

Professor Dr. Christian Koenig, LL.M. (LSE), und Sonja Fechtner, Universität Bonn*

EG-Wettbewerbsrecht versus staatliches Glücksspielmonopol?

Im Glücksspielsegment unterliegt die Veranstaltung von Glücksspielen mit nur begrenzten Ausnahmen einem staatlichen Monopol und ist nur mit Genehmigung zulässig. Eine Veranstaltung ohne die erforderliche Genehmigung ist strafrechtlich durch die §§ 284 f. StGB sanktioniert. Dennoch gerät das deutsche Glücksspielmonopol immer stärker unter Rechtfertigungszwang. So werden aus der Perspektive des deutschen Verfassungsrechts sowie aus gemeinschaftsrechtlichem Blickwinkel in zunehmendem Maße Bedenken gegen die rigide Zurückdrängung privater Glücksspielveranstalter geäußert. Insbesondere die Auswirkungen der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten auf den Bestand der mitgliedstaatlichen Glücksspielmonopole sind Gegenstand zahlreicher Verfahren vor mitgliedstaatlichen Gerichten. Auch in der Literatur finden sich zahlreiche Stellungnahmen. Vor diesem Hintergrund soll nicht der Versuch unternommen werden, eine weitere umfassende Ausdeutung der Rechtsprechung des EuGH vorzunehmen. Nach einem kurzen Überblick über den derzeitigen Diskussionsstand beschäftigen sich die folgenden Überlegungen vielmehr mit der bislang „unterbelichteten“ Bedeutung des EG-Wettbewerbsrechts für diesen Wirtschaftssektor. In den einschlägigen Entscheidungen des EuGH sind die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages bisher nur am Rande thematisiert worden. Dies liegt in erster Linie daran, dass es sich um Vorabentscheidungsverfahren handelte. Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens kann der EuGH jedoch nur die Fragen beantworten, die ihm gestellt worden sind. Stellt das mitgliedstaatliche Gericht lediglich Fragen zu den Grundfreiheiten, wird es daher keine Antworten (auch) zu den Art. 81 ff. EG erhalten. In der Rechtssache Läära hatte sich der EuGH geweigert, zur Auslegung des EG-Wettbewerbsrechts Stellung zu nehmen, da ihm die entsprechende Frage des vorlegenden Gerichts zu pauschal erschien.

I. Das deutsche Glücksspielmonopol unter Druck

1. Rechtsprechung des BVerfG

a) *Das Sportwettenmonopol muss entweder verfassungskonform ausgestaltet oder ...*

Das BVerfG hat mit Urteil vom 28. 3. 2006¹ entschieden, dass eine Beibehaltung des staatlichen Sportwettenmono-

pols nur dann haltbar ist, wenn sich eine gesetzliche Regelung in differenzierter Weise konsequent am Ziel einer Suchtprävention und Suchtbekämpfung ausrichtet. Andernfalls ist eine gewerbliche Veranstaltung von Sportwetten durch Private gesetzlich normiert und kontrolliert zuzulassen.

b) *... private Veranstalter kontrolliert zugelassen werden*

In seiner „derzeitigen Ausgestaltung“ hält das BVerfG das Glücksspielmonopol für verfassungswidrig. Aus der Verfassungswidrigkeit hat das Gericht aber nicht den Schluss gezogen, dass das staatliche Wettmonopol per se nicht aufrechterhalten sei. Es eröffnet dem Gesetzgeber vielmehr die Wahlfreiheit zwischen zwei Alternativen: Entweder bleibt das Monopol bestehen, wird aber verfassungskonform ausgestaltet, oder die gewerbliche Veranstaltung von Sportwetten durch Private wird gesetzlich normiert und kontrolliert zugelassen.

Bis zum 31. 12. 2007 haben die Gesetzgeber des Bundes und der Länder Zeit, eine entsprechende gesetzliche Regelung zu schaffen.

2. Beschluss des Bundeskartellamts

a) *Das Monopol für Lotterieveranstaltungen kann nicht aufrechterhalten werden, ...*

Mit Beschluss vom 23. 8. 2006² hat das Bundeskartellamt dem Deutschen Lotto- und Totoblock (DLTB) untersagt, sich weiterhin generell der Annahme von Spieleinsätzen gewerblicher Vermittler zu verweigern, weil es darin einen Verstoß gegen deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht sieht.³ Das Kartellamt stellte fest, dass die Aufrechterhaltung eines Monopols für die Veranstaltung von Lotterien aufgrund des geringen Suchtpotentials nicht gerechtfertigt und insoweit das „Sportwetten-Urteil“ des BVerfG vom 28. 3. 2006 nicht übertragbar sei.⁴

* Prof. Dr. Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Sonja Fechtner ist ebendort Wissenschaftliche Mitarbeiterin. – Die Abhandlung beruht auf einem vom Erstautor erstellten Rechtsgutachten.

1 BVerfG, 28. 3. 2006 – 1 BvR 1054/01, NJW 2006, 1261.

2 Bundeskartellamt, Beschluss vom 23. 8. 2006 – B 10 – 92713 – Kc – 148/05.

3 Der Beschluss des Bundeskartellamts wurde im Wesentlichen bestätigt durch Beschluss des OLG Düsseldorf vom 23. 10. 2006 – VI – Kart 15/06.

4 Beschluss des Bundeskartellamts (Fn. 2), Rdnr. 306.

b) ... einer regionalen Abschottung ist durch gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung zu begegnen

Überdies ist dem Bundeskartellamt zufolge die durch das gesetzlich verankerte Regionalitätsprinzip bezweckte und bewirkte Marktaufteilung geeignet, den grenzüberschreitenden Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen.

Damit eine Abschottung des deutschen Angebots an Glücksspielen gegenüber Verbrauchern aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht verfestigt wird, sei die entsprechende Regelung zumindest gemeinschaftsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass sie den Bundesländern nur die Ermächtigung gebe, die Tätigkeit einer Landeslottogesellschaft aus einem anderen Bundesland in ihrem Landesgebiet nachträglich aus rein ordnungsrechtlichen Gründen zu begrenzen.

3. Rechtsprechung des EuGH

a) Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit können durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt, ...

Einschlägige Maßstäbe für die Prüfung von mitgliedstaatlichen Beschränkungen der wirtschaftlichen Betätigung auf den Lotteriem- und Glücksspielmärkten anhand der Grundfreiheiten hat der EuGH erstmals in den Entscheidungen *Schindler*⁵, *Zenatti*⁶ und *Läära*⁷ entwickelt. Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) seien zulässig, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind. Speziell im Bereich der Veranstaltung von Glücksspielen sei es von allgemeinem Interesse, die Spielsucht und die damit verbundenen sozialschädlichen Folgen einzudämmen.⁸ Allerdings sei eine Beschränkung nur dann gerechtfertigt, wenn sie „in erster Linie wirklich dem Ziel dient, die Gelegenheit zum Spiel zu vermindern“ und nicht außer Verhältnis zu diesem Ziel steht.⁹

b) ... müssen aber geeignet sein, kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beizutragen ...

Ende des Jahres 2003 ging der Gerichtshof in der „*Gambelli*-Entscheidung“ näher ins Detail. Beschränkungen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit können dem EuGH zufolge zwar aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen aber tatsächlich geeignet sein, „die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen“.¹⁰ Eine Rechtfertigung der „Beschränkungen der Spieltätigkeiten“ sei daher dann nicht möglich, wenn die „Behörden eines Mitgliedstaates die Verbraucher dazu anreizen und ermuntern, an Lotterien, Glücksspielen oder Wetten teilzunehmen, damit der Staatskasse daraus Einnahmen zufließen“.¹¹

c) ... und auf nichtdiskriminierenden Kriterien beruhen

In seinem Schlussantrag in den derzeit beim EuGH anhängigen verbundenen Rechtssachen *Placanica*, *Palazzese* und *Sorricchio* hat sich Generalanwalt Colomer in aller Deutlichkeit für eine gegenseitige Anerkennung erteilter Sportwettenerlaubnisse ausgesprochen. Colomer stellt eine Ungleichbehandlung und damit eine Verletzung des Grundsatzes des Nichtdiskriminierung sowohl bei der italienischen

Konzessionsvergabe als auch bei der Erteilung behördlicher Genehmigungen fest und kritisiert im Einzelnen das System italienischer behördlicher Genehmigungen, das nach seiner Auffassung keine Ermessensausübung nationaler Behörden rechtfertigen kann, die den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts ihre Wirksamkeit nimmt.¹² Ein derartiges System müsse einerseits auf objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien beruhen, die von vornherein in abstrakt-genereller Weise feststehen, um dem Ermessen der Behörden Grenzen zu setzen und eine missbräuchliche Ausübung zu verhindern. Vor dem Hintergrund, dass der Gerichtshof bereits in der Rechtssache *Gambelli* hinter dem weitergehenden Schlussantrag des Generalanwalts vom 13. 3. 2003 zurückgeblieben ist, ist das Urteil des EuGH mit Spannung zu erwarten.

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

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit mitgliedstaatliche Regelungen zur Aufrechterhaltung eines Monopols im Widerspruch zu Art. 86 Abs. 1 EG stehen. Nach dieser Vorschrift sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, in Bezug auf öffentliche Unternehmen und Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten keine dem EG-Vertrag – insbesondere den Wettbewerbsregeln – widersprechende Maßnahmen zu treffen. Die Aufrechterhaltung des ausschließlichen Rechts zum Veranstalten von Glücksspielen für staatliche Anbieter könnte eine gegen Art. 82 EG verstoßende Maßnahme darstellen.

1. Ist der Glücksspielanbieter ein öffentliches Unternehmen oder ein Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten i.S. des Art. 86 Abs. 1 EG?

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.¹³

Einen Anhaltspunkt dafür, wie der Einfluss des Staates beschaffen sein muss, bietet die Definition des Begriffs „öffentliches Unternehmen“ in der sog. Transparenzrichtlinie.¹⁴ Nach Art. 2 der Richtlinie wird der beherrschende Einfluss des Staates in der Regel aufgrund finanzieller Beteiligung

5 EuGH, 24. 3. 1994 – Rs. C-275/92, *Schindler*, Slg. 1994, I-1039, EWS 1994, 204.

6 EuGH, 21. 10. 1999 – Rs. C-67/98, *Zenatti*, Slg. 1999, I-7289.

7 EuGH, 21. 9. 1999 – Rs. C-124/97, *Läära* u. a., Slg. 1999, I-6067, EWS 1999, 467.

8 EuGH Rs. C-275/92, *Schindler* (Fn. 5), Rdnm. 58 ff.

9 EuGH Rs. C-67/98, *Zenatti* (Fn. 6), Rdnm. 36 f.

10 EuGH, 6. 11. 2003 – Rs. C-243/01, *Gambelli*, Slg. 2003, I-13076, EWS 2003, 568, Rdnr. 67.

11 EuGH Rs. C-243/01, *Gambelli* (Fn. 10), Rdnr. 69.

12 Schlussantrag des Generalanwalts Colomer vom 16. 5. 2006 – verb. Rs. C-338/04, 359/04, 360/04, verbundene Rechtssachen *Placanica*, *Palazzese* und *Sorricchio*, Rdnr. 121.

13 Vgl. etwa von *Burchard*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, 2000, § 86 EGV, Rdnr. 8.

14 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.

er 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).¹⁵ Vor diesem Hintergrund sind staatliche Glücksspielanbieter der Mitgliedstaaten als öffentliche Unternehmen i.S. des Art. 86 Abs. 1 EG einzustufen.

So gehören etwa der NRW.BANK, Düsseldorf/Münster als Gesellschafterin die Geschäftsanteile der Westdeutsche LotteriegmbH & Co. OHG: Das Kapital liegt damit mittelbar in den Händen des Landes Nordrhein-Westfalen. Auf Grund 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.

Neben der Eigenschaft als öffentliche Unternehmen könnten staatliche Glücksspielveranstalter zusätzlich Unternehmen mit einem ausschließlichen oder besonderen Recht im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EG sein. Unter den Begriff der ausschließlichen Rechte fallen solche Rechte, die von einem Mitgliedstaat oder einer Behörde einer öffentlichen oder privaten Einrichtung auf dem Gesetzes- oder Verwaltungswege bewährt werden und dieser die Erbringung einer Dienstleistung oder die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit vorbehalten.¹⁶ Entscheidend ist, dass auf dem relevanten Markt durch die Privilegierung eines Unternehmens der Wettbewerb ausgeschaltet wird.

Der Lotteriestaatsvertrag (LotStV) sieht zwar theoretische Marktzugangsmöglichkeiten für private Anbieter vor, bindet aber in den §§ 6 bis 8 einen Marktzugang an gesetzliche Voraussetzungen, die kaum ein potentieller Wettbewerber erfüllen kann. Die den staatlichen Glücksspielanbietern eingeräumte Möglichkeit zum de facto ausschließlichen Veranstalten von Glücksspielen stellt daher ein ausschließliches Recht i. S. des Art. 86 Abs. 1 EG dar.

Selbst wenn man auf Grund der theoretisch bestehenden Zugangsmöglichkeit die Annahme eines ausschließlichen Rechts ablehnt, so wird zumindest nach der in § 5 Abs. 2 LotStV vorgesehenen Freistellung staatlicher Veranstalter vom Erlaubnisvorbehalt des § 6 ein „besonderes Recht“ i. S. des Art. 86 Abs. 1 EG begründet. „Besondere Rechte“ bestehen in der hoheitlichen Übertragung von Privilegien auf mehrere Unternehmen ohne Ausschließlichkeitsposition, wodurch diese gegenüber ihren Wettbewerbern begünstigt werden.¹⁷

Im Ergebnis kommt daher die Anwendung von Art. 86 Abs. 1 EG auf staatliche Glücksspielveranstalter in Betracht.

2. Liegt eine Maßnahme i. S. des Art. 86 Abs. 1 EG vor?

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, wie etwa die Vergabe von Konzessionen. Die Vertragswidrigkeit der Maßnahme kann insbesondere auch in einem Verstoß gegen die Wettbewerbs-

regeln der Art. 81 ff. EG bestehen. Die Aufrechterhaltung des ausschließlichen Rechts zum Veranstalten von Glücksspielen für staatliche Anbieter könnte einen gegen Art. 82 EG verstoßenden Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen.

a) Marktbeherrschung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes

Der Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EG kommt nur in Betracht, wenn das Unternehmen eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes innehat. Eine beherrschende Stellung 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.¹⁸ Von einer beherrschenden Stellung eines Unternehmens kann jedenfalls immer dann ausgegangen werden, wenn ein Unternehmen aufgrund einer Monopolstellung auf einem relevanten Markt keinem aktuellen oder potentiellen Wettbewerb ausgesetzt ist.¹⁹

aa) Sachliche und räumliche Abgrenzung des relevanten Marktes

Zur Beurteilung der Frage, ob ein staatlicher Glücksspielanbieter ein marktbeherrschendes Unternehmen ist, muss zunächst der relevante Markt, auf dem das Unternehmen tätig ist, in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt werden.

Im Falle der staatlichen Glücksspielveranstalter sind zwei unterschiedliche Märkte voneinander abzugrenzen:

- Die staatlichen Glücksspielveranstalter bieten ihren Kunden die Teilnahme an Glücksspielen an und sind hierbei als Anbieter tätig.
- Sie stehen auf einem vorgelagerten Markt für die bundesweite gewerbliche Vermittlung von Glücksspielen den Vermittlern als Nachfrager gegenüber.

Durch die Einräumung eines de facto ausschließlichen Rechts zur Veranstaltung von Glücksspielen werden private Anbieter von der Veranstaltung von Glücksspielen faktisch ausgeschlossen. Das ausschließliche Recht bezweckt und bewirkt eine Beschränkung des Angebotswettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt, auf dem die Glücksspielveranstalter den Spielkunden gegenüberstehen.

(1) Bedarfsmarktkonzept

Es stellt sich die Frage, ob ein einheitlicher sachlich relevanter Markt für die Veranstaltung von Glücksspielen existiert. Die Grundsätze der Marktabgrenzung hat die Kommission in ihrer Bekanntmachung über die Definition des relevanten

¹⁵ So Pernice/Wernicke, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Stand: Juni 2006, Art. 86 EGV, Rdnr. 22.

¹⁶ Vgl. die Definition in der Richtlinie 90/388/EWG der Kommission über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABl. EG 1990 Nr. L 192, 10.

¹⁷ Richtlinie 94/46/EG der Kommission vom 13. 10. 1994 zur Änderung der Richtlinien 88/301/EWG und 90/388/EWG, insbesondere betreffend Satelliten-Kommunikation, ABl. EG 1994 Nr. L 268, 15, Begründungserwägungen, Rdnrn. 6 und 11, Art. 1 Nr. 1 lit. b), Art. 2 Nr. 1 lit. a) ii).

¹⁸ EuGH, 14. 2. 1978 – Rs. 27/76, United Brands, Slg. 1978, 207, RIW 1978, 602, Rdnrn. 63 ff.; EuGH, 13. 2. 1979 – Rs. 85/76, Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, RIW 1979, 554, Rdnr. 38.

¹⁹ Jung, in: Grabitz/Hilf (Fn. 15), Art. 82 EGV, Rdnr. 55.

Marktes zusammengefasst.²⁰ Entscheidend für die Feststellung, ob verschiedene Produkte miteinander in Wettbewerb stehen und daher einem Markt zuzuordnen sind, ist das sog. Bedarfsmarktkonzept.²¹ 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.²² Die Austauschbarkeit der Produkte ist aus der Sicht der Marktgegenseite zu beurteilen.²³

(2) Für die jeweiligen Glücksspielformen existieren eigenständige Märkte

Zwar kann über die Frage, inwieweit die unterschiedlichen Glücksspielgattungen – wie etwa Automaten Spiele und Sportwetten – differenziert substituierbar sind, nur eine umfassende Analyse des Verbraucherverhaltens und der -präferenzen Aufschluss geben. Prima facie spricht jedoch auf Grund der besonderen Eigenschaften der einzelnen Spielarten einiges dafür, dass aus Sicht der Kunden keine Austauschbarkeit besteht. So hat auch das Bundeskartellamt in seinem Beschluss vom 23. 8. 2006 die Austauschbarkeit unterschiedlicher Glücksspiele abgelehnt:

„[...] Es besteht keine hinreichende Reaktionsverbundenheit zwischen den Lotterien und den anderen Glücksspielen, weil eine Änderung der Spielbedingungen bei den Lotterien die Nachfrage nach den anderen Glücksspielen aufgrund der Besonderheiten dieser Spiele nicht beeinflusst.²⁴ [...] Vielmehr handelt es sich aus Sicht der Spielteilnehmer [...] um komplementäre Glücksspiele.“²⁵

So wird etwa das Kernbedürfnis des Spielers einer Sportwette durch die Teilnahme an einer Lotterie nicht befriedigt. Das Kernbedürfnis des Kunden liegt nämlich darin, mit seinem eigenen Know-how einen Gewinn zu erzielen und sein Branchenwissen dadurch bestätigt zu sehen. Anders als bei der Lotterie glaubt der Kunde, durch seine Kenntnisse dem Zufall ein Stück voraus zu sein.²⁶

Ebenfalls als nicht mit den Lotterien austauschbar hat das Bundeskartellamt in seinem Beschluss Glücksspiele in Spielbanken oder Spielhallen angesehen:

„[...] Aus Sicht der Spieler unterscheidet sich die Teilnahme an einer Lotterie wesentlich von dem Besuch einer Spielbank oder einer Spielhalle im Hinblick auf das angebotene Spiel, den Spielort, die Spieldauer und den Spielgewinn [...]“²⁷

Dementsprechend hat auch die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung vom 4. 6. 2004 im Zusammenschlussfall COMP/M.3373 – *Accor/Colony/DesseigneBarrière/JV*, Rdnr. 21, zur Teilverweisung des Falles an die französische Wettbewerbsbehörde einen eigenständigen sachlich relevanten Markt für die Spiele in Spielbanken abgegrenzt.

Somit existieren eigenständige Märkte für die jeweiligen Glücksspielformen. Ist beispielsweise ein staatlicher Sportwettenanbieter als einziger Anbieter zugelassen, so ist er für seinen Tätigkeitsbereich mit einem Monopol ausgestattet.

(3) Räumlich relevanter Markt ist das jeweilige Bundesland

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.²⁸

Hinsichtlich der Veranstaltung von Glücksspielen in Deutschland herrschen in den einzelnen Bundesländern jeweils einheitliche Wettbewerbsbedingungen, die sich deutlich von denen in den anderen Bundesländern unterscheiden. Bezüglich des Marktes für Lotterien hat das Bundeskartellamt in seinem Beschluss vom 23. 8. 2006 ausgeführt, dass die Lottogesellschaften Lotterien nicht bundesweit, sondern jeweils nur für ein Bundesland anbieten und dass Unterschiede hinsichtlich des Lottoangebots, der Bearbeitungsentgelte und der Werbeausgaben die verschiedenen Lotteriemärkte in Deutschland prägen.²⁹

Aber auch für andere Arten von Glücksspielen existieren regionale Märkte, die jeweils ein Bundesland umfassen. Wichtige Kriterien, die zur Beurteilung der Frage nach der räumlichen Marktabgrenzung herangezogen werden, stellen regulatorische Marktzugangshemmnisse dar.³⁰ So benötigt ein Glücksspielanbieter stets eine Zulassung nach den Rechtsvorschriften des jeweiligen Bundeslandes. Aufgrund der landesrechtlich segmentierten Marktzugangsvorschriften kann daher als räumlich relevanter Markt nur das jeweilige Bundesland angesehen werden.

b) Beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes

Wird nur ein staatlicher Anbieter als Veranstalter von Glücksspielen in einem Bundesland gegenwärtig zugelassen, so ist dieser für seinen Tätigkeitsbereich mit einem Monopol ausgestattet, d.h. er wird gegen aktuelle und potentielle Wettbewerber abgeschirmt und verfügt so über eine beherrschende Stellung.

Fraglich ist, ob sich diese beherrschende Stellung auch auf einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes erstreckt. Die Anforderungen, die der Europäische Gerichtshof an die Gemeinschaftsrelevanz eines Marktes stellt, sind relativ gering.³¹ Einzelne Bundesländer sind danach regelmäßig als wesentliche Teile des Gemeinsamen Marktes zu betrachten.

b) Wettbewerbsverstoß durch Art und Weise der Aufrechterhaltung des Monopols

Schließlich ist zu untersuchen, ob durch eine staatliche Maßnahme ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des Art. 82 EG bewirkt wird. Eine vertragswidrige Maßnahme könnte vorliegend in der Einräumung des ausschließlichen Rechts zur Veranstaltung von Glücksspielen zugunsten staatlicher Anbieter liegen. Dabei ist zu beachten, dass Art. 82 EG nicht marktbeherrschende Stellungen als solche verbietet, son-

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

21 Vgl. *Jung*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 15), Art. 82 EGV, Rdnr. 30.

22 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. 18), Rdnr. 28.

23 EuGH, 11. 4. 1989 – Rs. 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, Slg. 1989, 803, RIW 1989, 734, Rdnr. 40; vgl. auch *Jung*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 15), Rdnr. 31.

24 Beschluss des Bundeskartellamts (Fn. 2), Rdnr. 190.

25 Beschluss des Bundeskartellamts (Fn. 2), Rdnr. 177.

26 Lotto Hamburg, Geschäftsbericht 2004, S. 7, Bl. 1335 Rückseite d. A.; WestLotto, Geschäftsbericht 2003, S. 8, Bl. 1388 d. A.

27 Beschluss des Bundeskartellamts (Fn. 2), Rdnr. 185.

28 Kommission, ABl. EG 1997 Nr. C 372, 5 ff.

29 Beschluss des Bundeskartellamts (Fn. 2), Rdnrn. 192 ff.

30 Kommission, ABl. EG 1997 Nr. C 372, 5 ff.

31 EuGH, EuGH, 10. 12. 1991 – Rs. C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova*, Slg. 1991, I-5889, RIW 1992, 152, Rdnr. 15; 16. 12. 1975 – verb. Rs. 40–48, 50, 54, 111, 113 und 114/73, *Suiker Unie u. a./Kommission*, Slg. 1975, 1663, Rdnr. 448.

tern nur einer missbräuchlichen Ausnutzung von beherrschenden Stellungen entgegensteht.³² Daher ist auch die Schaffung einer Monopolstellung durch die Gewährung ausschließlicher Rechte an ein Unternehmen nicht zwangsläufig mit Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EG unvereinbar.³³ Nur dann, wenn mit der Entstehung von marktbeherrschenden Stellungen oder Monopolen ein Missbrauch verbunden ist, sind die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags verletzt.

- a) Ein Missbrauchstatbestand liegt vor, wenn das Monopol die mit der Monopolstellung gesetzlich verbundenen Versorgungs- und Allokationsaufgaben nicht erfüllen kann

Zur Frage, wann ein solcher Missbrauch angenommen werden kann, hat der EuGH in seinem Urteil vom 23. 4. 1991³⁴ Stellung genommen. Der EuGH musste hier im Wege einer Vorabentscheidung nach § 234 EG über das deutsche Arbeitsvermittlungsmonopol befinden. Das vorliegende OLG München hatte einen Rechtsstreit zu entscheiden, in dem es auf die Wirksamkeit eines Vertrages zur Vermittlung einer Führungskraft ankam (§ 134 BGB i.V.m. § 13 AFG a.F.). Das OLG legte dem Gerichtshof die Frage vor, ob das einer öffentlich-rechtlichen Anstalt für Arbeit vorbehaltene Monopol der Vermittlung von Führungskräften unter Berücksichtigung des Art. 86 Abs. 2 EG (Art. 90 Abs. 2 EWG-Vertrag a.F.) eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung i.S.v. Art. 82 EG (Art. 86 EWG-Vertrag a.F.) darstellt. Der Gerichtshof antwortete:

Eine öffentlich-rechtliche Anstalt für Arbeit, die Arbeitsvermittlung betreibt, unterliegt dem Verbot des Art. 86 EWG-Vertrag [Art. 82 EG], soweit die Anwendung dieser Vorschrift nicht die Erfüllung der ihr übertragenen besonderen Aufgaben verhindert. Ein Mitgliedstaat, der einer solchen Anstalt ein Arbeitsvermittlungsmonopol eingeräumt hat, verstößt gegen Art. 90 Abs. 1 EWG-Vertrag [Art. 86 Abs. 1 EG], wenn er eine Lage schafft, in der die Anstalt zwangsläufig gegen Art. 86 EWG-Vertrag [Art. 82 EG] verstoßen muss. Dies gilt insbesondere, wenn ... die öffentlich-rechtliche Anstalt für Arbeit offenkundig nicht in der Lage (ist), die Nachfrage auf dem Markt nach solchen Leistungen zu befriedigen.³⁵

Der Missbrauchstatbestand ist demnach als erfüllt anzusehen, wenn ein Monopol aufrechterhalten wird, das nicht in der Lage ist, die mit der Monopolstellung gesetzlich verbundenen Versorgungs- und Allokationsaufgaben auch tatsächlich zu erfüllen.

Übertragen auf die vorliegende Konstellation ist Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EG verletzt, wenn das Glücksspielmonopol die an seine Rechtfertigung gestellten Anforderungen und Aufgaben dauerhaft nicht zu erfüllen vermag und trotzdem – trotz mangelhafter Aufgabenerfüllung – aufrechterhalten wird.

- bb) Es muss dafür Sorge getragen werden, dass die fiskalischen Interessen hinter die Erreichung der Schutzzwecke zurücktreten

Für die Monopolisierung im Glücksspielbereich werden ordnungsrechtliche Gründe angeführt: So soll das illegale Glücksspiel um Geld eingedämmt und der nicht zu unterdrückende Spieltrieb der Menschen überwacht und kontrolliert werden, um die Spielsucht und die damit verbundenen sozialschädlichen Folgen zu reduzieren.

Zwar erfüllen die staatlichen Anbieter gewisse im Allgemeininteresse liegende Zwecke: Sie gewährleisten zweifels-

ohne die Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Spielablaufs mit garantierter Gewinnausschüttung sowie eine gleiche Behandlung aller Spieler und die Förderung gemeinnütziger Zwecke durch eine anteilige Erlösabgabe. Gleichwohl wird das Ziel der Eindämmung der Spielsucht zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht effektiv verfolgt.

So hat das BVerfG für die derzeit bestehende Ausgestaltung des staatlichen Sportwettenmonopols in seinem Urteil vom 28. 3. 2006 festgestellt, dass sich das Sportwettenangebot nicht konsequent am Ziel der Bekämpfung der Wertsucht orientiert.³⁶ Es wird nach der Auffassung des Gerichts zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht im ausreichenden Maße dafür Sorge getragen, dass die fiskalischen Interessen hinter das Ziel der Erreichung der Schutzzwecke zurücktreten.³⁷ Vor allem bemängelt das Gericht den bestehenden Vertriebsablauf, der sich nicht aktiv an einer Bekämpfung von Spielsucht und problematischem Spielverhalten orientiert: Das tatsächliche Erscheinungsbild entspreche vielmehr dem der wirtschaftlich effektiven Vermarktung einer grundsätzlich unbedenklichen Freizeitbeschäftigung.³⁸

Zwar beziehen sich die Ausführungen des Gerichts im Urteil vom 28. 3. 2006 nur auf die derzeitige Ausgestaltung des staatlichen Sportwettenmonopols. Die Allgemeinheit der Formulierung spricht jedoch dafür, dass die vom Gericht realisierten Defizite bei der Verwirklichung der ein Monopol rechtfertigenden Ziele auch in anderen Glücksspielarten bestehen. Dies zeigt sich vor allen Dingen in einer breit angelegten Werbung im gesamten Glücksspielsektor, in der Glücksspiele als sozialadäquate, wenn nicht positiv zu bewertende Unterhaltung dargestellt sind und Kunden zum Spielen angereizt und ermuntert werden. Eine konsequente Ausrichtung am Ziel der Begrenzung der Spielleidenschaft und Bekämpfung der Spielsucht ist daher im gesamten Glücksspielsektor gegenwärtig nicht erkennbar. Die staatlichen Glücksspielanbieter erfüllen ihre mit der Monopolrechtfertigung begründete Aufgabe damit nicht in der gebotenen Art und Weise, so dass nach der Rechtsprechung des EuGH das Vorliegen eines Missbrauchs i.S. von Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EG zu bejahen ist.

c) Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Ein Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EG setzt neben der Einräumung einer Monopolstellung, die zugleich zu einem Missbrauch oder einer Missbrauchsgefahr führt, die Eignung der missbräuchlichen Monopoleinräumung zur Behinderung des zwischenstaatlichen Handels voraus. Hierfür genügt es, wenn die Maßnahme objektiv geeignet ist, den grenzüberschreitenden Waren- oder Dienstleistungsverkehr zu beeinträchtigen, etwa indem nationale Märkte voneinan-

32 Vgl. Grill, in: Lenz, EG-Vertrag, 3. Aufl. 2003, Art. 82, Rdnr. 1; Weiß, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, 2002, Art. 82 EGV, Rdnr. 1.

33 So der EuGH in ständiger Rechtsprechung: EuGH Rs. C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova* (Fn. 31), Rdnr. 16; 5. 10. 1994 – Rs. C-323/93, *Centre d'insémination de la Crespelle*, Slg. 1994, I-5077, Rdnr. 18; 18. 6. 1998 – Rs. C-266/96, *Corsica Ferries France*, Slg. 1998, I-3949, Rdnr. 40.

34 EuGH, 23. 4. 1991 – Rs. C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg. 1991, I-1979, RIW 1992, 236, EWS 1991, 190.

35 EuGH Rs. C-41/90, *Höfner u. Elser* (Fn. 34), Rdnr. 34.

36 BVerfG, 28. 3. 2006 – 1 BvR 1054/01, NJW 2006, 1261, Rdnr. 120.

37 BVerfG, 28. 3. 2006 (Fn. 36), Rdnr. 128.

38 BVerfG, 28. 3. 2006 (Fn. 36), Rdnr. 134.

der abgeschottet werden.³⁹ Durch ein staatlich abgesichertes Monopol wird der Markt für Glücksspiele gegenüber Anbietern aus dem EG-Ausland abgeschottet. Dadurch werden sowohl die Struktur des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt als auch der zwischenstaatliche Handel massiv beeinträchtigt.

3. Ausnahme von der Anwendung der Wettbewerbsregeln nach Art. 86 Abs. 2 EG?

a) Ist ein staatlicher Veranstalter mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut?

Trotz der Erfüllung des Missbrauchstatbestands verstößt eine missbräuchliche Aufrechterhaltung und Ausübung von Monopolstellungen dann nicht gegen Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EG, wenn die Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG vorliegen. Diese Vorschrift enthält für Finanzmonopole und Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, eine Sonderregelung. Die Wettbewerbsregeln gelten danach nur, wenn durch ihre Anwendung nicht die den Unternehmen übertragene besondere Aufgabenerfüllung verhindert wird. Hierdurch soll der Konflikt zwischen dem öffentlichen Interesse an der Aufgabenerfüllung durch die betrauten Unternehmen und dem Interesse an der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts ausgeglichen werden.⁴⁰

Obwohl sich der Wortlaut nur auf Unternehmen bezieht, gilt Art. 86 Abs. 2 EG, der im Zusammenhang mit Art. 86 Abs. 1 EG zu lesen ist, hinsichtlich der Maßnahmen, die ein Mitgliedstaat unter Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 EG i.V.m. Art. 82 EG in Bezug auf öffentliche Unternehmen trifft, auch für die Mitgliedstaaten.⁴¹

Eine Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG setzt voraus, dass ein staatlicher Glücksspielveranstalter mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist oder den Charakter eines Finanzmonopols hat.

b) Können ordnungsrechtliche oder soziale Gründe als allgemeine wirtschaftliche Interessen angesehen werden?

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zeichnen sich dadurch aus, dass sie im öffentlichen Interesse auch dann erbracht werden müssen, wenn sie für das Unternehmen nach der Marktlage nicht lohnend sind.⁴² Hierunter fallen insbesondere sog. Universaldienste, die beispielsweise im Telekommunikationsbereich zur flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit bestimmten Dienstleistungen zu erbringen sind, ohne dass die Wirtschaftlichkeit jeder einzelnen Leistung gewährleistet ist. Dies ist etwa der Fall bei der Errichtung eines umfassenden Telefonnetzes auch in entlegenen Regionen oder der Verteilung von Postsendungen zu gleichen Preisen innerhalb eines ganzen Staates.⁴³

Die von staatlichen Glücksspielveranstaltern erbrachten Dienstleistungen sind mit solchen Universaldienstleistungen nicht vergleichbar. Die im Allgemeininteresse liegenden Ziele der Veranstaltung von Glücksspielen durch landeseigene Monopolunternehmen sind vielmehr ordnungsrechtlicher Natur: So wird die in Deutschland bestehende Zulassungsbeschränkung grundsätzlich durch die öffentliche Aufgabe bestimmt, das illegale Glücksspiel um Geld einzudämmen und dem nicht zu unterdrückenden Spieltrieb des Menschen seriöse, staatlich überwachte Betätigungsmöglichkei-

ten zu verschaffen.⁴⁴ Möglicherweise können im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG auch solche ordnungsrechtlichen Aspekte Beachtung finden. Sofern im allgemeinen Interesse liegende Gründe des Verbraucherschutzes oder der öffentlichen Sicherheit mit wirtschaftlichen Interessen verbunden sind, kann es in Betracht kommen, diese bei der Prüfung der Ausnahmebestimmung des Art. 86 Abs. 2 EG zu berücksichtigen. Zwar widerspricht es dem Wortlaut des Art. 86 Abs. 2 EG, in dem von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse die Rede ist, wenn zur Rechtfertigung von staatlich eingeräumten Monopolstellungen allein auf ordnungsrechtliche oder auch soziale Gründe abgestellt wird.⁴⁵ Dennoch hat der EuGH in der Rechtssache *Corsica Ferries France* zur Rechtfertigung des ausschließlichen Rechts zur Sicherstellung des allgemeinen Festmacherdienstes in den Häfen von Genua und La Spezia maßgeblich auf Gründe der öffentlichen Sicherheit abgestellt.⁴⁶ In weiteren Urteilen hat der Gerichtshof Art. 86 Abs. 2 EG darüber hinaus auch als Instrument der Sozialpolitik anerkannt.⁴⁷

Die Bedeutung des Art. 86 Abs. 2 EG wird damit durch den EuGH ausgedehnt, indem diese Vorschrift als allgemeine Grundlage zur Lösung von Interessenskollisionen zwischen den Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags und öffentlichen Interessen der Mitgliedstaaten herangezogen wird. Auf dieser Grundlage können auch die ordnungsrechtlichen Gründe für eine restriktive Marktzugangsregelung im Glücksspielbereich als allgemeine wirtschaftliche Interessen i.S. des Art. 86 Abs. 2 EG betrachtet werden. Ein Unternehmen, welches zur Verfolgung dieser im Allgemeininteresse liegenden Ziele tätig wird, nimmt daher eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wahr.

c) Werden die Ziele der Einschränkung des Glücksspiels und der Bekämpfung der Spielsucht in der derzeitigen Ausgestaltung von staatlichen Glücksspielanbietern effektiv verfolgt?

Jedoch hat das BVerfG in seinem Urteil vom 28. 3. 2006 festgestellt, dass das Ziel der Einschränkung des Glücksspiels und der Bekämpfung der Spielsucht von staatlichen Glücksspielanbietern in der derzeitigen Ausgestaltung in der Praxis nicht effektiv verfolgt wird. Vor allem der Vertrieb (der im konkreten Fall relevanten Sportwette ODD-SET) richtet sich dem Gericht zufolge nicht aktiv an einer Bekämpfung von Spielsucht und problematischem Spielverhalten aus. Das tatsächliche Erscheinungsbild entspreche vielmehr dem der wirtschaftlich effektiven Vermarktung einer grundsätzlich unbedenklichen Freizeitbeschäftigung.⁴⁸

39 Vgl. EuGH Rs. 27/76, *United Brands* (Fn. 18), Rdnr. 24; *Weiß* (Fn. 32), Art. 82 EGV, Rdnr. 68 ff.

40 Vgl. *Pernice/Wernicke*, in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 15), Art. 86 EGV, Rdnr. 55.

41 EuGH, 19. 5. 1993 – Rs. C-320/91, *Corbeau*, Slg. 1993, I-2533, EWS 1994, 251, Rdnrn. 13 f.; 23. 10. 1997 – Rs. C-157/94, *Kommission/Niederlande*, Slg. 1997, I-5699, Rdnr. 32.

42 Vgl. *Jung*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 32), Art. 86, Rdnr. 38; *Pernice/Wernicke*, in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 15), Art. 86 EGV, Rdnr. 37.

43 In Bezug auf die Verteilung von Post siehe EuGH Rs. C-320/91, *Corbeau* (Fn. 41), Rdnr. 15; hinsichtlich des Betriebs eines öffentlichen Fernmeldenetzes EuGH, 13. 12. 1991 – Rs. C-18/88, *GB-Inno-BM*, Slg. 1991, I-3261, RIW 1992, 412, Rdnr. 16.

44 Diese öffentliche Aufgabe verliert auch nicht deswegen ihren Charakter, weil die staatlichen Stellen in der Bundesrepublik Deutschland diese Aufgabe – wie gezeigt – nur unzureichend verfolgen.

45 *Koenig*, EWS Beilage 1/2001, 1 ff.

46 EuGH Rs. 18/93, *Corsica Ferries France* (Fn. 33), Rdnrn. 45 und 60.

47 Siehe etwa EuGH, 21. 9. 1999 – Rs. C-67/96, *Albany*, Slg. 1999, I-6025, Rdnrn. 103 ff.; 21. 9. 1999 – Rs. C-219/97, *Maatschappij Drijvende Bokken BV*, Slg. 1999, I-6121, Rdnr. 97.

48 BVerfG, 28. 3. 2006 – 1 BvR 1054/01, NJW 2006, 1261, Rdnr. 134.

auch das Bundeskartellamt beschreibt in seinem Beschluss vom 23. 8. 2006 die Maßnahmen der Lottogesellschaften als unzureichend:

[...] Die Lottogesellschaften sind bei ihrer Tätigkeit [...] nach dem 4. Lotteriestaatsvertrag dazu verpflichtet, Minderjährige zu schützen und bei ihrer Tätigkeit übermäßige Spielanreize zu verhindern [...].⁴⁹

Dennoch beschränken sich dem Kartellamt zufolge ihre Maßnahmen

[...] derzeit darauf, die spielinteressierten Verbraucher über kostenlose Faltschlüssel in den Lotto-Annahmestellen⁵⁰ und über kurze Hinweise im Internet über die Definition und die typischen Verhaltenserscheinungen der Spielsucht zu informieren und einen kurzen Selbsttest hierzu anzubieten.⁵¹ Für weitere Informationen oder Beratungen wird auf telefonisch erreichbare Hotlines Dritter, wie beispielsweise von der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung oder der Landesfachstelle Glücksspielrecht in Nordrhein-Westfalen verwiesen [...].⁵²

Tatsächlich gewährleistet werden nur die Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Spielablaufs mit garantierter Gewinnausschüttung, eine faire Behandlung der Wettenden sowie die Förderung gemeinnütziger Zwecke durch eine Abschöpfung des Reinertrags einer jeden Veranstaltung. Diese Punkte stellen zwar im Allgemeininteresse liegende Zwecke dar. Allein durch die Erfüllung dieser Pflichten wird die Veranstaltung von Glücksspielen aber nicht zu einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.

d) Kann die Betrauung durch öffentlich-rechtliche Konzession oder durch privatrechtlichen Geschäftsbesorgungsvertrag erfolgen?

Geht man entgegen der hier vertretenen Auffassung davon aus, dass die staatlichen Glücksspielveranstalter Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wahrnehmen, so müssen sie gemäß Art. 86 Abs. 2 EG zudem mit diesen Dienstleistungen betraut worden sein.

Eine Betrauung setzt einen Akt der öffentlichen Gewalt voraus, durch den das Unternehmen mit der Erbringung der Dienstleistung beauftragt wird.⁵³ Der Hoheitsakt könnte in der Übertragung der Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebots als ordnungsrechtliche Aufgabe durch § 5 Abs. 1 LotStV liegen. Aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich, dass der erforderliche hoheitliche Akt auch in Form einer öffentlich-rechtlichen Konzession erfolgen kann.⁵⁴

[...] Zwar kann ein Unternehmen nur dann mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse i.S. des Art. 90 Abs. 2 EG-Vertrag betraut sein, wenn die Betrauung durch hoheitlichen Akt erfolgt (siehe Urteile vom 21. 3. 1974 in der Rechtssache 127/73, BRT, Slg. 1974, 313, Rdnr. 20, und vom 11. 4. 1989 in der Rechtssache 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, Slg. 1989, 803, Rdnr. 55).

Erforderlich ist jedoch nicht, dass es sich um eine Rechtsvorschrift handelt. Der Gerichtshof hat bereits anerkannt, dass ein Unternehmen mit allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch eine öffentlich-rechtliche Konzession betraut werden kann (siehe Urteil Almelo, Rdnr. 47). [...]"

Das Bundeskartellamt hat in seinem Beschluss vom 23. 8. 2006⁵⁵ den erforderlichen Betrauungsakt für manche Lottogesellschaften ausgeschlossen, weil die Beauftragung mit der Durchführung der Lotterien und Sportwetten zum Teil durch privatrechtliche Geschäftsbesorgungsverträge erfolgt (z. B. Lotto Hessen, Lotto Baden-Württemberg).

e) Würde die Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts die Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben verhindern?

Letztlich kann diese Frage dem Bundeskartellamt zufolge aber offen bleiben, da jedenfalls nicht festgestellt werden kann, dass eine Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des EG-Vertrages die Erfüllung der im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben des jeweiligen Unternehmens rechtlich oder tatsächlich verhindert.⁵⁶

„[...] Da Art. 86 Abs. 2 eine eng auszulegende Ausnahmevorschrift darstellt, müsste der Ausschluss des Wettbewerbsrechts zur Erfüllung der übertragenen Gemeinwohlaufgabe unbedingt erforderlich sein [...].“

Ein Konflikt zwischen Wettbewerbsrecht und Aufgabenerfüllung könnte allenfalls darin bestehen, dass ein Wettbewerbsverhalten zwischen den Glücksspielveranstaltern entstehen könnte, das etwa durch aggressive Werbemaßnahmen die ordnungsrechtliche Zielsetzung unterlaufen könnte.

Hierzu hat das Bundeskartellamt ausgeführt, dass als geeignetes Mittel zur Beseitigung dieses Konflikts ordnungsrechtliche Aufsichtsmaßnahmen heranzuziehen sind; selbst wenn man eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Lottogesellschaften ebenfalls als geeignetes Mittel zur Erreichung der ordnungsrechtlichen Ziele ansehen wolle, wäre sie angesichts der wettbewerbsrechtlich neutralen Möglichkeit der Konfliktbeseitigung, etwa durch diskriminierungsfrei anzuwendende Werbeverbote, jedenfalls nicht erforderlich.⁵⁷ Daher wird die Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben bei Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln nicht verhindert.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man die Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Rechtssache *Höfner u. Elser/Macroton*⁵⁸ zugrunde legt. In diesem Urteil vom 23. 4. 1991 hat der EuGH die Frage nach dem Vorliegen des Ausnahmezustands des Art. 86 Abs. 2 EG mit der Frage nach einer effizienten Aufgabenerfüllung durch das öffentlich-rechtliche Monopol verbunden:

„So kann die Anwendung des Art. 86 EWG-Vertrag [Art. 82 EG] die Erfüllung der dieser Anstalt übertragenen besonderen Aufgabe nicht verhindern, wenn die Anstalt offenkundig nicht in der Lage ist, die Nachfrage auf dem Markt nach solchen Leistungen zu befriedigen ...“⁵⁹

Nach dem Urteil des BVerfG vom 28. 3. 2006 sowie dem Beschluss des Bundeskartellamts vom 23. 8. 2006 verfolgen staatliche Anbieter das ihnen aufgegebenen Ziel der Bekämpfung der Spielsucht zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht in der gebotenen effektiven Art und Weise. Statt die Spielsucht

49 Beschluss des Bundeskartellamts (Fn. 2), Rdnr. 570.

50 Siehe hierzu das in den Lotto-Annahmestellen in Nordrhein-Westfalen ausliegende Faltschlüssel „Informationen zur Spielsucht“, Bl. 3524 f. d.A.

51 Siehe hierzu die gemeinsame Initiative „Spielen mit Verantwortung“ von Lotto Bayern, Lotto Hessen, Lotto Mecklenburg-Vorpommern, Lotto Rheinland-Pfalz, Lotto Saarland, Lotto Sachsen, Lotto Sachsen-Anhalt sowie Lotto Thüringen, http://lotto-bw.multamedio.de/html/spiele_n_mit_verantwortung/spielen-mit-verantwortung.html (Stand: 7. 10. 2006); Bl. 3898 ff. d.A.

52 Beschluss des Bundeskartellamts (Fn. 2), Rdnrn. 573, 574.

53 Vgl. Grill, in: Lenz (Fn. 32), Art. 86 EGV, Rdnr. 25; Pernice/Wernicke in: Grabitz/Hilf (Fn. 15), Art. 86 EGV, Rdnr. 42.

54 EuGH, 23. 10. 1997 – Rs. C-159/04, Kommission/Frankreich, Slg. 1997 I-5815, Rdnrn. 65 f.; – Rs. C-292/92, Almelo, Slg. 1994, I-1477, Rdnr. 47.

55 Beschluss des Bundeskartellamts (Fn. 2), Rdnr. 568.

56 Beschluss des Bundeskartellamts (Fn. 2), Rdnrn. 569 ff.

57 Beschluss des Bundeskartellamts (Fn. 2), Rdnr. 570.

58 EuGH Rs. C-41/90, Höfner u. Elser (Fn. 34), Rdnr. 25.

59 EuGH Rs. C-41/90, Höfner u. Elser (Fn. 34), Rdnr. 25.

und die damit verbundenen sozialschädlichen Folgen einzudämmen, werden Glücksspiele als grundsätzlich unbedenkliche Freizeitbeschäftigung wirtschaftlich effektiv vermarktet und potentielle Kunden durch nahezu überall auffallende und prägnante Werbung zum Spielen ermuntert. Eine effiziente Aufgabenerfüllung durch eine konsequente Bekämpfung der Spielsucht und Bekämpfung der Spielleidenschaft findet somit nicht statt. Daher wird die Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben der Spielsuchtbekämpfung und der Spielsuchtprävention bei Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln nicht verhindert. Da die Voraussetzungen von Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG bereits nicht erfüllt sind, bedarf es keines Rückgriffs auf Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG.

4. Ergebnis: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Die Aufrechterhaltung des ausschließlichen Rechts zum Veranstalten von Glücksspielen zugunsten staatlicher An-

bieter verstößt in der derzeit geltenden Form gegen das auch öffentlich privilegierte Monopolunternehmen (Art. 86 Abs. 1 EG) treffende Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 82 EG).

III. Fazit

Der Missbrauchstatbestand des Art. 82 EG ist nach der Rechtsprechung des EuGH als erfüllt anzusehen, wenn ein Monopol aufrechterhalten wird, das nicht in der Lage ist, die mit der Monopolstellung gesetzlich verbundenen Versorgungs- und Allokationsaufgaben auch tatsächlich zu erfüllen. Übertragen auf die vorliegende Konstellation ist Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EG verletzt, da das geltende Glücksspielmonopol die an seine Rechtfertigung gestellten Anforderungen und Aufgaben dauerhaft nicht zu erfüllen vermag und trotzdem – trotz mangelhafter Aufgabenerfüllung – aufrechterhalten wird.