Umfang für sein Angebot. Er verfügt außerdem über eine sehr dichte Vertriebsstruktur, das heißt, es existieren außerordentlich viele Lottoannahmestellen. Die jeweiligen Inhaber der Lottoannahmestellen werden dazu angehalten, auch neue Kunden anzusprechen; sinkt der Umsatz unter die entsprechenden Vergleichszahlen, werden die Inhaber der Lottoannahmestellen von der staatlichen Lottogesellschaft angeschrieben und nach den Gründen befragt.

Steht die Regulierung im Mitgliedstaat X in unserem fiktiven Grundfall im Widerspruch zu Art. 86 Abs. 1 EGV? Nach dieser Vorschrift sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, in Bezug auf öffentliche Unternehmen und Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten keine dem EG-Vertrag – insbesondere den Wettbewerbsregeln – widersprechende Maßnahmen zu treffen.

1. Die staatliche Lottogesellschaft als öffentliches Unternehmen und Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EGV

Fraglich ist zunächst, ob es sich bei der staatlichen Lottogesellschaft im Mitgliedstaat X um ein öffentliches Unternehmen und/oder ein Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EGV handelt.

Der Begriff des öffentlichen Unternehmens ist gemeinschaftsrechtlich zu bestimmen. Sinn und Zweck des Art. 86 Abs. 1 EGV ist es, Umgehungen des Wettbewerbsrechts zu verhindern, die auf den besonderen Einflussmöglichkeiten des Staates auf öffentliche Unternehmen beruhen.²⁰ Daher sind Unternehmen als öffentlich zu betrachten, wenn der Staat auf ihre Wirtschaftsplanung einen beherrschenden Einfluss hat.²¹ Einen Anhaltspunkt dafür, wie der Einfluss des Staates beschaffen sein muss, bietet die Definition des Begriffs „öffentliche Unternehmen“ in der sogenannten Transparenzrichtlinie.²² Nach Art. 2 dieser Richtlinie wird der

²⁰ Vgl. EuGH, Rs. 188, 189 und 190/80, Slg. 1982, 2545 (2575), Rdnr. 12 (*Frankreich u.a./Kommission*); EuGH, Rs. C-159/94, Slg. 1997, I-5815 (5832), Rdnr. 46 f. (*Kommission/Frankreich*); von Burchard, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 86 EGV, Rdnr. 8; Jungbluth, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. 2001, Art. 86, Rdnr. 12.

²¹ Vgl. etwa Emmerich, in: Dause (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H. II. Rdnrs. 93 u. 99; Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, 1997, Bd. II, Art. 37, 90, B Rdnr. 13.

²² Richtlinie 80/723/EWG der Kommission, ABl. EG Nr. L 195 v. 29.7.1980, S. 35 ff., geändert in ABl. EG Nr. L 229 v. 28.8.1985, S. 20 sowie in ABl. EG Nr. L 254 v. 12.10.1993, S. 16 und in ABl. EG Nr. L 193 v. 29.7.2000, S. 75. Durch die Richtlinie kann zwar nicht der Begriff des öffentlichen Unternehmens i.S.d. Art. 86 Abs. 1 EGV verbindlich definiert werden, die Richtliniendefinition kann jedoch als Anhaltspunkt für die Begriffsbestimmung herangezogen werden, vgl. nur Jung, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 86 EGV, Rdnr. 12; Pernice/Wernicke, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Stand August 2003, Art. 86 EGV (Nizza), Rdnr. 20 ff.

beherrschende Einfluss des Staates in der Regel aufgrund finanzieller Beteiligung, der mehrheitlichen Verfügung über Eigentumsanteile oder über Stimmrechte oder durch die Bestimmung von Mitgliedern der Leitungs- bzw. Verwaltungsorgane des Unternehmens ausgeübt. Ein Unternehmen ist folglich jedenfalls dann als öffentlich einzuordnen, wenn der Staat die Möglichkeit hat, auf die Geschäftsführung bestimmenden Einfluss auszuüben (etwa durch seine Kapitalmehrheit), ohne hierzu auf hoheitliche Maßnahmen und damit auf eine gesetzliche Ermächtigung angewiesen zu sein.²³ Vor diesem Hintergrund ist die staatliche Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X ein öffentliches Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EGV.

Neben der Eigenschaft als öffentliches Unternehmen könnte die staatliche Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X aufgrund der ihr eingeräumten Genehmigung für das Veranstalten von Lotterien im Mitgliedstaat X zusätzlich ein Unternehmen mit einem ausschließlichen Recht im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EGV sein. Unter den Begriff der ausschließlichen Rechte fallen solche Rechte, die von einem Mitgliedstaat oder einer Behörde einer oder mehreren öffentlichen oder privaten Einrichtungen auf dem Gesetzes- oder Verwaltungswege gewährt werden und diesen die Erbringung einer Dienstleistung oder die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit vorbehalten.²⁴ Das ausschließliche Recht kann dabei durchaus regional beschränkt sein.²⁵ Entscheidend ist, dass auf dem relevanten Markt durch die Privierung eines Unternehmens der Wettbewerb ausgeschaltet wird.²⁶ Die Tatsache, dass die Regelung des Mitgliedstaates X auch anderen Unternehmen theoretisch den Zugang zum Markt von Lotterieveranstaltungen gewährt, schließt das Merkmal „Unternehmen mit einem ausschließlichen Recht“ vorliegend nicht aus. Zwar kann im Falle einer Konzession oder einer Genehmigung, auf die jedes Unternehmen bei Vorliegen bestimmter sachlicher Voraussetzungen einen Anspruch hat, der Konzessionär bzw. der Genehmigungsinhaber grundsätzlich nicht als ein „Unternehmen mit einem ausschließlichen Recht“ angesehen werden.²⁷ Dies kann aber dann nicht gelten, wenn – wie hier – die Genehmigungsvoraussetzungen de facto von keinem weiteren Anbieter erfüllt werden können. Andernfalls könnte ein Mitgliedstaat jedes Monopol dem Anwendungsbereich des Art. 86 Abs. 1 EGV

²³ So *Hochbaum/Klotz*, in: von der Groben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV, 6. Aufl. 2003, Art. 86, Rdnr. 8 f.; *Jung*, (Fn. 22), Art. 86 EGV, Rdnr. 13.

²⁴ Vgl. die Definition in Art. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2002/77/EG der Kommission v. 16.9.2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 249 v. 17.9.2002, S. 21; s. auch *von Burchard*, (Fn. 20), Art. 86 EGV, Rdnr. 24 f., sowie die ausführliche Analyse von *Bartosch*, in: Koenig/Bartosch/Braun (Hrsg.), EC competition and telecommunications law, 2002, S. 85 ff.

²⁵ *Hochbaum/Klotz*, (Fn. 23), Art. 86, Rdnr. 23 (dort Fußn. 49).

²⁶ *Hochbaum/Klotz*, (Fn. 23), Art. 86, Rdnr. 23; *Mestmäcker*, (Fn. 21), Art. 37, 90, C Rdnr. 19.

²⁷ Vgl. nur *von Burchard*, (Fn. 20), Art. 86 EGV, Rdnr. 22.

entziehen, indem er theoretische Marktzugangsansprüche schafft, diese aber an gesetzliche Kautelen bindet, die kein potentieller Wettbewerber erfüllen kann.

Bisweilen wird davon ausgegangen, dass zumindest das Vorliegen eines besonderen Rechts im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EGV dann ausgeschlossen ist, wenn das in Frage stehende Recht an Hand von objektiven, angemessenen und nichtdiskriminierenden Kriterien übertragen worden ist.²⁸ Eine Ausschreibung oder ein sonstiges Vergabeverfahren ging der Genehmigungserteilung an die staatliche Lottogesellschaft im Mitgliedstaat X jedoch nicht voraus. Die der staatlichen Lottogesellschaft eingeräumte Möglichkeit zum *de facto* ausschließlichen Veranstalten von Lotterien im Mitgliedstaat X stellt deswegen ein ausschließliches Recht im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EGV dar.

2. Vorliegen einer Maßnahme im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EGV

Nach Art. 86 Abs. 1 EGV ist es den Mitgliedstaaten verboten, in Bezug auf öffentliche und bevorrechtigte Unternehmen Maßnahmen zu treffen, die dem EG-Vertrag widersprechen. Der Begriff der Maßnahme ist dabei weit auszulegen; er umfasst jede rechtliche oder tatsächliche Einflussnahme auf das betroffene Unternehmen, etwa die Vergabe von Konzessionen.²⁹ Die Vertragswidrigkeit der Maßnahme kann insbesondere auch in einem Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln der Art. 81 ff. EGV bestehen.³⁰ Vorliegend könnte zumindest die Art und Weise der Aufrechterhaltung des ausschließlichen Rechts zum Veranstalten von Lotterien im Mitgliedstaat X zugunsten der staatlichen Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X eine gegen Art. 82 EGV verstößende Maßnahme darstellen. Bei der Untersuchung eines Verstoßes gegen diese unternehmensbezogene Vorschrift sind das Verhalten des Staates und das des öffentlichen Unternehmens als Einheit zu betrachten.³¹ Im Rahmen des Art. 86 Abs. 1 EGV ist folglich zu prüfen, ob das staatlich deter-

²⁸ In diese Richtung wohl EuGH, Rs. C-302/94, Slg. 1996, I-6417 (6462), Rdnr. 34 (*The Queen/Secretary of State for Trade and Industry*); s. auch *Jones/Sufrin*, EC Competition Law, 2001, S. 436 f.; *Temple Lang*, European Union law rules on state measures restricting competition, http://gclc.coleurop.be/documents/288536_2.pdf, S. 13. Vgl. auch Art. 1 Abs. 2 lit. g der Richtlinie 80/723/EWG der Kommission vom 25.6.1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. EG Nr. L 195 v. 29.7.1980, S. 35, zuletzt geändert durch Richtlinie 2000/52/EG der Kommission vom 26.7.2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. EG Nr. L 193 v. 29.7.2000, S. 75. Grundsätzlich gegen diese Einschränkung des Art. 86 Abs. 1 EGV *Koenig/Kühling*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 86 EGV, Rdnr. 23.

²⁹ Vgl. *von Burchard*, (Fn. 20), Art. 86 EGV, Rdnr. 29 f.; *Heinemann*, Grenzen staatlicher Monopole, 2001, S. 83.

³⁰ *Temple Lang*, (Fn. 28), S. 5 ff.

³¹ *Koenig*, EG-rechtliche Beurteilung der Zulassung von Sportwetten-Anbietern – ein gemeinschaftsrechtliches „Rien ne va plus“?, EWS Beilage 1/2001, S. 1 (10).

minierte Verhalten eines öffentlichen Unternehmens zu einem Verstoß gegen Art. 82 EGV führen würde, wenn das Unternehmen autonom gehandelt hätte.³² Anders formuliert dürfen die Mitgliedstaaten öffentliche oder bevorrechtigte Unternehmen durch regulatorische Maßnahmen nicht in eine Situation versetzen, welche die Unternehmen aus eigener Initiative nicht ohne Verstoß gegen Art. 82 EGV erreichen könnten.³³ Ein dem Unternehmen zurechenbarer Wettbewerbsverstoß durch eigenständiges unternehmerisches Verhalten muss nicht vorliegen.³⁴ In Bezug auf die in Art. 86 Abs. 1 EGV genannten Unternehmen können die Mitgliedstaaten deshalb auch durch den Erlass zwingender gesetzlicher Vorschriften gegen EG-Wettbewerbsrecht verstossen, wenn die betroffene Maßnahme als unternehmerisches Verhalten wettbewerbsrechtswidrig wäre.³⁵

a) Marktbeherrschung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes

Ein Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 82 EGV durch eine auf die staatliche Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X bezogene staatliche Maßnahme kommt nur in Betracht, wenn dieses Unternehmen eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes inne hat. Eine beherrschende Stellung auf einem Markt liegt vor, wenn ein Unternehmen sich aufgrund seiner wirtschaftlichen Machtstellung unabhängig von Wettbewerbern und Abnehmern verhalten kann, wenn es also auf einem bestimmten relevanten Markt in der Lage ist, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs zu verhindern.³⁶ Von einer beherrschenden Stellung eines Unternehmens kann jedenfalls immer dann ausgegangen werden, wenn ein Unternehmen aufgrund einer Monopolstellung auf einem relevanten Markt keinem aktuellen oder potentiellen Wettbewerb ausgesetzt ist.³⁷

³² *Emmerich*, (Fn. 21), H. II. Rdnr. 120; *Mestmäcker*, (Fn. 21), Art. 37, 90, C Rdnr. 53.

³³ EuGH, Rs. C-18/88, Slg. 1991, I-5941 (5980), Rdnr. 20 (*GB-Inno-BM*); dazu *Wachsmann/Berrod*, Les critères de justification des monopoles: un premier bilan après l'affaire Corbeau, RTDE 1994, S. 39 (40); *Temple Lang*, (Fn. 28), S. 8.

³⁴ *Heinemann*, (Fn. 29), S. 149.

³⁵ EuGH, Rs. C-18/88, Slg. 1991, I-5941 (5980), Rdnr. 21 (*GB-Inno-BM*); siehe dazu etwa *Giesen*, Die Vorgaben des EG-Vertrags für das Internationale Sozialrecht, 1999, S. 117 f.

³⁶ EuGH, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207 (286), Rdnrs. 63, 66 (*United Brands*); EuGH, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 (520), Rdnr. 38 (*Hoffmann-La Roche*); EuGH, Rs. C-38/97, Slg. 1998, I-5955 (5982), Rdnr. 27 (*Librandi*); *Brinker*, in: *Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 82 EGV, Rdnr. 11 f.; *Jung*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand: 2000, Art. 82 EGV, Rdnr. 55; ausführlich *Schröter*, in: *von der Groeben/Schwarze* (Hrsg.), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 2, 6. Aufl. 2003, Art. 82, Rdnr. 63 ff.

³⁷ *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, 1997, Bd. I, Art. 86, Rdnr. 82; *Schröter*, (Fn. 36), Art. 82, Rdnr. 72 ff.

(1) Abgrenzung des relevanten Marktes

Zur Beurteilung der Frage, ob die staatliche Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X ein marktbeherrschendes Unternehmen ist, muss zunächst der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt werden.

Die Grundsätze der Marktabgrenzung hat die Kommission in ihrer Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes zusammengefasst.³⁸ Entscheidend für die Feststellung, ob verschiedene Produkte miteinander in Wettbewerb stehen und daher einem Markt zuzuordnen sind, ist das so genannte Bedarfsmarktkonzept.³⁹ Der sachlich relevante Produktmarkt umfasst danach sämtliche Erzeugnisse bzw. Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden.⁴⁰

Es stellt sich daher die Frage, inwieweit die von der staatlichen Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X angebotenen Lotterien mit anderen Glücksspielangeboten aus der Sicht der Nachfrager austauschbar sind. Genauen Aufschluss über diese Frage kann nur eine umfassende Analyse der Verbraucherpräferenzen geben. Prima facie spricht jedoch einiges dafür, dass aus Sicht der Verbraucher keine Austauschbarkeit von Lotterien und Sportwetten besteht, da letztere einige Besonderheiten aufweisen.⁴¹ Als sachlich relevanter Markt wird daher im Folgenden der Markt für Lotterien zugrunde gelegt.

Daneben ist der relevante Markt auch in geographischer Hinsicht abzugrenzen. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die relevanten Produkte angeboten werden, die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen von benachbarten Gebieten unterscheidet.⁴² Ein wichtiges Kriterium zur Beurteilung dieser

³⁸ Abgedruckt in ABl. EG Nr. C 372 v. 9.12.1997, S. 5 ff.

³⁹ Vgl. *Capito*, in: EMR/ZEI (Hrsg.), *Media Market Definitions – Comparative Legal Analysis*, 2003 (http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/media/chapter_1_ec.pdf), Tz. 1.08 ff.; *Jung*, (Fn. 36), Art. 82 EGV, Rdnr. 30.

⁴⁰ Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, ABl. EG Nr. C 372 v. 9.12.1997, S. 5 ff., Rdnr. 7; *Schwalba*, *Die wettbewerbsbezogene Abgrenzung des relevanten Marktes*, 2000, S. 47; *Rittner*, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 6. Aufl. 1999, § 6, Rdnr. 50.

⁴¹ Während bei Lotterien und vergleichbaren Glücksspielen der Teilnehmer keine Einflussmöglichkeit auf seine Gewinnchance hat, wird ihm im Falle der Sportwetten zumindest suggeriert, er habe als Kenner des betroffenen Sports vergleichsweise hohe Gewinnchancen. Näher zu diesen Besonderheiten *Koenig*, (Fn. 31), S. 11. Vgl. auch BVerwG, NJW 2001, S. 2648 (2648). Zur vor allem in Deutschland umstrittenen Frage, ob diese Besonderheiten dazu führen, dass Sportwetten nicht als Glücksspiele im Rechtssinne anzusehen sind, vgl. etwa BGH, NSzZ 2003, S. 372, 373; *Tröndle/Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 52. Aufl. 2004, § 284, Rdnr. 7 m.w.N.

⁴² Kommission, (Fn. 38), ABl. EG Nr. C 372 v. 9.12.1997, S. 5 ff., Rdnr. 8.

Frage stellen regulatorische Marktzugangshemmnisse dar.⁴³ Hier sind wohl die Wettbewerbsbedingungen nur innerhalb des betroffenen Mitgliedstaates als hinreichend homogen zu betrachten.

Räumlich relevanter Markt für die Tätigkeit der staatlichen Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X ist daher das Staatsgebiet des Mitgliedstaates X.

(2) Beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes

Die beherrschende Stellung muss sich auf den Gemeinsamen Markt oder einen wesentlichen Teil davon erstrecken.⁴⁴ Die staatliche Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X ist in diesem Mitgliedstaat die derzeit einzige zugelassene Veranstalterin einer Lotterie. Nach der Auffassung des Gerichtshofes⁴⁵ und der Kommission⁴⁶ ist das Staatsgebiet jedes Mitgliedstaates auf jeden Fall ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes. Da auch dieses Kriterium erfüllt ist, kann eine beherrschende Stellung des Lottounternehmens auf dem relevanten Markt festgestellt werden.⁴⁷

⁴³ Kommission, (Fn. 38), AbI. EG Nr. C 372 v. 9.12.1997, S. 5 ff., Rdnr. 50; vgl. auch Möschel, (Fn. 32), Art. 86, Rdnr. 55 f.; Schröter, (Fn. 36), Art. 86, Rdnr. 123 f.

⁴⁴ EuGH, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207 (285), Rdnr. 57 (*United Brands/Kommission*); EuGH, Rs. 30/87, Slg. 1988, 2479 (2513), Rdnr. 22 (*Bodson/Pompes Funebres des Regions liberees*).

⁴⁵ EuGH, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461 (3522), Rdnr. 103 (*Michelin*).

⁴⁶ Kommission, Entscheidung 77/327/EWG, AbI. EG Nr. L 117 v. 9.5.1977, S. 1, 9 – „ABG“; dies., Entscheidung 89/93/EWG, AbI. EG Nr. L 33 v. 4.2.1989, S. 44, Rdnr. 78 ff. – „Flachglas“.

⁴⁷ Dabei wird hier davon ausgegangen, dass es sich bei dem Mitgliedstaat X nicht um einen föderal gegliederten Staat wie etwa die Bundesrepublik Deutschland oder Österreich handelt. Steht in einem föderal gegliederten Mitgliedstaat einer unteren Einheit – wie etwa einem Bundesland – die Gesetzgebungskompetenz für das Glücksspielwesen zu, so stellt sich die Frage, ob die jeweilige Einheit als „wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes“ im Sinne des Art. 82 EGV einzuordnen ist. Nach der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte können auch größere Teilregionen eines Mitgliedstaats wesentliche Teile des Gemeinsamen Marktes sein, was der EuGH ausdrücklich für die Region Süddeutschland festgestellt hat (EuGH, Rs. 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113, 114/73, Slg. 1975, 1663 (2012), Rdnr. 448 (*Suiker Unie u.a./Kommission*)). Entscheidende Kriterien sind insoweit nicht nur die räumliche Ausdehnung des betroffenen Gebiets, sondern auch die wirtschaftliche Bedeutung einer Region, die sich etwa durch die Bevölkerungszahl und die Kaufkraft der Einwohner ausdrückt. Daher können selbst geographisch sehr kleine Regionen einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellen, wenn sie von großer Bedeutung für den innergemeinschaftlichen Handel sind. Dies gilt beispielsweise für Häfen, die angesichts des in ihnen abgewickelten Verkehrsumfangs wichtig für die Ein- und Ausfuhr sind, s. EuGH, Rs. C-179/90, Slg. 1991, I-5889 (5928), Rdnr. 15 (*Merci convenzionali porto di Genova*). Die Anforderungen an die Gemeinschaftsrelevanz eines Marktes sind in der Praxis grundsätzlich eher niedrig, s. Dirksen, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. 2001, Art. 82 EGV, Rdnr. 70 a.E.

b) Wettbewerbsverstoß durch Art und Weise der Aufrechterhaltung des Monopols

Schließlich ist zu untersuchen, ob durch eine staatliche Maßnahme in Bezug auf die staatliche Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des Art. 82 EGV bewirkt wird. Artikel 82 EGV verbietet Verhaltensweisen, welche die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und welche das Aufrechterhalten des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch den Einsatz von Mitteln behindern, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen.⁴⁸ Damit ist die Behinderung von Wettbewerbern zwar nicht per se im Sinne des Art. 82 EGV missbräuchlich; marktbeherrschende Unternehmen sind jedoch gehalten, nur leistungsgerechte Mittel zur Verteidigung ihrer Marktposition einzusetzen.⁴⁹ Überträgt man diese auf den Normalfall des Art. 82 EGV zugeschnittenen Kriterien auf die hier einschlägige Konstellation eines staatlich induzierten Verstoßes gegen Art. 82 EGV, so wird deutlich, dass Anknüpfungspunkt für die Untersuchung hier die Art und Weise der Aufrechterhaltung des Monopols der staatlichen Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X ist.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Schaffung eines Monopols durch Gewährung ausschließlicher Rechte nicht schon als solche mit Art. 82 EGV in Verbindung mit Art. 86 Abs. 1 EGV unvereinbar.⁵⁰ Allerdings wird ein Verstoß gegen die genannten Bestimmungen bereits dann bejaht, wenn durch die Begründung ausschließlicher Rechte eine Lage geschaffen wird, in der das betreffende Monopolunternehmen seine beherrschende Stellung zwangsläufig missbrauchen wird oder missbrauchen könnte.⁵¹ Als Missbrauch im Sinne von Art. 82 EGV ist zum Beispiel eine Beschränkung des möglichen Leistungsangebots auf einem bestimmten Markt⁵² oder eine Behinderung des Marktzutritts⁵³ anzusehen. Nach

48 Brinker, (Fn. 36), Art. 82 EGV, Rdnr. 24 m.w.N.

49 Dirksen, (Fn. 47), Art. 82 EGV, Rdnr. 180.

50 Vgl. nur EuGH, Rs. C-209/98, Slg. 2000, I-3743 (3797), Rdnr. 66 (*Sydhavrens Sten & Grus*).

51 EuGH, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979 (2017), Rdnr. 27 (*Höfner u. ElserMacrotron*); EuGH, Rs. 311/84, Slg. 1985, 3261 (3275), Rdnr. 17 (*Telemarketing*); EuGH, Rs. C-179/90, Slg. 1991, I-5889 (5928), Rdnr. 17 (*Porto di Genova*); EuGH, Rs. C-18/93, Slg. 1994, I-1783 (1825), Rdnr. 43 (*Corsica Ferries*); EuGH, Rs. C-242/95, Slg. 1997, I-4449 (4464), Rdnr. 33 (*GT-Link*); EuGH, Rs. C-55/96, Slg. 1997, I-7119 (7148), Rdnr. 29 (*Job Centre*); EuGH, Rs. C-266/96, Slg. 1998, I-3949 (3995), Rdnr. 40 (*Corsica Ferries France*); EuGH, Rs. C-147 u. 148/97, Slg. 2000, I-825 (874), Rdnr. 39 (*Deutsche Post AG/GZS u. Citicorp*); EuGH, Rs. C-475/99, Slg. 2001, I-8089 (8151), Rdnr. 39 (*Ambulanz Glöckner/Landkreis Südwestpfalz*); EuGH, Rs. C-340/99, Slg. 2001, I-4109 (4160), Rdnr. 44 (*TNT Traco/Poste Italiane*).

52 EuGH, Rs. C-55/96, Slg. 1997, I-7119 (7149 f.), Rdnrn. 32, 35 (*Job Centre*); Kommission, Entscheidung 90/16/EWG, ABl. EG Nr. L 10 v. 12.1.1990, S. 47, Rdnrn. 13, 14 – „Eilkurierdienstleistungen

den Bestimmungen des Mitgliedstaates X ist ein Marktzutritt für neue Anbieter de facto unmöglich, da die staatliche Lottogesellschaft durch ihr breites Angebot den Markt bereits derart vollständig abdeckt, dass potentielle Wettbewerber regelmäßig an der negativen Genehmigungsvoraussetzung „Förderung des Spieltriebs in besonderer Weise wegen des insgesamt bereits vorhandenen Glücksspielangebots“ scheitern werden. Da die Genehmigungsvoraussetzungen im Zusammenspiel mit dem Verhalten der staatlichen Lottogesellschaft damit auch eine Abschottung des Marktes bewirken, ist der Tatbestand einer missbräuchlichen Ausnutzung der beherrschenden Stellung erfüllt.

c) Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Ein Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 82 EGV setzt ferner die Eignung der missbräuchlichen Monopolausgestaltung oder -aufrechterhaltung zur Behinderung des zwischenstaatlichen Handels voraus. Hierfür genügt es, wenn die Maßnahme objektiv dazu geeignet ist, den grenzüberschreitenden Waren- oder Dienstleistungsverkehr zu beeinträchtigen, etwa indem nationale Märkte voneinander abgeschottet werden.⁵⁴ Durch das staatlich abgesicherte Monopol der staatlichen Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X wird der Markt in diesem Mitgliedstaat gegenüber potentiellen Anbietern von Lotterien aus dem EG-Ausland abgeschottet. Dadurch werden sowohl die Struktur des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt als auch der zwischenstaatliche Handel massiv beeinträchtigt.

Das staatlich abgesicherte Monopol der staatlichen Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X führt zu einer Behinderung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten. Die Gewährung ausschließlicher Rechte an die staatliche Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X stellt deshalb aufgrund der missbräuchlichen Auswirkung eine nach Art. 86 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Art. 82 EGV gemeinschaftsrechtswidrige staatliche Maßnahme dar.

in den Niederlanden“; Kommission, Entscheidung 90/456/EWG, ABl. EG Nr. L 233 v. 28.8.1990, S. 19, Rdnr. 11 – „Eilkurierdienstleistungen in Spanien“.

⁵³ Kommission, 26. Wettbewerbsbericht (1996), Erster Teil, Rdnrn. 59-64; *Jung*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 86 EGV, Rdnr. 28.

⁵⁴ *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 82 EGV, Rdnr. 68 ff.

IV. Ausnahme von der Anwendung der Wettbewerbsregeln nach Art. 86 Abs. 2 EGV

Trotz der Erfüllung des Missbrauchstatbestandes verstößt die Aufrechterhaltung der Monopolstellung nicht gegen Art. 86 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Art. 82 EGV, wenn die Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EGV vorliegen. Diese Vorschrift enthält für Finanzmonopole und Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, eine Sonderregelung. Die Wettbewerbsregeln gelten danach nur, wenn durch ihre Anwendung nicht die Erfüllung der den Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben verhindert wird. Hierdurch soll der Konflikt zwischen dem öffentlichen Interesse an der Aufgabenerfüllung durch die betrauten Unternehmen und dem Interesse an der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts geregelt werden.⁵⁵ Im Folgenden ist zu untersuchen, ob diese Vorschrift zur Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkungen herangezogen werden kann, die durch die Art und Weise der Aufrechterhaltung der Monopolstellung der staatlichen Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X entstehen.

Obwohl sich der Wortlaut nur auf Unternehmen bezieht, gilt Art. 86 Abs. 2 EGV – der im Zusammenhang mit Art. 86 Abs. 1 EGV zu lesen ist – hinsichtlich der Maßnahmen, die ein Mitgliedstaat unter Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Art. 82 EGV in Bezug auf öffentliche Unternehmen trifft, auch für die Mitgliedstaaten.⁵⁶

1. Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben

Eine Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EGV setzt voraus, dass die staatliche Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist oder den Charakter eines Finanzmonopols hat.

a) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Fraglich ist, ob die Tätigkeit der staatlichen Lotteriegesellschaft eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Art. 86 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 EGV beinhaltet.

55 Vgl. *Hochbaum/Klotz*, (Fn. 23), Art. 86, Rdnr. 53; *Mestmäcker*, (Fn. 21), Art. 37, 90, D. Rdnr. 1 ff.

56 EuGH, Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533 (2568), Rdnr. 13 f. (*Corbeau*); EuGH, Rs. C-157/94, Slg. 1997, I-5699 (5777), Rdnr. 32 (*Kommission/Niederlande*); EuGH, Rs. C-158/94, Slg. 1997, I-5789 (5806), Rdnr. 43 (*Kommission/Italien*); siehe auch *Ehrcke*, Art. 90 EWG-Vertrag – eine Neubetrachtung, EuZW 1993, S. 211 (214); *Pernice/Wernicke*, (Fn. 22), Art. 86 EGV, Rdnr. 53; *Hochbaum/Klotz*, (Fn. 23), Art. 86, Rdnr. 55; *Jung*, (Fn. 22), Art. 86 EGV, Rdnr. 33; *Mestmäcker*, (Fn. 21), Art. 37, 90, D. Rdnr. 30.

Der Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist ein autonomer Begriff des Gemeinschaftsrechts.⁵⁷ Gleichwohl gesteht der EuGH den Mitgliedstaaten einen weiten Spielraum bei der Definition des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses der Leistungserbringung zu.⁵⁸ Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zeichnen sich dadurch aus, dass sie im öffentlichen Interesse auch dann erbracht werden müssen, wenn sie für das Unternehmen nach der Marktlage nicht lohnend sind.⁵⁹ Hierunter fallen insbesondere so genannte Universaldienste⁶⁰, die beispielsweise im Telekommunikationsbereich zur flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit bestimmten Dienstleistungen zu erbringen sind, ohne dass die Wirtschaftlichkeit jeder einzelnen Leistung gewährleistet ist.⁶¹ Dies ist etwa der Fall bei der Errichtung eines umfassenden Telefonnetzes auch in entlegenen Regionen oder der Verteilung von Postsendungen zu gleichen Preisen innerhalb eines ganzen Staates.⁶²

Die von der staatlichen Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X erbrachten Dienstleistungen sind mit solchen Universaldienstleistungen nicht vergleichbar. Die im Allgemeininteresse liegenden Ziele der Veranstaltung von Lotterien durch ein staatliches Monopolunternehmen sind vielmehr primär finanzpolitischer Natur, indem durch Steuern und Abgaben Staatseinnahmen gesichert und wohltätige

57 In diesem Sinne EuGH, Rs. 41/83, Slg. 1985, 873 (888), Rdnr. 30 (*Italien/Kommission*); EuG, Rs. T-260/94, Slg. 1997, II-997 (1042), Rdnr. 135 (*Air Inter*); Koenig/Kühling, „Totgesagte Vorschriften leben länger“: Bedeutung und Auslegung der Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG, ZHR 166 (2002), S. 656 (670); Schmidt, Die Liberalisierung der Daseinsvorsorge, Der Staat 42 (2003), S. 225 (233); Storr, Zwischen überkommener Daseinsvorsorge und Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, DÖV 2002, S. 357 (359); Weiß, Öffentliche Unternehmen und EGV, EuR 2003, S. 165 (185). Vgl. ferner Lecheler, Die Versorgung mit Strom und Gas als „service public“ und die Bedeutung der „service public-Doktrin“ für Art. 90 Abs. 2 EGV, RdE 1996, S. 212 (216), der darauf aufmerksam macht, dass der Begriff in keiner Rechtsordnung der (damaligen) EG-Mitgliedstaaten vorkommt.

58 S. nur EuGH, Rs. C-159/94, Slg. 1997, I-5815 (5834), Rdnr. 56 (*Kommission/Frankreich*). Vgl. ferner GA Jacobs, Schlussanträge zur Rs. C-475/99, Slg. 2001, I-8094 (8134), Nr. 185 (*Ambulanz Glöckner*); GA Léger, Schlussanträge zur Rs. C-309/99, Slg. 2002, I-1577 (1625), Nr. 162 (*Wouters*).

59 Vgl. Jung, (Fn. 22), Art. 86 EGV, Rdnr. 38; Magiera, in: Ipsen/Schmidt-Jortzig (Hrsg.), Fs. Rauschning, 2001, S. 269 (283 ff.); Mestmäcker, (Fn. 21), Art. 37, 90, D. Rdnr. 43; Sura, Die grenzüberschreitende Veranstaltung von Glücksspielen im Europäischen Binnenmarkt, 1995, S. 191 f.; Pernice/Wernicke, (Fn. 22), Art. 86 EGV, Rdnr. 37; Temple Lang, (Fn. 28), S. 16.

60 Magiera, (Fn. 59), S. 269 (284 f.); Koenig, (Fn. 31), S. 16.

61 Vgl. zu den Universaldienstverpflichtungen im EG-Telekommunikationsrecht etwa Röder-Messel/ Koenig, in: Koenig/Bartosch/Braun (Hrsg.), EC competition and telecommunications law, 2002, S. 473 ff.; Slot/Skudder, Common features of Community law regulation in the network-bound sectors, CMLRev. 38 (2001), S. 87 (121 ff.).

62 In Bezug auf die Verteilung von Post siehe EuGH, Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533 (2568), Rdnr. 15 (*Corbeau*) u. EuGH, EuZW 2001, 408 (412), Rdnr. 51 ff. (*TNT Traco SpA*); hinsichtlich des Betriebs eines öffentlichen Fernmobilnetzes EuGH, Rs. 18/88, Slg. 1991, I-5941 (5979), Rdnr. 16 (*GB-Inno-BM*); allgemein hierzu Wachsmann/Berrod, (Fn. 33), S. 45 ff.; Heinemann, (Fn. 29), S. 176 ff.

Zwecke gefördert werden sollen. Zudem werden für die Monopolisierung im Lotteriebereich ordnungspolitische Gründe angeführt. So wird die im Mitgliedstaat X bestehende Zulassungsbeschränkung grundsätzlich durch die öffentliche Aufgabe bestimmt, das illegale Glücksspiel um Geld einzudämmen und dem nicht zu unterdrückenden Spieltrieb des Menschen seriöse, staatlich überwachte Betätigungsmöglichkeiten zu verschaffen.⁶³ Unter Berücksichtigung dieser Zwecke ist das unter Erlaubnisvorbehalt gestellte Glücksspielverbot dem Bereich des Ordnungsrechts zuzuordnen.⁶⁴

Möglicherweise können im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV auch ordnungspolitische Aspekte Beachtung finden. Sofern im allgemeinen Interesse liegende Gründe des Verbraucherschutzes oder der öffentlichen Sicherheit mit wirtschaftlichen Interessen verbunden sind, kann es in Betracht kommen, diese bei der Prüfung der Ausnahmebestimmung des Art. 86 Abs. 2 EGV zu berücksichtigen. Zwar widerspricht es dem Wortlaut des Art. 86 Abs. 2 EGV, in dem von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse die Rede ist, wenn zur Rechtfertigung von staatlich eingeräumten Monopolstellungen allein auf ordnungspolitische oder auch soziale Gründe abgestellt wird.⁶⁵ Dennoch hat der EuGH in der Rechtssache *Corsica Ferries France* zur Rechtfertigung des ausschließlichen Rechts zur Sicherstellung des allgemeinen Festmacherdienstes in den Häfen von Genua und La Spezia maßgeblich auf Gründe der öffentlichen Sicherheit abgestellt.⁶⁶ In weiteren Urteilen hat der Gerichtshof Art. 86 Abs. 2 EGV darüber hinaus auch als Instrument der Sozialpolitik anerkannt.⁶⁷

Der EuGH dehnt damit die Bedeutung des Art. 86 Abs. 2 EGV aus, indem er diese Vorschrift als allgemeine Grundlage zur Lösung von Interessenkollisionen zwischen den Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages und öffentlichen Interessen der Mitgliedstaaten heranzieht. Art. 86 Abs. 2 EGV wird damit zu einer Norm, die es ermöglichen soll, außerökonomische mitgliedstaatliche Ziele von den Bindungen an das EG-Wettbewerbsrecht insoweit freizustellen, wie es für die Zielerreichung erforderlich ist.⁶⁸ Auf dieser Grundlage können auch die ordnungspolitischen Gründe für eine restriktive Marktzugangsregelung im Lotteriebereich als allgemeine wirtschaftliche Interessen im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EGV betrachtet

⁶³ Diese öffentliche Aufgabe verliert auch nicht deswegen ihren Charakter, weil die staatlichen Stellen im Mitgliedstaat X diese Aufgabe nur unzureichend verfolgen.

⁶⁴ So das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf Spielbanken, BVerfGE 28, 119, 148; vgl. auch BVerfG, NVwZ 2001, 790 (793) m. Anm. *Sachs*, Anm. zu BVerfG, NVwZ 2001, 790 (793), JuS 2001, S. 912 ff.

⁶⁵ *Koenig*, (Fn. 31), S. 16.

⁶⁶ EuGH, Rs. C-266/96, Slg. 1998, I-3949 (3996 u. 4001), Rdnrn. 45 u. 60 (*Corsica Ferries France*).

⁶⁷ S. etwa EuGH, Rs. C-115 bis 117/97, Slg. 1999, I-6025 (6059 f.), Rdn. 103 ff. (*Albany*); EuGH, Rs. C-219/97, Slg. 1999, I-6121 (6154 f.), Rdn. 97 (*Maatschappij Drijvende Bokken BV*).

⁶⁸ Vgl. *Koenig/Kühling*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 86 EGV, Rdn. 46.

werden. Ein Unternehmen, welches zur Verfolgung dieser im Allgemeininteresse liegenden Ziele tätig wird, nimmt daher eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wahr.

Vorliegend wird jedoch das Ziel der Eindämmung der Spielsucht im Fall der staatlichen Lotteriesellschaft des Mitgliedstaates X in der Praxis nicht effektiv verfolgt. Vielmehr ist die Politik der staatlichen Lotteriesellschaft – wie eingangs beschrieben – auf eine Erweiterung des Kundenkreises ausgerichtet. Tatsächlich gewährleistet werden durch den Mitgliedstaat X und die staatliche Lotteriesellschaft zweifelsohne die Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Spielablaufs mit garantierter Gewinnausschüttung, eine gleiche Behandlung aller Spieler sowie die Förderung gemeinnütziger Zwecke durch eine anteilige Erlösabgabe. Diese stellen im Allgemeininteresse liegende Zwecke dar. Bei einer weiten Auslegung des Begriffs „allgemeines wirtschaftliches Interesse“ könnte man daher annehmen, das staatliche Lotterieunternehmen erfülle eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Jedoch ist weder die Gewährleistung eines seriösen Ablaufs der Lotterie noch die Abgabe eines Erlösanteils für wohltätige Zwecke eine besondere Dienstleistungsaufgabe, die als solche die Tätigkeit des Lotterieunternehmens kennzeichnet. Vielmehr liegen darin allgemeine inhaltliche Anforderungen an die unternehmerische Dienstleistung in Gestalt von ordnungsrechtlichen Rahmenbedingungen, die von jedem zugelassenen Unternehmen als „Annexpflichten“ zu beachten sind. Allein durch die Erfüllung dieser Pflichten wird die Veranstaltung von Lotterien nicht zu einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.

Die staatliche Lotteriesellschaft des Mitgliedstaates X nimmt daher keine besonderen Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wahr. Denn das öffentliche Interesse an ihrer Tätigkeit erschöpft sich in der Beachtung allgemeiner rechtlicher Rahmenbedingungen. Darüber hinausgehende, dem Gemeinwohl dienende Zwecke werden durch die staatliche Lotteriesellschaft nicht effektiv verfolgt.

b) Betrauungsakt

Geht man entgegen der hier vertretenen Auffassung davon aus, dass die staatliche Lotteriesellschaft des Mitgliedstaates X Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wahrnimmt, so muss sie gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV zudem mit diesen Dienstleistungen betraut worden sein.

Mit diesem Tatbestandsmerkmal wird ersichtlich an eine vorangegangene positive staatliche Handlung im Sinne einer hinreichend deutlichen Beauftragung angeknüpft.⁶⁹ Gleichwohl kann nicht jede Betrauung nach mitgliedstaatlichem Recht

⁶⁹ Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 83 f.

zugleich auch eine solche im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EGV sein⁷⁰, da es sich beim Tatbestandsmerkmal „betraut“ um einen autonomen Begriff des Gemeinschaftsrechts handelt.⁷¹ Die Funktion des Betrauungsmerkmals besteht darin, die Sonderaufgabe klar zu formulieren und durch einen sichtbaren Akt eindeutig auf ein Unternehmen zu übertragen.⁷² Die Anforderungen bezüglich einer hinreichenden Eindeutigkeit des Übertragungsaktes dürfen dabei nicht zu niedrig angesetzt werden, da andernfalls der Kommission ihre auf die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme bezogene Kontrollpflicht (siehe Art. 86 Abs. 3 EGV) in bedenklicher Weise erschwert wird⁷³: Wenn keine wirkliche Transparenz besteht, lässt „sich nur schwer oder überhaupt nicht beurteilen, welchen Einfluss die im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe auf die Geltung der Wettbewerbsregeln hat“.⁷⁴ In systematischer Hinsicht spricht für einen insoweit eher strengen Maßstab zudem der Vergleich mit den in Art. 86 Abs. 2 EGV ebenfalls geregelten Finanzmonopolen, deren rechtliche Stellung auf einem formalen Hoheitsakt beruht.⁷⁵

Eine Betrauung setzt danach einen Akt öffentlicher Gewalt voraus, durch den das Unternehmen mit dem Erbringen der Dienstleistung beauftragt wird.⁷⁶ Das rein tatsächliche Erbringen einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist daher selbst dann nicht hinreichend, wenn diese unter staatlicher Aufsicht erfolgt.⁷⁷ Dementsprechend reicht auch die bloße Erlaubnis einer Tätig-

70 *Lecheler*, (Fn. 57), S. 216; *Pielow*, (Fn. 69), S. 84.

71 Insoweit zutreffend *Schaub/Dohms*, Der wettbewerbliche Binnenmarkt für Strom und Gas: Zur Rolle von Art. 90 Abs. 2 EGV, AG 1998, S. 566 (567).

72 *Koenig/Kühling*, (Fn. 57), S. 673; ähnlich *Ehlermann*, Role of the European Commission as Regards National Energy Policies, *Journal of Energy and Natural Resources Law* 12 (1994), S. 342 (350); *Schmidt*, (Fn. 57), S. 235; *Temple Lang*, (Fn. 28), S. 16; *von Wilmowsky*, Mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen unter dem EWG-Vertrag, *ZHR* 155 (1991), S. 545 (552); insoweit wohl abweichend, aber unklar *Burgi*, Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts, *EuR* 1997, S. 261 (275).

73 *Koenig/Kühling*, (Fn. 57), S. 673; Kommission, Mitteilung zu „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, ABl. EG Nr. C 17 v. 19.1.2001, S. 4, Rdnr. 22.

74 EuGH, Rs. 66/86, Slg. 1989, 803 (852), Rdnr. 57 (*Ahmed Saeed Flugreisen*); *Geiger*, EUV/EGV, 4. Aufl. 2004, Art. 86, Rdnr. 12; *Storr*, Grundversorgung in Rundfunk und Binnenmarkt – Unterschiede und Perspektive, K&R 2002, S. 464 (469).

75 Vgl. EuGH, Rs. 127/73, Slg. 1974, 313 (318), Rdnrn. 19, 22 (BRT).

76 Vgl. EuGH, Rs. C-159/94, Slg. 1997, I-5815 (5836), Rdnr. 65 (*Kommission/Frankreich*); EuG, verb. Rs. T-204/97 u. T-270/97, Slg. 2000, II-2267 (2307 f.), Rdnr. 126 (*EPAC*); Kommission, Entscheidung v. 25.7.2001, Staatliche Beihilfe Nr. N 34/99, SG (2001) D/290567, S. 15 (http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n034-99.pdf). Dabei bezieht sich der Begriff „Akt der öffentlichen Gewalt“ nur auf die von den Mitgliedstaaten ausgeübte Staatsgewalt. Eine Betrauung durch Maßnahmen der Gemeinschaft stellt damit keine Betrauung im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EGV dar.

77 *Heinemann*, (Fn. 29), S. 180; *Hochbaum/Klotz*, in: *von der Groeben/Schwarze* (Hrsg.), EUV/EGV, 6. Aufl. 2003, Art. 86, Rdnr. 63.

keit als Regulierung privater Initiativen für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals nicht aus⁷⁸; vielmehr muss dem Unternehmen die Verfolgung eines im Allgemeininteresse liegenden Ziels äußerlich sichtbar auferlegt werden.⁷⁹ Außerdem ist auch in diesem Zusammenhang streng zwischen „Berechtigung“ und „Verpflichtung“ zu trennen. Bereits der Wortlaut etwa der deutschen und englischen Sprachfassung („betraut“, „entrusted“) legt nahe, dass das Unternehmen durch den Akt der öffentlichen Gewalt zum Erbringen der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verpflichtet sein muss; eine diesbezügliche Berechtigung des Unternehmens ist also nicht hinreichend.⁸⁰ Dieser Befund der Wortlautauslegung wird durch eine teleologische Überlegung bestätigt: Warum sollte die bloße Berechtigung eines Unternehmens zum Erbringen der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ein Abweichen von den Wettbewerbsregeln rechtfertigen?

In unserem Fall könnte die staatliche Lotteriegesellschaft durch die Gewährung einer de facto exklusiven Zulassung zur Veranstaltung von Lotterien mit der Aufgabe betraut worden sein, für ein seriöses Angebot an Lotterien zu sorgen, das den Spieltrieb der Bevölkerung nicht stimuliert.

Fraglich ist, ob hierin eine aktive Aufgabenübertragung liegt oder ob die Zulassung zur Veranstaltung von Lotterien mit einer bloßen Erlaubniserteilung gleichzusetzen ist. Grundsätzlich kann die Einräumung eines ausschließlichen Rechts, das mit der Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Funktion verbunden ist, als eine Betrauung des Unternehmens mit einer besonderen Aufgabe angesehen werden.⁸¹ Das Merkmal der Betrauung erweist sich insofern als eine Tatbestandsvoraussetzung, die sich stark an formalen Kriterien orientiert, inhaltliche Kriterien – etwa inwieweit die Praxis den vorgegebenen theoretischen Zielen entspricht – treten dahinter zurück. Dass in der Praxis das vorgegebene Ziel der Eindämmung der Spielsucht durch die staatliche Lotteriegesellschaft des Mitgliedstaates X nicht effektiv verfolgt – und deswegen unter Umständen verfehlt – wird, steht daher der Annahme einer Betrauung grundsätzlich nicht entgegen. Dem entspricht es, dass der EuGH in der Rechtssache *Höfner* und *Elser* eine Betrauung der Bundesanstalt für Arbeit ausgemacht hat, die nach dem damaligen § 3 Arbeits-

⁷⁸ EuGH, Rs. 7/82, Slg. 1983, 483 (504), Rdnr. 31 f. (GVL); GA *La Pergola*, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-6067 (6091), Rdnr. 30 (*Läärä*); Kommission, Entscheidung 97/606/EWG, ABl. EG Nr. L 244 v. 6.9.1997, S. 18, Rdnr. 14; *Heinemann*, (Fn. 29), S. 180; *Hochbaum/Klotz*, (Fn. 23), Art. 86, Rdnr. 63; *von Wilmarowsky*, (Fn. 72), S. 550.

⁷⁹ So wohl auch *Slot*, Annotation on Cases C-157/94, C-158/94, C-159/94, C-160/94, C-189/95, CMLRev. 35 (1998), S. 1183 (1202).

⁸⁰ Ebenso wohl *Thiessen*, Art. 90 Abs. 2 Satz 1 EGV – eine Privilegierung für deutsche Energieversorger?, EWS 1998, S. 10 (14).

⁸¹ *Magiera*, (Fn. 59), S. 269 (286); *Jung*, (Fn. 22), Art. 86 EGV, Rdnr. 39.

förderungsgesetz mit der Verwirklichung der Ziele dieses Gesetzes⁸² beauftragt war⁸³, obwohl er gleichzeitig feststellte, dass die Bundesanstalt nicht in der Lage war, diese Ziele tatsächlich auch zu erreichen.⁸⁴ Zudem handelt es sich vorliegend nicht um eine bloße „Berechtigung“ der staatlichen Lottogesellschaft, Lotterien zu veranstalten. Durch die Nebenbestimmung der staatlichen Genehmigung wird die staatliche Lottogesellschaft „verpflichtet“, „für ein seriöses Angebot an Lotterien zu sorgen, das den Spieltrieb der Bevölkerung nicht stimuliert“. Vor diesem Hintergrund kann vorliegend von einer Betrachtung der staatlichen Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X ausgegangen werden, wenn man – entgegen der hier vertretenen Auffassung – unterstellt, dass diese Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringt. In einem weiteren Schritt ist dann zu untersuchen, ob bei Anwendung des Wettbewerbsrechts die Erfüllung der im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben des Unternehmens rechtlich oder tatsächlich verhindert würde.

c) Eigenschaft als Finanzmonopol

Zuvor bleibt allerdings noch die Frage zu klären, ob die staatliche Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X den Charakter eines Finanzmonopols im Sinne des Art. 86 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 EGV hat. Finanzmonopole sind Unternehmen, denen zum Zwecke der Erzielung von Einnahmen für den Staatshaushalt ein ausschließliches Recht zugewiesen wird.⁸⁵ Dem Staat muss also durch die Einräumung eines Monopolrechts eine besondere Einnahmequelle erschlossen werden.⁸⁶ Eine wesentliche Funktion der staatlichen Überwachung der Lotterien besteht darin, durch die Erhebung von Steuern und durch die Verpflichtung zur Abgabe eines bestimmten Anteils der Lotterieerlöse zugunsten der öffentlichen Haushalte sowie zur Förderung wohltätiger Zwecke Einnahmen zu erzielen. Daher könnte man davon ausgehen, die monopolistischen Veranstalter von Lotterien hätten den Charakter von Finanzmonopolen.⁸⁷

Jedoch ist zu bedenken, dass sich ein Finanzmonopol dadurch auszeichnet, dass gerade die Monopoleinräumung zur Erschließung einer besonderen Einnahme-

⁸² Sicherung eines hohen Beschäftigungsstandes, Verbesserung der Beschäftigungsstruktur und dadurch Förderung des Wachstums der Wirtschaft; vgl. *von Wilmowsky*, (Fn. 72), S. 551.

⁸³ EuGH, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979 (2017), Rdnr. 24 (*Höfner u. Elser/Macrotron*).

⁸⁴ EuGH, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979 (2017), Rdnr. 25 (*Höfner u. Elser/Macrotron*).

⁸⁵ S. etwa *Sura*, (Fn. 59), S. 192 f.; *Jungbluth*, (Fn. 20), Art. 86, Rdnr. 41; *Schwartz/Wohlfahrt*, GSpG: Glücksspielgesetz, 1998, § 3, sub III. 2.

⁸⁶ *Sura*, (Fn. 59), S. 192 f.; *Mestmäcker*, (Fn. 21), Art. 37, 90, D. Rdnr. 38.

⁸⁷ In diesem Sinne – bezogen auf die deutschen Bundesländer – *Stein*, Glücksspiel im Europäischen Binnenmarkt: Kein „Markt“ wie jeder andere, RIW 1993, S. 838 (844); *Sura*, (Fn. 59), S. 192 ff.

quelle führt. Ergeben sich die Einnahmen aber aus Pflichten zur Gewinnabführung und aus der Besteuerung, so ist hierfür eine Monopolstellung nicht zwingend erforderlich. Stattdessen kann durch Gesetz vorgesehen werden, dass jedes Unternehmen diesen Abgabepflichten unterliegt.⁸⁸ Die Ausnahmeregelung des Art. 86 Abs. 2 EGV setzt nicht nur voraus, dass die staatliche Einnahmenerzielung durch die Monopolstellung eines Unternehmens vereinfacht wird, sondern die Einräumung des ausschließlichen Rechts muss notwendige Bedingung für die Erzielung der Staatseinnahmen sein.⁸⁹ Ist dies nicht der Fall, so liegt kein nach Art. 86 Abs. 2 EGV zulässiges Finanzmonopol vor, das der Anwendung der Wettbewerbsregeln entzogen ist.

Im Bereich des Veranstaltens von Lotterien könnten sowohl die Abgabe des Zweck-ertrages als auch die Besteuerung ebenfalls erreicht werden, wenn die Lotterie nicht nur von einem monopolistischen staatlichen Unternehmen, sondern von mehreren zugelassenen, den gesetzlichen Abgabepflichten unterliegenden Veranstaltern angeboten würde. Beispielsweise besteht die Möglichkeit, die Erlaubniserteilung im Rahmen eines Versteigerungsverfahrens vorzunehmen, und den Zuschlag dem Unternehmen zu erteilen, das hinsichtlich des abzuführenden Gewinns das höchste Gebot abgibt.⁹⁰

Sofern durch die Beschränkung der Veranstalter auf ein Monopolunternehmen die Einnahmen einfacher erzielt werden können, führt dies noch nicht zur Einordnung der staatlichen Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X als ein den Wettbewerbsregeln entzogenes Finanzmonopol. Das ausschließliche Recht müsste vielmehr unerlässlich für die Einnahmen-erzielung sein. Aufgrund der möglichen Alternativen in Gestalt einer allgemeinen Besteuerung und der Pflicht zur anteiligen Abgabe der Lotterieerlöse ist eine Monopolstellung zur Erzielung von Staats-einnahmen nicht zwingend erforderlich. Daher ist die staatliche Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X nicht als nach Art. 86 Abs. 2 EGV von der Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts ausgenommenes Finanzmonopol zu qualifizieren.⁹¹

⁸⁸ Heinemann, (Fn. 29), S. 181.

⁸⁹ S. insbesondere Heinemann, Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag, 2001, S. 181; Hochbaum/Klotz, (Fn. 23), Art. 86, Rdnr. 67; Mestmäcker, (Fn. 21), Art. 37, 90, D. Rdnrn. 38 u. 41; Temple Lang, (Fn. 28), S. 18. So auch die Kommissionspraxis, vgl. etwa Kommission, Empfehlungen v. 11.4.1962, ABl. EG v. 23.6.1962, S. 1502 ff. und 70/120/EWG, ABl. EG Nr. L 31 v. 9.2.1970, S. 4, 6 – „Französisches Zündwarenmonopol“; Kommission, Empfehlung 70/123/EWG, ABl. EG Nr. L 31 v. 9.2.1970, S. 12 f. – „Italienisches Handelsmonopol für Feuersteine“. Ganz ähnlich Sura, (Fn. 59), S. 193.

⁹⁰ Zu einem solchen Vorschlag BVerfG, NVwZ 2001, S. 790 (794).

⁹¹ In diesem Sinne auch GA *La Pergola*, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-6067 (6091) (*Läärä*), in Bezug auf das finnische Monopol für Spielautomaten.

2. Unabdingbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung zur Aufgabenerfüllung

Legt man – entgegen den oben angeführten Bedenken – die Annahme zugrunde, dass die staatliche Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X wirklich mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist oder aber ein Finanzmonopol hat, so ist Art. 86 Abs. 2 EGV tatbestandlich nur dann erfüllt, wenn bei Anwendung des Wettbewerbsrechts die Erfüllung der im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben des Unternehmens rechtlich oder tatsächlich „verhindert“ würde.

a) Bestimmung des Verhinderungsmaßstabs im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EGV

Gemeinhin wird davon ausgegangen, dass Art. 86 Abs. 2 EGV eng auszulegen ist.⁹² Eine bloße Behinderung oder Erschwerung der Aufgabenerfüllung kann danach grundsätzlich nicht ausreichen.⁹³ In der neueren Rechtsprechung zu Energie-einführmonopolen⁹⁴ und zur Pflichtmitgliedschaft in einem Betriebsrentenfonds in den Niederlanden⁹⁵ ist in diesem Zusammenhang jedoch – in Abweichung vom Vertragstext – in der deutschen Urteilsfassung der Begriff „gefährden“ (anstatt „verhindern“) zu finden.⁹⁶

⁹² EuGH, Rs. C-179/90, Slg. 1991, I-5889 (5931), Rdnr. 27 (*Merci convenzionali porto di Genova*); EuGH, Rs. 18/88, Slg. 1991, I-5941 (5980), Rdnr. 21 f. (*GB-Inno-BM*); EuGH, EuZW 2001, 408 (412), Rdnr. 56 (*TNT Traco SpA*); Koenig/Braun/Lekar, Erfüllen die Einstandspflichten des Bundes für die betrieblichen Altersversorgungssysteme der privatisierten Bahn- und Postunternehmen den Beihilfentatbestand des Art. 92 EGV?, EuZW 1998, S. 5 (6); Koenig/Braun, Eigentumsschutz nach Art. 14 GG für durch staatliche Beihilfen Erworbenes?, NVwZ 1999, S. 1056 (1057); Magiera, (Fn. 59), S. 269 (283).

⁹³ EuG, Rs. T-260/94, Slg. 1997, II-997 (1043), Rdnr. 138 (*Air Inter*); Koenig/Braun/Lekar, (Fn. 92), S. 6.

⁹⁴ EuGH, Rs. C-159/94, Slg. 1997, I-5815 (5835), Rdnr. 59 (*Kommission/Frankreich*); EuGH, Rs. C-157/94, Slg. 1997, I-5699 (5780, 5782), Rdnrn. 43, 52 (*Kommission/Niederlande*); EuGH, Rs. C-158/94, Slg. 1997, I-5789 (5809), Rdnr. 54 (*Kommission/Italien*).

⁹⁵ EuGH, Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751 (5893), Rdnr. 107 (*Albany*); EuGH, Rs. C-115-117/97, Slg. 1999, I-6025 (6060), Rdnr. 107 (*Brentjens' Handelsonderneming BV*); EuGH, Rs. C-219/97, Slg. 1999, I-6121 (6154), Rdnr. 97 (*Maatschappij Drijvende Bokken BV*); alle Urteile nehmen Bezug auf EuGH, Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533 (2568 f.), Rdnrn. 14-16 (*Corbeau*) und EuGH, Rs. C-157/94, Slg. 1997, I-5699 (5783), Rdnr. 53 (*Kommission/Niederlande*).

⁹⁶ S. dazu *Bartosch*, Öffentlichrechtliche Rundfunkfinanzierung und EG-Beihilfenrecht – eine Zwischenbilanz, EuZW 1999, S. 176 (179); *Schnelle/Bartosch*, Umfang und Grenzen des EG-wettbewerbsrechtlichen Verbots der Querfinanzierung, EWS 2001, S. 411 (417); *Ehrcke*, Zur Konzeption von Art. 37 I und 90 II EG-Vertrag, EuZW 1998, S. 741 (745); Koenig/Braun, (Fn. 92), S. 1057.

b) Gefährdung der Aufgabenerfüllung durch das Monopolunternehmen im Falle der Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln

Fraglich ist, ob im Falle einer Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln die Wahrnehmung der im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben durch die staatliche Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X gefährdet würde.

Die bereits angesprochenen im Allgemeininteresse liegenden Regulierungsziele – die Sicherung von Staatseinnahmen durch Steuern und Abgaben, die Förderung wohltätiger Zwecke, das Eindämmen des menschlichen Spieltriebs und das Schaffen von seriösen, staatlich überwachten Betätigungs möglichkeiten – werden bei einer Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf die staatliche Lottogesellschaft des Mitgliedstaates X nicht gefährdet: Es ist hinsichtlich der ordnungspolitischen Ziele nicht ersichtlich, warum deren Erreichung erschwert werden sollte, wenn es mehrere Anbieter von Lotterien gäbe.⁹⁷ Notwendig zur Eindämmung des Spieltriebs ist vor allem eine wirksame Überwachung der zugelassenen Lotterieunternehmen, insbesondere im Hinblick auf deren Werbeaktivitäten; diese aber hat mit der Anzahl der Anbieter im Grundsatz nichts zu tun.⁹⁸ Ferner ist an eine für alle Anbieter von Lotterien geltende Deckelung des Gewinns – also eine Begrenzung des Höchstgewinns einschließlich eines möglichen „Jackpots“ auf einen festen Betrag – zu denken.⁹⁹ Einzig die Destinatäre der staatlichen Lottogesellschaft werden gewisse Einbußen hinnehmen müssen. Sie genießen aber aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht diesbezüglich keinen Bestandsschutz. Das im Allgemeininteresse liegende Ziel „Förderung wohltätiger Zwecke“ verlangt nur die Förderung irgendwelcher, nicht aber ganz bestimmter wohltätiger Zwecke. Nach alledem ist nicht zu befürchten, dass die Wahrnehmung der im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben bei Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln gefährdet würde. Die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung des Art. 86 Abs. 2 EGV sind damit auch insoweit nicht erfüllt.

Mithin steht in unserem fiktiven Grundfall die Regulierung im Mitgliedstaat X im Widerspruch zu Art. 86 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Art. 82 EGV.

⁹⁷ In diese Richtung auch *Janz*, (Fn. 9), S. 1701.

⁹⁸ A.A. wohl BVerwGE 96, 293 (300): Das Gericht geht offensichtlich davon aus, dass die Gefahr der Ausbeutung umso größer ist, je mehr Anbieter von Lotterien zugelassen würden (so auch *Dietlein*, [Fn. 9], S. 374), bleibt jedoch jeden Beleg für diese These schuldig.

⁹⁹ Eine Deckelung des Höchstgewinns auf einen festen Betrag existierte beim Lotto in Deutschland bis zum 1.6.1985, s. *Sura*, (Fn. 59), S. 89; *Koenig/Braun*, (Fn. 7), S. 164.

V. Ausblick

Der Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages kann von privaten Anbietern prinzipiell auf zwei Wegen gerügt werden. In Betracht kommt zum einen eine Beschwerde bei der Kommission.¹⁰⁰ Zum anderen kann der Verstoß in einem mitgliedstaatlichen Gerichtsverfahren unter Hinweis auf den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts¹⁰¹ geltend gemacht werden. Dabei ist zu beachten, dass – anders als in den bisherigen einschlägigen Verfahren – die Auslegungsfrage explizit auch auf die Wettbewerbsregeln erstreckt wird.¹⁰²

Aus der Sicht des Mitgliedstaates X stellt sich noch die Frage, wie der festgestellte Verstoß gegen das EG-Wettbewerbsrecht abgestellt werden kann. Aus Sicht des Gemeinschaftsrechts – und dies gilt für die Grundfreiheiten wie für die Wettbewerbsregeln gleichermaßen – ist es entscheidend, dass die als Begründung für die Beschränkung von Lotterien angeführten Ziele nicht nur vorgeschoben, sondern vielmehr tatsächlich verfolgt werden.¹⁰³ Im Folgenden soll daher kurz skizziert werden, wie eine solche tatsächliche – und damit gemeinschaftsrechtskonforme – Verfolgung des Ziels „Eindämmung der Spielsucht“ aussehen könnte.¹⁰⁴

100 Die Kommission hält im Internet (http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/lexcomm/form_de.pdf) ein entsprechendes Formular zum Abruf bereit.

101 S. dazu nur EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251, 1269 (*Costa/E.N.E.L.*).

102 In der Vorlagepraxis wird in diesem Zusammenhang immer wieder verkannt, dass unter den Begriff der „Auslegung dieses Vertrages“ im Sinne des Art. 234 Abs. 1 lit. a EGV nicht die Prüfung der Vereinbarkeit einer Maßnahme des innerstaatlichen Rechts mit dem primären Gemeinschaftsrecht fällt, s. EuGH, Rs. 20/64, Slg. 1965, XI-3, 1, 8 (*Albatros*); EuGH, Rs. C-458/93, Slg. 1995, I-511 (516), Rdnr. 6 (*Saddik*); EuGH, Rs. C-410/96, Slg. 1998, I-7875 (7899), Rdnr. 19 (*Ambray*); Kenntner, Europarecht im deutschen Verwaltungsprozess (2): Das europäische Rechtsschutzsystem, VBIBW 2000, S. 297 (303); Wägenbaur, Stolpersteine des Vorabentscheidungsverfahrens, EuZW 2000, S. 37 (39). Allerdings ist in derartigen Fällen die Umdeutung einer Vorlagefrage zulässig, wenn aus dem vorgelegten Material ersichtlich ist, dass dem vorlegenden Gericht mit einer Auslegung der relevanten Bestimmungen des primären Gemeinschaftsrechts für den Ausgangsfall geholfen ist, s. EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251, 1268 (*Costa/E.N.E.L.*); EuGH, Rs. 10/71, Slg. 1971, 723, 729 – „Hafen von Mertert“; EuGH, Rs. 54/85, Slg. 1986, 1067 (1076), Rdnr. 6 (*Mirepoix*).

103 Für die Grundfreiheiten: EuGH, Rs. C-67/98, Slg. 1999, I-7289 (7316), Rdnr. 37 (*Zenatti*); EuGH, Rs. C-243/01, Urt. v. 6.11.2003, Rdnr. 67 ff. (*Gambelli*), GA Fennelly, Schlussanträge zur Rs. C-67/98 [EuGH, Slg. 1999, I-7289 (7302), Rdnr. 32 (*Zenatti*)]; Koenig/Braun, (Fn. 7), S. 160 ff. *Dielein*, (Fn. 9), S. 375, stellt in diesem Zusammenhang die Frage, ob es „wirklich denkbar“ sei, dass „ein rechtlich verselbständigtes staatliches Wettunternehmen durch wandelnde, im Einzelfall womöglich auch einmal verfehlte Geschäftsstrategien die Gültigkeit parlamentsgesetzlicher Regelungen außer Kraft setzt“. Meines Erachtens ist diese Frage zumindest für den Bereich der EG-Wettbewerbsregeln zu bejahen, da Staat und Unternehmen insoweit – wie gezeigt – eine gedankliche Einheit bilden. Anderes mag allenfalls dann gelten, wenn die zuständigen Aufsichtsbehörden umgehend gegen das betreffende Unternehmen vorgehen, um das zu beanstandende Verhalten zu unterbinden. Jedenfalls werden die parlamentsgesetzlichen Regelungen nach dem Dogma des Anwendungsvoranges des Gemeinschaftsrechts nicht ungültig, sondern dürfen lediglich nicht angewandt werden.

104 Vgl. dazu bereits Koenig/Braun, (Fn. 7), S. 164.

Erster Eckpunkt einer tatsächlichen Bekämpfung der Spielsucht¹⁰⁵ ist eine Kontrolle und Begrenzung der Werbeaktivitäten aller Veranstalter von Lotterien. Werbung schafft und weckt Bedürfnisse. Genau dies jedoch ist bei Glücksspielen problematisch.¹⁰⁶ Reaktion des Gesetzgebers muss daher – wie bei anderen demeritorischen Gütern wie etwa Tabakwaren und Alkohol – eine Regulierung des Inhaltes und des Umfangs von Werbung für Lotterien sein.¹⁰⁷ Dabei ist auch der faktischen asymmetrischen Informationsverteilung zwischen Spieler und Lotterieveranstalter über die tatsächliche Gewinnchance entgegenzuwirken.¹⁰⁸ Eine ähnliche Stoßrichtung verfolgt der zweite Eckpunkt: Studien belegen, dass um so mehr Spieler an einer Ausspielung teilnehmen, je höher der zu gewinnende Betrag ist.¹⁰⁹ Die Höhe des zu gewinnenden Betrags geht jedoch nicht mit einer höheren durch-

¹⁰⁵ Wie eine Reihe einschlägiger Forschungsarbeiten zeigt, bestehen die entsprechenden Gefahren nicht nur bei einigen Glücksspielen wie etwa Renn- und Sportwetten, sondern auch beim Lotteriespiel; vgl. *Lorenz*, State lotteries and compulsive gambling, *Journal of Gambling Studies* 1990, S. 383 (385 ff.); *Grüsser-Sinopoli/Plöntzke/Albrecht*, Pathologisches Glücksspiel: Eine empirische Untersuchung des Verlangens nach einem stoffungebundenen Suchtmittel, *Der Nervenarzt* 76 (2005), S. 592 ff.; *Grüsser/Mörsen/Plöntzke/Albrecht*, Pathological Lottery Gambling: Evidence of a Non-substance-related Addiction, *Journal of Gambling Studies* 2005 (im Erscheinen). S. ferner *Clotfelter/Cook*, Selling Hope, 1991, S. 123 ff. u. 248 f.; *Frost/Meagher/Riskind*, Obsessive-Compulsive features in pathological lottery and scratch ticket gamblers, *Journal of Gambling Studies* 2001, S. 5 (9 ff.). *Kellermann*, Glücksspielsucht und Beschaffungsdelinquenz, *StV* 2005, S. 287 ff. Vgl. auch *Voßkuhle*, Glücksspiel zwischen Staat und Markt: Eine Bestandsaufnahme vor dem Hintergrund verfassungs- und europarechtlicher Vorgaben, *VerwArch* 87 (1996), S. 395 (412) m.w.N. Diese Erkenntnisse haben auch in der Rechtsprechung des EuGH ihren Niederschlag gefunden, vgl. EuGH, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039 (1096 f.), Rdnr. 60 (*Schindler*): „[...] Außerdem verleiten [Lotterien] zu Ausgaben, die schädliche persönliche und soziale Folgen haben können“. S. auch *Koenig/Braun*, (Fn. 7), S. 160.

¹⁰⁶ Vgl. etwa *Peter*, Lotterien im Blickfeld der EG, 1992, S. 31 f.; *Sura*, (Fn. 59), S. 249 f.; *Lorenz*, (Fn. 105), S. 391 f.

¹⁰⁷ Vgl. *Peter*, (Fn. 106), S. 37. S. auch *Clotfelter/Cook*, Selling hope, 1991, S. 243 ff., die u.a. über die Werbebeschränkungen in den US-Bundesstaaten Virginia und Wisconsin berichten. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die Gambelli-Entscheidung des EuGH keineswegs dahingehend zu verstehen ist, dass jegliche Werbung der staatlichen Lottogesellschaften die ordnungsrechtliche Zielsetzung der mitgliedstaatlichen Regelungen in Frage stellt. Äußerst problematisch sind aber zum Beispiel Werbeaktivitäten, mit denen – wie etwa im Mitgliedstaat X – gezielt neue Spielergruppen angesprochen werden sollen. Werbung, die etwa in einer Fußzeile deutlich lesbar auf die Gefahren des Lotteriespiels hinweist und dem Ratsuchenden die Telefonnummern und e-mail-Adressen von (Spiel-)Suchteratungsstellen nennt, ist hingegen insoweit grundsätzlich kaum zu beanstanden. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang ferner der Umfang der Werbung (pointiert in diesem Zusammenhang – bezogen auf die Werbung für Sportwetten – VG Aachen, Beschluss v. 12.11.2004, Az.: 3 L 18/04 (siehe unter <http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe/>): „Gerade mit Blick auf die Fußballweltmeisterschaft 2006 in Deutschland präsentiert sich die Werbung für staatliche oder staatlich gebundene Wettanbieter derart aggressiv und umfangreich, dass sich z. B. bei Sportsendungen im Fernsehen auch ein mit der Fernbedienung geübter Zuschauer ihr kaum noch entziehen kann“).

¹⁰⁸ S. dazu *Adams/Tolkemitt*, Das staatliche Lotterieunwesen, *ZRP* 2001, S. 511 (517); vgl. auch *Clotfelter/Cook*, (Fn. 107), S. 244.

¹⁰⁹ *Adams/Tolkemitt*, (Fn. 108), S. 513 ff.

schnittlichen Auszahlung an die Spieler einher. Um die Spieler vor diesem in die Irre führenden Kaufanreiz zu schützen, sind die Höchstgewinne einschließlich eines möglichen „Jackpots“ auf einen festen Betrag zu begrenzen.¹¹⁰ Drittens ist eine effektive Durchsetzung der Regulierung – hier wie in anderen Bereichen – nur gewährleistet, wenn die Kontrolle der Beschränkungen nicht durch das Kontroll-objekt selbst erfolgt. Dass das gegenwärtige System einer Verschränkung dieser Funktionen gravierende Mängel aufweist, hat für die Bundesrepublik Deutschland zuletzt etwa das Bundesverwaltungsgericht in Erinnerung gerufen.¹¹¹

Eine staatliche Regulierung des Lotteriewesens, die sich an diesen Punkten orientierte, würde den mit Lotterien verbundenen Gefahren tatsächlich entgegenwirken und brauchte das Gemeinschaftsrecht im Allgemeinen und das Wettbewerbsrecht im Besonderen nicht zu fürchten.

¹¹⁰ *Adams/Tolkemitt*, (Fn. 108), S. 514 u. 517. *Adams/Tolkemitt* schlagen einen Betrag von DM 1.000.000,- vor (ibid., S. 517). Eine solche Deckelung auf einen festen Betrag existierte bis zum 1.6.1985 beim Lotto in Deutschland; s. *Sura*, (Fn. 59), S. 89.

¹¹¹ BVerwG, NVwZ 2001, S. 435 (435 f.). Vgl. auch *Clotfelter/Cook*, (Fn. 107), S. 247 ff.