

EG-rechtliche Beurteilung der Zulassung von Sportwetten-Anbietern – ein gemeinschaftsrechtliches „rien ne va plus“?

Von Univ.-Professor Dr. Christian Koenig LL. M., Bonn*

Inhaltsverzeichnis

<p>I. Verstoß der nationalen Regelungen über die Veranstaltung von Sportwetten in ihren konkreten Anwendungsmodalitäten gegen die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EG) 2</p> <p>1. Kriterien für die Überprüfung eines repressiven Sportwettenverbots mit Erlaubnisvorbehalt am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit 2</p> <p>a) Tatbestandliche Beschränkung des freien grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs durch eine Zulassungspflicht für Sportwetten-Anbieter 2</p> <p>b) Rechtfertigung der Beschränkung aus Gründen des Allgemeininteresses 3</p> <p>aa) Verbraucherschutz und Schutz der Sozialordnung 3</p> <p>bb) Förderung gemeinnütziger Zwecke reicht nicht aus 3</p> <p>cc) Eine Rechtfertigung setzt die „wirkliche“ Verfolgung anerkannter Allgemeininteressen in verhältnismäßiger Weise voraus 3</p> <p>2. Überprüfung der konkreten Ausgestaltung und Anwendung der deutschen Verbotregelung mit Erlaubnisvorbehalt am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit 4</p> <p>a) Keine „wirkliche“ Verfolgung der im Allgemeininteresse liegenden Ziele des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt 4</p> <p>aa) Ausgestaltung und Anwendungspraxis des § 1 SportwettenG NRW a. F. 4</p> <p>bb) Auswirkungen der Neuregelung des Sportwettengesetzes NRW im Jahre 1999 6</p> <p>b) Ist die nationale Ausgestaltung der Zulassungspflicht verhältnismäßig? 6</p> <p>aa) Ist die Beschränkung der Durchführung von Sportwetten auf ein Monopolunternehmen zur Verfolgung der im Allgemeininteresse liegenden Ziele erforderlich? 7</p> <p>bb) Die Zulassung nur eines Monopolunternehmens ist mangels objektiver und kontrollierbarer Zulassungskriterien unverhältnismäßig 9</p> <p>cc) Darlegungs- und Beweislast 9</p>	<p>II. Verstoß der nordrhein-westfälischen Zulassungsregelung für Sportwetten-Anbieter in ihrer konkreten Anwendungspraxis gegen EG-Wettbewerbsrecht (Art. 86 Abs. 1 i. V.m. Art. 82 EG) 9</p> <p>1. Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 i. V.m. Art. 82 EG . . . 9</p> <p>a) Anwendbarkeit von Art. 86 Abs. 1: Ist der zugelassene Sportwetten-Anbieter ein öffentliches Unternehmen oder ein Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten? 10</p> <p>b) Staatliche Maßnahme in Bezug auf das öffentliche Unternehmen, die zu einem Wettbewerbsrechtsverstoß führt 10</p> <p>aa) Marktbeherrschendes Unternehmen auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes 11</p> <p>bb) Wettbewerbsrechtsverstoß durch ungerechtfertigte Monopoleinräumung 12</p> <p>cc) Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten 15</p> <p>2. Ausnahme von der Anwendung der Wettbewerbsregeln nach Art. 86 Abs. 2 EG 16</p> <p>a) Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben 16</p> <p>aa) Nimmt das landeseigene Sportwetten-Unternehmen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wahr? 16</p> <p>bb) Betrauungsakt 17</p> <p>cc) Ist das zugelassene Sportwetten-Unternehmen ein Finanzmonopol? 17</p> <p>b) Wettbewerbsbeschränkung zur Aufgabenerfüllung nicht unabdingbar 18</p> <p>aa) Wie ist der Verhinderungsmaßstab i. S. von Art. 86 Abs. 2 EG zu bestimmen? 18</p> <p>bb) Aufgabenerfüllung durch das Monopolunternehmen wird im Falle der Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln nicht verhindert . . . 18</p>
--	---

Seit über 40 Jahren ist die Durchführung von Sportwetten in Nordrhein-Westfalen einem landeseigenen Monopolunternehmen vorbehalten. Gegenüber ausländischen Wettbewerbern ist der Markt abgeschottet. Der Autor legt in der folgenden Abhandlung dar, dass die Ausgestaltung und Anwendung der nordrhein-westfälischen Zulassungsregelung für Sportwetten nicht mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

Die Veranstaltung von Glücksspielen ohne behördliche Erlaubnis wie auch die Werbung für solche Glücksspiele ist nach deutschem Recht strafbar (§ 284 StGB). Auch Sportwetten sind Glücksspiele i. S. dieser Vorschrift. In landesrechtlichen Normen ist die Möglichkeit der Erlaubniserteilung für Sportwetten-Anbieter vorgesehen. Auch § 1 des nordrhein-westfälischen Sportwettengesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 15. 12. 1970 (SportwettenG NRW a. F.) sah eine Erlaubnismöglichkeit für Träger von Wettunternehmen vor, die juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts sind. Jedoch ist es für andere als das zugelassene landeseigene Unternehmen praktisch nicht möglich, eine Zulassung zu erhalten. So wurde auch die Zulassung eines österreichischen Unternehmens von der Landesregierung NRW formlos abgelehnt. Die Ablehnung stützte die Landesregierung NRW im Wesentlichen darauf, das Wettbedürfnis der Bevölkerung werde durch die von dem einzigen zugelassenen Anbieter von Sportwetten veranstalteten Totos und Rennquintetts befriedigt. Diese Behauptung wurde aber nicht sachlich begründet. Durch die behördliche Praxis in NRW wurde somit die Erlaubnismöglichkeit des § 1 SportwettenG NRW a. F. als Grundlage für die Absicherung des Monopols des derzeit einzigen Erlaubnisinhabers ausgelegt und angewendet. Mit Gesetz vom 14. 12. 1999 wurde das SportwettenG NRW dahingehend geändert, dass die Erlaubnis nur Trägern von Wettunternehmen erteilt werden kann, die juristische Personen des öffentlichen Rechts oder juristische Personen des Privatrechts sind, deren Anteile überwiegend einer juristischen Person des öffentlichen Rechts gehören. Darüber hinaus wurde durch die Änderung der Regelung über die Gewinnausschüttung die Durchführung von Wetten mit festen Gewinnquoten (etwa die ODD-SET-Fußballwette) ermöglicht.

Es stellt sich die Frage, ob die nordrhein-westfälische Zulassungsvorschrift in ihrer konkreten Ausgestaltung und Anwendung mit Europäischem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Im Falle eines Verstoßes gegen EG-Recht dürften die nationalen Rechtsvorschriften nicht oder nur in einer EG-rechtskonformen Weise angewandt werden.

I. Verstoß der nationalen Regelungen über die Veranstaltung von Sportwetten in ihren konkreten Anwendungsmodalitäten gegen die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EG)

1. Kriterien für die Überprüfung eines repressiven Sportwettenverbots mit Erlaubnisvorbehalt am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit

Das nationale Verbot des Betriebs von Sportwetten ohne behördliche Erlaubnis folgt aus § 284 StGB, der die unerlaubte Veranstaltung von Glücksspielen unter Strafe stellt. Die Möglichkeit der Erlaubniserteilung ist in landesrechtlichen Vorschriften verankert, zu denen auch § 1 SportwettenG

NRW gehört. Diese Regelung gilt auch für Anbieter von Sportwetten aus dem EG-Ausland, so dass sich die Frage stellt, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen es mit Art. 49 ff. EG vereinbar ist, wenn ein Mitgliedstaat das Angebot von und die Werbung für Sportwetten auf seinem Staatsgebiet von einer nach seinen Rechtsvorschriften erteilten Erlaubnis abhängig macht.

a) Tatbestandliche Beschränkung des freien grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs durch eine Zulassungspflicht für Sportwetten-Anbieter

Eine Kollision des unter den Vorbehalt einer Erlaubnis durch innerstaatliche Behörden gestellten Verbots der Durchführung von Sportwetten mit Art. 49 EG kommt nur in Betracht, wenn in dieser Regelung eine Beschränkung des freien grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs liegt. Die Veranstaltung von Glücksspielen, zu denen auch Sportwetten gehören¹, ist eine gegen Entgelt erbrachte selbständige wirtschaftliche Tätigkeit und damit eine Dienstleistung i. S. von Art. 50 EG. Soweit eine solche Tätigkeit grenzüberschreitend wahrgenommen wird, fällt sie daher in den Anwendungsbereich des Art. 49 EG.² Sofern der Leistungserbringer seinen Sitz im EG-Ausland hat und den Abschluss von Sportwetten auch deutschen Teilnehmern – unter anderem in NRW – anbietet, liegt eine grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung vor. Dabei überschreiten weder der Dienstleistungsempfänger noch der Dienstleistungserbringer die Grenze, sondern die Dienstleistung selbst erfolgt – etwa mittels des Versands von Teilnahme-scheinen – grenzüberschreitend.³ Damit ist Art. 49 EG anwendbar.

Die Freiheit zur Erbringung dieser Dienstleistung wird durch § 284 StGB eingeschränkt. Nach dessen überwiegend praktizierter Auslegung liegt eine Veranstaltung von Glücksspielen in Deutschland, die eine Erlaubnis nach den deutschen Rechtsvorschriften erfordert, bereits in dem Versenden von Spielscheinen an deutsche Kunden, da die Möglichkeit zur Teilnahme durch Abschluss des Vertrags in Deutschland eröffnet wird.⁴ Auch wenn die Erlaubnispflicht gleichermaßen für inländische wie für ausländische Anbie-

* Prof. Dr. Christian Koenig ist geschäftsführender Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Die Abhandlung beruht auf einem Rechtsgutachten, das der Verfasser im Auftrag der Intertops Sportwetten GmbH aus Salzburg erstellt hat. Gedankt sei an dieser Stelle meiner wissenschaftlichen Referentin Frau Christina Engelmann für ihre Mitarbeit. Das Autorenprofil finden Sie auf S. VIII.

¹ Bei der Teilnahme an Sportwetten hängt die Gewinnchance im Unterschied zu Lotterien nicht allein vom Glück ab, sondern – wenn auch in geringem Maße – auch von der Sachkenntnis und Geschicklichkeit des Wettenden. Daher sind Sportwetten nicht als Lotterien zu bezeichnen, sie werden aber von dem Oberbegriff des Glücksspiels erfasst, so auch die Beurteilung des EuGH, 21. 10. 1999 – Rs. C-67/98, Zenatti, Slg. 1999, I-7289, EuZW 2000, 151, EWS 1999, 467.

² Vgl. nur EuGH, 24. 3. 1994 – Rs. C-275/92, Schindler, Slg. 1994, I-1039, 1093, EWS 1994, 204; 21. 9. 1999 – Rs. C-124/97, Läära, Slg. 1999, I-6067, EuZW 2000, 148, EWS 1999, 467, Rdnr. 27; Rs. C-67/98, Zenatti (Fn. 1), Rdnr. 24 f.

³ Zur Erfassung dieser sog. personenunabhängigen grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung von Art. 49 EG vgl. nur Koenig/Haratsch, Europarecht, 3. Aufl. 2000, Rdnr. 591; Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rdnr. 1592.

⁴ Zur nationalen Rechtspraxis hinsichtlich § 284 StGB siehe OLG Köln, 22. 10. 1999 – 6 U 53/98, 16 ff.; in Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts, RGSt 42, 430, 433; vgl. auch Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl. 1997, § 286 Rdnr. 15 f. und § 284 Rdnr. 12; Kühl, in: Lackner, StGB, 23. Aufl. 1999, § 284 Rdnr. 11; Fischer, in: Tröndle, StGB, 50. Aufl. 2001, § 284 Rdnr. 11.

sierung obliegt es dabei dem einzelnen Staat, für sein Hoheitsgebiet das Schutzniveau selbst festzulegen.

Die Mitgliedstaaten haben daher unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu entscheiden, auf welche Weise sie Schutz gewähren, und ob sie die Ausübung von Glücksspielen in größerem Rahmen vollständig oder teilweise verbieten oder durch bestimmte Kontrollmaßnahmen einschränken.¹⁶ Bei der Festlegung des nationalen Schutzniveaus und der Wahl der Schutzmaßnahmen steht den Mitgliedstaaten somit zwar ein Spielraum zu, jedoch muss die nationale Regelung in ihrer konkreten Ausgestaltung und Anwendung tatsächlich der Verwirklichung eines in sich schlüssigen und verhältnismäßigen Konzeptes zur Bekämpfung der schädlichen individuellen und sozialen Folgen einer ausgedehnten Spielpraxis dienen.¹⁷

Die Zulässigkeit einer nationalen Beschränkungsregelung in der Auslegung, die sie durch die nationalen Behörden erfährt, ist folglich im Hinblick auf das durch die Regelung angestrebte Schutzniveau zu beurteilen.¹⁸ Dies hat der EuGH insbesondere in seinem Urteil in der Rechtssache *Zenatti* klargestellt. Mit den Worten des EuGH haben die nationalen Gerichte zu überprüfen, „ob die nationalen Rechtsvorschriften *angesichts ihrer konkreten Anwendungsmodalitäten wirklich Zielen dienen*¹⁹, mit denen sie gerechtfertigt werden können, und ob die in ihnen enthaltenen Beschränkungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stehen“.²⁰

Eine Regelung, nach der das Angebot von Sportwetten in Deutschland von einer nach den nationalen Rechtsvorschriften erteilten Erlaubnis abhängig ist, kann aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein und mit der Dienstleistungsfreiheit in Einklang stehen. Um dies festzustellen, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die nationale Erlaubnispflicht in ihrer konkreten Ausgestaltung und Anwendung tatsächlich den Zielen des Allgemeininteresses dient, die der EuGH als Rechtfertigung einer Zulassungsbeschränkung anerkannt hat. Darüber hinaus muss die nationale Rechtsvorschrift im Hinblick auf die verfolgten Ziele des Allgemeininteresses geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein.

2. Überprüfung der konkreten Ausgestaltung und Anwendung der deutschen Verbotsregelung mit Erlaubnisvorbehalt am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit

Fraglich ist, ob die konkrete Ausgestaltung und Anwendung der nordrhein-westfälischen Vorschriften über die Zulassung von Sportwetten-Anbietern den Voraussetzungen entspricht, die der EuGH für die Vereinbarkeit einer nationalen Beschränkungsmaßnahme mit Art. 49 EG aufgestellt hat.

a) Keine „wirkliche“ Verfolgung der im Allgemeininteresse liegenden Ziele des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt

Die konkrete Ausgestaltung des Sportwettenverbots i. V. m. der Erlaubnismöglichkeit nach § 1 SportwettenG NRW ist unter Beachtung der tatsächlichen Anwendungspraxis nur dann mit Art. 49 EG vereinbar, wenn sie *wirklich* auf den vom EuGH anerkannten Gründen des Allgemeinwohls beruht. Im Hinblick auf diese Fragestellung sind neben der Rechtslage im Zeitpunkt der Geltung von § 1 SportwettenG NRW a. F. auch die Auswirkungen der Änderung des nordrhein-westfälischen Sportwettengesetzes durch Gesetz vom 14. 12. 1999 zu untersuchen.

aa) Ausgestaltung und Anwendungspraxis des § 1 SportwettenG NRW a. F.

Da es zur Rechtfertigung einer nationalen Beschränkungsmaßnahme nicht ausreicht, sich abstrakt auf einen der anerkannten Gründe des allgemeinen Interesses zu berufen²¹, ist zu überprüfen, ob bei der konkreten Anwendung der gesetzlichen Regelung des § 284 StGB i. V. m. § 1 SportwettenG NRW a. F. tatsächlich das Ziel verfolgt wurde, die Möglichkeiten zum Glücksspiel zu begrenzen und eine übermäßige Stimulierung der Nachfrage zu verhindern. Die Beurteilung dieser Frage hat der EuGH ausdrücklich den nationalen Gerichten aufgegeben.²² In Bezug auf die deutsche Verbotsregelung in § 284 StGB gilt, dass als Sinn und Zweck dieser Norm die Bekämpfung der mit einer Ausnutzung der Spiel Leidenschaft verbundenen individuellen und sozialen Gefahren angesehen wird.²³ Jedoch stellt sich die Frage, ob die nordrhein-westfälische Zulassungsvorschrift tatsächlich in diesem Sinne ausgestaltet ist und angewandt wird. Hiergegen sprechen entscheidend die Gründe, aus denen die Landesregierung NRW die Zulassungserteilung an ein österreichisches Sportwetten-Unternehmen verweigert hat²⁴.

(1) Auslegung der Zulassungsvorschrift als Rechtsgrundlage für das landeseigene Monopolunternehmen

Die Landesregierung hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass aus ihrer Sicht das SportwettenG NRW a. F. ausschließlich als Rechtsgrundlage für die von der gegenwärtigen Monopolinhaberin angebotenen Glücksspiele dienen sollte. Folgerichtig hat sie seit dem In-Kraft-Treten des Gesetzes keine weiteren Zulassungen erteilt. Dabei hat die Landesregierung nach eigenen Angaben nicht danach gefragt, ob der Erlaubniserteilung Gründe des Allgemeininteresses, wie etwa die Verhinderung einer übermäßigen Nachfrage nach Sportwetten und die Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Spielablaufs, entgegenstehen.²⁵ Nach §§ 1 f. SportwettenG NRW a. F. war die Erteilung einer Erlaubnis für die Veranstaltung von Sportwetten nur davon abhängig, dass es sich bei dem Anbieter um eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder des Handelsrechts handelte und eine einwandfreie Geschäftsführung gewährleistet war. Die gesetzliche Regelung sah damit nicht vor, dass die Durchführung von Sportwetten einem monopolistischen Anbieter vorbehalten bleiben sollte, sondern eröffnete der Landesregierung die Möglichkeit, verschiedene weitere Unternehmen zuzulassen und da-

16 EuGH Rs. C-124/97, *Läärä* (Fn. 2), Rdnr. 35 f.; Rs. C-67/98, *Zenatti* (Fn. 1), Rdnr. 33 f.

17 Vgl. ausführlich GA *Fennelly*, Schlussanträge zu EuGH Rs. C-67/98, *Zenatti*, Slg. 1999, I-7289, 7302; siehe auch *Straetmans*, Common Market Law Review 2000, 991, 994.

18 EuGH Rs. C-124/97, *Läärä* (Fn. 2), Rdnr. 36; Rs. C-67/98, *Zenatti* (Fn. 1), Rdnr. 34.

19 Hervorhebung durch den Verfasser.

20 EuGH Rs. C-67/98, *Zenatti* (Fn. 1), Rdnr. 37.

21 Vgl. GA *La Pergola*, Schlussanträge zu EuGH Rs. C-124/97, *Läärä*, Slg. 1999, I-6067, 6095, Rdnr. 34.

22 EuGH Rs. C-67/98, *Zenatti* (Fn. 1), Rdnr. 37.

23 BVerfG, 18. 3. 1970 – 2 BvO 1/65, BVerfGE 28, 119, 148, BB 1970, 732 Ls.; BVerfG, 19. 7. 2000 – 1 BvR 539/96, Rdnr. 72 f.; BVerwG, 23. 8. 1994, NVwZ 1995, 475, 477; siehe auch die Gesetzesbegründung zur Novelle der §§ 284 ff. StGB, BT Drucks. 13/8587 vom 25. 9. 1997, 67.

24 Siehe das formlose Ablehnungsschreiben der Landesregierung NRW vom 3. 3. 1998, zitiert im Urteil des OLG Köln vom 22. 10. 1999 (Fn. 4), 7 f.

25 Vgl. das Schreiben der Landesregierung NRW vom 3. 3. 1998, zitiert im Urteil des OLG Köln vom 22. 10. 1999 (Fn. 4), 7 f.

bei durch Auflagen²⁶ dafür zu sorgen, dass die Wettbetriebe so gestaltet werden, dass es nicht zu einer unkontrollierten Ausnutzung des menschlichen Spieltriebs kommt.

Indem die Landesregierung NRW das SportwettenG unter Abweichung vom Wortlaut ausschließlich als Rechtsgrundlage für die Veranstaltungen des einzigen in NRW zugelassenen, sich in öffentlicher Hand befindenden Wettunternehmens (Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG) betrachtete, beruhte ihre Praxis nicht auf den Gründen des Allgemeininteresses, die als Rechtfertigung für eine Zulassungsbeschränkung vom EuGH anerkannt und auch allgemein als Begründung für das unter Erlaubnisvorbehalt gestellte Verbot der Veranstaltung von Glücksspielen vorgebracht werden²⁷. Bereits deshalb war die konkrete Anwendung der die Dienstleistungsfreiheit beschränkenden nationalen Vorschriften nicht mit Art. 49 EG vereinbar.

(2) Bedürfnisprüfung beruht nicht auf objektiven Kriterien

Fraglich ist darüber hinaus, ob das von der Landesregierung bei der Ablehnung der Erlaubniserteilung vorgebrachte Argument, das Wettbedürfnis der Bevölkerung werde durch das Angebot der Westdeutschen Lotterie in jeder Hinsicht befriedigt, die Gründe des Allgemeininteresses hinreichend berücksichtigt, die eine Zulassungsbeschränkung rechtfertigen können. Mit Blick darauf, dass die Begrenzung des Angebots an Wettmöglichkeiten zu den anerkannten Allgemeinwohlbelangen gehört, könnte man davon ausgehen, dass eine Bedürfnisprüfung dazu geeignet ist, den vorhandenen Spieltrieb der Menschen nicht übermäßig zu stimulieren und dadurch die Gefahr eines pathologischen Spielverhaltens einzudämmen.²⁸ Der Sinn und Zweck der Durchführung von behördlich überwachten Sportwetten besteht auch darin zu verhindern, dass der nicht vollständig zu erstickende Spiel- und Wetttrieb des Menschen zu einer massiven Inanspruchnahme illegaler Angebote führt. Statt dessen soll der Wetttrieb in kontrollierbare Bahnen gelenkt und ein faires Spielangebot offeriert werden.²⁹ Dieses staatlich überwachte Angebot soll die Wettbedürfnisse befriedigen, aber gleichzeitig keine zusätzlichen Bedürfnisse wecken.

Daher dient es anerkannten im Allgemeininteresse liegenden Zielen, wenn bei der Entscheidung über die Zulassung eines Sportwetten-Anbieters eine Bedürfnisprüfung vorgenommen wird, die sich an festgelegten objektiven Gesichtspunkten orientiert, um sicherzustellen, dass durch die beantragten Veranstaltungen das Wettbedürfnis der Bevölkerung nicht verstärkt und die Spielleidenschaft nicht ausgenutzt wird. Eine solche Prüfung setzt jedoch voraus, dass zuvor auf dem Gesetzes- oder Ordnungswege kontrollierbare, objektive Maßstäbe aufgestellt werden, an denen die Einzelfallentscheidung auszurichten ist. Um eine effektive und rechtsstaatliche Kontrolle zu ermöglichen, müssen sowohl für die Überprüfung des in der Bevölkerung vorhandenen Wettbedürfnisses als auch für die Ausgestaltung der einzelnen Spiel- und Wettveranstaltungen sachgerechte Kriterien erarbeitet und angewandt werden. Wenn sich ein Sportwetten-Anbieter um eine Zulassung bewirbt, so ist anhand dieser Kriterien zu prüfen, ob die geplante Veranstaltung als Beitrag zu einem Angebot an überwachbaren und fairen Wettmöglichkeiten anzusehen ist, das ein ohnehin vorhandenes Bedürfnis in der Bevölkerung befriedigt, und ob sie so ausgestaltet ist, dass das Wettbedürfnis nicht übermäßig stimuliert wird.

Tatsächlich hat die Landesregierung NRW eine solche, an objektiven Gesichtspunkten orientierte Bedürfnisprüfung nicht durchgeführt. Im SportwettenG NRW sind keine Maßstäbe aufgeführt, an denen sich die Zulassungsentscheidung zu orientieren hat. Auch das für den Erlass von Durchführungsverordnungen nach § 7 SportwettenG NRW zuständige Innenministerium hat weder auf dem Ordnungswege noch durch Verwaltungsvorschriften entsprechende Voraussetzungen aufgestellt. Die Landesregierung hat also ihre Genehmigungspraxis nicht wirklich danach ausgerichtet, durch die Erteilung von Auflagen und die Kontrolle der Wettangebote eine Steigerung der Zahl der Wettteilnehmer zu verhindern. Auch hat sie die Beschränkung der Zulassung auf das landeseigene Monopolunternehmen nicht durch objektive, gemeinwohlorientierte Kriterien begründet, sondern ohne nähere Begründung behauptet, das Wettbedürfnis werde durch die Angebote der Westdeutschen Lotterie GmbH & Co. OHG befriedigt.

Dass dieser Gesichtspunkt nur als Vorwand für die Sicherung der Monopolstellung des bereits zugelassenen Anbieters diene und die Landesregierung sich nicht *wirklich* von dem Ziel der Eindämmung des Spielverhaltens leiten ließ, zeigt auch ihr Verhalten gegenüber dem zugelassenen Monopolunternehmen. Denn die intensiven Werbemaßnahmen der Westdeutschen Lotterie GmbH & Co. OHG werden von der Landesregierung nicht beanstandet. Die Schaffung von Bedürfnissen durch ausgedehnte Werbekampagnen wird also nicht verhindert, sondern das zugelassene Unternehmen hat in Bezug auf Maßnahmen zur Erweiterung des Kundenkreises freie Hand. Im Hinblick auf die Begrenzung des Glücksspiels scheidet damit in der Praxis die effektive Durchsetzung der vorgegebenen Ziele vollständig.³⁰ Im Gegenteil, das landeseigene Unternehmen ist auf eine möglichst große Ausdehnung der Teilnehmerzahlen ausgerichtet und der Kundenzuwachs wird öffentlich als Erfolg dargestellt.³¹

Die auf eine Stimulierung von Wettbedürfnissen ausgerichtete Unternehmenspolitik der Westdeutschen Lotterie GmbH & Co. OHG wird durch die Landesregierung weder bekämpft noch kritisiert. Vielmehr werden die steigenden Teilnehmerzahlen aufgrund der damit verbundenen zunehmenden Landeseinnahmen auch durch Vertreter der Regierung begrüßt.³² Die wachsende Zahl der Teilnehmer an Lotterien und Sportwetten wird damit positiv bewertet. Dies steht aber dem angeblich verfolgten Ziel der Bekämpfung der Ausdehnung des Glücksspiels diametral entgegen.

26 Nach § 2 Abs. 1 SportwettenG NRW (sowohl in der alten als auch in der derzeit gültigen Fassung) sind zur Überwachung des Wettbetriebes und der Gestaltung des Wettunternehmens Auflagen möglich.

27 Zum Sinn und Zweck des unter Erlaubnisvorbehalt gestellten Glücksspielverbots, der in der Abwehr der mit der Ausnutzung der Spielleidenschaft verbundenen Gefahren besteht, ausführlich OLG Köln (Fn. 4), 22 f.; vgl. daneben BVerfG, 18. 3. 1970 (Fn. 23), BVerfGE 28, 148; BVerfG, 23. 8. 1994 (Fn. 23), NVwZ 1995, 477; siehe auch die Begründung zur Novelle der §§ 284 ff. StGB, BT Drucks. 13/8587 vom 25. 9. 1997, 67.

28 So Stein (Fn. 9), 843 f.

29 Vgl. BVerfG, 23. 8. 1994 (Fn. 23), NVwZ 1995, 477; Stein (Fn. 9), 839.

30 Zur Unvereinbarkeit der vielfach beobachteten, behördlich nicht beanstandeten aggressiven Geschäftspolitik von Lotterie- und Sportwetten-Unternehmen mit dem Ziel der Eindämmung des Spieltriebs siehe BVerfG, Urteil vom 29. 6. 2000 – 1 C 26.99, II. der Urteilsgründe, 12.

31 Vgl. die Angaben auf der Homepage der Westdeutschen Lotterie. <http://www.westlotto.de>.

32 Siehe die Diskussion um die Änderung des Sportwettengesetzes NRW im Landtag, Landtag NRW, Plenarprotokoll 12/123 vom 1. 9. 1999, S. 10039 ff.

besteht in der Verhinderung der Schaffung von Anreizen für den menschlichen Spieltrieb über das ohnehin bestehende Wettbedürfnis hinaus und in einer Vermeidung der Ausnutzung der Spielleidenschaft zu privaten Zwecken.

Selbst wenn § 1 SportwettenG NRW in seiner konkreten Anwendungspraxis wirklich der Erreichung dieses Schutzniveaus dienen würde – dies ist, wie oben dargelegt, nicht der Fall –, so müsste die Regelung im Hinblick auf die verfolgten Ziele notwendig sein. Ein effektiver Schutz vor unfairer Behandlung der Wettenden sowie vor Missbrauch und Betrug im Rahmen der Veranstaltung von Sportwetten kann aber nicht nur durch die Beschränkung der Zulassung auf staatliche Monopolunternehmen erzielt werden. Vielmehr ist das gleiche Schutzniveau auch durch eine gesetzliche Verpflichtung aller zugelassenen Unternehmen zur Gewinnausschüttung erreichbar, verbunden mit einer staatlichen Kontrolle der Anbieter durch Zulassungsvoraussetzungen, die einen sicheren Spielablauf gewährleisten.⁴⁶

Auch die Ausnutzung des Spieltriebs zu gewerblichen Zwecken und die Stimulierung des Wettbedürfnisses durch ein ausgedehntes Spiel- und Wettangebot können durch eine Zulassungsvorschrift, die nicht nur als Rechtsgrundlage für ein staatliches Monopolunternehmen gehandhabt wird, auf effektive Weise verhindert werden. Indem bei der Zulassung von Sportwetten-Anbietern darauf geachtet wird, dass die Gestaltung des Wettangebots nicht zu einer Anregung und Ausnutzung des menschlichen Spieltriebs führt, kann auch bei der Erlaubniserteilung an mehrere Unternehmen einer unkontrollierten Ausnutzung der Spielleidenschaft entgegengewirkt und die Spielsucht bekämpft werden. Hierzu müssten durch Gesetz oder Verordnung objektive und kontrollierbare Kriterien aufgestellt werden. Die Zulassungsvoraussetzungen können dabei so ausgestaltet werden, dass eine Erlaubniserteilung zu verweigern ist, wenn ein zusätzliches Wettangebot die Vielfältigkeit der Wettmöglichkeiten derart ausdehnen und den Zeitabstand zwischen den Spielen derart verkürzen würde, dass neue Wettbedürfnisse geschaffen würden. Somit können durch eine Zulassungsvorschrift, die das Angebot von Sportwetten nicht auf ein landeseigenes Unternehmen beschränkt, die angestrebten Ziele ohne Abstriche erreicht werden.

In der amtlichen Begründung zum Gesetz zur Änderung des nordrhein-westfälischen Sportwettengesetzes wird zwar darauf hingewiesen, dass die Beschränkung auf landeseigene Unternehmen aufgrund der dabei bestehenden Einflussmöglichkeiten auf die unternehmerische Geschäftsführung einer umfangreicheren und intensiveren staatlichen Kontrolle dienen soll.⁴⁷ Daraus ergibt sich aber nicht die Notwendigkeit der konkreten Ausgestaltung der Zulassungsbeschränkung im Hinblick auf eine wirksame Gefahrenabwehr. Denn in keiner Weise wird begründet, wie eine solche intensivere Kontrolle die Abwehr der mit einer Ausdehnung der Spielleidenschaft verbundenen Gefahren effektiv verwirklichen soll und warum eine effektive Kontrolle im Falle privater Anbieter nicht erreicht werden kann. Mangels objektiver und überprüfbarer Kriterien zur Beurteilung der Seriosität eines Sportwetten-Unternehmens in der nordrhein-westfälischen Regelung kann nicht davon ausgegangen werden, allein durch die Beschränkung der Anbieter auf ein landeseigenes Unternehmen werde eine besonders intensive, wirksame Kontrolle erreicht. Vielmehr könnten die Sportwetten-Anbieter (sowohl diejenigen in öffentlicher als auch die in privater Trägerschaft) mit Hilfe sachgerechter, gesetzlich

aufgestellter Maßstäbe besser kontrolliert werden als durch die bloße Beschränkung der Zulassung auf ein landeseigenes Unternehmen. Daher ist die nordrhein-westfälische Regelung, die in ihrer konkreten Ausgestaltung marktabschottend wirkt und die Dienstleistungsfreiheit praktisch unmöglich macht, zur Erreichung des angestrebten Schutzniveaus nicht erforderlich.

In vergleichbarer Weise sieht auch das Bundesverfassungsgericht eine nationale Regelung, die die Zulassung von Spielbanken auf landeseigene Unternehmen beschränkt, mangels wirkungsvoller Verbesserung der Gefahrenabwehr als unverhältnismäßig im Hinblick auf die Verfolgung des Ziels der Eindämmung des Spieltriebs an und stellt daher einen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG fest.⁴⁸

Hinsichtlich der Beschränkung der zugelassenen Angebote auf Wetten, deren Erlöse zur Finanzierung gemeinnütziger Zwecke beitragen, gilt ebenfalls, dass dieser Zweck auch bei Zulassung mehrerer Unternehmen ohne Abstriche erreicht werden kann. Hierfür genügt die Verpflichtung aller Anbieter zur Abgabe eines bestimmten Prozentsatzes der Wetteinsätze an den Staat oder an gemeinnützige Gesellschaften.⁴⁹ Wenn auch bei ausländischen Unternehmen die Erzielung von Einnahmen für den Bestimmungsstaat ausfällt, so kann aber dennoch sichergestellt werden, dass die Abgabe eines bestimmten Erlösanteils im Herkunftsstaat garantiert ist. Das Ziel, eine Ausnutzung des Spieltriebs zu privaten oder gewerblichen Zwecken zu verhindern, kann dadurch ebenso gut verwirklicht werden wie durch eine Beschränkung des Angebots auf ein inländisches Monopolunternehmen. Soweit ein Staat darüber hinaus die Einnahmen aus den Wettlösen für sich selbst reservieren und grenzüberschreitende Wettangebote deshalb ausschließen will, verfolgt er keine als Rechtfertigungsgrund anerkannten Allgemeininteressen und geht daher über das hinaus, was zur gemeinwohlorientierten Zielerreichung erforderlich ist.⁵⁰

Die Regelung des § 1 SportwettenG NRW stellt sich somit als nicht erforderlich für die Erreichung des angestrebten Schutzniveaus dar. Die im Allgemeininteresse liegenden Ziele des Schutzes vor Missbrauch und der Bekämpfung der Spielsucht sowie die Unterstützung gemeinnütziger Zwecke durch die Wettunternehmen können durch eine Zulassungsregelung, die sich nicht nur auf ein Monopolunternehmen beschränkt, sondern allen Bewerbern gleiche Chancen ein-

46 Vgl. GA *La Pergola*, Schlussanträge zu EuGH Rs. C-124/97, Läärrä (Fn. 21), Slg. 1999, I-6101 f., Rdnr. 40.

47 Landtag NRW Drucks. 12/4076 vom 22. 6. 1999.

48 BVerfG, 19. 7. 2000 (Fn. 23), Rdnr. 80 ff., insbes. Rdnr. 86. Das BVerfG lehnt zwar die betroffene Vorschrift mangels Verhältnismäßigkeit i. e. S. ab, jedoch hegt es auch starke Zweifel an der Erforderlichkeit. Im Unterschied zur verfassungsrechtlichen Prüfung ist bei der EG-rechtlichen Beurteilung zu beachten, dass der EuGH oft keine strenge Trennung zwischen Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit i. e. S. durchführt und häufig bereits in die Erforderlichkeitsprüfung Gesichtspunkte der Eingriffsschwere aufnimmt, siehe etwa EuGH, 12. 3. 1987 – Rs. 178/84, Kommission/Deutschland, Slg. 1987, 1227, RIW 1987, 394, Rdnr. 31 ff. (Reinheitsgebot); Rs. C-43/93, Vander Elst, (Fn. 43), Rdnr. 16 f.; 28. 3. 1996 – Rs. C-272/94, Guiot, Slg. 1996, I-1905, EWS 1996, 363, Rdnr. 11 ff.; vgl. auch EuGH, 7. 7. 1976 – Rs. 118/75, Watson und Belmann, Slg. 1976, 1185 Rdnr. 20 ff.; ausführlich zur Problematik *Snell*, True proportionality and free movements of goods and services, *European Business Law Review* 2000, 50, 53 f. m. w. N.

49 Im Hinblick auf die Vereinbarkeit einer Beschränkung der Spielbankenzulassung auf landeseigene Unternehmen mit der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) stellt auch das BVerfG ausdrücklich fest, dass eine solche Regelung nicht erforderlich zur Abschöpfung von Einnahmen ist, BVerfG, 19. 7. 2000 (Fn. 23), Rdnr. 79.

50 Zur Untauglichkeit wirtschaftlicher Aspekte als Rechtfertigungsgründe siehe oben I. 1. b)

spruch zu Art. 86 Abs. 1 EG steht. Danach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, in Bezug auf öffentliche Unternehmen und Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten keine dem EG-Vertrag – insbesondere den Wettbewerbsregeln – widersprechenden Maßnahmen zu treffen. Da die Mitgliedstaaten auf solche Unternehmen besondere Einflussmöglichkeiten haben, soll durch Art. 86 Abs. 1 EG verhindert werden, dass die Mitgliedstaaten diese Unternehmen unter Umgehung der Wettbewerbsregeln zur Verfolgung ihrer Ziele einsetzen.⁵⁴

a) Anwendbarkeit von Art. 86 Abs. 1: Ist der zugelassene Sportwetten-Anbieter ein öffentliches Unternehmen oder ein Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten?

Der Begriff des öffentlichen Unternehmens ist gemeinschaftsrechtlich zu bestimmen. Sinn und Zweck des Art. 86 Abs. 1 EG ist es, Umgehungen des Wettbewerbsrechts zu verhindern, die auf den besonderen Einflussmöglichkeiten des Staates auf öffentliche Unternehmen beruhen. Daher sind Unternehmen als öffentliche zu betrachten, wenn der Staat auf ihre Wirtschaftsplanung einen beherrschenden Einfluss hat.⁵⁵ Einen Anhaltspunkt dafür, wie der Einfluss des Staates beschaffen sein muss, bietet die Definition des Begriffs „öffentliche Unternehmen“ in der sog. Transparenzrichtlinie.⁵⁶ Nach Art. 2 dieser Richtlinie wird der 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 öffentliches einzuordnen, wenn der Staat die Möglichkeit hat, auf die Geschäftsführung bestimmenden Einfluss auszuüben, ohne hierzu auf hoheitliche Maßnahmen und damit auf eine gesetzliche Ermächtigung angewiesen zu sein (etwa durch die Mehrheit am Kapital oder die Zustimmungsbedürftigkeit bei wichtigen Entscheidungen).⁵⁷ Aus diesen Gründen kann die Inhaberin der einzigen Zulassung nach § 1 SportwettenG NRW, die Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG, als öffentliches Unternehmen einzuordnen sein.

Da der Westdeutschen Landesbank als Gesellschafterin alle Geschäftsanteile dieser GmbH gehören, liegt das gesamte Kapital in den Händen des Landes NRW. Aufgrund der dadurch gegebenen Einflussmöglichkeiten des Landes auf die Geschäftsführung ist die Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG ein öffentliches Unternehmen i.S. von Art. 86 Abs. 1 EG.⁵⁸

Neben der Eigenschaft als öffentliches Unternehmen könnte die Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG aufgrund der ihr eingeräumten exklusiven Erlaubnis für die Durchführung von Sportwetten in NRW zusätzlich ein Unternehmen mit einem ausschließlichen Recht i.S. von Art. 86 Abs. 1 EG 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.⁵⁹ Das ausschließliche Recht kann durchaus regional beschränkt sein. Entscheidend ist, dass auf dem relevanten Markt durch die Privilegierung eines Unternehmens der Wettbewerb ausgeschaltet wird.⁶⁰

Durch § 1 SportwettenG NRW in seiner konkreten Anwendungspraxis wird die Veranstaltung von Sportwetten in NRW allein der Westdeutschen Lotterie GmbH & Co. OHG vorbehalten, indem nur diesem Unternehmen eine Zulassung gewährt wurde. Aus der Praxis geht hervor, dass kein weiteres Unternehmen die Chance einer Erlaubniserteilung erhalten hat oder künftig erhalten wird. Die einzige Zulassungsinhaberin ist daher durch die Landesregierung NRW aufgrund von § 1 SportwettenG NRW mit einem ausschließlichen Recht i.S. von Art. 86 Abs. 1 EG ausgestattet worden.

b) Staatliche Maßnahme in Bezug auf das öffentliche Unternehmen, die zu einem Wettbewerbsrechtsverstoß führt

Nach Art. 86 Abs. 1 EG 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.⁶¹ Die Vertragswidrigkeit der Maßnahme kann insbesondere auch in einem Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln der Art. 81 ff. EG bestehen. Vorliegend könnte die Einräumung des ausschließlichen Rechts zur Veranstaltung von Sportwetten in NRW an die Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG eine gegen Art. 82 EG verstoßende Maßnahme des Landes NRW darstellen. Bei der Untersuchung eines Verstoßes gegen diese unternehmensbezogene Vorschrift sind das Verhalten des Staates und das des öffentlichen Unternehmens als Einheit zu betrachten. Im Rahmen des Art. 86 Abs. 1 EG ist folglich zu prüfen, ob das staatlich determinierte Verhalten eines öffentlichen Unternehmens zu einem Verstoß gegen Art. 82 EG führen würde, wenn das Unternehmen autonom gehandelt hätte.⁶² Anders formuliert, die Mitgliedstaaten dürfen öffentliche oder bevorrechtigte

54 Vgl. zum Zweck des Art. 86 Abs. 1 etwa EuGH, 6. 7. 1982 – Rs. 188-190/80, Frankreich u. a./Kommission, Slg. 1982, 2545, Rdnr. 12; 23. 10. 1997 – Rs. C-159/94, Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 46 f.; von Burchard, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 86 EGV Rdnr. 8; Jungbluth, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. 2001, Art. 86 Rdnr. 12.

55 Vgl. etwa Emmerich, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, H. II, Rdnr. 93 und 99; Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, 1997, Bd. II, Art. 37, 90, B Rdnr. 13.

56 Richtlinie 80/723/EWG der Kommission, ABl. EG 1980 Nr. L 195, 35 ff., geändert in ABl. EG 1985 Nr. L 229, 20 sowie in ABl. EG 1993 Nr. L 254, 16 und in ABl. EG 2000 Nr. L 193, 75. Durch die Richtlinie kann zwar nicht der Begriff des öffentlichen Unternehmens i. S. des Art. 86 Abs. 1 EG 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, 1999, Art. 86 EGV Rdnr. 12; Pernice, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Stand 1994, Art. 90 EGV (Maastricht) Rdnr. 16 ff.

57 So Hochbaum, in: v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl. 1997, Art. 90 Rdnr. 9 f.; Jung (Fn. 56), Art. 86 EGV Rdnr. 13; Pernice (Fn. 56), Art. 90 EGV Rdnr. 19.

58 Dies entspricht auch der neugestalteten gesetzlichen Regelung des § 1 SportwettenG NRW, nach der eine Zulassung nur an Unternehmen erteilt werden kann, deren Anteile sich zumindest überwiegend in öffentlicher Hand befinden. Deshalb können nur öffentliche Unternehmen Veranstalter von Sportwetten in NRW sein.

59 Vgl. die Definition in der Richtlinie der Kommission über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABl. EG 1990 Nr. L 192, 10; siehe auch von Burchard (Fn. 54), Art. 86 EGV Rdnr. 24 f.

60 Hochbaum (Fn. 57), Art. 90 EGV Rdnr. 21; Mestmäcker (Fn. 55), Art. 37, 90 EGV, C Rdnr. 19.

61 Vgl. von Burchard (Fn. 54), Art. 86 EGV Rdnr. 29 f.; Heinemann (Fn. 44), S. 83.

62 Emmerich (Fn. 55), H. II, Rdnr. 120; Mestmäcker (Fn. 55), Art. 37, 90 EGV, C Rdnr. 53.

Unternehmen durch regulatorische Maßnahmen nicht in eine Situation versetzen, die die Unternehmen aus eigener Initiative nicht ohne Verstoß gegen Art. 82 EG erreichen könnten.⁶³ Ein dem Unternehmen zurechenbarer Wettbewerbsverstoß durch eigenständiges unternehmerisches Verhalten muss nicht vorliegen.⁶⁴ In Bezug auf die in Art. 86 Abs. 1 EG 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.⁶⁵ Zu untersuchen ist daher, ob die Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG aufgrund der konkreten Anwendung der nordrhein-westfälischen Zulassungsvorschrift in eine Situation gebracht wird, die sich wie ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auswirkt und daher gegen Art. 86 Abs. 1 i. V. m. Art. 82 EG verstößt.

aa) Marktbeherrschendes Unternehmen auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes

Der Verstoß einer auf die Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG bezogenen staatlichen Maßnahme gegen Art. 86 Abs. 1 i. V. m. Art. 82 EG kommt nur in Betracht, wenn dieses Unternehmen eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes innehat. 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.⁶⁶ 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 potenziellen Wettbewerb ausgesetzt ist.⁶⁷

(1) Abgrenzung des relevanten Marktes

Zur Beurteilung der Frage, ob die Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG ein marktbeherrschendes Unternehmen ist, muss zunächst der relevante Markt, auf dem das Unternehmen tätig ist, in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt werden.

Die Grundsätze der Marktabgrenzung hat die Kommission in ihrer Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes zusammengefasst.⁶⁸ Entscheidend für die Feststellung, ob verschiedene Produkte miteinander in Wettbewerb stehen und daher einem Markt zuzuordnen sind, ist das sog. Bedarfsmarktkonzept.⁶⁹ 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.⁷⁰ Die Austauschbarkeit der Produkte ist dabei aus der Sicht der Marktgegenseite zu beurteilen.⁷¹

Es stellt sich daher die Frage, inwieweit die von der Westdeutschen Lotterie GmbH & Co. OHG angebotenen Sportwetten mit anderen Glücksspielangeboten aus der Sicht der Nachfrager austauschbar sind. Entscheidend hierfür sind die besonderen Eigenschaften der Sportwetten.⁷² Die Besonderheit der Sportwetten im Gegensatz zu anderen Glücksspielen besteht darin, dass die Gewinnchancen bei Sportwetten neben dem vorherrschenden Glücksfaktor auch von der

Kenntnis des sportlichen Umfeldes und einer guten Einschätzungsfähigkeit und Geschicklichkeit des Wettteilnehmers abhängen. 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 besonders hohe Gewinnchancen. Daher unterscheidet sich der Kreis der Teilnehmer an Sportwetten von dem der Teilnehmer an sonstigen Glücksspielen aufgrund verschiedener Präferenzen deutlich. Auch ohne eine umfassende Analyse der Verbraucherpräferenzen anzustellen, kann damit aufgrund der Besonderheiten der Sportwetten gegenüber anderen Glücksspielen davon ausgegangen werden, dass sie mit anderen Arten von Glücksspielen nicht austauschbar sind. Der sachlich relevante Markt ist daher als der Markt für Sportwetten zu bestimmen.⁷³

Daneben ist der relevante Markt auch in geographischer Hinsicht abzugrenzen. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die relevanten Produkte angeboten werden und die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen von benachbarten Gebieten unterscheidet.⁷⁴ Ein wichtiges Kriterium zur Beurteilung dieser Frage stellen regulatorische Marktzugangshemmnisse dar.⁷⁵ Für die Veranstaltung von Sportwetten in Deutschland benötigt der Anbieter eine Zulassung nach den Rechtsvorschriften des jeweiligen Bundeslandes. Da für die Ausweitung der Tätigkeit über ein Bundesland hinaus eine weitere Genehmigung des Ziellandes erforderlich ist und die Genehmigungspraxis sehr restriktiv ist, sind die Wettbewerbsbedingungen nur innerhalb des betroffenen Bundeslandes als hinreichend homogen zu betrachten. Aufgrund der landesrechtlich unterschiedlichen Marktzugangsvorschriften kann als räumlich relevanter Markt für die Tätigkeit der Westdeutschen Lotte-

63 So EuGH. 13. 12. 1991 – Rs. C-18/88, GB-Inno-BM, Slg. 1991, I-5941, 5980, EWS 1993, 216, Rdnr. 20; dazu *Wachsmann/Berrod*, Les critères de justification des monopoles, RTDE 1994, 39, 40.

64 *Heinemann* (Fn. 44), S. 149.

65 EuGH Rs. C-18/88, GB-Inno-BM (Fn. 63), Slg. 1991, I-5980; 17. 11. 1992 – Rs. C-271, 281 und 289/90, Spanien/Kommission, Slg. 1992, I-5833, 5868; 27. 10. 1993 – Rs. C-69/91, Decoster, Slg. 1993, I-5335, 5380 f.; siehe dazu nur *Giesen*, Die Vorgaben des EG-Vertrags für das Internationale Sozialrecht, 1999, S. 117 f.

66 Ständige Rechtsprechung des EuGH, vgl. nur 14. 2. 1978 – Rs. 27/76, United Brands, Slg. 1978, 207, RIW 1978, 602, Rdnr. 63/66; 13. 2. 1979 – Rs. 85/76, Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, RIW 1979, 554, Rdnr. 38; 1. 10. 1998 – Rs. C-38/97, Librandi, Slg. 1998, I-5955, Rdnr. 27; siehe auch *Brinker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 82 EG Rdnr. 11 f.; *Jung*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Stand 2000, Art. 82 EG Rdnr. 55; ausführlich *Schröter*, in: v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl. 1997, Art. 86 EGV Rdnr. 58 ff.

67 *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, 1997, Bd. I, Art. 86 EGV Rdnr. 82; *Schröter* (Fn. 66), Art. 86 EGV Rdnr. 77.

68 Abgedruckt in ABl. EG 1997 Nr. C 372, 5 ff.

69 Vgl. *Jung* (Fn. 66), Art. 82 EG Rdnr. 30.

70 Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, ABl. EG 1997 Nr. C 372, 5 ff. Rdnr. 7; vgl. auch EuGH Rs. 85/76, Hoffmann-La Roche (Fn. 66), Rdnr. 28.

71 *Brinker* (Fn. 66), Art. 82 EG Rdnr. 7; *Möschel* (Fn. 67), Art. 86 EGV Rdnr. 44; *Schröter* (Fn. 66), Art. 86 EGV Rdnr. 107.

72 Zur entscheidenden Bedeutung spezifischer Produkteigenschaften, die ein bestimmtes Produkt von ähnlichen Produkten abheben, vgl. EuGH Rs. 27/76, United Brands (Fn. 66), Rdnr. 18/21, in Bezug auf einen gesonderten Markt für Bananen.

73 Ob eine noch engere Marktabgrenzung vorzunehmen ist, kann vorliegend dahinstehen, da hiermit keine Auswirkungen auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung verbunden sind.

74 Kommission (Fn. 70), 5 ff. Rdnr. 8.

75 Kommission (Fn. 70), 5 ff. Rdnr. 50; vgl. auch *Möschel* (Fn. 67), Art. 86 EGV Rdnr. 55 f.; *Schröter* (Fn. 66), Art. 86 EGV Rdnr. 123 f.

rie GmbH & Co. OHG das Bundesland NRW angesehen werden.

Der relevante Markt, auf dem die Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG ihre Dienstleistungen erbringt, ist der nordrhein-westfälische Markt für Sportwetten.

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

Die Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG ist in NRW die einzige zugelassene Anbieterin von Sportwetten. Da sie deshalb auf dem relevanten Markt ein Monopol innehat und gegen aktuelle und potenzielle Wettbewerber abgeschirmt wird, verfügt sie über eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt.

Fraglich ist, ob sich diese beherrschende Stellung auch auf einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes erstreckt. Um eine Gefährdung für die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt darzustellen, muss der beherrschte Markt eine gewisse Mindestgröße haben. Den erforderlichen Mindestumfang für die Anwendung des Art. 82 EG besitzen jedenfalls Märkte, die sich auf das Staatsgebiet eines gesamten Mitgliedstaats beziehen.⁷⁶ Auch größere Teilregionen eines Mitgliedstaats können wesentliche Teile des Gemeinsamen Marktes sein, was der EuGH ausdrücklich für die Region Süddeutschland festgestellt hat.⁷⁷ Ob dies der Fall ist, entscheidet 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.⁷⁸ Selbst geographisch kleine Regionen können 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 Verkehrsumfanges wichtig für die Ein- und Ausfuhr sind.⁷⁹

Die beherrschende Stellung der Westdeutschen Lotterie GmbH & Co. OHG bezieht sich auf das gesamte Gebiet des Landes NRW. Die geographische Größe von NRW, die zwar nur von untergeordneter Relevanz für die wirtschaftliche Bedeutung eines Marktes ist, entspricht in etwa derjenigen von Belgien und der Landfläche der Niederlande.⁸⁰ Aussagekräftiger zur Beurteilung der wirtschaftlichen Bedeutung eines Marktes für den innergemeinschaftlichen Handel ist die Bevölkerungsdichte in dem betroffenen Gebiet. Die Bevölkerungszahl Nordrhein-Westfalens übersteigt sogar die der Niederlande und ist wesentlich höher als diejenige Belgiens.⁸¹ Dass auch kleinere Mitgliedstaaten wie die Niederlande oder Belgien einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellen, hat der EuGH anerkannt.⁸²

Aufgrund der hohen Bevölkerungsdichte und der vielen Industriestandorte hat das Land NRW eine große wirtschaftliche Bedeutung. Gerade auch für die Veranstaltung von Glücksspielen wie Sportwetten ist die Kaufkraft der Bevölkerung von großer Relevanz. Für das grenzüberschreitende Angebot von Sportwetten nach Deutschland ist der nordrhein-westfälische Markt daher besonders wichtig. Damit kann das Land NRW als wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes betrachtet werden, so dass sich die beherrschende Stellung der einzigen Zulassungsinhaberin für Sportwetten in NRW auf einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes bezieht.

bb) Wettbewerbsrechtsverstoß durch ungerechtfertigte Monopoleinräumung

Schließlich ist zu untersuchen, ob durch eine staatliche Maßnahme in Bezug auf die Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des Art. 82 EG bewirkt wird. Eine vertragswidrige Maßnahme des Landes NRW könnte vorliegend in der Einräumung des ausschließlichen Rechts zur Veranstaltung von Sportwetten zugunsten der Westdeutschen Lotterie GmbH & Co. OHG liegen.

(1) Die Gewährung von ausschließlichen Rechten kann eine Maßnahme i. S. von Art. 86 Abs. 1 EG sein

Es stellt sich die Frage, ob der hoheitliche Akt der Gewährung eines ausschließlichen Rechts, durch den die Monopolstellung eines Unternehmens begründet wird, gleichzeitig eine gegen Art. 82 EG verstößende Maßnahme darstellen kann. Hiergegen scheint der Wortlaut des Art. 86 Abs. 1 EG zu sprechen, der so verstanden werden könnte, dass sich die Maßnahme auf bereits bestehende Unternehmen mit Sonderrechten beziehen muss.⁸³ Jedoch ist dieser Schluss nicht zwingend und widerspricht überdies dem Zweck des Art. 86 Abs. 1 EG, eine Umgehung der Wettbewerbsregeln durch die Mitgliedstaaten effektiv zu vermeiden.⁸⁴ Denn bereits die Gewährung von ausschließlichen Rechten beinhaltet eine Wettbewerbsverzerrung und kann missbräuchlich sein. Dementsprechend hat der EuGH klargestellt, dass sich aus Art. 86 Abs. 1 EG nicht die grundsätzliche Zulässigkeit besonderer und ausschließlicher Rechte ableiten lässt.⁸⁵

Vielmehr wird nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs schon die Schaffung einer Monopolsituation durch den Staat von Art. 86 Abs. 1 EG erfasst und kann gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen.⁸⁶ Daher steht es der Anwen-

76 Vgl. allgemein *Dirksen*, in: *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. 2001, Art. 82 EG Rdnr. 70; *Schröter* (Fn. 66), Art. 86 EG Rdnr. 129; in Bezug auf die Niederlande siehe EuGH, 9. 11. 1983 – Rs. 322/81, *Michelin/Kommission*, Slg. 1983, 3461, 3501 f., Rdnr. 23 ff.; in Bezug auf Belgien implizit EuGH Rs. C-18/88, *GB-Inno-BM* (Fn. 63), Rdnr. 15 ff.; in Bezug auf Irland vgl. *Kommission*, Entscheidung v. 21. 12. 1988, *ABl. EG* 1989 Nr. L 78, 43, 48, Rdnr. 21 – *Magill/ITP u. a.*; *Kommission*, Entscheidung v. 11. 3. 1998, *ABl. EG* 1998 Nr. L 146, 1, 44, Rdnr. 255 – *Van den Bergh Foods*.

77 EuGH, 16. 12. 1975 – verb. Rs. 40/73 a. E., *Suiker Unie a. E./Kommission*, Slg. 1975, 1663, Rdnr. 448.

78 *Heinemann* (Fn. 44), S. 159; *Jung* (Fn. 66), Art. 82 EG Rdnr. 51 f.; *Schröter* (Fn. 66), Art. 86 EGV Rdnr. 130.

79 Siehe etwa EuGH, 10. 12. 1991 – Rs. C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Slg. 1991, I-5889, EWS 1993, 214, Rdnr. 15; 18. 6. 1998 – Rs. C-266/96, *Corsica Ferries France*, Slg. 1998, I-3949, Rdnr. 38.

80 NRW ist sogar mit 34 080 qkm (http://www.fgw-nrw.de/d123_213308.html) etwas größer als Belgien mit 32 547 qkm (<http://www.belgium.fgov.be/lesbelges/01001.htm>). Die Fläche der Niederlande beträgt 41 526 qkm, davon sind 33 889 qkm Landfläche (<http://www.dutchembassy.de/pages/Niederlande%202000.htm>).

81 NRW hatte im Jahre 1999 18 Millionen Einwohner, vgl. http://www.fgw-nrw.de/d123_213308.html; Belgien hatte im Jahre 2000 10,2 Millionen, vgl. <http://www.belgium.fgov.be/lesbelges/01001.htm>; und die Niederlande hatten im Jahre 2000 15,8 Millionen Einwohner, vgl. <http://www.dutchembassy.de/pages/Niederlande%202000.htm>.

82 EuGH Rs. 322/81, *Michelin/Kommission* (Fn. 76), Slg. 1983, 3501 f., Rdnr. 23 ff.; in Bezug auf Belgien implizit EuGH Rs. C-18/88, *GB-Inno-BM* (Fn. 63), Rdnr. 15 ff.

83 Vgl. *Pernice* (Fn. 56), Art. 90 EGV Rdnr. 43.

84 *Ehrlicke*, Der Art. 90 EWGV – Eine Neubetrachtung, *EuZW* 1993, 211, 212; *Heinemann* (Fn. 44), S. 84.

85 Vgl. EuGH, 19. 3. 1991 – Rs. 202/88, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1991, I-1223, Rdnr. 22 (bezüglich der Endgeräte-Richtlinie).

86 Siehe etwa EuGH, 23. 4. 1991 – Rs. C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg. 1991, I-1979, 2018, Rdnr. 29; 18. 6. 1991 – Rs. C-260/89, *ERT*, Slg. 1991, I-2951, Rdnr. 36 f.; Rs. C-179/90, *Merci convenzionali porto di*

gen Art. 82 EG hätte versetzen können.⁹² Deshalb kann sich bereits die Begründung einer Monopolstellung durch die Gewährung ausschließlicher Rechte als missbräuchlich i. S. von Art. 82 EG erweisen.

Dies hat auch der EuGH anerkannt, indem er in ständiger Rechtsprechung den Verstoß einer staatlichen Maßnahme gegen Art. 86 Abs. 1 i. V. m. Art. 82 EG immer dann bejaht, wenn dadurch eine Lage geschaffen wird, in der ein Unternehmen allein durch die Ausübung der ihm übertragenen ausschließlichen Rechte zwangsläufig gegen Art. 82 EG verstößt, oder wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der das Unternehmen einen solchen Missbrauch begeht.⁹³

(b) Pflicht zur Durchführung eines objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens bei der Monopoleinräumung

Es stellt sich die Frage, in welchen Fällen die mit der Schaffung von Monopolen verbundene Wettbewerbsbeeinträchtigung als missbräuchlich i. S. von Art. 82 EG zu bezeichnen ist.

Als unvereinbar mit Art. 86 Abs. 1 i. V. m. Art. 82 EG wurden vom Gerichtshof insbesondere staatliche Maßnahmen angesehen, die ein Monopolunternehmen zu missbräuchlichen Verhaltensweisen veranlassen oder verpflichteten. Dies ist etwa der Fall bei Maßnahmen, die zur Ausdehnung eines Monopols auf benachbarte oder nachgelagerte Märkte führen und sich damit wie ein Marktstrukturmissbrauch auswirken.⁹⁴ Gleiches gilt für die Schaffung einer missbrauchsgeneigten Lage durch die Einräumung einer Monopolstellung, die zu diskriminierenden Praktiken ausgenutzt werden kann.⁹⁵ Ein Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 i. V. m. Art. 82 EG ist damit schon dann anzunehmen, wenn allein die Möglichkeit oder die Gefahr eines Missbrauchs durch das Monopolunternehmen besteht.⁹⁶ Daher haben die Mitgliedstaaten bei der künstlichen Schaffung von Monopolstellungen darauf zu achten, dass sie es dadurch dem Monopolunternehmen nicht ermöglichen, seine beherrschende Stellung auf nachgelagerte Märkte auszudehnen oder sich durch die Festsetzung überzogener Preise oder sonstiger diskriminierender Praktiken missbräuchlich zu verhalten. Wenn eine Monopolstellung im konkreten Fall die Gefahr solcher missbräuchlichen Verhaltensweisen in sich birgt, sind seitens der Mitgliedstaaten Vorkehrungen dagegen zu treffen.⁹⁷

Neben der Veranlassung missbräuchlicher Verhaltensweisen des Monopolunternehmens kann sich die Schaffung von Monopolen durch staatliche Maßnahmen aber auch aufgrund der damit verbundenen Ausschaltung des Leistungswettbewerbs und der Beeinträchtigung der Chancengleichheit der Wirtschaftsteilnehmer missbräuchlich auswirken. Die mangelnde Berücksichtigung von Leistungsgesichtspunkten bei der Einräumung eines ausschließlichen Rechts führt insbesondere dann zu einem Missbrauch, wenn das Monopolunternehmen nicht bedarfsgerecht arbeitet und die Nachfrage nicht befriedigen kann. In einem solchen Fall hat der EuGH bereits in der Begründung der Monopolstellung einen Missbrauch gesehen.⁹⁸

Bei der Einräumung von ausschließlichen Rechten zugunsten eines Unternehmens kann ein Mitgliedstaat daher nur dann dem Missbrauchsvorwurf entgehen, wenn er dafür sorgt, dass das Monopolunternehmen bedarfsgerecht und wirtschaftlich arbeitet, wenn also bei der Begründung und Aufrechterhaltung der Monopolstellung Leistungskriterien ausreichend

Rechnung getragen wird. Andernfalls würde das Unternehmen durch die staatliche Begründung einer Monopolstellung in eine Situation gebracht, in der es zwangsläufig gegen Art. 82 EG verstieße, da es seine beherrschende Position durch selbständige Verhaltensweisen nicht mit Mitteln des Leistungswettbewerbs verteidigen könnte. Einer missbräuchlichen Auswirkung der Monopoleinräumung kann deshalb nur durch eine hinreichende Überprüfung der Leistung des Monopolunternehmens bei Begründung und Aufrechterhaltung der ausschließlichen Rechte entgegengewirkt werden.

Darüber hinaus wird vom Gerichtshof bei der Prüfung des Missbrauchstatbestands i. S. von Art. 86 Abs. 1 i. V. m. Art. 82 EG maßgeblich darauf abgestellt, dass ein System unverfälschten Wettbewerbs, wie es der EG-Vertrag vorsieht, als wesentliches Element die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer voraussetzt.⁹⁹ Staatlich begründete Monopole müssen daher so ausgestaltet sein, dass durch sie die Chancengleichheit der Unternehmen nicht vollständig beseitigt wird. Mit der Schaffung eines Monopolunternehmens, dessen ausschließliche Rechte staatlich gewährt wurden und das daher nicht gezwungen ist, sich wettbewerblich gegen andere Wirtschaftsteilnehmer zu behaupten, werden aber regelmäßig die Marktzutrittschancen anderer Wettbewerber bereits im Keim erstickt. Daher könnte man die staatliche Einräumung einer Monopolstellung aufgrund ihrer wettbewerbsbeseitigenden Wirkung generell als missbräuchlich betrachten.¹⁰⁰ Eine missbräuchliche Wirkung kann allenfalls vermieden werden, wenn bei der Monopoleinräumung dem Grundsatz der Chancengleichheit – etwa durch eine Ausschreibung – Rechnung getragen wird. Daher ist mit einer staatlich abgesicherten Monopolstellung jedenfalls dann ein Missbrauch verbunden, wenn der Mitgliedstaat nicht durch besondere Vorkehrungen sichergestellt hat, dass bei der Monopolbegründung den Bewerbern gleiche Chancen eingeräumt wurden.

Aus der Rechtsprechung des EuGH ist damit abzuleiten, dass sich die Gewährung ausschließlicher Rechte nur dann nicht missbräuchlich i. S. von Art. 86 Abs. 1 i. V. m. Art. 82 EG auswirkt, wenn dabei sowohl die wirtschaftliche Leistung der Unternehmen als auch die Chancengleichheit der Wirtschaftsteilnehmer berücksichtigt werden.

92 Siehe zu einer solchen Argumentation EuGH Rs. C-18/88, GB-Inno-BM (Fn. 63), Rdnr. 20.

93 Siehe insbesondere EuGH Rs. C-41/90, Höfner und Elser (Fn. 86), Rdnr. 29 ff.; Rs. C-260/89, ERT (Fn. 86), Rdnr. 36 f.; Rs. C-179/90, Mercis convenzionali Porto di Genova (Fn. 79), Rdnr. 17; 11. 12. 1997 – Rs. C-55/96, Job Centre, Slg. 1997, I-7119, EWS 1998, 454, Rdnr. 31 ff.; Rs. C-266/96, Corsica Ferries France (Fn. 79), Rdnr. 40.

94 EuGH verb. Rs. C-271, 281 und 289/90, Spanien u. a./Kommission (Fn. 65), Rdnr. 35 f.; Rs. C-18/88, GB-Inno-BM (Fn. 63), Rdnr. 24 ff., in Bezug auf die Ausdehnung des Fernmeldemonopols auf den Endgerätemarkt.

95 EuGH Rs. C-260/89, ERT (Fn. 86), Slg. 1991, I-2962, Rdnr. 36 f.

96 EuGH Rs. C-260/89, ERT (Fn. 86), Slg. 1991, I 2962, Rdnr. 37; *Heinemann* (Fn. 44), S. 124.

97 *Heinemann* (Fn. 44), S. 161.

98 EuGH Rs. C-41/90, Höfner und Elser (Fn. 86), Rdnr. 29 ff., in Bezug auf das staatliche Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit, durch das die Nachfrage hinsichtlich der Vermittlung von Führungskräften nicht befriedigt werden konnte; bestätigt durch EuGH Rs. C-55/96, Job Centre (Fn. 93), Rdnr. 31 ff.

99 EuGH Rs. C-18/88, GB-Inno-BM (Fn. 63), Rdnr. 25; ebenso EuGH Rs. C-260/89, ERT (Fn. 86), Rdnr. 22; Rs. C-69/91, Decoster (Fn. 65), Rdnr. 19; vgl. zur Bedeutung der Chancengleichheit im Wettbewerb auch *Jungbluth* (Fn. 54), Art. 86 EG Rdnr. 1 und Rdnr. 34.

100 Ein Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags wäre dann nur zu verneinen, wenn die Voraussetzungen der Ausnahmevorschrift des Art. 86 Abs. 2 EG erfüllt sind. In diesem Sinne *Heinemann* (Fn. 44), S. 124; *Slot*, Common Market Law Review 1991, 964, 982; *Wachsmann/Berrod* (Fn. 63), 40 f.

gung für die Erzielung der Staatseinnahmen sein.¹²³ Ist dies nicht der Fall, so liegt kein nach Art. 86 Abs. 2 EG zulässiges Finanzmonopol vor, das der Anwendung der Wettbewerbsregeln entzogen ist. Ob in einem solchen Fall bereits die Eigenschaft des Unternehmens als Finanzmonopol abzulehnen ist, oder ob die Unerlässlichkeit der Monopolstellung für die staatliche Einnahmenerzielung in einem zweiten Schritt zu untersuchen ist, kann dabei dahinstehen.

Im Bereich der Veranstaltung von Sportwetten könnten sowohl die Abgabe eines Anteils der Wetterlöse als auch die Besteuerung ebenfalls erreicht werden, wenn die Wetten nicht nur von einem monopolistischen landeseigenen Unternehmen, sondern von mehreren zugelassenen, den gesetzlichen Abgabepflichten unterliegenden Veranstaltern angeboten würden. 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.¹²⁴

Sofern durch die Beschränkung der Veranstalter auf ein Monopolunternehmen die Einnahmen einfacher erzielt werden können, führt dies noch nicht zur Einordnung der Westdeutschen Lotterie GmbH & Co. OHG als den Wettbewerbsregeln entzogenes Finanzmonopol. Das ausschließliche Recht müsste vielmehr unerlässlich für die Einnahmenerzielung sein. Aufgrund der möglichen Alternativen in Gestalt einer allgemeinen Besteuerung und der Pflicht zur anteiligen Abgabe der Wetterlöse ist eine Monopolstellung zur Erzielung von Staatseinnahmen nicht zwingend erforderlich. Daher ist das nordrhein-westfälische Monopolunternehmen für die Veranstaltung von Sportwetten nicht als ein nach Art. 86 Abs. 2 EG von der Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts ausgenommenes Finanzmonopol zu qualifizieren.¹²⁵

b) Wettbewerbsbeschränkung zur Aufgabenerfüllung nicht unabdingbar

Legt man – entgegen den oben angeführten Bedenken¹²⁶ – die Annahme zugrunde, dass die Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG wirklich mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist, so ist Art. 86 Abs. 2 EG darüber hinaus nur einschlägig, wenn bei Anwendung des Wettbewerbsrechts die Erfüllung der im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben des Unternehmens rechtlich oder tatsächlich verhindert würde.

aa) Wie ist der Verhinderungsmaßstab i. S. von Art. 86 Abs. 2 EG zu bestimmen?

Grundsätzlich ist die Ausnahmebestimmung des Art. 86 Abs. 2 EG eng auszulegen, so dass eine bloße Behinderung oder Erschwerung der Aufgabenerfüllung nicht ausreicht.¹²⁷ Wenn in der neueren Rechtsprechung zu Energieeinfuhrmonopolen¹²⁸ und zur Pflichtmitgliedschaft in einem Betriebsrentenfonds in den Niederlanden¹²⁹ – in Abweichung vom Vertragstext – in der deutschen Urteilsfassung der Begriff „gefährden“ (anstatt verhindern) zu finden ist, könnte es sich um einen Übersetzungsfehler handeln, da in der jeweiligen Verfahrenssprache von „verhindern“ die Rede ist.¹³⁰ Von einer Aufweichung des Verhinderungsmaßstabs ist demnach nicht auszugehen.¹³¹ Eine Durchführung der betreffenden Dienstleistung muss vielmehr unmöglich sein.¹³²

Entscheidend ist, ob es einen anderen möglichen und zumutbaren Weg gibt, um die übertragenen Aufgaben ohne Ver-

tragsverletzung zu erfüllen oder ob die Verletzung der Wettbewerbsregeln unabdingbar für die Aufgabenerfüllung ist.¹³³

bb) Aufgabenerfüllung durch das Monopolunternehmen wird im Falle der Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln nicht verhindert

Fraglich ist, ob im Falle einer Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln die Wahrnehmung der im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben durch die Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG verhindert würde.

Der mit der konkreten Ausgestaltung des Monopols der Westdeutschen Lotterie GmbH & Co. OHG verbundene Missbrauch und damit der Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 i. V.m. Art. 82 EG liegt in der Einräumung ausschließlicher Rechte ohne Beachtung eines objektiven, transparenten und kontrollierbaren Verfahrens. Die damit verbundene Wettbewerbsbeeinträchtigung ist aber zur Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben der Bekämpfung der Spielsucht und der Sicherstellung eines Angebots an fairen Wettmöglichkeiten nicht erforderlich. Würde man in wettbewerbsrechtskonformer Weise die Monopoleinräumung von objektiven Voraussetzungen abhängig machen und deren Beachtung regelmäßig kontrollieren, so könnten die Ziele, das Angebot an Wettmöglichkeiten zu beschränken, die Spielsucht zu bekämpfen und ein seriöses Wettangebot zu offerieren, mittels der dann gegebenen Kontrollmöglichkeiten noch besser erreicht werden als durch die gegenwärtige Praxis. Auch die Förderung gemeinnütziger Zwecke durch

¹²³ Siehe insbesondere *Heinemann* (Fn. 44), S. 181; *Hochbaum* (Fn. 57), Art. 90 Rdnr. 60; *Mestmäcker* (Fn. 55), Art. 37, 90, D. Rdnr. 38 und 41. So auch die Kommissionspraxis, vgl. etwa Kommission, Empfehlungen vom 11. 4. 1962, ABl. EG 1962, S. 1502 f. und vom 22. 12. 1969, ABl. EG Nr. L 31, S. 4, 6 – Französisches Zündwarenmonopol; Kommission, Empfehlung vom 22. 12. 1969, ABl. EG 1970 Nr. L 31, S. 12 f. – Italienisches Handelsmonopol für Feuersteine.

¹²⁴ Zu einem solchen Vorschlag, BVerfG, Beschluss vom 19. 7. 2000, Az. 1 BvR 539/96, Rdnr. 79.

¹²⁵ In diesem Sinne auch GA *La Pergola*, Schlussanträge zu EuGH Rs. C-124/97, Läärrä (Fn. 21), I 6091, in Bezug auf das finnische Monopol für Spielautomaten.

¹²⁶ Siehe oben II. 2 a).

¹²⁷ EuG, 19. 6. 1997 – Rs. T-260/94, *Air Inter*, Slg. 1997, II-997, Rdnr. 138; GA *Reischl*, Schlussanträge zu EuGH, 2. 3. 1983 – Rs. 7/82, GVL/Kommission, Slg. 1983, 483, 524; *Grill* (Fn. 87), Art. 86 Rdnr. 27; *Mestmäcker* (Fn. 55), Art. 37, 90, D. Rdnr. 53.

¹²⁸ EuGH Rs. C-159/94, Kommission/Frankreich (Fn. 54), Rdnr. 59; EuGH Rs. C-157/94, Kommission/Niederlande (Fn. 107), Rdnr. 43, 52; EuGH Rs. C-158/94, Kommission/Italien (Fn. 107), Rdnr. 54.

¹²⁹ EuGH, 21. 9. 1999 – Rs. C-67/96, *Albany International BV*, Slg. 1999, I-5751, Rdnr. 107; EuGH verb. Rs. C-115-117/97, *Brentjens' Handelsonderneming BV* (Fn. 113), Rdnr. 107; EuGH Rs. C-219/97, *Maatschappij Drijvende Bokken BV* (Fn. 113), Rdnr. 97; alle Urteile nehmen Bezug auf EuGH Rs. C-320/91, *Corbeau* (Fn. 107), Rdnr. 14 bis 16 und EuGH Rs. C-157/94, Kommission/Niederlande (Fn. 107), Rdnr. 53.

¹³⁰ Vgl. zum Ganzen *Koenig/Sander*, *PharmaR*: Europäisches Arzneimittelrecht, Ausgabe 2/2000, EA 1, EA 15 f.

¹³¹ Der Generalanwalt *Jacobs* ist in seinen Schlussanträgen vom 28. 1. 1999 zu den verb. Rs. C-67/97, C-115-117/97 und C-219/97, Rdnr. 438, nicht auf eine mögliche Änderung oder Aufweichung der Rechtsprechung eingegangen. Er bezieht sich im Zusammenhang mit der Rs. 157/94, Rdnr. 43, vielmehr auf den englischen Vertragswortlaut „obstruct the performance“.

¹³² *Jung* (Fn. 56), Art. 86 EGV Rdnr. 44.

¹³³ EuGH Rs. C-320/91, *Corbeau* (Fn. 107), Rdnr. 14 ff.; Rs. C-159/94, Kommission/Frankreich (Fn. 54), Rdnr. 52, 96, 101 f.; Rs. C-157/94, Kommission/Niederlande (Fn. 107), Rdnr. 53; Rs. C-158/94, Kommission/Italien (Fn. 107), Rdnr. 53, 54; ähnlich bereits Kommission, Entscheidung vom 17. 12. 1981, ABl. EG 1982 Nr. L 167, S. 39, Rdnr. 66 – *NAVEWA-ANSEAU*; Kommission, Entscheidung vom 10. 12. 1982, ABl. EG 1982 Nr. L 360, S. 36, Rdnr. 41 – *British Telecommunications*; Kommission, Entscheidung vom 11. 6. 1993, ABl. EG 1993 Nr. L 179, S. 23, Rdnr. 79 – *EBU/Eurovision-System*; vgl. dazu *Jung* (Fn. 56), Art. 86 EGV Rdnr. 45.

eine anteilige Erlösabgabe würde durch ein solches Verfahren in keiner Weise beeinträchtigt. Aufgrund dieser wettbewerbsrechtskonformen Alternativen, die für das betroffene Unternehmen auch zumutbar sind, würde bei Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln die Erfüllung der besonderen Aufgaben nicht verhindert, sondern sogar gefördert.

Da die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben der Bekämpfung der Spielsucht, der Sicherstellung eines seriösen

Wettangebots sowie der anteiligen Erlösverwendung zur Förderung gemeinnütziger Zwecke durch die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln nicht verhindert werden, sind die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung des Art. 86 Abs. 2 EG nicht erfüllt. Deshalb verstößt die aufgrund von § 1 SportwettenG NRW praktizierte Einräumung einer Monopolstellung zugunsten der Westdeutschen Lotterie GmbH & Co. OHG gegen Art. 86 Abs. 1 i. V.m. Art. 82 EG.