

Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EuZW 2/2007

24. Januar · 18. Jahrgang 2007 · Seite 33 – 64

Schriftleitung: Rechtsanwältin *Annette Schulze-Lauda*, Frankfurt a. M.

Gastkommentar

Verspielen die Mitgliedstaaten ihr gemeinschaftsrechtliches Monopolglück?

Die mitgliedstaatlichen Glücksspielmonopole geraten immer stärker in Bedrängnis. Mit Blick auf die Grundfreiheiten lassen sich folgende Grundsätze aus der Rechtsprechung des *EuGH* destillieren: Das Veranlassen von Glücksspielen fällt ebenso wie deren Vermittlung – sofern beides in grenzüberschreitender Weise geschieht – jedenfalls in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit; nach Umständen des Einzelfalls kann auch die Niederlassungsfreiheit betroffen sein. Die Auswirkungen der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten auf den Bestand der mitgliedstaatlichen Glücksspielmonopole sind Gegenstand zahlreicher Verfahren vor mitgliedstaatlichen und europäischen Gerichten.

Weitgehend unberücksichtigt geblieben ist jedoch die Frage, inwieweit nationale Regelungen zur Aufrechterhaltung eines Glücksspielmonopols in Widerspruch zu EG-Wettbewerbsrecht stehen. Dabei drängt sich aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive die Frage geradezu auf, ob nicht die mitgliedstaatlichen Regelungen in Widerspruch zu Art. 86 I EG i. V. mit Art. 82 EG stehen. Zur Frage, ob durch die Einräumung des ausschließlichen Rechts zugunsten staatlicher Anbieter ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des Art. 82 EG bewirkt wird, hat der *EuGH* bereits im Jahr 1991 in der Rechtssache *Höfner u. Elser/Macroton* (Urt. v. 23. 4. 1991 – C-41/90, Slg. 1991, I-1979 = *EuZW* 1991, 349) Stellung genommen. Der *Gerichtshof* musste hier im Wege einer Vorabentscheidung über das deutsche Arbeitsvermittlungsmittelmonopol befinden. Der Missbrauchstatbestand ist dem *EuGH* zufolge als erfüllt anzusehen, wenn ein Monopol aufrechterhalten wird, das nicht in der Lage ist, die mit der Monopolstellung gesetzlich verbundenen Versorgungs- und Allokationsaufgaben tatsächlich zu erfüllen. Übertragen auf die vorliegende Konstellation ist Art. 86 I EG i. V. mit Art. 82 EG verletzt, wenn das Glücksspielmonopol die an seine Rechtfertigung gestellten Anforderungen dauerhaft nicht zu erfüllen vermag und trotzdem – trotz mangelhafter Aufgabenerfüllung – aufrechterhalten wird.

Für die Monopolisierung im Glücksspielbereich werden ordnungspolitische Gründe angeführt: Das illegale Glücksspiel um Geld soll eingedämmt und der nicht zu unterdrückende Spieltrieb der Menschen kontrolliert werden. Doch statt effizienter Bekämpfung der Spielsucht werden unter dem Deckmantel des Allgemeininteresses Einnahmen mittels breit angelegter Werbung, in der die Kunden zum Spielen angereizt und ermuntert werden, gesichert. Der Begriff des „Allgemeininteresses“ scheint dabei zumindest auch die Finanzierung von Haushaltslöchern einzuschließen. Auch das *BVerfG* (*NJW* 2006, 1261) und das Bundeskartellamt (B 10 – 92 713 – Kc – 148/05) vertreten die Auffassung, dass nicht in ausreichendem Maße dafür Sorge getragen wird, dass die fiskalischen Interessen hinter den das Monopol rechtfertigenden Zielen zurücktreten. Die mit der Monopolrechtfertigung begründete Aufgabe wird demgemäß nicht in der gebotenen Art und Weise erfüllt, so dass ein Missbrauch i. S. von

Art. 86 I EG i. V. mit Art. 82 EG vorliegt, der den zwischenstaatlichen Handel massiv dadurch beeinträchtigt, dass der Markt für Glücksspiele abgeschottet wird.

Doch nach Art. 86 II EG gelten für Finanzmonopole und Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, die Wettbewerbsregeln, „so weit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“. Dass die Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften die Wahrnehmung der im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe der Spielsuchtbekämpfung gefährden könnte, ist allerdings nicht zu befürchten. Da Art. 86 II EG als Ausnahmevorschrift eng auszulegen ist, müsste der Ausschluss des Wettbewerbsrechts zur Erfüllung der Gemeinwohlaufgabe zumindest erforderlich sein. Hierzu hat das Bundeskartellamt ausgeführt, dass als geeignetes Mittel zur Beseitigung des Konflikts zwischen Wettbewerbsrecht und Aufgabenerfüllung ordnungsrechtliche Aufsichtsmaßnahmen als wettbewerbsrechtlich neutrale Möglichkeiten der Konfliktbeseitigung heranzuziehen sind. Als Alternativen zur Ausschaltung privater Glücksspielanbieter sind beispielsweise eine diskriminierungsfrei anzuwendende Kontrolle der Spielabläufe sowie eine Deckelung der Gewinne denkbar. Der Ausschluss des Wettbewerbsrechts ist daher nicht erforderlich und die Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben wird bei Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln nicht „verhindert“.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man die Rechtsprechung des *EuGH* zugrunde legt. In der Rechtssache *Höfner u. Elser/Macroton* hat der *EuGH* die Frage nach dem Vorliegen des Ausnahmetatbestands des Art. 86 II EG mit der Frage nach einer effizienten Aufgabenerfüllung verbunden. Eine effiziente Aufgabenerfüllung durch eine konsequente Bekämpfung der Spielsucht findet jedoch derzeit in den Mitgliedstaaten nicht statt. Damit bleibt es dabei, dass die Voraussetzungen der Ausnahmevorschrift des Art. 86 II EG nicht erfüllt sind.

Im Ergebnis ist daher das scheinheilige Vorgehen der Mitgliedstaaten nicht mit den Vorgaben der Art. 86 I EG i. V. mit Art. 82 EG vereinbar. Die Mitgliedstaaten verhalten sich EG-wettbewerbswidrig, um Einnahmen für notorisch leere Kassen zu sichern, und verpassen dabei die Chance, den bereits entstandenen Markt effektiv zu regulieren. Hier könnte und sollte Deutschland durch eine am Gleichheits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte Regulierung eine Vorreiterfunktion übernehmen und den Weg für eine duale Glücksspielordnung ebnen, in der sowohl öffentliche als auch private Anbieter aufgrund einer an den Zielen der Suchtprävention und -bekämpfung ausgerichteten Regulierung zugelassen werden. Anderenfalls könnte im laufenden Vertragsverletzungsverfahren das Monopolglück auch gemeinschaftsrechtlich bald verspielt sein.

Professor Dr. Christian Koenig, LL. M. (LSE), Bonn