

## ABHANDLUNGEN

**„Das Geld muss im Lande bleiben“ – Über die Unvereinbarkeit der Neuregelung des hessischen und des sachsen-anhaltinischen Lotterierechts mit der EG-Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit**

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL. M. (LSE), Jens-Daniel Braun, Bonn\*

Die Regulierung des Lotteriewesens in Deutschland gerät immer schärfer in die Kritik. Auslöser der jüngsten Welle kritischer Äußerungen sind die Neuregelungen des Lotterierechts in Hessen und in Sachsen-Anhalt. Mit diesen Änderungen wollen die beiden Bundesländer auf legislativem Wege eine ganze Reihe von verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen aushebeln, welche nahezu flächendeckend das de-facto-Monopol des Deutschen Toto- und Lottoblocks in Frage gestellt hatten. Der vorliegende Beitrag deckt die Hintergründe der Neuregelungen auf und untersucht ihre Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrages. Dabei bringt der Beitrag auch Licht in bisher wenig beleuchtete Kapitel der Dogmatik der EG-Grundfreiheiten, wie etwa der Frage zufälliger Diskriminierungen sowie der Reichweite der passiven Dienstleistungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit. Zugleich zeigt er Wege auf, wie eine Begrenzung des Lotteriespiels kompatibel mit den EG-Grundfreiheiten ausgestaltet werden kann.

**I. Die Vorgeschichte**

Eine Reihe von nichtstaatlichen und als gemeinnützig anerkannten Umwelt- und Entwicklungshilfeorganisationen<sup>1</sup> schlossen sich 1994 zur Arbeitsgemeinschaft „Neue Bundeslotterie für Umwelt und Entwicklung“ zusammen. Ihr Ziel ist es, bundesweit eine Spendenlotterie zu veranstalten, deren Zweckertrag zur Erfüllung ihrer Aufgaben im Umwelt- und Entwicklungshilfesektor eingesetzt werden soll. Die Organisationen bemühten und bemühen sich daher in allen Bundesländern um die nach dem jeweiligen Lan-

desrecht zu erteilenden Genehmigungen für die von ihnen beabsichtigte Lotterie. Dabei treffen sie bis zum heutigen Tage auf große Widerstände:

In Niedersachsen lehnte die zuständige Bezirksregierung den Antrag der Organisationen ab, ihnen die Zusicherung zu erteilen, einer von ihnen noch zu gründenden „Stiftung für Umwelt und Entwicklung“ das Veranstalten einer landesweiten Lotterie für Umwelt und Entwicklung in Niedersachsen für die Dauer eines Jahres zu genehmigen. Die Organisationen verfolgten daraufhin ihr Ziel auf dem Klagewege weiter. Das Verwaltungsgericht Hannover verpflichtete die Bezirksregierung Hannover, den klagenden Organisationen die begehrte Zusicherung nach Maßgabe im Einzelnen bezeichneter Antragsunterlagen für die Dauer zunächst eines Jahres zu erteilen.<sup>2</sup> Die Berufung und die Revision der Bezirksregierung Hannover wurden durch das Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht bzw. durch das Bundesverwaltungsgericht als unbegründet zurückgewiesen.<sup>3</sup> In Bayern wurde nach Ablehnung des Genehmigungsantrages der Organisationen durch das Bayerische Staatsministerium des Innern dieses durch das Verwaltungsgericht München auf die Klage der Organisationen hin verpflichtet, die beantragte Veranstaltung einer Lotterie für Umwelt und Entwicklung für ein Jahr ab Spielbeginn zu genehmigen.<sup>4</sup> In Nordrhein-Westfalen wurde das Land durch ein noch nicht rechtskräftiges Urteil des Verwaltungsgerichts Düsseldorf verpflichtet, der „Stiftung für Umwelt und Entwicklung“ die Veranstaltung der geplanten Lotterie zu genehmigen.<sup>5</sup>

Die „Stiftung für Umwelt und Entwicklung“ (im Folgenden: Stiftung) und ihre 100%ige Tochter, die Deutsche Postcodebetriebsgesellschaft mbH (im Folgenden: Betriebsgesellschaft),

\* Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL. M. (London) ist Geschäftsführender Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Jens-Daniel Braun ist ebendort Wissenschaftlicher Mitarbeiter. Die Abhandlung beruht zum Teil auf einem von den Verfassern für die „Stiftung für Umwelt und Entwicklung“ angefertigten Kurzzugachten.

1 Es handelt sich dabei um die Deutsche Welthungerhilfe, terre des hommes Bundesrepublik Deutschland e.V., das Deutsche Komitee für Unicef e.V. Kinderhilfswerk der Vereinten Nationen, Greenpeace e. V., die Umweltstiftung WWF-Deutschland, den Naturschutzbund Deutschland (NABU), den Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e. V. (BUND), das Bischöfliche Hilfswerk MISEREOR e. V. und die Kindernothilfe e. V.

2 VG Hannover, Urt. v. 12. 6. 1998, 10 A 163/98 (unveröffentlicht).

3 Nds OVG, GewArch 2000, 116 ff.; BVerwG, NVwZ 2001, 435 m. Anm. Emmuschat, DVBl. 2000, 1627 ff. Die Bezirksregierung Hannover genehmigte daraufhin die Errichtung der von den Organisationen gegründeten Stiftung sowie deren Satzung unter der Bezeichnung „Stif-

tung für Umwelt und Entwicklung“. Stiftungszweck ist die Förderung von Natur- und Umweltschutz sowie der Entwicklungszusammenarbeit, insbesondere durch das Veranstalten einer Lotterie. Die beantragte Lotterie wurde der „Stiftung für Umwelt und Entwicklung“ schließlich am 9. 1. 2001 für die Dauer eines Jahres (mit Laufzeit ab dem 1. 8. 2001) genehmigt. Wahrscheinlich auch als Reaktion auf die Entscheidung des BVerwG wurden in Berlin und Bremen die beantragten Genehmigungen am 6. 3. 2001 bzw. am 23. 7. 2001 erteilt.

4 VG München, Urt. v. 25. 1. 2001, M 29 K 95.6137 (unveröffentlicht). Der vom Bayerischen Staatsministerium des Innern gestellte Antrag auf Zulassung der Berufung wurde durch den VGH München abgelehnt, Bay VGH, Beschl. v. 24. 7. 2001, 22 ZB 01.1160 (unveröffentlicht).

5 VG Düsseldorf, Urt. v. 31. 8. 2001, 18 K 11762/96 (bislang unveröffentlicht). In Hamburg verpflichtete das VG Hamburg in einem ebenfalls noch nicht rechtskräftigen Urteil die Stadt, der „Stiftung für Umwelt und Entwicklung“ die beantragte Lotterie zu genehmigen, siehe VG Hamburg, Urt. v. 16. 9. 2001, 16 VG 179/2001 (bislang unveröffentlicht).

haben zur Durchführung der Spendenlotterie von der in den Niederlanden ansässigen Novamedia B.V. das ausschließliche Nutzungsrecht an dem Lotteriekonzept, dem Know-how und der von Novamedia B.V. für die Durchführung einer solchen Lotterie geschaffenen Software für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland erworben. Im Gegenzug haben sich die Stiftung und die Betriebsgesellschaft gesamtschuldnerisch verpflichtet, Novamedia B.V. eine jährliche Lizenzgebühr in Höhe von 2 % des bis zu € 300 Millionen betragenden und in Höhe von 0,75 % des € 300 Millionen übersteigenden Bruttoerlöses der Spendenlotterie zu zahlen.<sup>6</sup> Für alle lotterierechtlich relevanten Fragen sieht der Vertrag jedoch einen alleinigen Einfluss der veranstaltenden Stiftung vor.<sup>7</sup>

## II. Die Neuregelungen in Hessen und Sachsen-Anhalt

Als Reaktion auf die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte entschieden sich die Bundesländer Hessen und Sachsen-Anhalt zu einer Reform der einschlägigen landesrechtlichen Lotterievorschriften, um die Erfolgsaussichten von entsprechenden Genehmigungsanträgen und etwaigen Klagen in den jeweiligen Landesgebieten deutlich zu vermindern. So wurde in die hessische „Verordnung über die Genehmigung öffentlicher Lotterien und Ausspielungen“ (HessLotterieVO)<sup>8</sup> ein neuer § 3 Abs. 2 Satz 1 eingefügt, durch den im Zusammenhang mit der Genehmigung von Lotterien bestimmt wird, dass „[d]er Zweckertrag (...) zur Verwendung im Land Hessen vorgesehen werden [soll]“.<sup>9</sup> In Sachsen-Anhalt trat am 24. 5. 2001 das Zweite Gesetz zur Änderung des Lotterieggesetzes und des Gesetzes über das Zahlenlotto und über Sportwetten im Land Sachsen-Anhalt in Kraft.<sup>10</sup> Die Sätze 2 und 3 von § 3 des Lotterieggesetzes (SachsAnhLottG) lauten nunmehr: „Der Zweckertrag soll zur Verwendung im Lande Sachsen-Anhalt vorgesehen werden. Für das hinreichende öffentliche Bedürfnis im Sinne von Satz 1 Nr. 1 bleibt der Zweck der Veranstaltung, namentlich die vorgesehene Verwendung des Zweckertrages, außer Betracht“. Damit soll sichergestellt werden, dass grundsätzlich nur gemeinnützige Zwecke im sachsen-anhaltinischen Landesgebiet gefördert werden. Ein Einsatz der Zweckerträge für Vorhaben im Ausland ist damit grundsätzlich – ebenso wie in Hessen – ausgeschlossen.<sup>11</sup>

## III. Verstoßen die Neuregelungen des Lotterierechts in Hessen und Sachsen-Anhalt gegen den EG-Vertrag?

Die Neuregelungen des Lotterierechts in Hessen und in Sachsen-Anhalt sind aus verfassungs- und gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht höchst bedenklich. In Betracht kommen etwa Verstöße gegen Art. 12 GG, gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, gegen die gemeinschaftsrechtliche Berufsfreiheit sowie gegen die Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages. Die vorliegende Abhandlung beschränkt sich jedoch darauf, die Vereinbarkeit der Neuregelungen mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrages zu untersuchen.

### 1. Vereinbarkeit mit den Vorschriften des EG-Vertrages über die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EG)

#### a) Die aktive Dienstleistungsfreiheit der Stiftung

In einem ersten Schritt ist die Vereinbarkeit der Neuregelung der Lotterieverordnung in Hessen und Sachsen-Anhalt mit der aktiven Dienstleistungsfreiheit der Stiftung zu untersuchen. Fraglich ist, ob es sich bei der Tätigkeit der Stiftung um das Anbieten einer Dienstleistung im Sinne der Art. 49 ff. EG handelt. Die Stiftung und ihre 100%ige Tochter, die Betriebsgesellschaft, wollen in allen deutschen Bundesländern eine Spendenlotterie veranstalten.<sup>12</sup> Beim Veranstalten einer Lotterie erbringt der Veranstalter

der Lotterie eine Leistung gegenüber den Käufern der Lotterielose, indem er die Käufer an einem Glücksspiel teilnehmen lässt und zu diesem Zweck das Einsammeln der Einsätze, das Veranstalten der vom Zufall bestimmten Ziehungen sowie das Festsetzen und Auszahlen der Preise oder Gewinne sicherstellt.<sup>13</sup> Diese Leistungen werden dabei in aller Regel für ein Entgelt im Sinne des Art. 50 EG erbracht, das in dem Preis für das Los besteht.<sup>14</sup> Mithin ist das Veranstalten einer Lotterie eine Dienstleistung; die Stiftung ist daher als Dienstleistungserbringer anzusehen. Der EG-Vertrag schützt nach dem Wortlaut von Art. 50 EG den Dienstleistungsverkehr nur insoweit, als ein Element der Grenzüberschreitung der Leistung hinzukommt.<sup>15</sup> Nicht erfasst werden daher Sachverhalte, die nur einen einzigen Mitgliedstaat betreffen.<sup>16</sup> Das Spielkonzept der Stiftung knüpft an die Postleitzahlen in der Bundesrepublik Deutschland an. Daher kann die Teilnahme an der Spendenlotterie in ihrer geplanten Form nicht Interessenten aus anderen EG-Mitgliedstaaten angeboten werden. Mangels eines grenzüberschreitenden Elements ist die aktive Dienstleistungsfreiheit der Stiftung nicht verletzt.<sup>17</sup>

#### b) Die Dienstleistungsfreiheit der Novamedia B.V. – mittelbare Diskriminierung eines EG-ausländischen Leistungserbringers über einen inländischen Empfänger der Dienstleistung?

Fraglich ist, ob auch die Novamedia B.V. als Dienstleistungserbringer angesehen werden kann. Die Novamedia B.V. stellt der Stiftung das ausschließliche Nutzungsrecht an dem Lotteriekonzept, dem Know-how und der für die Durchführung einer solchen Lotterie geschaffenen Software gegen eine prozentuale Gewinnbeteiligung zur Verfügung. Es bedarf keiner näheren

6 Siehe VG Düsseldorf, aaO (Anm. 5), Entscheidungsumdruck, S. 4 f. Dort findet sich auch eine nähere Beschreibung weiterer vertraglicher Abreden zwischen der Novamedia B.V. und der Stiftung.

7 Siehe dazu VG Düsseldorf aaO (Anm. 5), Entscheidungsumdruck, S. 42 ff.

8 Vom 6. 3. 1937, RGBL. I S. 283. Die Lotterieverordnung gilt nach den Art. 123, 73 ff. GG als Landesrecht fort, BVerwGE 4, 294 [295]; Tettinger/Enmuschat, Grundstrukturen des deutschen Lotterierechts, 1999, S. 15.

9 HessGVBl. Teil I Nr. 23/2001, v. 9. 10. 2001, S. 422. Zudem bleiben nach dem neuen § 3 Abs. 2 Satz 2 HessLotterieVO „[f]ür die Beurteilung des hinreichenden öffentlichen Bedürfnisses nach § 2 Nr. 1 (...) der Zweck der Veranstaltung und die vorgesehene Verwendung des Zweckertrages außer Betracht“. Die Änderungen traten am 29. 9. 2001 in Kraft.

10 GVBl. LSA Nr. 20/2001, ausgegeben am 23. 5. 2001, S. 172 f. Siehe dazu Martell, LKV 2001, 452 [453], der jedoch die gemeinschafts- und verfassungsrechtlichen Aspekte der Neuregelung vollständig ausblendet.

11 So das Ministerium des Innern des Landes Sachsen-Anhalt in der Pressemitteilung Nr. 076/01 v. 30. 5. 2001. Vgl. auch Martell, aaO (Anm. 10).

12 Der Einfachheit halber wird im Folgenden jeweils nur von der Stiftung als Dienstleistungserbringer gesprochen. Die folgenden Ausführungen beanspruchen jedoch ebenso für die Betriebsgesellschaft Gültigkeit.

13 EuGH, Slg. 1994, I-1039 [1089], Tz. 27 – Schindler.

14 EuGH, Slg. 1994, I-1039 [1089], Tz. 28 – Schindler; *Schöne*, RIW 1990, 550 [553 f.]. Am Dienstleistungscharakter ändert sich auch dann nichts, wenn der Gewinn des Lotterieveranstalters für gemeinnützige Zwecke verwandt wird, s. EuGH, Slg. 1994, I-1039 [1090 f.], Tz. 35 – Schindler; *Holoubek*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 50 EGV, RdNr. 7; *Vofskuhle*, VerwArch 87 (1996), 395 [417]. Der Dienstleistungscharakter entfällt auch nicht etwa dadurch, dass der Gewinn bei einer Lotterie vom Zufall abhängig ist: Dem Käufer eines Loses wird schließlich als Gegenleistung für sein Entgelt eine Gewinnchance eingeräumt, EuGH, Slg. 1994, I-1039 [1090 f.], Tz. 33 – Schindler; *Vofskuhle*, aaO (Anm. 14), S. 417.

15 *Hakenberg*, in: Lenz (Hrsg.), EG-Vertrag, 2. Aufl. 1999, Art. 49/50, RdNr. 17; *Koenig/Haratsch*, Europarecht, 3. Aufl. 2000, RdNr. 591.

16 EuGH, Slg. 1991, I-1979 [2020], Tz. 37 – Höfner u. Elser ./ Macroton; EuGH, Slg. 1997, I-195 [210 f.], Tz. 19 – USSI; *Craig/de Birca*, EU law, 2. Aufl. 1998, S. 766 f.; *Hakenberg*, (Anm. 15), Art. 49/50, RdNr. 17.

17 Anderes gilt jedoch für die passive Dienstleistungsfreiheit der Stiftung, siehe dazu unter III.1.c.

Begründung, dass dies eine Leistung im Sinne der Art. 49 ff. EG darstellt.<sup>18</sup> Da die Novamedia B.V. ihren Sitz in den Niederlanden hat und ihre Dienstleistung der in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Stiftung anbietet, ist auch ein grenzüberschreitendes Element gegeben<sup>19</sup>.

Es stellt sich die Frage, ob § 3 Abs. 2 Satz 1 HessLotterieVO bzw. § 3 Satz 2 SachsAnhLottG eine verdeckte Diskriminierung der Novamedia B.V. darstellen. Durch diese Vorschriften werden alle *Veranstalter von Spendenlotterien* gleichermaßen betroffen. Daraus folgt jedoch nicht automatisch, dass auch alle *Dienstleister*, die ihrerseits Spendenlotterieveranstalter mit dem notwendigen Lotteriekonzept, dem Know-how und spezieller Software versorgen, gleichermaßen durch diese Bestimmungen mittelbar betroffen werden. Das auf eine Spendenlotterie ausgerichtete Spielkonzept von Novamedia B.V. ist europaweit einzigartig; die Stiftung war und ist daher auf eine Kooperation mit der Novamedia B.V. angewiesen.

Vor diesem Hintergrund wird die Novamedia B.V. durch § 3 Abs. 2 Satz 1 HessLotterieVO und § 3 Satz 2 SachsAnhLottG in einer Weise betroffen wie kein anderes Unternehmen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft. Die genannten Vorschriften stellen daher *eine verdeckte und mittelbare Diskriminierung der Novamedia B.V.* dar, die – durch die Bindung der Zweckerträge an die jeweiligen Bundesländer und die damit verbundene Absage an Spendenlotterien, deren Zweckerträge an Projekte etwa der Entwicklungszusammenarbeit fließen – daran ge- oder zumindest behindert wird, ihr Spendenlotteriekonzept der Stiftung gegen eine Gewinnbeteiligung zu überlassen. Selbst wenn man unterstellt, dass es den Landesgesetzgebern nicht bewusst war, dass als Folge der Novellierung mit der Novamedia B.V. ein EG-ausländisches Unternehmen diskriminiert wird,<sup>20</sup> ändert sich nichts am diskriminierenden Charakter der Vorschriften: Das Gemeinschaftsrecht untersagt grundsätzlich *jede* Form von Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit; eine Unterscheidung nach kausaler und finaler Verknüpfung erübrigt sich daher. Das Diskriminierungsverbot des EG-Vertrages gilt auch dann, wenn die diskriminierende Wirkung auf einem „Zufall“ beruht.<sup>21</sup>

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH deutlich gemacht hat, dass die Vorschriften des EG-Vertrages über die Dienstleistungsfreiheit auch vor *mittelbaren Diskriminierungen eines EG-ausländischen Leistungserbringers über einen inländischen Empfänger der Dienstleistung schützen*.<sup>22</sup> Dass derartige Maßnahmen an den Leistungsempfänger adressiert sind, ist unerheblich, solange sie durch ihre „Sekundärwirkung“<sup>23</sup> für den EG-ausländischen Erbringer eine Diskriminierung oder eine unzulässige Beschränkung darstellen. Ob sich die Maßnahme auch für den Leistungsempfänger als diskriminierend oder unzulässig beschränkend darstellt, ist ohne Bedeutung, da Art. 49 EG allein auf das Vorliegen einer Diskriminierung oder einer unzulässigen Beschränkung des EG-ausländischen Erbringers abstellt.<sup>24</sup> Dementsprechend ist beispielsweise die in der Luisi und Carbone-Entscheidung<sup>25</sup> des EuGH in Rede stehende italienische Rechtsnorm, die Gebietsansässigen die Ausfuhr von Devisen für Fremdenverkehrszwecke nur bis zu einem bestimmten Betrag gestattete, als eine verdeckte Diskriminierung ausländischer Dienstleistungserbringer mittelbar über den Empfänger anzusehen.<sup>26</sup>

Die verdeckte und mittelbare Diskriminierung stellt also einen Eingriff in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit der Novamedia B.V. dar. Dies wirft die Frage auf, ob dieser Eingriff gerechtfertigt werden kann. In den einschlägigen Entscheidungen des EuGH aus den Bereichen Lotterie- und Glücksspielrecht (Schindler, Zenatti und Läära<sup>27</sup>) handelte es sich jeweils um nicht diskriminierende Regelungen: In der Rechtssache Schindler verneinte der EuGH das Vorliegen einer Diskriminierung mit der Begründung, dass das mitgliedstaatliche Verbot alle Marktteilnehmer unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit oder dem Ort ihrer Niederlassung treffe, da es im Vereinigten Königreich keine vergleichbare Lotterie gebe.<sup>28</sup> In den Entscheidungen Läära

und Zenatti betonte der EuGH, dass das faktische Zulassungsverbot nach Erteilung der wenigen Lizenzen gleichermaßen für inländische wie für ausländische Anbieter gilt.<sup>29</sup>

Die genannten Entscheidungen betreffen daher nicht die vorliegende Fallkonstellation. Grundsätzlich gilt nach der Rechtsprechung des EuGH, dass im Bereich der Dienstleistungsfreiheit diskriminierende Regelungen nur dann mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind, wenn sie unter Art. 55 in Verbindung mit Art. 46 EG – bzw. unter eine andere geschriebene Schranke – fallen.<sup>30</sup> Die Rechtsprechung des Gerichtshofs ist jedoch zumindest für den Bereich der Warenverkehrsfreiheit nicht ganz konsistent. So hat der EuGH hier vereinzelt auch diskriminierende Maßnahmen als gerechtfertigt angesehen, obwohl kein geschriebener Rechtfertigungsgrund eingriff.<sup>31</sup> Für die Dienstleistungsfreiheit hingegen hat der Gerichtshof erst kürzlich deutlich gemacht, dass diskriminierende mitgliedstaatliche Vorschriften nur dann mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind, wenn sie unter eine ausdrücklich abweichende Bestimmung, wie etwa Art. 46 EG,

- 18 Bei der Dienstleistung der Novamedia B. V. handelt es sich um eine Korrespondenzdienstleistung. Vgl. zu diesem Begriff etwa *Hakenberg*, aaO (Anm. 15), Art. 49/50, RdNr. 18.
- 19 Die Bereichsausnahme des Art. 55 EG in Verbindung mit Art. 45 EG greift nicht ein: Der dort verwendete Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt erfasst nur solche Tätigkeiten, die eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen (siehe nur EuGH, Slg. 1974, 631 [655], Tz. 44/45 – Reyners). Im Bereich des Lotteriewesens kann jedoch nicht von einer solchen unmittelbaren Teilnahme an der Ausübung staatlicher Gewalt gesprochen werden, vgl. BGH, LM H. 10/1999, Bl. 1949 [1951].
- 20 Die Richtigkeit dieser Unterstellung ist jedoch mehr als zweifelhaft, da etwa der hessische Landesgesetzgeber die Novellierung mit dem Hinweis auf die Gerichtsentscheidungen in dem niedersächsischen Pilotverfahren und dem Verfahren in Bayern begründete (siehe etwa die Stellungnahme des hessischen Ministers des Innern und für Sport, *Bouffier*, vor dem Hessischen Landtag am 23. 8. 2001, Plenarprotokolle, 15. Wahlperiode, 80. Sitzung, S. 5530 [5531] und daher davon auszugehen ist, dass ihm Rolle und Sitz der Novamedia B. V. bekannt waren).
- 21 So für Art. 12 EG etwa *Zuleeg*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. A-F EUV und Art. 1-84 EGV, 5. Aufl. 1997, Art. 6, RdNr. 5; *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 12, RdNr. 6; *dies.*, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995, S. 101. Ausdrücklich für den Bereich der Grundfreiheiten ebenso *Gundel*, Jura 2001, 79 [80]; *Streinz*, FS Rudolf, S. 199 [209]. Dem entspricht auch die Rechtsprechung des EuGH, siehe etwa EuGH, Slg. 1978, 417 [451], Tz. 75/77, 78/80, wo der EuGH auch nicht beabsichtigte und unvorhersehbare Diskriminierungen unter das Verbot des Art. 12 EG subsumiert, u. die Nachweise bei *Epiney*, aaO (Anm. 21), S. 102, Fußn. 69.
- 22 EuGH, Slg. 1984, 377 [401 ff.], Tz. 9 ff. – Luisi u. Carbone; ausführlich dazu *Reindl*, „Negative Dienstleistungsfreiheit“ im EWG-Vertrag, 1992, S. 127 ff. Vgl. ferner *Roth*, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht, 1997, E. I., RdNr. 133.
- 23 *Reindl* aaO (Anm. 22), S. 128.
- 24 *Reindl* aaO (Anm. 22), S. 128.
- 25 EuGH, Slg. 1984, 377 ff. – Luisi u. Carbone.
- 26 *Reindl* aaO (Anm. 22), S. 128 f.
- 27 EuGH, Slg. 1994, I-1039 – Schindler; EuGH, Slg. 1999, I-7289 – Zenatti; EuGH, Slg. 1999, I-6067 – Läära.
- 28 EuGH, Slg. 1994, I-1039 [1094 f.], Tz. 47 ff. – Schindler; s. zu diesem Argument etwa *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 60 f.
- 29 EuGH, Slg. 1999, I-6067 [6115 f.], Tz. 28 – Läära; EuGH, Slg. 1999, I-7289 [7313], Tz. 26 – Zenatti; kritisch dazu *Stein*, EuZW 2000, 153 [154].
- 30 Für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit s. etwa EuGH, Slg. 1988, I-2085 [2134], Tz. 32 – Bond van Adverteerders. Vgl. generell *Koenig/Haratsch* aaO (Anm. 15), RdNr. 510 ff.
- 31 Siehe etwa EuGH, Slg. 1992, I-4431 [4479 f.], Tz. 34 f. – Kommission ./ Belgien; EuGH, EuZW 2001, 242 [246], Tz. 72 ff. – PreussenElektra m. Anm. *Koenig/Kühling*, NVwZ 2001, 768 [770]. Dazu näher *Koenig/Haratsch* aaO (Anm. 15), RdNr. 511, 529 sowie die übersichtliche Darstellung der Problematik bei *Streinz*, aaO (Anm. 21), S. 199 [200 ff.].

fallen.<sup>32</sup> Dabei strich der EuGH auch erneut heraus, dass wirtschaftliche Gründe keine Gründe der öffentlichen Ordnung im Sinne des Art. 46 EG sein können.<sup>33</sup>

Der Rechtfertigungsgrund des Art. 55 in Verbindung mit Art. 46 EG greift vorliegend offensichtlich nicht ein. Mithin ist auf der Grundlage der neueren Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit eine Rechtfertigung der diskriminierenden Bestimmungen des § 3 Abs. 2 Satz 1 HessLotterieVO und des § 3 Satz 2 SachsAnhLottG nicht möglich.

Im Folgenden soll jedoch untersucht werden, wie sich die Rechtslage darstellt, wenn man auch bei diskriminierenden Eingriffen in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit eine Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses für möglich hält:

Über das bloße Diskriminierungsverbot hinaus umfasst Art. 49 EG auch ein Beschränkungsverbot des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs. Danach sind auch nicht diskriminierende Maßnahmen untersagt, die in anderer Weise geeignet sind, die Tätigkeit des Leistenden zu unterbinden oder zu behindern.<sup>34</sup> Von dem diskriminierenden Charakter des § 3 Abs. 2 Satz 1 HessLotterieVO und des § 3 Satz 2 SachsAnhLottG kann a maiore ad minus auf eine Behinderung der Tätigkeit der Novamedia B.V. durch diese Vorschriften geschlossen werden. § 3 Abs. 2 Satz 1 HessLotterieVO und § 3 Satz 2 SachsAnhLottG stellen also Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit und damit Eingriffe in den Schutzbereich der Art. 49 ff. EG dar.

Ein solcher Eingriff durch eine nicht diskriminierende Maßnahme ist nur dann mit Art. 49 EG vereinbar, wenn er durch *zwingende Gründe des Allgemeininteresses* gerechtfertigt ist und nicht außer Verhältnis zu den verfolgten Zielen steht.<sup>36</sup> Zu den Gründen des Allgemeinwohls, die eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen können, gehören unter anderem der Verbraucherschutz sowie der Schutz der Sozialordnung.<sup>37</sup> Im Bereich der Veranstaltung von Glücksspielen, zu denen auch Lotterien gehören, ist es von allgemeinem Interesse, die Spielsucht und die damit verbundenen sozial-schädlichen Folgen einzudämmen.<sup>38</sup> Bei unkontrollierter Ausbeutung der Spiel-leidenschaft durch zahlreiche und vielfältige Spiel- und Wettangebote mit großen Gewinnmöglichkeiten entstehen Gefahren, die bis hin zur Beeinträchtigung der Existenzgrundlage einer Vielzahl von Personen gehen und sich in hohem Maße sozial-schädlich auswirken können.<sup>39</sup> Zudem besteht mit der Ausdehnung der Glücksspiele und deren Veranstaltung in größerem Rahmen die Gefahr, dass Straftaten wie etwa Betrug zunehmen und dass die Spieler nicht fair behandelt werden.<sup>40</sup> Wie eine Reihe einschlägiger Forschungsarbeiten zeigen, bestehen die angesprochenen Gefahren nicht nur bei einigen Glücksspielen wie etwa Renn- und Sportwetten, sondern auch beim Lotteriespiel.<sup>41</sup> Nationale Regelungen, die auf eine Vermeidung solcher für die Verbraucher und die gesamte Sozialordnung nachteiligen Folgen abzielen, können daher aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sofern sie verhältnismäßig sind.<sup>42</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH kann eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs aber ausdrücklich nicht allein unter dem Gesichtspunkt der Förderung wohltätiger, sportlicher oder kultureller Zwecke gerechtfertigt werden.<sup>43</sup> Wenn ein EG-Mitgliedstaat die Zulassung eines Veranstalters einer Lotterie nur unter der Bedingung des Verbleibs des Zweckertrages im jeweiligen Landesgebiet erteilt, so bedarf eine damit verbundene Zulassungsbeschränkung der zusätzlichen Rechtfertigung durch die vom EuGH anerkannten Gründe der Bekämpfung der Spielsucht und der seriösen Ausgestaltung der Spielangebote.<sup>44</sup> Der EuGH hat in diesem Zusammenhang herausgearbeitet, dass die Pflicht zur Einholung einer Zulassung im Bestimmungsland einer Dienstleistung in bestimmten – aus sozialer Sicht „sensiblen“ – Bereichen eine für den Verbraucherschutz notwendige Maßnahme darstellen kann.<sup>45</sup> Jedoch ist im Einzelfall zu untersuchen,

ob die konkrete Regelung zur Erreichung der Ziele des Allgemeinwohls erforderlich ist, oder ob es andere, ebenso wirksame Maßnahmen gibt, die den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr weniger beeinträchtigen.

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.<sup>46</sup> Bei der Festlegung des nationalen Schutzniveaus und der Wahl der Schutzmaßnahmen steht den Mitgliedstaaten somit zwar ein Ermessensspielraum 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.<sup>47</sup> Die Zulässigkeit einer nationalen Beschränkungsregelung ist folglich

32 EuGH, Slg. 1999, I-2517 [2536], Tz. 16 – Ciola. Vgl. auch die Nachweise zur älteren Rechtsprechung bei O'Leary/Fernández-Martin, EBLRev. 2000, 347 [350].

33 EuGH, Slg. 1999, I-2517 [2536], Tz. 16 – Ciola.

34 EuGH, Slg. 1991, I-4221 [4243 ff.], Tz. 12 ff. – Säger; EuGH, Slg. 1994, I-3803 [3823 f.], Tz. 14 – Vander Elst; EuGH, Slg. 1997, I-3091 [3119], Tz. 16 – SETTG; Craig/de Búrca, EU law, 2. Aufl. 1998, S. 780.

35 Es ist daran zu erinnern, dass im Rahmen dieser Prüfung hier unterstellt werden soll, dass auch diskriminierende Maßnahmen durch die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden können, s. aber die entgegenstehende neue Rechtsprechung des EuGH aaO (Anm. 32).

36 EuGH, Slg. 1995, I-4165 [4197], Tz. 37 – Gebhard. Zusammenfassend zu den Anforderungen an die Rechtfertigung von Beschränkungen des Art. 49 EG *Holoubek* aaO (Anm. 14), Art. 49 EGV, RdNr. 94 ff.

37 Vgl. etwa EuGH, Slg. 1978, 1971 [1980], Tz. 5 – Société alsacienne de banque; EuGH, Slg. 1986, 3663 [3709], Tz. 20 – Kommission ./ Frankreich; siehe auch *Holoubek* aaO (Anm. 14), Art. 49 EGV, RdNr. 101 u. 103.

38 EuGH, Slg. 1994, I-1039 [1096 ff.], Tz. 58 ff. – Schindler.

39 Vgl. OLG Köln, GRUR 2000, 538 [540 f.]; BVerwG, NJW 2001, 2648 [2648, 2650]; Stein, RIW 1993, 838 [842 f.]; Koenig, EWS Beilage 1/2001, 1 [3].

40 EuGH, Slg. 1994, I-1039 [1096 f.], Tz. 60 – Schindler; Koenig, EWS Beilage 1/2001, 1 [3].

41 Grdl. Lorenz, Journal of Gambling Studies 1990, 383 [385 ff.] ferner Clotfelter/Cook, Selling Hope, 1991, S. 123 ff. u. 248 f.; Frost/Meagher/Riskind, Journal of Gambling Studies 2001, 5 [9 ff.]; Meyer/Bachmann, Glücksspiel, 1993, S. 50. Vgl. auch *Voßkuhle*, VerwArch 87 (1996), 395 [412]; *Tettinger/Ennuschat* aaO (Anm. 8), S. 19 f., beide m.w.N. Diese Erkenntnisse haben auch in der Rechtsprechung des EuGH ihren Niederschlag gefunden, vgl. EuGH, Slg. 1994, I-1039 [1096 f.], Tz. 60: „[...] Außerdem verleiten (Lotterien) zu Ausgaben, die schädliche persönliche und soziale Folgen haben können“. Vollkommen ignoriert werden die einschlägigen Forschungsarbeiten über die Gefahren des Lotteriespiels in der ansonsten gut begründeten Entscheidung des VG Düsseldorf aaO (Anm. 5), Entscheidungsumdruck, S. 22 ff.

42 EuGH, Slg. 1999, I-6067 [6117] Tz. 33 – Läära; EuGH, Slg. 1999, I-7289 [7314 f.], Tz. 31 – Zenatti.

43 EuGH, Slg. 1994, I-1039 [1096 f.], Tz. 60 – Schindler; EuGH, Slg. 1999, I-7289 [7316], Tz. 36 – Zenatti.

44 Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH, nach der wirtschaftliche Gründe grundsätzlich nicht zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten des EG-Vertrags herangezogen werden können, vgl. nur EuGH, Slg. 2000, I-151 [172], Tz. 33 – TK Heimdienst; EuGH, Slg. 1997, I-3091 [3121], Tz. 23 – Settg; siehe hierzu *Hatzopoulos*, CMLRev. 37 (2000), 43 [78 f.]; *Voßkuhle*, VerwArch 87 (1996), 395 [419].

45 EuGH, Slg. 1986, 3755 [3808 ff.], Tz. 46 ff. und 54 f. – Kommission ./ Deutschland; EuGH, Slg. 1981, 3305 [3325], Tz. 18 f. – Webb; zum Glücksspielsektor EuGH, Slg. 1999, I-6067 [6118 f.], Tz. 39 ff. – Läära; EuGH, Slg. 1999, I-7289 [7315 f.], Tz. 35 – Zenatti.

46 EuGH, Slg. 1999, I-6067 [6117], Tz. 35 f. – Läära; EuGH, Slg. 1999, I-7289 [7315], Tz. 33 f. – Zenatti. Vgl. auch BGH, Urt. v. 14. 3. 2002, I ZR 279/99 (bislang unveröffentlicht), II. 1. c) (2).

47 Vgl. ausführlich GA *Fennelly*, Schlussanträge zur Rs. C-67/98, EuGH, Slg. 1999, I-7289 [7302], Tz. 32 – Zenatti; dazu auch *Straetmans*, CMLRev. 37 (2000), 991 [994]; *Wohlfahrt*, *ecolex* 2000, 166 [167]; *Sura*, NJW 1995, 1470 [1471].

im Hinblick auf das durch die Regelung angestrebte Schutzniveau zu beurteilen.<sup>48</sup> Dies hat der EuGH insbesondere in seinem Urteil in der Rechtssache Zenatti klargestellt. Mit den Worten des Gerichtshofs ist zu untersuchen, „ob die nationalen Rechtsvorschriften *angesichts ihrer konkreten Anwendungsmodalitäten wirklich Zielen dienen*“<sup>49</sup>, mit denen sie gerechtfertigt werden können, und ob die in ihnen enthaltenen Beschränkungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stehen<sup>50</sup>. Hervorzuheben ist dabei, dass der EuGH nicht die theoretischen Ziele des nationalen Regulierungssystems in den Blick nimmt, sondern vielmehr die Anwendung der beschränkenden Vorschriften in der Praxis. Bei dieser Prüfung spielt die Kohärenz und Konsistenz der mitgliedstaatlichen Regeln *in ihrer konkreten Anwendung in der Praxis* eine bedeutende Rolle. Nach der schlüssigen Argumentation des EuGH erweisen sich damit all jene die Dienstleistungsfreiheit beschränkenden Regelungen als gemeinschaftsrechtswidrig, die zwar theoretisch zur Zielerreichung geeignet sind, in Wahrheit jedoch – und nicht nur als „erfreuliche Nebenfolge“<sup>51</sup> – für die öffentlichen Haushalte eine exklusive Einnahmequelle darstellen, die durch stetige Ausweitung des Glücksspielangebots nachhaltig gespeist wird und sich dabei modernster Werbemethoden bedient.<sup>52</sup> Derart ausgestaltete nationale de-facto-Monopolisierungen können daher von den betroffenen Mitgliedstaaten nicht erfolgreich mit den Zielen des Verbraucherschutzes oder des Schutzes der Sozialordnung verteidigt werden.<sup>53</sup>

Im Folgenden soll zu Gunsten der bisher bestehenden landesrechtlichen Lotterievorschriften unterstellt werden, dass es sich hierbei um Regelungen handelt, die sowohl objektiv und tatsächlich der Eindämmung der Spielleidenschaft dienen als auch subjektiv – also nach dem Willen des Gesetzgebers – dieses Ziel verfolgen sollen.<sup>54</sup> Fraglich ist jedoch, ob auch § 3 Abs. 2 Satz 1 HessLotterieVO und § 3 Satz 2 SachsAnhLottG diesen Anforderungen genügen. Bereits das gesetzgeberische Anknüpfen an die Verwendung des Zweckertrages weckt Zweifel: Es ist nicht einsichtig, warum die Spielleidenschaft der Bevölkerung geringer sein sollte, sofern der Zweckertrag in dem jeweiligen Bundesland verbleibt. Man könnte allenfalls argumentieren, dass ein Eindämmen der Spielleidenschaft umso schwieriger wird, je mehr Lotterien veranstaltet werden. Nach dieser Argumentation wäre eine gesetzgeberische Maßnahme, die darauf gerichtet ist, einem Anbieter einer Spendenlotterie die von allen mit der Sache befassten deutschen Gerichten attestierte Genehmigungsfähigkeit auf gesetzgeberischem Wege zu versagen, als ein Mittel zur Verhinderung einer weiteren Lotterie anzusehen. Eine solche Argumentation stünde jedoch in einem eklatanten Wertungswiderspruch mit den aggressiven Marketingstrategien des de-facto-Monopolisten auf dem deutschen Markt, dem deutschen Toto- und Lottoblock.<sup>55</sup> Zu Recht spricht etwa das Bundesverwaltungsgericht in seiner bereits erwähnten Entscheidung vom 29. 6. 2000 von „*einer mit dem Ziel der Eindämmung des Spieltriebs nur schwer zu vereinbarenden aggressiven und ausufernden ‚Geschäftspolitik‘ bestimmter Veranstalter [...], wie sie im Lotteriewesen vielfach zu beobachten ist und von den Aufsichtsbehörden offenbar unbeanstandet bleibt*“.<sup>56</sup> Die tatsächlichen Motive der gesetzgeberischen Aktivitäten in diesem Rechtsbereich sind ausschließlich finanzieller bzw. wirtschaftlicher Natur, wie die folgenden Beispiele exemplarisch belegen:

In einem Papier aus Kreisen der nordrhein-westfälischen Landesregierung heißt es nach einer Pressemeldung wie folgt: „Das Lotteriemonopol ist für die Länder auch von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung“.<sup>57</sup> In dem Papier wird offen angesprochen, dass bei Zulassung weiterer Lotterien „Einnahmerückgänge“ bei den staatlichen Lotterien zu befürchten seien. Weiter heißt es: „Auch die Einnahmesituation des Landes und der Destinatäre wird sich wahrscheinlich erheblich verschlechtern. (...) Damit wird eine neue Verteilungsdiskussion beginnen,

die auch die Politik erheblich unter Druck bringen kann“.<sup>58</sup> Über Gesetzesänderungen müsse jetzt nachgedacht werden. Angesichts der Entscheidungen der deutschen Verwaltungsgerichte werde es aber „schwierig, eine neue Rechtslage zu schaffen, die den restriktiven Ansatz voll beibehält“.<sup>59</sup>

Das Verwaltungsgericht Düsseldorf beschrieb in seinem Urteil vom 31. 8. 2001 das Verhalten des Beklagten, des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen, mit den folgenden Worten: „Mit der Zulassung zahlreicher (staatlicher) Lotterien in den letzten Jahrzehnten, zuletzt mit der sog. Oddset-Sportwette, sowie mit der von den Veranstaltern in den Medien, auch im Internet, und durch Postwurfsendungen betriebenen und von ihm geduldeten umfangreichen und nachhaltigen Werbung hat er dokumentiert, dass er an der im vorliegenden Verfahren angeführten Einschätzung der Sozialschädlichkeit von Lotterien, die lediglich notgedrungen hingenommen würden, selbst nicht ernstlich festhält. (...) Im Internet wirbt etwa die Westdeutsche Lotterie unter <http://www.cyberlotto.de> wie folgt: ‚Ran an die Millionen! Bei CyberLotto.de können Sie in ganz NRW mit Lotto und Oddset klasse Kasse machen.‘ Die Kläger haben auf ähnliche Werbeaussagen der Westdeutschen Lotterien hingewiesen, wie beispielsweise: ‚Du bringst Dich um die Chance Deines Lebens, wenn Du *nicht* spielst!‘<sup>60</sup> Über diese für sich schon aussagekräftigen Werbetexte hinaus wird für sog. Jackpotaus-

48 EuGH, Slg. 1999, I-6067 [6117], RdNr. 36 – Läärä; EuGH, Slg. 1999, I-7289 [7315], Tz. 34 – Zenatti.

49 Hervorhebung hinzugefügt.

50 EuGH, Slg. 1999, I-7289 [7316], Tz. 37 – Zenatti. Diese Aufgabe weist der EuGH dabei den nationalen Gerichten zu.

51 EuGH, Slg. 1999, I-7289 [7316], Tz. 36 – Zenatti.

52 *Wohlfahrt*, *ecolex* 2000, 166 [167]. Dieses Abstellen auf die konkrete Anwendung von Normen in der Praxis bei der Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit ist auch der deutschen Rechtsordnung nicht fremd: So können nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Defizite beim Vollzug von Steuervorschriften auf die Rechtmäßigkeit der Besteuerungsgrundlage zurückwirken, siehe BVerfGE 84, 239 [271 f.].

53 *Wohlfahrt*, *ecolex* 2000, 166 [167 f.], der hinzufügt, dass für derartige Monopole im Ergebnis wohl gelte, „dass der Zweck nicht immer die Mittel heiligt“.

54 Dass es sich dabei um eine zutreffende Unterstellung handelt, ist jedoch sehr zweifelhaft, wie die im Folgenden darzustellenden Beispiele aus der Regulierungspraxis zeigen werden.

55 Beim deutschen Toto- und Lottoblock handelt es sich um einen Zusammenschluss der 16 Lotto- und Totounternehmen, der auf dem sogenannten Blockvertrag vom 1. 9. 1997 beruht. Es handelt sich dabei um einen Gesellschaftsvertrag einer GbR, der die einheitliche Durchführung von Lotto am Samstag, Lotto am Mittwoch, Ergebnisswette und Auswahlwette zum Gegenstand hat. Näher dazu KG, WuW/E 1997, 633 [649]; *Sura*, Die grenzüberschreitende Veranstaltung von Glücksspielen im Europäischen Binnenmarkt, 1995, S. 84 ff.; *Pönicke*, WRP 1998, 830 [830]; *Ohlmann*, WRP 1998, 1043 [1050].

56 BVerwG aaO (Anm. 3), S. 435. Hervorhebung hinzugefügt. Diese Einschätzung wird auch in der Literatur von vielen Stimmen geteilt, etwa *Ossenbühl*, *VerwArch* 86 (1995), 187 [191 f.]; *Pönicke*, WRP 1998, 830 [838]; *Albers*, *Ökonomie des Glücksspielmarktes in der Bundesrepublik Deutschland*, 1993, S. 170; *Wilms*, *Grenzüberschreitende Lotterietätigkeit in der Europäischen Gemeinschaft*, 2001, S. 81; *Wrage*, ZRP 1998, 426 [428]; *Sura* aaO (Anm. 55), S. 89 ff. Vgl. auch KG, WuW/E 1997, 633 [647].

57 Zitiert nach der SZ vom 28. 8. 2001, S. 2. Ganz ähnlich heißt es in der F.A.Z. v. 8. 5. 2001: „Selbst der deutsche Lotto- und Totoblock gibt inzwischen zu, dass die finanziellen Interessen der Länder im Vordergrund stehen“.

58 Zitiert nach der SZ aaO (Anm. 57), S. 2. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Stellungnahme des hessischen Ministers des Innern und für Sport, Bouffier, vor dem Hessischen Landtag am 23. 8. 2001, Plenarprotokolle, 15. Wahlperiode, 80. Sitzung, S. 5530 [5531]: „Wer davon spricht – so verstehe ich Ihren Antrag –, dass man andere Lotterien zulassen soll, muss sich doch mit der Sorge auseinandersetzen, ob diejenigen, die bisher die Empfänger sind, damit auch zurechtkommen“.

59 Zitiert nach der SZ, aaO (Anm. 57).

60 Hervorhebung im Original.

schüttungen mit besonders hohen Gewinnerwartungen in sämtlichen Medien in noch verstärkter Weise Werbung betrieben, um die Umsätze zu steigern“.<sup>61</sup>

Auf der Homepage des de-facto-Monopolisten in Sachsen-Anhalt<sup>62</sup>, der Lotto-Toto GmbH Sachsen-Anhalt,<sup>62</sup> fand sich im September 2001 unter anderem folgende Passage: „Die Spiel Freude der Sachsen-Anhalter ist in zehn Jahren Lotto-Landesgeschichte ständig gewachsen. Während sie 1992 erst knapp 77 Mio. DM für Tipps und Wetten ausgaben, war es im Vorjahr fünfmal soviel: Rund 376 Mio. DM betrug der Umsatz 2000. Jeder Landeseinwohner hat damit seinen jährlichen Spieleinsatz von 25,34 DM auf jetzt 135,83 DM erhöht.“<sup>63</sup>

Vor diesem Hintergrund kann daher weder in Hessen und Sachsen-Anhalt noch in den anderen Bundesländern von einem kohärenten Konzept im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zur Bekämpfung der Spielsucht die Rede sein; der soeben zitierten entsprechenden Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts ist daher zuzustimmen. Das als Rechtfertigungsgrund anerkannte und in der amtlichen Begründung in Hessen und in Sachsen-Anhalt auch als Regelungsgrund vorgegebene Allgemeininteresse der Bekämpfung der Spielsucht über eine Begrenzung des Lotteriespiels<sup>64</sup> wird damit als Tarnung für die tatsächlich verfolgten finanziellen bzw. wirtschaftlichen Interessen entlarvt. Die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit der Novamedia B.V. ist damit nicht gerechtfertigt. § 3 Abs. 2 Satz 1 HessLotterieVO und § 3 Satz 2 SachsAnhLottG verletzen die Dienstleistungsfreiheit der Novamedia B.V. selbst dann, wenn man auch bei diskriminierenden Eingriffen in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit eine Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses für möglich hält.

### c) Die passive Dienstleistungsfreiheit der Stiftung

Fraglich ist, ob zudem auch ein Verstoß gegen die passive Dienstleistungsfreiheit der Stiftung vorliegt. Dass auch die passive Dienstleistungsfreiheit von den Art. 49 ff. EG erfasst wird, ist mittlerweile unstreitig.<sup>65</sup> Zum Teil wird allerdings einschränkend postuliert, dass die passive Dienstleistungsfreiheit nur eingreift, wenn eine konkrete Dienstleistungsbeziehung nachgewiesen wird.<sup>66</sup> Diese konkrete Beziehung ergibt sich hier bereits aus den vertraglichen Vereinbarungen zwischen der Novamedia B.V. und der Stiftung. Durch den Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit der Novamedia B.V. wird vorliegend zugleich – gleichsam als Spiegelbild des Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit der Novamedia B.V. – in die passive Dienstleistungsfreiheit der Stiftung eingegriffen: Die Beschränkung der Tätigkeit der Novamedia B.V. führt ihrerseits zu einer Beschränkung der Stiftung. Diese kann die Dienstleistungen der Novamedia B.V. nicht in der gleichen Weise nutzen, wie sie es könnte, wenn die Beschränkung der Novamedia B.V. nicht bestünde. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Beschränkung der Novamedia B.V. in einer Behinderung der Tätigkeit der Stiftung begründet liegt: Eine solche Beschränkung des Dienstleistungserbringers, vermittelt über den Dienstleistungsempfänger, tritt – wie oben dargelegt – bei vielen Fällen eines Eingriffs in die passive Dienstleistungsfreiheit auf. Dies zeigt, dass ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit eines Dienstleistungserbringers regelmäßig auch einen Eingriff in die passive Dienstleistungsfreiheit des Dienstleistungsempfängers hervorruft. Die obigen Ausführungen zur fehlenden Rechtfertigung des Eingriffs gelten hier entsprechend. Mithin ist eine Verletzung der passiven Dienstleistungsfreiheit der Stiftung festzustellen.

## 2. Vereinbarkeit mit den Vorschriften des EG-Vertrages über die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 ff. EG)

Zu untersuchen ist ferner die Vereinbarkeit von § 3 Abs. 2 Satz 1 HessLotterieVO und § 3 Satz 2 SachsAnhLottG mit den Vorschriften über den freien Kapitalverkehr (Art. 56 ff. EG).

### a) Eingriff in den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit

Es stellt sich die Frage, ob die Stiftung sich vorliegend auf die gemeinschaftsrechtlich gewährleistete Freiheit des Kapitalverkehrs berufen kann und in dieser Freiheit durch die genannten Bestimmungen verletzt wird.<sup>67</sup>

Vorweg ist zu betonen, dass nach dem EG-Vertrag nur Beschränkungen des grenzüberschreitenden Kapitalverkehrs verboten sind. Rein mitgliedstaatliche Kapitalbewegungen werden nicht von der Freiheit des Kapitalverkehrs erfasst.<sup>68</sup> Der erforderliche grenzüberschreitende Bezug wird vorliegend schon dadurch hergestellt, dass die Stiftung den Zweckertrag nahezu ausschließlich für Projekte außerhalb der Bundesrepublik Deutschland verwenden möchte. Es geht ihr also um den Transfer des Zweckertrages über die Grenzen der Bundesrepublik Deutschland hinweg. Mithin handelt es sich nicht um Kapitalbewegungen, die auf die Bundesrepublik Deutschland beschränkt sind. Ein grenzüberschreitender Bezug liegt somit vor.<sup>69</sup>

- 61 VG Düsseldorf aaO (Anm. 5), Entscheidungsumdruck, S. 24 f. Ganz ähnliche Worte fand auch das VG Hamburg aaO (Anm. 5), Entscheidungsumdruck, S. 14. Für Hessen gelten diese Ausführungen entsprechend.
- 62 Gesellschafter ist das Land Sachsen-Anhalt (Angabe nach der Homepage des Unternehmens: <http://www.lotto-sachsen-anhalt.de> [Stand: 29. 11. 2001] unter dem Stichwort „Das Unternehmen“).
- 63 <http://www.lotto-sachsen-anhalt.de> [Stand: 5. 11. 2001] unter dem Stichwort „Presseinformationen“. Hervorhebungen hinzugefügt. Ähnliches ist auch auf der Homepage des nordrhein-westfälischen de-facto-Monopolisten WestLotto zu lesen: „In diesem Zuge erschließen wir mit der Entwicklung kundennaher Spielarten neue Zielgruppenpotenziale und arbeiten konsequent an zukunftsfähigen Konzepten und Strategien. (...) Als Marktführer im Deutschen Lotto- und Totoblock erzielt WestLotto im Jahr 2000 mit vier Milliarden DM Gesamtumsatz das beste Ergebnis in seiner Unternehmensgeschichte“ siehe <http://www.westlotto.de> (Stand: 29. 11. 2001) unter dem Stichwort „Unternehmensprofil“.
- 64 Siehe Hessischer Landtag, Drucksache 15/2771, Begründung zu Nr. 4, sub A; Landtag von Sachsen-Anhalt, Drucksache 3/3653, Begründung, sub I.1., S. 5.
- 65 Siehe statt vieler nur *Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, RdNr. 1594. Dienstleistungsempfänger ist dabei auch derjenige, der Korrespondenzdienstleistungen in Anspruch nimmt, *Holoubek* aaO (Anm. 14), Art. 49 EGV, RdNr. 34.
- 66 *Troberg*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. A-F EUV und Art. 1-84 EGV, 5. Aufl. 1997, Art. 59 EGV, RdNr. 47. Die wohl h. A. macht eine solche Einschränkung nicht, vgl. etwa *Holoubek* aaO (Anm. 14), Art. 49 EGV, RdNr. 29 ff.
- 67 Die Kapitalverkehrsfreiheit der Novamedia B.V. ist nicht verletzt: Die zitierten Bestimmungen betreffen lediglich den Zweckertrag. Dieser bestimmt sich – wie ein systematischer Vergleich von § 2 Nr. 2 mit § 2 Nr. 3 HessLotterieVO bzw. von § 3 Abs. 1 Satz 2 mit § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SachsAnhLottG zeigt – aus den Lottereeinnahmen abzüglich der Kosten und der Gewinnausschüttung. Da zu den Kosten der von der Stiftung geplanten Spendenlotterie auch die prozentuale Gewinnbeteiligung der Novamedia B.V. gehört, ist diese von auf die Verwendung des Zweckertrages abzielenden Vorschriften nicht unmittelbar betroffen. Auch eine mittelbare Betroffenheit ist abzulehnen: Die Novamedia B.V. ist zwar insofern mittelbar von den Neuregelungen der landesrechtlichen Lotterievorschriften betroffen, als diese Vorschriften dazu führen, dass der Stiftung in den entsprechenden Bundesländern keine lotterierechtliche Genehmigung erteilt werden dürfte. Auf Seiten der Novamedia B.V. wird es daher zu teilweisen Einnahmefällen bezüglich ihrer Gewinnbeteiligung kommen. Derartige Einnahmefälle unterfallen jedoch nicht dem Schutz der Kapitalverkehrsfreiheit, sondern – wie bereits untersucht – dem Schutz der Dienstleistungsfreiheit.
- 68 Siehe nur *Bröhmer*, in: Calliess/ Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 56 EGV, RdnNr. 15.
- 69 Dem steht nicht entgegen, dass ein grenzüberschreitender Bezug bei der Prüfung einer Verletzung der aktiven Dienstleistungsfreiheit der Stiftung verneint wurde. Während es dort um die Frage eines grenzüberschreitenden Charakters der Dienstleistung der Stiftung – dem Veranlassen einer Spendenlotterie – ging, geht es im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit um die Frage eines grenzüberschreitenden Bezugs bei der Verwendung des Zweckertrages, einem zeitlich wie logisch der Erbringung der Dienstleistung nachgelagerten Vorgang.

Der Begriff des Kapitalverkehrs – ein autonomer Begriff des Gemeinschaftsrechts – umfasst die einseitige Wertübertragung in Form von Sachkapital (Immobilien, Unternehmensbeteiligungen) oder in Form von Geldkapital (gesetzlichen Zahlungsmitteln, Wertpapieren, Krediten) aus einem Mitgliedstaat in einen anderen, die regelmäßig zugleich eine Vermögensanlage darstellt.<sup>70</sup> Wie der Begriff „regelmäßig“ in der Definition des Kapitalverkehrsbegriffes bereits andeutet, ist die Kapitalverkehrsfreiheit nicht nur auf die im Zuge einer Vermögensanlage oder einer Investition vorgenommenen Kapitalbewegungen begrenzt. Vielmehr wird von den Art. 56 ff. EG auch der „Kapitalverkehr mit persönlichem Charakter“<sup>71</sup> – dazu gehören etwa Schenkungen<sup>72</sup>, Erbschaften, Kapitaltransfer von Arbeitnehmern während ihres Aufenthaltes in einem anderen Mitgliedstaat etc. – erfasst.<sup>73</sup> Der Umstand, dass die Stiftung den Zweckertrag (oder zumindest Teile davon) im Ausland nicht etwa mit einer Gewinnabsicht investieren, sondern stattdessen Projekten des Umweltschutzes und der Entwicklungszusammenarbeit zur Verfügung stellen und wirtschaftlich betrachtet damit schenken will, steht der Eröffnung des Schutzbereiches der Kapitalverkehrsfreiheit vorliegend also nicht entgegen.<sup>74</sup>

Art. 56 EG verbietet grundsätzlich alle Beschränkungen<sup>75</sup> des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern (so genannte *erga-omnes*-Wirkung<sup>76</sup>). Die keine Eingriffsschwelle (*de-minimis*) enthaltene Verbotsregelung ordnet die Beseitigung aller direkten und indirekten legislativen, administrativen und sonstigen Beschränkungen an, denen grenzüberschreitende Kapitalbewegungen unterliegen können.<sup>77</sup> Eine Beschränkung des Kapitalverkehrs ist danach jede unmittelbare oder mittelbare, tatsächliche oder potenzielle Behinderung, Begrenzung oder Untersagung für den Zu-, Ab- oder Durchfluss von Kapital.<sup>78</sup> Als Beschränkungen des Kapitalverkehrs kommen dabei zunächst solche in Betracht, die das Kapital selbst betreffen. Dazu gehören in erster Linie die devisenrechtlichen Beschränkungen.<sup>79</sup> Das Beschränkungsverbot des Art. 56 EG erfasst jedoch auch alle sonstigen administrativen Hemmnisse. Dazu werden Bestimmungen gezählt, die speziell internationale Kapitalzuflüsse betreffen, aber auch diejenigen Regelungen, die allgemein den nationalen Kapitalmarkt zum Gegenstand haben, wie etwa Anlagevorschriften.<sup>80</sup> Eine Diskriminierung bezüglich des Anlageortes ist danach also eine grundsätzlich unzulässige Beschränkung des Kapitalverkehrs.<sup>81</sup>

§ 3 Abs. 2 Satz 1 HessLotterieVO und § 3 Satz 2 SachsAnhLottG verlangen, dass der Zweckertrag zur Verwendung im jeweiligen Landesgebiet vorgesehen wird. Mit derartigen Vorschriften soll die Verwendung des Zweckertrages in einem anderen EG-Mitgliedstaat oder in einem Drittstaat gerade verhindert werden. Dahinter verbirgt sich – wie bereits herausgearbeitet – die gesetzgeberische Absicht, auf legislativem Wege solchen Anbietern von Spendenlotterien die Genehmigungsfähigkeit abzusprechen, die den Zweckertrag für Projekte des weltweiten Umweltschutzes und der Entwicklungszusammenarbeit verwenden wollen, also typischerweise in anderen EG-Mitgliedstaaten und vor allem in Drittstaaten. § 3 Abs. 2 Satz 1 HessLotterieVO und § 3 Satz 2 SachsAnhLottG stellen daher wegen ihrer Diskriminierung von Anlageorten außerhalb des jeweiligen Landesgebietes Beschränkungen des Kapitalverkehrs und damit Eingriffe in die Kapitalverkehrsfreiheit der Stiftung dar.

Wegen des diskriminierenden Charakters der landesrechtlichen Vorschriften kann hier unerörtert bleiben, inwieweit die Keck-Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit auf die Kapitalverkehrsfreiheit zu übertragen ist.<sup>83</sup>

#### b) Rechtfertigung der Eingriffe in den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit

Fraglich ist, ob der festgestellte Eingriff in den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit der Stiftung gerechtfertigt ist. In Betracht

kommen zunächst die geschriebenen Schranken der Kapitalverkehrsfreiheit. Art. 57 EG ist nicht einschlägig, da es sich bei § 3 Abs. 2 Satz 1 HessLotterieVO und § 3 Satz 2 SachsAnhLottG nicht um Vorschriften handelt, die bereits am 31. 12. 1993 bestanden. Es stehen vorliegend auch keine steuerrechtlichen Vorschriften im Sinne des Art. 58 Abs. 1 lit. a) EG in Rede. Auch Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften im Sinne des Art. 58 Abs. 1 lit. b) EG existieren nicht: Alle mit der Sache befassten deutschen Verwaltungsgerichte haben die Genehmigungsfähigkeit der geplanten Spendenlotterie der Stiftung nach geltendem Lotterierecht bestätigt. Die geschriebenen Schranken vermögen mithin den Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit nicht zu rechtfertigen.<sup>84</sup>

Als ungeschriebene Schranken der Kapitalverkehrsfreiheit sind etwa der Schutz der öffentlichen Ordnung und der Verbraucherschutz anerkannt.<sup>85</sup> Das durch die landesrechtlichen Neuregelungen angeblich verfolgte Ziel, die Eindämmung der

70 *Glaesner*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 56 EGV, RdNr. 7; *Koenig/Haratsch* aaO (Anm. 15), RdNr. 614; *Streinz*, Europarecht, 5. Aufl. 2001, RdNr. 763; *Weber*, in: Lenz (Hrsg.), EG-Vertrag, 2. Aufl. 1999, Art. 56, RdNr. 5; *ders.*, recht 1994, 156 [157]; *Sura* aaO (Anm. 55), S. 130; *Schöne*, RfW 1990, 550 [554]; ähnlich *Honrath*, Umfang und Grenzen der Freiheit des Kapitalverkehrs, 1998, S. 50.

71 *Eckhoff*, in: Bleckmann, Europarecht, 6. Aufl. 1997, RdNr. 1702.

72 Schenkungen werden auch im Abschnitt XI des Anhangs der 4. Richtlinie des Rates zur Liberalisierung des Kapitalverkehrs v. 24. 6. 1988 (88/361/EWG, ABl. EG 1988 Nr. L 178/5) als Gegenstand von Kapitalverkehrsgeschäften aufgeführt. Zur (praktisch großen) Bedeutung dieser Richtlinie für die Auslegung auch des primärrechtlichen Begriffs des Kapitalverkehrs *Bröhmer* aaO (Anm. 68), Art. 56, RdNr. 9; *Ohler*, WM 1996, 1801 [1801]; *Eckhoff* aaO (Anm. 71), RdNr. 1702, Fußn. 14; *Honrath* aaO (Anm. 70), S. 24 ff.

73 Dies kann als Ausprägung eines allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts verstanden werden, nach dem der Zweck der Berufung auf die Grundfreiheiten grundsätzlich – das heißt bis zum Erreichen der Missbrauchsgrenze, [zu dieser Grenze etwa *Roussos*, EBLRev. 2001, 11 [15 ff.], *Koenig/Engelmann*, EWS 2001, 405 [407 ff.]; *Hatzopoulos*, CMLRev. 37 (2000) 43 [62 ff.]; *Ottersbach*, Rechtsmißbrauch bei den Grundfreiheiten des Europäischen Binnenmarktes, 2001, passim] – nicht hinterfragt wird. Im Ergebnis wie hier *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union, 2000, S. 157 f.

74 Jede andere Auslegung hätte auch eine durch nichts zu rechtfertigende Benachteiligung einer altruistischen gegenüber einer gewinnorientierten Verwendung von Kapital zur Folge.

75 Dieser Begriff ist nach Sinn und Zweck des Vertrages weit auszulegen, siehe *Kimms*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im Recht der europäischen Union, 1996, S. 157; *Fischer*, ZEuS 2000, 391 [405]. Es ist daher nach *Fischer* unerheblich, ob die Maßnahmen diskriminierender oder nicht diskriminierender Natur sind.

76 Siehe *Kiemel*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. A-F EUV und Art. 1-84 EGV, 5. Aufl. 1997, Art. 73 b EGV, RdNr. 9.

77 *Weber*, in: Lenz (Hrsg.), EG-Vertrag, 2. Aufl. 1999, Art. 56, RdNr. 6 u. 13.

78 *Freitag*, EWS 1997, 186 [187]; *Fischer*, ZEuS 2000, 391 [404].

79 *Behrens*, EuR 1992, 145 [155]; *Kimms* aaO (Anm. 75), S. 157.

80 *Kimms* aaO (Anm. 75), S. 157 f.

81 *Weber*, in: Lenz (Hrsg.), EG-Vertrag, 2. Aufl. 1999, Art. 56, RdNr. 17.

82 EuGH, Slg. 1993, I-6097 [6131], Tz. 16 – Keck.

83 Für eine solche Übertragung etwa *Koenig/Haratsch* aaO (Anm. 15), RdNr. 620; *Honrath* aaO (Anm. 70), S. 75 ff; wohl auch *Glaesner* aaO (Anm. 70), Art. 56 EGV, RdNr. 20; dagegen beispielsweise *Fischer*, ZEuS 2000, 391 [404], die sich für ihre Position auf EuGH, Slg. 1999, I-1661 [1680 f.], Tz. 28 ff. – Trummer u. Mayer, beruft.

84 Die Unverhältnismäßigkeit der Einschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit der Stiftung zeigt sich auch darin, dass der EuGH Regelungen, welche die Ausfuhr von Kapital von einer behördlichen Genehmigung abhängig machten, als mit der Kapitalverkehrsfreiheit unvereinbar angesehen hat, siehe EuGH, Slg. 1995, I-4821 [4839], Tz. 30 – Sanz de Lera. § 3 Abs. 2 Satz 1 HessLotterieVO und § 3 Satz 2 SachsAnhLottG gehen jedoch über eine solche – gemeinschaftsrechtlich unzulässige – Genehmigungspflicht weit hinaus, indem sie den Transfer von Kapital in Gebiete außerhalb des jeweiligen Landesgebietes schlechthin untersagen.

85 Statt aller nur *Weber*, in: Lenz (Hrsg.), EG-Vertrag, 2. Aufl. 1999, Art. 56, RdNr. 16.

Spielleidenschaft, ist diesem Katalog – entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit – hinzuzufügen. Aus diesen Gründen gerechtfertigte Einschränkungen müssen jedoch verhältnismäßig sein.<sup>86</sup> Wie im Rahmen der Prüfung der Dienstleistungsfreiheit ausführlich nachgewiesen, fehlt es hier jedoch daran.

Mithin ist der Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit der Stiftung durch § 3 Abs. 2 Satz 1 HessLotterieVO und § 3 Satz 2 SachsAnhLottG auch durch ungeschriebene Schranken nicht zu rechtfertigen. Die genannten Vorschriften verletzen die Kapitalverkehrsfreiheit der Stiftung.

### 3. Möglichkeiten einer grundfreiheitskonformen Ausgestaltung des hessischen und des sachsen-anhaltinischen Lotterierechts

Wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts<sup>87</sup> müssen alle mit einem Genehmigungsantrag der Stiftung befassten staatlichen Behörden und Gerichte § 3 Abs. 2 Satz 1 Hess-LotterieVO und § 3 Satz 2 SachsAnhLottG unangewendet lassen. Der Genehmigungsantrag der Stiftung ist damit auf der Grundlage der übrigen Vorschriften des jeweiligen Lotterierechts zu bescheiden. Sollten einzelne Behörden oder Gerichte jedoch die zitierten Vorschriften anwenden und deswegen den Genehmigungsantrag ablehnen bzw. eine solche Ablehnung bestätigen, kommt ein gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch der Stiftung in Betracht. Diese Frage kann hier jedoch aus Platzgründen nicht vertieft behandelt werden.

Stattdessen soll das Augenmerk darauf gelenkt werden, dass die Grundfreiheiten in der Auslegung des EuGH keineswegs einer notwendigen staatlichen Regulierung des Lotterierechts im Wege stehen. Wie bereits herausgearbeitet, ist es aus Sicht des Gemeinschaftsrechts jedoch entscheidend, dass die als Begründung für die Beschränkung von Lotterien angeführten Ziele nicht nur vorgeschoben, sondern vielmehr *tatsächlich* verfolgt werden. Im Folgenden soll daher kurz skizziert werden, wie eine solche tatsächliche – und damit gemeinschaftsrechtskonforme – Verfolgung des Ziels „Eindämmung der Spielsucht“ aussehen könnte.<sup>88</sup>

Erster Eckpunkt einer tatsächlichen Bekämpfung der Spielsucht ist eine Kontrolle und Begrenzung der Werbeaktivitäten aller Veranstalter von Lotterien. Werbung schafft und weckt Bedürfnisse. Genau dies jedoch ist bei Glücksspielen problematisch.<sup>89</sup> 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.<sup>90</sup> Dabei ist auch der faktischen asymmetrischen Informationsverteilung zwischen Spieler und Lotterieveranstalter

über die tatsächliche Gewinnchance entgegenzuwirken.<sup>91</sup> Eine ähnliche Stoßrichtung verfolgt der zweite Eckpunkt: Es nehmen in aller Regel um so mehr Spieler an einer Ausspielung teil, je höher der zu gewinnende Betrag ist.<sup>92</sup> Die Höhe des zu gewinnenden Betrags geht jedoch nicht mit einer höheren durchschnittlichen 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.<sup>93</sup> Drittens ist eine effektive Durchsetzung der Regulierung – hier wie in anderen Bereichen – nur gewährleistet, wenn die Kontrolle der Beschränkungen nicht durch das Kontrollobjekt selbst erfolgt. Dass das gegenwärtige System einer Verschränkung dieser Funktionen gravierende Mängel aufweist, hat – wie bereits erwähnt – zuletzt das Bundesverwaltungsgericht in Erinnerung gerufen.<sup>94</sup>

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

<sup>86</sup> Vgl. nur *Glaesner* aaO (Anm. 70), Art. 56 EGV, RdNr. 20.

<sup>87</sup> Siehe dazu nur EuGH, Slg. 1964, 1251 [1269] – *Costa* ./ E.N.E.L.; *Koenig/Haratsch* aaO (Anm. 15), RdNr. 113 ff.

<sup>88</sup> In diesem Zusammenhang ist noch einmal auf die erga-omnes-Wirkung der Kapitalverkehrsfreiheit zu verweisen. Selbst wenn die Landesgesetzgeber die zitierten Vorschriften dahingehend abändern würden, dass die vorgesehene Bindung des Zweckertrages an das Land Hessen bzw. an das Land Sachsen-Anhalt dann nicht gelten soll, wenn der Zweckertrag zur Verwendung im EG-Ausland vorgesehen werden soll, wäre wegen der erga-omnes-Wirkung der Kapitalverkehrsfreiheit der Verstoß gegen die Art. 56 ff. EG nicht beseitigt.

<sup>89</sup> Vgl. etwa *Peter*, Lotterien im Blickfeld der EG, 1992, S. 31 f.; *Sura* aaO (Anm. 55), S. 249 f.; *Lorenz*, Journal of Gambling Studies 1990, 383 [391 f.].

<sup>90</sup> Vgl. *Peter* aaO (Anm. 89), S. 37; *Sura* aaO (Anm. 55), S. 45, Fußn. 119. Siehe auch *Clotfelter/Cook* aaO (Anm. 41), S. 243 ff., die u. a. über die Werbebeschränkungen in den US-Bundesstaaten Virginia und Wisconsin berichten.

<sup>91</sup> Dazu *Adams/Tolkemitt*, ZRP 2001, 511 [517]; vgl. auch *Clotfelter/Cook* aaO (Anm. 41), S. 244.

<sup>92</sup> *Adams/Tolkemitt*, ZRP 2001, 511 [513 ff.].

<sup>93</sup> *Adams/Tolkemitt*, ZRP 2001, 511 [514 u. 517]. *Adams/Tolkemitt* schlagen einen Betrag von DM 1 000 000,- vor. Eine Deckelung auf einen festen Betrag – die bis zum 1. 6. 1985 beim Lotto in Deutschland existierte, siehe *Sura* aaO (Anm. 55), S. 89 – ist bei der von der Stiftung geplanten Spendenlotterie vorgesehen: Der Hauptgewinner erhält € 50 000, das restliche Geld in der Ausschüttung erhalten die Mitspieler in seinem Postleitzahlbezirk, F.A.Z. v. 3. 9. 2001, S. 10.

<sup>94</sup> BVerwG aaO (Anm. 3), S. 435. Vgl. auch *Clotfelter/Cook* aaO (Anm. 41), S. 247 ff.