

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
CLAUS GULMANN

vom 16. Dezember 1993 *

*Herr Präsident,
meine Herren Richter!*

die Erlaubnis davon abhängig gemacht werden, daß der Gewinn aus den Glücksspielen gemeinnützigen Zwecken oder der Staatskasse zugute kommt.

1. In den Rechtssystemen aller Mitgliedstaaten besteht ein grundsätzliches Verbot von Lotterien und anderen Formen des Glücksspiels. Die Begründungen hierfür sind weitgehend die gleichen. Es handelt sich um Tätigkeiten, die aus moralischen und sozialen Gründen nicht zugelassen werden sollen. Die Bürger sollen vor den möglichen Gefahren der Spielleidenschaft geschützt werden. Dieser Bereich ist sehr anfällig für Kriminalität.

Gleichzeitig bestehen jedoch in allen Mitgliedstaaten in mehr oder weniger großem Umfang Ausnahmen von dem Verbot. Begründet wird dies damit, daß es zweckmäßig sein könne, Glücksspiele in gewissem Umfang zuzulassen, teils um dem Spieltrieb der Bürger entgegenzukommen, teils um die Veranstaltung illegaler Glücksspiele zu verhindern. Für die erlaubten Formen des Glücksspiels können Voraussetzungen aufgestellt werden, so daß die Kriminalitätsgefahr begrenzt ist. Außerdem kann, was in allen Mitgliedstaaten von großer Bedeutung ist,

2. Das Lotteriewesen, um das es in der vorliegenden Sache geht, ist dadurch gekennzeichnet, daß in den meisten Mitgliedstaaten eine oder mehrere große landesweite Lotterien bestehen, die entweder unmittelbar von der öffentlichen Hand oder unter strenger öffentlicher Kontrolle betrieben werden; darüber hinaus gibt es Vorschriften, nach denen kleinere örtliche Lotterien unter bestimmten Voraussetzungen, u. a. namentlich hinsichtlich der Verwendung des Gewinns, zugelassen werden. Gleichzeitig bestehen nach den vorliegenden Angaben in den Mitgliedstaaten ein Verbot oder erhebliche Beschränkungen in bezug auf Tätigkeiten ausländischer Lotterien¹.

Der Binnenmarkt ist also im Lotteriebereich keine Wirklichkeit. Die großen landesweiten Lotterien besitzen ausschließliche Rechte und sind weitgehend gegen die Konkurrenz ausländischer Lotterien geschützt.

* Originalsprache: Dänisch.

1 — Siehe hierzu Vorlagebeschluß unter 41.

3. Die vorliegenden Sache gibt dem Gerichtshof Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen, ob die Vorschriften des EWG-Vertrags in diesem Bereich anwendbar sind, und gegebenenfalls inwieweit die Beschränkungen, die für die Tätigkeiten ausländischer Lotterien gelten, nach dem Vertrag rechtmäßig sind.

6. Diese Angaben sind namentlich einem von der Kommission veröffentlichten Bericht über Glücksspiele im Binnenmarkt² entnommen. Der Bericht, der hervorhebt, daß gegenüber den aufgeführten Zahlen für 1989 Vorsicht geboten sei, teilt den Glücksspielmarkt in eine Reihe Teilmärkte auf, die am Gesamtmarkt der Gemeinschaft folgende Anteile hätten:

Die Rechtssache ist somit von erheblichem praktischen und grundsätzlichen Interesse, und alle Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Italien haben denn auch Erklärungen eingebracht.

— Staatslotterien und ähnliche Tätigkeiten	36 %
— Rennwetten und ähnliche Tätigkeiten	31 %
— Spielbanken	17 %
— Spielautomaten	11 %
— Bingo u. a.	5 %

4. Die Vorlagefrage, die der Gerichtshof zu beantworten hat, stellt sich in einem Rechtsstreit, in dem ein britisches Gericht entscheiden muß, ob die Beschlagnahme von Werbematerial über eine ausländische Lotterie aufgrund der britischen Rechtsvorschriften, die zum damaligen Zeitpunkt — als es also noch keine große landesweite Lotterie im Vereinigten Königreich gab — Lotterien, abgesehen von bestimmten örtlichen Lotterien, verboten, nach dem Gemeinschaftsrecht rechtmäßig war.

Zu den Glücksspielen in den Mitgliedstaaten und zur Regelung ihrer Veranstaltung

5. Es mag zweckmäßig sein, diese einleitenden Bemerkungen um einige kurze Angaben über die verschiedenen Formen von Glücksspielen in den Mitgliedstaaten und die Regelung ihrer Veranstaltung zu ergänzen.

2 — Gambling in the Single Market — A Study of the Current Legal and Market Situation, Bd. 1-3, Juni 1991. Der Bericht wurde für die Kommission von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Coopers & Lybrand ausgearbeitet und ist angeblich „nicht unbedingt Ausdruck des offiziellen Standpunkts der Kommission“.

Der Bericht beruht auf einer Trennung von Glücksspiel und Wette. Wette wird definiert als Spiel, bei dem Geld auf die Wahrscheinlichkeit des Ausgangs eines bestimmten Ereignisses gesetzt wird. Die Wette setzt ein gewisses Maß an Einsicht in dem betreffenden Bereich voraus. Spiel wird dagegen als eine Tätigkeit definiert, bei dem Geld auf den Ausgang eines bestimmten Ereignisses gesetzt wird, ohne daß irgendeine Einsicht in die betreffenden Umstände vorliegt. Deshalb heißen die letztgenannten Spiele Glücksspiele. Lotterien sind Glücksspiele.

Der Gesamtumsatz, d. h. die Summe der Einsätze für legale Spiele, wird auf etwas mehr als 45 Milliarden ECU veranschlagt.

— Frankreich	16,0 %
--------------	--------

— Italien	11,0 %
-----------	--------

7. Nach diesem Bericht bestehen in den einzelnen Mitgliedstaaten große Unterschiede zwischen den Glücksspielmärkten.

— Vereinigtes Königreich (vermutlich nur Football pools)	6,0 %
-------------------------------------------------------------	-------

Aufgrund dieser nationalen Unterschiede hielten z. B. das Vereinigte Königreich und Frankreich auf diesem Markt bei Rennwetten einen Anteil von 55 % bzw. 30 % des Gesamtmarkts der Gemeinschaft, während der Lotteriemarkt³ — für den der Bericht nur die Zahlen für die großen landesweiten Lotterien berücksichtigt, dafür aber die Zahlen für die Fußball- und anderen Sportwetten (Toto/Football pools) einbezieht — in folgende nationale Märkte aufgeteilt war:

— Deutschland	28,5 %
---------------	--------

— Spanien	26,0 %
-----------	--------

3 — Lotterien sind dadurch gekennzeichnet, daß die Einsätze in einen Topf fließen und hohe Gewinne niedrigen Einsätzen gegenüberstehen. Der Lotteriemarkt wird heutzutage vom Lotto beherrscht. Klassenlotterien — wie auch Lotterien im allgemeinen — beruhen auf dem Verkauf numerierter Lose, wonach ein oder mehrere Gewinnnummern gezogen werden. Bei Klassenlotterien nehmen die Spieler an mehreren Ziehungen (Klassen) mit einem Los teil. In jeder Klassenlotterie sind die einzelnen Regeln hinsichtlich der Zahl der Auslosungen u. a. in den einzelnen Klassen festgelegt. Es gibt andere Formen von Lotterien. Hier sind die „Sofortlotterien“ zu nennen, d. h. Lotterien, bei denen „die Ziehung“ sofort in der Weise vorgenommen wird, daß der Spieler z. B. durch „Rubbeln“ auf dem Los unmittelbar sehen kann, ob er gewonnen hat. Nach dem Bericht setzt sich der Markt für Lotterien und ähnliche Tätigkeiten wie folgt zusammen: „klassische“ Lotterien 25 %, Lotto 46 %, Toto (Sportwette) 22 % und „Sofortlotterien“ 6 %.

8. Der Bericht weist auch darauf hin, daß der Glücksspielmarkt sich aus äußerst unterschiedlichen nationalen Märkten zusammensetzt und dies Ausdruck der verschiedenen nationalen Traditionen und Vorlieben sowie unterschiedlicher nationaler gesetzlicher Regelungen sei⁴.

9. Dem Bericht zufolge muß der Glücksspielmarkt heutzutage nicht zuletzt als eine wichtige Einnahmequelle der Staaten angesehen werden.

4 — Bericht Bd. 1, S. 3.

Dies wird auch im Lotteriebereich sehr deutlich. Aus dem Bericht und auch aus den Erklärungen in der vorliegenden Sache ergibt sich, daß die Staaten den Gewinn aus den Lotterien entweder selbst behalten (er fließt in die öffentlichen Kassen) oder verlangen, daß er für gemeinnützige Zwecke verwendet wird (eventuell nachdem von dem Gewinn Abgaben an die Staatskasse gezahlt worden sind). In einigen Mitgliedstaaten müssen die Gewinner eine Gewinnsteuer entrichten. Nach den vorliegenden Erklärungen sind landesweite Lotterien, die auf kommerzieller Grundlage betrieben werden, d. h. von privaten Veranstaltern, die selbst über den Gewinn verfügen können, nicht erlaubt.

Wieviel vom Gesamtumsatz als Gewinn der Staatskasse zufließen oder für gemeinnützige Zwecke verwendet werden muß, variiert bis zu einem gewissen Grad von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat. Es handelt sich jedoch in allen Fällen um einen relativ großen Teil des Gesamtumsatzes, der normalerweise zwischen 25 % und 40 % liegt.

10. Auch wenn das Grundprinzip in allen Mitgliedstaaten gleich ist — Lotterien sind verboten, es sei denn, daß sie besonders genehmigt worden sind oder die allgemeinen Voraussetzungen für eine bestimmte, in der Regel örtliche Tätigkeit erfüllen —, bestehen doch erhebliche Unterschiede, soweit es darum geht, wem die Genehmigung erteilt wird. Wie gesagt werden in mehreren Mitgliedstaaten die großen landesweiten

Lotterien entweder vom Staat selbst oder von Staatsunternehmen betrieben. Lotterien können auch in Konzession an Unternehmen vergeben werden, deren Aufgabe es ist, die Lotterie im Namen der öffentlichen Hand durchzuführen. Schließlich gibt es in mehreren Mitgliedstaaten Beispiele dafür, daß Lotterien auch landesweit von Wohlfahrtsinstitutionen veranstaltet werden können, die ihre Tätigkeit u. a. mit den aus den Lotterien erzielten Gewinnen finanzieren.

11. Nach dem Bericht der Kommission⁵ werden Lose in zwar begrenztem — aber aufgrund der technischen Entwicklung steigenden — Maße über die Grenzen hinweg verkauft. Dies gelte namentlich für den Verkauf von Losen der deutschen Klassenlotterien nach Belgien, Dänemark, Holland und Luxemburg. In dem Bericht wird hervorgehoben, daß der britische Markt besonders interessant für ausländische Lotterieveranstalter sei, da dort bisher keine Möglichkeit bestanden habe, an großen Lotterien teilzunehmen. Es wird angenommen, daß die grenzüberschreitende Spieltätigkeit ein „marktbedingtes Phänomen“ sei, da die Verbraucher in erster Linie durch die Höhe der Prämien angezogen würden.

12. Der britische Lotteriemarkt unterschied sich bis jetzt von den Lotteriemärkten in den anderen Mitgliedstaaten.

5 — Bd. 1, S. 3 und S. 18.

Die britischen Rechtsvorschriften enthalten ein allgemeines Verbot von Lotterieveranstaltungen. Von diesem Verbot werden Ausnahmen nur bei bestimmten örtlichen Lotterien gemacht, die entweder von Gemeinden oder Vereinigungen u. a. veranstaltet werden und deren Gewinn gemeinnützigen Zwecken („good causes“) zufließt.

Als Folge davon konnten keine landesweiten Lotterien abgehalten werden, und der Verkauf von Losen ausländischer Lotterien und deren Vermarktung war ebenfalls verboten ⁶.

13. Dieser Rechtszustand, der bis zu dem in der vorliegenden Sache maßgeblichen Zeitpunkt (April 1990) galt, hat sich nun in wichtigen Punkten geändert. Auf der Grundlage eines „Weißbuchs“ vom März 1992 ⁷ wurde am 21. Oktober 1993 ein Gesetz über die Errichtung einer staatlichen Lotterie (National Lottery etc. Act 1993) erlassen, die von einem Konzessionsinhaber unter öffentlicher Kontrolle betrieben werden und deren Gewinn gemeinnützigen Zwecken zugeführt werden soll. Die Rechtsvorschriften sind im übrigen in der Weise geändert worden, daß Lose für Lotterien in anderen Mitgliedstaaten eingeführt werden dürfen, doch besteht weiterhin ein Verbot zumindest bestimmter Formen der Förderung (Promotion) ausländischer Lotterien.

6 — In der mündlichen Verhandlung hat die britische Regierung darauf hingewiesen, daß es Privatpersonen nicht verboten gewesen sei, Lose für den Eigengebrauch zu kaufen und sie in das Vereinigte Königreich einzuführen.

7 — *A National Lottery — Raising Money for Good Causes*, Cm 1861, London, März 1992.

Wie sich aus dem Weißbuch ergibt, sind diese Änderungen u. a. vor dem Hintergrund der technischen Entwicklung zu sehen, die in weitem Maße grenzüberschreitende Lotterietätigkeiten ermöglicht und zugleich die Durchsetzung eines Verbots solcher Tätigkeiten erschwert ⁸.

Hintergrund und Inhalt der Vorabentscheidungsfrage

14. Gerhart Schindler, der zusammen mit seinem Bruder Jörg die selbständige Tätigkeit eines Bevollmächtigten der Süddeutschen Klassenlotterie ausübt, versandte im Jahr 1990 von den Niederlanden aus etwa 20 000 Briefe als Massenerlieferung, die individuell an Privatpersonen adressiert waren, die ihren Wohnsitz im Vereinigten Königreich hatten. Jeder Brief enthielt ein Schreiben, mit dem der Empfänger zur

8 — In dem Weißbuch heißt es folgendermaßen:

„8. In der letzten Zeit hat die Besorgnis, welche möglichen Auswirkungen Lotterien aus anderen EG-Ländern nach der Einführung des Binnenmarkts zum 1. Januar 1993 haben werden, der Debatte über eine staatliche Lotterie erneut Nahrung gegeben. ...

9. Selbst wenn das gesetzliche Verbot ausländischer Lotterien aufrechterhalten wird, wird es, wie die Regierung einräumt, doch zunehmend schwieriger, das Verbot in der Praxis durchzusetzen. Wenn es keine staatliche Lotterie gibt, wird der Markt des Vereinigten Königreichs für Lotterien aus anderen Ländern innerhalb und außerhalb der EG weiterhin interessant sein.

10. Es ist zweifellos richtig, daß es aufgrund der modernen Technologie zunehmend schwieriger sein wird, die Bevölkerung davon abzuhalten, Werbung zu sehen und an ausländischen Lotterien teilzunehmen. ... Viele ausländische Fernsehsendungen können über Satellit empfangen werden. Billigere Nachrichtenübermittlung und neue Formen der Bezahlung können mit der Zeit dazu führen, daß es genauso leicht ist, an einer ausländischen Lotterie teilzunehmen wie zu telefonieren. Die britische Öffentlichkeit wird dann an Lotterien teilnehmen können, deren Vorteile den Bewohnern anderer Länder zufließt, nicht aber ihnen selbst.“

Teilnahme an der 87. Süddeutschen Klassenlotterie aufgefördert wurde, ferner Anmeldeformulare und einen Rückumschlag, auf dem eine Adresse in den Niederlanden vorgedruckt war⁹.

15. Die britischen Zollbehörden beschlagnahmten sämtliche Schreiben und Anmeldeformulare mit der Begründung, daß das Material unter Verstoß gegen geltendes Recht in das Vereinigte Königreich eingeführt worden sei. Sie erhoben Klage gegen Gerhart und Jörg Schindler wegen Feststellung, daß die Beschlagnahme, gegen die die Brüder Einspruch eingelegt hatten, rechtmäßig gewesen ist.

16. Der High Court of Justice, Queen's Bench Division, hat gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag sechs Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.

9 — Die Süddeutsche Klassenlotterie ist eine öffentliche Einrichtung, die von vier deutschen Bundesländern, Bayern, Hessen, Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz, errichtet wurde und einen Jahresumsatz von 700 Mio. DM hat. Die Verwaltung der Lotterie wird von einem staatlichen Lotterienausschuß überwacht, der den Haushalt und die Jahresabschlüsse genehmigen muß. Die Bevollmächtigten, die bestimmte Anforderungen hinsichtlich der fachlichen und persönlichen Qualifikationen erfüllen müssen, sollen die Lotterie fördern, dürfen dies aber nach den Geschäftsbedingungen der Süddeutschen Klassenlotterie nicht in Staaten tun, in denen dies verboten ist. Die Bevollmächtigten erhalten für jedes verkaufte Los eine Provision.

Die Süddeutsche Klassenlotterie ist eine Lotterie, bei der die Spieler ganze Lose oder Teile eines Loses kaufen, die an mehreren Ziehungen in der einzelnen Klasse teilnehmen. Jährlich werden zwei Lotterien veranstaltet. Jede Lotterie erstreckt sich über 26 Wochen. Die Ziehungen verteilen sich über 6 Klassen, wobei in den Klassen 1 bis 5 vier Ziehungen in jeder Klasse und in der Klasse 6 sechs Ziehungen stattfinden. In der Praxis findet das ganze Jahr über jede Woche eine Ziehung statt. Die Lose werden für jede Klasse getrennt ausgegeben. Die letzte Klasse enthält den größten Gewinn (der Höchstgewinn in der im Ausgangsrechtsstreit maßgeblichen Lotterie belief sich auf 4 Mio. DM). Die Anziehungskraft der Klassenlotterie besteht teils in dem sehr hohen Hauptgewinn, teils in der verhältnismäßig großen Chance, seinen Einsatz zurückzubekommen. Siehe im übrigen den Vorlagebeschluß unter 34. bis 38. und den Bericht der Kommission, Bd. 2, S. 93.

Mit der ersten und der vierten Frage möchte er wissen, ob Lose oder Werbematerial für eine Lotterie, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig veranstaltet wird, Waren im Sinne von Artikel 30 EWG-Vertrag sind oder ob die Bereitstellung von Losen oder die Versendung von Werbematerial für eine solche Lotterie eine Dienstleistung im Sinne von Artikel 59 EWG-Vertrag darstellt.

Mit der zweiten und der fünften Frage möchte das Gericht wissen, ob entweder Artikel 30 oder Artikel 59 „für das Verbot der Einfuhr von Losen oder Werbematerial für große Lotterien durch das Vereinigte Königreich [gilt], obwohl die Beschränkungen für die Veranstaltung solcher Lotterien innerhalb des Vereinigten Königreichs nach dessen Recht ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und unabhängig davon gelten, ob die Lotterie innerhalb oder von außerhalb des Vereinigten Königreichs betrieben wird“.

Mit der dritten und sechsten Frage möchte das Gericht, wenn die zweite oder fünfte Frage zu bejahen ist, wissen, ob „die vom Vereinigten Königreich angeführten Gründe der Sozialpolitik und der Betrugsbekämpfung berechnete Erwägungen der öffentlichen Ordnung oder der öffentlichen Sittlichkeit [bilden], die die beanstandeten Beschränkungen unter den Umständen des vorliegenden Falles entweder nach Artikel 36“ oder „nach Artikel 56 in Verbindung mit Artikel 66 oder auf andere Weise rechtfertigen“.

17. Die in dieser Sache eingereichten Erklärungen zeigen, daß folgende Fragen zu untersuchen sind:

- Inwieweit ist die Errichtung und der Betrieb von Lotterien eine „wirtschaftlichen Tätigkeit“, die in den Anwendungsbereich des Vertrags fällt?
- Sind Lose und dazugehöriges Werbematerial Waren im Sinne des Artikels 30 oder Dienstleistungen im Sinne des Artikels 59?
- Ist das Einfuhrverbot diskriminierend?
- Wenn nein, liegt dann eine Beschränkung des freien Waren- oder Dienstleistungsverkehrs vor, die grundsätzlich im Widerspruch zum Vertrag steht?
- Können die angeführten Erwägungen gegebenenfalls eine solche Beschränkung rechtfertigen?
- Ist die Beschränkung gegebenenfalls notwendig und im Hinblick auf die verfolgten Ziele verhältnismäßig?

Zur Frage, ob Lotterien vom Vertrag umfaßt sind

18. Mehrere Mitgliedstaaten machen geltend, daß Lotterien entweder überhaupt nicht in den Anwendungsbereich des Vertrags fallen oder zumindest nicht unter die Vertragsvorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr. Einige der Mitgliedstaaten haben diesen Standpunkt jedoch auf Lotterien beschränkt, die als öffentliche Dienstleistungsunternehmen bezeichnet werden können.

19. Das entscheidende und durchgängige Argument für diese Auffassung ist, daß der Vertrag nur auf wirtschaftliche Tätigkeiten im Hinblick auf die Verwirklichung der in Artikel 2 des Vertrags festgelegten Ziele anwendbar sei und die Tätigkeiten im Lotteriewesen keine solchen wirtschaftlichen Tätigkeiten darstellten. In diesem Zusammenhang wird u. a. auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes verwiesen, nach der nichtwirtschaftliche Tätigkeiten nicht in den Anwendungsbereich des Vertrags fielen; das ergebe sich aus den Urteilen in den Rechtsachen Walrave und Dona¹⁰, nach denen bestimmte Sporttätigkeiten wegen ihres fehlenden wirtschaftlichen Charakters nicht vom Vertrag umfaßt seien. Weiter wird auf Artikel 58 EWG-Vertrag verwiesen, nach dem der Vertrag nur auf Gesellschaften Anwendung finde, die einen Erwerbszweck

¹⁰ — Urteile vom 12. Dezember 1974 in der Rechtssache 36/74 (Walrave, Slg. 1974, 1405) und vom 14. Juli 1976 in der Rechtssache 13/76 (Dona, Slg. 1976, 1333).

verfolgten. Nach der im Vertrag enthaltenen Definition der Dienstleistungen müsse es sich um Leistungen handeln, die in der Regel gegen Entgelt erbracht würden (Artikel 60).

Diese Auffassung lasse sich auch darauf stützen, daß Glücksspiele grundsätzlich in allen Mitgliedstaaten illegal seien und Verbindlichkeiten aus solchen Spielen nicht einklagbar seien, da die zugrundeliegenden Vereinbarungen als ungültig angesehen würden. Solche Vereinbarungen seien eine Bedrohung der öffentlichen Ordnung und verfolgten keine schutzwürdigen Ziele. Als Argument wird auch angeführt, daß Glücksspiele in einigen Mitgliedstaaten, jedenfalls in Deutschland, als unter das öffentliche Recht fallend angesehen würden.

20. Diese Auffassung ist meines Erachtens nicht haltbar. Die von den Mitgliedstaaten angeführten Umstände zeigen, daß Glücksspiele gesellschaftlich eine Sonderstellung gegenüber den meisten normalen wirtschaftlichen Tätigkeiten haben. Es handelt sich um Umstände, die für die Beurteilung der Bedeutung der Vertragsvorschriften auf diesem Gebiet natürlich wichtig sind, doch handelt es sich nicht um Umstände, die die Anwendung des Vertrags als solchen oder seiner Vorschriften über Dienstleistungen grundsätzlich ausschließen.

21. Die Vorschriften des Vertrags — in der Auslegung durch den Gerichtshof¹¹ — bieten keine Grundlage, um dessen Anwendungsbereich eng zu halten. Unser Fall zeigt klar die große wirtschaftliche Bedeutung von Glücksspielen — u. a. von Lotterien — in allen Mitgliedstaaten. Es geht um eine ganz besondere Form wirtschaftlicher Tätigkeit vor allem deswegen, weil — zumindest soweit es um Lotterien geht — der verbleibende Gewinn, nachdem die oft beträchtlichen Ausgaben für die Veranstaltung der Lotterie beglichen und die Gewinne ausbezahlt sind, entweder unmittelbar der Staatskasse zufließt oder für gemeinnützige Zwecke verwendet wird. Dies bedeutet jedoch nicht, daß die Tätigkeit aus dem Anwendungsbereich des Vertrags herausfällt. Auch solch eine Tätigkeit ist eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Vertrags. Die betreffenden Leistungen — Teilnahme an der Lotterie mit der sich daraus ergebenden Gewinnchance — werden gegen Entgelt erbracht und der durch die Tätigkeit erzielte

11 — In diesem Zusammenhang sind zu nennen: Urteil vom 5. Oktober 1988 in der Rechtssache 196/87 (Steymann, Slg. 1988, 6159), das die Anwendung des Vertrags auf wirtschaftliche Tätigkeiten religiöser Vereinigungen betrifft, Urteil vom 2. Februar 1989 in der Rechtssache 186/87 (Cowan, Slg. 1989, 195), das die Anwendung des Vertrags auf nationale Rechtsvorschriften über die Entschädigung der Opfer von Gewalttaten betrifft, und Urteil vom 4. Oktober 1991 in der Rechtssache C-159/90 (Grogan, Slg. 1991, I-4685), das die Anwendung des Vertrags auf Vorschriften bezüglich der Informationen über freiwillige Schwangerschaftsabbrüche betrifft.

In diesem Zusammenhang läßt sich auch die Rechtssache C-272/91, Kommission/Italien, anführen, in der der Gerichtshof zu entscheiden hat, ob eine öffentliche Ausschreibung in Italien bezüglich des Systems der Automatisierung des italienischen Lottospiels mit dem Vertrag und der Richtlinie 77/62/EWG des Rates über öffentliche Lieferaufträge vereinbar ist. Die italienische Regierung macht geltend, daß die Ausschreibung die Übertragung von Befugnissen zur Veranstaltung von Lotterien betreffe und damit unter die Artikel 55 und 66 EWG-Vertrag fallen. Im Zusammenhang mit der vorliegenden Sache ist es bemerkenswert, daß weder die Regierung noch die Kommission Grund zu der Erwägung sahen, ob die Veranstaltung von Lotterien überhaupt unter die Vorschriften des Vertrages fallen. Ich habe in meinen Schlussanträgen vom 14. Juli 1993 in der Rechtssache die Auffassung zurückgewiesen, daß die Ausschreibung Befugnisse zur Veranstaltung von Lotterien betreffe, da es nach meiner Meinung um die Ausschreibung eines Vertrags geht, nach dem der öffentlichen Verwaltung im Hinblick auf von ihr veranstaltete Lotterien Dienstleistungen zu erbringen und Güter zu liefern sind. Folgt der Gerichtshof meiner Auffassung, wird die Frage, ob Lotterien als solche unter den EWG-Vertrag fallen, in dieser Sache nicht unmittelbar relevant.

Gewinn ist ungeachtet seiner Verwendung wirtschaftlicher Art. Artikel 90 EWG-Vertrag zeigt, daß der Vertrag auch auf öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, darunter Unternehmen, die den Charakter eines Finanzmonopols haben, anwendbar ist.

22. Es sind keine überzeugenden Gründe dafür angeführt worden, daß Glücksspiele, hierunter Lotterien, vom Vertrag grundsätzlich nicht umfaßt seien¹². Meines Erachtens ist z. B. einleuchtend, daß Mitgliedstaaten, soweit sie Glücksspiele zulassen, das im Vertrag niedergelegte grundsätzliche Verbot der Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit beachten müssen.

23. Im Zusammenhang mit der Frage des Anwendungsbereichs des Vertrags ist auf die Richtlinie 75/368/EWG des Rates vom 16. Juni 1975 mit dem Titel „Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für einige Tätigkeiten (aus ISIC-Hauptgruppe 01 bis ISIC-Hauptgruppe 85), insbesondere Übergangsmaßnahmen für diese Tätigkeiten“¹³ hingewiesen worden. Diese Richtlinie — eine der sogenannten Übergangsrichtlinien — gilt u. a. für Lotterien, die in einigen Mitgliedstaaten von Privatpersonen ausgeübt werden, umfaßt aber nicht die von öffentlichen Stellen veranstalteten Lotterien (öffentliche

Dienste)¹⁴. Aus dieser Richtlinie läßt sich jedenfalls der Schluß ziehen, daß Tätigkeiten im Lotteriewesen nicht an und für sich dem Anwendungsbereich des Vertrags entzogen sind. Bezüglich der von öffentlichen Stellen veranstalteten Lotterien läßt sich der Richtlinie nichts anderes entnehmen, als daß der Rat es nicht für zweckmäßig gehalten hat, daß die Richtlinie für diese Lotterien gilt.

Zur Frage, ob der Sachverhalt des Ausgangsrechtsstreits Waren oder Dienstleistungen im Sinne des Vertrags betrifft (Frage 1 und 4)

24. Der Gerichtshof ist wie gesagt ausdrücklich ersucht worden, über die Frage zu entscheiden, wie bestimmte Tätigkeiten in Verbindung mit Lotterien im Hinblick auf die im Vertrag verwendeten Begriffe der Waren und Dienstleistungen zu qualifizieren sind.

Eine solche Qualifizierung ist nach dem Vertrag in jedem Fall notwendig, auch wenn es zumindest in gewissem Umfang richtig ist, daß es — wie einige Mitgliedstaaten in ihren Erklärungen vorgetragen haben — für die Entscheidung, ob die streitigen britischen Rechtsvorschriften rechtmäßig sind, keine Rolle spielt, ob diese auf der Grundlage der

12 — Daß die betreffende Tätigkeit in dem einen oder in mehreren Mitgliedstaaten nicht als eine privatrechtliche wirtschaftliche Tätigkeit angesehen wird, ist ohne Bedeutung. Die Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Vertrags muß zwangsläufig auf der Grundlage einer autonomen Auslegung des Vertrags erfolgen, die nicht von der Begriffsbestimmung in einem oder mehreren Mitgliedstaaten abhängen kann.

13 — ABl. L 167, S. 22.

14 — Nach der Präambel gehören „die Tätigkeiten des Lotteriewesens und ähnliche Tätigkeiten der ISIC-Gruppe 859 ... häufig direkt oder durch Vermittlung öffentlicher Stellen zum Bereich der öffentlichen Dienste oder sind untersagt; einige dieser Tätigkeiten fallen daher nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie. Diese Tätigkeiten können jedoch in einigen Mitgliedstaaten von Privatpersonen ausgeübt werden“.

Vorschriften des Vertrags über den freien Warenverkehr oder aber der Vorschriften des Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr beurteilt werden (näheres unter Nr. 56).

25. Die Qualifikation verursacht nach meiner Meinung keine größeren Schwierigkeiten.

26. Es ist hier unbestritten, daß die Tätigkeiten im Lotteriewesen als solche Dienstleistungen im Sinne des Vertrags sind. Dies ist vermutlich auch unbestreitbar. Das wird jedenfalls auch von der unter Nr. 23 genannten Richtlinie klar vorausgesetzt.

Nur die Brüder Schindler machen geltend, daß Lose als Waren im Sinne des Vertrags anzusehen seien und Werbematerial in Verbindung mit dem Verkauf von Losen unter die Vorschriften des Vertrags über den freien Warenverkehr fielen.

Die Mitgliedstaaten, die sich zu dieser Frage geäußert haben, und die Kommission sind sich einig, daß die in dieser Sache mit der Lotterie zusammenhängenden maßgeblichen Tätigkeiten als Teil dieser Dienstleistungstätigkeit anzusehen sind.

27. Diese Auffassung ist meines Erachtens zweifellos richtig. Es gibt keinen besonderen Grund, Lose als Waren zu behandeln. Sie

sind der Beleg dafür, daß der Eigentümer des Loses für das Recht der Teilnahme an der Lotterie bezahlt hat, d. h. für die Chance, als Gewinner eines der Gewinne dieser Lotterie ausgelost zu werden. Der Kauf eines Loses entspricht in diesem Zusammenhang dem Abschluß einer Versicherung oder dem Kauf einer Beförderungsleistung, wo der vom Leistungserbringer ausgestellte Beleg über den Kauf der Dienstleistung — die Versicherungspolice oder die Fahrkarte — keine Waren im Sinne des Vertrags sind. Die tatsächlichen und rechtlichen Unterschiede, die hinsichtlich der Übertragbarkeit dieser Belege bestehen mögen, spielen im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle.

28. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes wird Werbematerial, das den Absatz von Waren betrifft, nach den Vorschriften des Vertrags über Waren behandelt¹⁵. Es scheint mir außer Frage zu stehen, daß das Werbematerial, soweit es Dienstleistungen betrifft, nach den Vorschriften des Vertrags über Dienstleistungen zu behandeln ist.

29. Daraus folgt, daß Lotterien und die damit zusammenhängenden Tätigkeiten, u. a. der Verkauf von Losen und dafür betriebene Werbung, Dienstleistungen im Sinne des

¹⁵ — Siehe Urteil des Gerichtshofes vom 7. März 1990 in der Rechtssache C-362/88 (GB-INNO, Slg. 1990, I-667).

Vertrags sind und nationale Rechtsvorschriften, die diese Tätigkeiten regeln, den Vorschriften des Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr unterliegen.

schriften für diesen Bereich vorzuschlagen¹⁶.

Zum Recht der Mitgliedstaaten, Tätigkeiten im Lotteriewesen zu regeln

30. Es gibt keine gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über Lotterien und andere Glücksspiele, die in diesem Zusammenhang einschlägig sind. Die vorstehend genannte Richtlinie 75/368 über Übergangsmaßnahmen enthält nur eine begrenzte Verpflichtung der Mitgliedstaaten, bestimmte Nachweise der Redlichkeit und andere Qualifikationen ausländischer Unternehmen anzuerkennen. Im übrigen sind die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten in dieser Hinsicht auf Lotterien von Privatpersonen begrenzt.

31. Es ist unbestritten, daß die Mitgliedstaaten diesen Bereich gründlich und verhältnismäßig restriktiv geregelt haben.

Es geht nicht darum, ob die Mitgliedstaaten eine solche Regelung treffen können. An der grundsätzlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Festlegung der Regeln über den Zugang und die Ausübung beruflicher oder gewerblicher Tätigkeiten wird vom Vertrag nicht gerüttelt. Die Frage ist allein, welche Begrenzungen der Regelungszuständigkeit der Mitgliedstaaten auf diesem Gebiet den Vertragsvorschriften entnommen werden können.

In diesem Verfahren ist darauf hingewiesen worden, daß die Kommission dem Europäischen Rat mitgeteilt hat, daß sie wegen des Subsidiaritätsgrundsatzes — so, wie dieser in dem neuen Artikel 3b zum Ausdruck kommt, der durch den Unionsvertrag in den EG-Vertrag eingefügt worden ist — beschlossen hat, keine Gemeinschaftsvor-

32. Die vorliegende Rechtssache betrifft wie gesagt die Bedeutung, die die Vertragsvorschriften über Dienstleistungen insoweit haben. Es kann aber zweckmäßig sein — vor der Behandlung der Vorschriften über Dienstleistungen —, sich allgemeiner mit der generellen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Regelung des Zugangs zu Tätigkeiten im Lotteriewesen und deren Ausübung zu beschäftigen.

16 — Siehe Schlussfolgerungen des Vorsitzes bezüglich der Tagung des Europäischen Rates in Edinburgh vom 11. und 12.12.1992, Teil A, Anlage 2 „Subsidiarität — Beispiele für die Überprüfung der derzeit vorliegenden Vorschläge und der geltenden Rechtsvorschriften“, veröffentlicht im *Bulletin der Europäischen Gemeinschaften*, Nr. 12, 1992.

33. Ausgangspunkt ist in allen Mitgliedstaaten wie gesagt, daß Glücksspiele verboten sind; dieser Rechtszustand kann nicht im Widerspruch zum Vertrag stehen. In der Praxis werden jedoch in allen Mitgliedstaaten bestimmte Formen von Glücksspielen unter im einzelnen festgelegten Bedingungen zugelassen. Es gibt ganz erhebliche Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bezüglich der erlaubten Spielformen und bezüglich der für die Erlaubnis geltenden Bedingungen. Deshalb kann eine Form des Glücksspiels in einem Mitgliedstaat erlaubt und in einem anderen verboten sein.

34. Sind Glücksspiele erlaubt, können die Mitgliedstaaten zweifellos die Regeln für die Qualifikationen, die erfüllt sein müssen, um die Tätigkeit ausüben zu dürfen, und für die Art, in der die Tätigkeit ausgeübt werden muß, festlegen, um sicherzustellen, daß die Tätigkeit nicht zum Schaden einzelner Spielteilnehmer und der Gesellschaft insgesamt mißbraucht wird.

Intensität und Umfang des Schutzes, den die Gesetze in den einzelnen Ländern gegen Mißbrauch bieten, können unterschiedlich sein.

35. Die Praxis zeigt auch, daß in den Mitgliedstaaten häufig und bei Lotterien in allen

wichtigen Fällen¹⁷ verlangt wird, daß der Gewinn aus dieser Tätigkeit der Staatskasse zufließt oder zu gemeinnützigen Zwecken verwendet wird. Die Mitgliedstaaten müssen solche Forderungen aufstellen können.

36. Die Praxis zeigt auch, daß in den Mitgliedstaaten, in denen Lotterien erlaubt sind, im allgemeinen große staatliche Lotterien von der öffentlichen Hand selbst oder in öffentlicher Regie verwaltet werden. Dies geschieht angeblich deshalb, weil dies als eine zweckmäßige Form, um vor Mißbrauch zu schützen, und als natürlich angesehen wird, da der Überschuß dem Staat oder gemeinnützigen Zwecken zufließt.

37. Schließlich zeigt die Praxis, daß die Mitgliedstaaten jedenfalls in gewissem Umfang Tätigkeiten im Lotteriewesen so regeln, daß das „Angebot“ begrenzt bleibt. Dadurch soll der Verbraucher vor Gefahren geschützt werden, die dem einzelnen durch eine zu häufige Teilnahme an Glücksspielen drohen (Spilleidenschaft); zu diesem Zweck werden namentlich die Anzahl von Unternehmen,

17 — In den nationalen Rechtsvorschriften gibt es jedoch Beispiele dafür, daß die Einnahmen aus bestimmten Lotterien Privatpersonen zufließen können. Voraussetzung hierfür ist in der Regel, daß es um begrenzte Beträge (sowohl hinsichtlich des einzelnen Lospreises als auch hinsichtlich des Gesamtumsatzes und der verlostten Gewinne, die häufig keine Geldgewinne sind) geht und die Tätigkeit im Rahmen anderer Vergünstigungen stattfindet, z. B. einer Kirmes u. a.

die Lotterien veranstalten dürfen, die Anzahl Lotterien, die angeboten werden dürfen, und die Anzahl Ziehungen begrenzt.

38. Solange das in Artikel 52 verankerte grundlegende Gebot der Gleichbehandlung der Unternehmen eingehalten wird, kann nach meiner Meinung davon ausgegangen werden, daß die Mitgliedstaaten ohne Verstoß gegen den EWG-Vertrag Tätigkeiten im Lotteriewesen in der Weise regeln können, daß

- diese ganz oder teilweise verboten werden,
- Anforderungen an eine verantwortliche Ausübung der zugelassenen Tätigkeit gestellt werden,
- der Gewinn allein zu öffentlichen oder gemeinnützigen Zwecken verwendet wird und
- das Angebot an Lotterien jedenfalls in gewissem Umfang begrenzt werden kann.

39. Eher schon können Zweifel bestehen, ob die Mitgliedstaaten, wie dies tatsächlich geschieht, das Angebot dadurch begrenzen dürfen, daß sie die betreffende Tätigkeit ausschließlich einem oder wenigen Unternehmen oder eventuell der öffentlichen Hand selbst vorbehalten.

Zweifel bestehen sowohl im Hinblick auf die Niederlassungsvorschriften des Vertrags als auch im Hinblick auf die Dienstleistungsvorschriften des Vertrags.

Bezüglich der Niederlassungsvorschriften steht nach dem Vertrag und der Rechtsprechung des Gerichtshofes fest, daß bestimmte Formen beruflicher oder gewerblicher Tätigkeit einem oder wenigen Unternehmen, darunter eventuell öffentlichen Unternehmen oder Unternehmen in staatlicher Regie, vorzubehalten nicht völlig verboten ist. Der EWG-Vertrag verlangt aber, daß es allgemeine Gründe sind, die mit dem System des Vertrags vereinbar sind und die es geboten sein lassen, auf diese Weise Ausnahmen vom gleichen Zugang zur Berufs- oder Gewerbeausübung zu machen (vgl. unten unter Nr. 75).

40. Fraglich ist, ob die Mitgliedstaaten den Zugang zur Ausübung von Tätigkeiten im Lotteriewesen von einer sogenannten Bedarfsprüfung abhängig machen dürfen, d. h. von der Beurteilung, wie groß das Angebot auf dem Markt hinsichtlich der betreffenden Leistung sein soll. Anders ausgedrückt: Können die Mitgliedstaaten in diesem Bereich die allgemeinen Marktmechanismen außer Kraft setzen?

41. Es müssen gute Gründe vorliegen, um die allgemeinen Marktmechanismen außer Kraft zu setzen. In einer offenen Marktwirtschaft müssen grundsätzlich die Marktkräfte und nicht die staatlichen Regelungen dafür maßgebend sein, wie groß das Angebot an bestimmten Waren oder Dienstleistungen sein soll.

42. Aber gerade im vorliegenden Bereich sind schwerwiegende Gründe für solche Eingriffe in die Marktmechanismen vorgetragen worden. Alle Mitgliedstaaten haben jedenfalls zwei entscheidende Eingriffe vorgenommen: erstens werden landesweit überhaupt keine Lotterieu Unternehmen zugelassen, oder die Erlaubnis ist nur einem einzigen oder einigen wenigen Unternehmen erteilt worden, und zweitens kann auf diesem Gebiet keine gewöhnliche kommerzielle Tätigkeit betrieben werden.

Natürlich besteht in der vorliegenden Sache keine Veranlassung, unter dem Gesichtspunkt des Niederlassungsrechts zur Rechtmäßigkeit dieser Eingriffe bezüglich des Zugangs der Unternehmen zur Ausübung von Tätigkeiten im Lotteriewesen Stellung zu nehmen. Aber es kann doch — wie sich aus dem folgenden ergeben wird — kaum ein begründeter Zweifel daran bestehen, daß die Mitgliedstaaten den Markt in dieser Art und Weise rechtmäßig regeln können, solange sie die Verpflichtung zur Gleichbehandlung nach Artikel 52 EWG-Vertrag beachten und solange die Gemeinschaft keine einschlägigen Rechtsvorschriften erlassen hat.

43. Diese Erwägungen sind nicht entscheidend, aber doch von Bedeutung für eine Stellungnahme zu dem, was in der vorliegenden

Rechtssache problematisch ist, nämlich welche Grenzen für das Recht der Staaten gelten, die Anwendbarkeit ihres Rechts auch auf ausländische Dienstleistungserbringer zu erstrecken.

44. Die Erwägungen sind nicht entscheidend, weil nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes, wie unter Nr. 54 gezeigt wird, das Verbot einer Begrenzung des freien Dienstleistungsverkehrs nach Artikels 59 weiter reicht als das Verbot des Artikels 52, das die Möglichkeit der Mitgliedstaaten betrifft, das Niederlassungsrecht der Unternehmen zu regeln.

Die Erwägungen sind von Bedeutung, weil die Gesichtspunkte, die der Regelung des Niederlassungsrechts durch die Mitgliedstaaten zugrunde liegen, dieselben sind, die die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen können, und es durchaus der Fall sein kann, daß sich das Ziel der Regelung des Niederlassungsrechts nur erreichen läßt, wenn die Niederlassungsregeln — d. h. die Regeln über den Zugang zu den betreffenden Tätigkeiten und über deren Ausübung — sowohl von inländischen als auch von ausländischen Unternehmen eingehalten werden müssen.

45. Für eine Stellungnahme zu dem hier entscheidenden Problem ist es wichtig, sich die

Folgen der möglichen Antworten des Gerichtshofes klar zu machen.

46. Die weitestgehende Konsequenz einer Anwendung der Vorschriften des Vertrags über Dienstleistungen auf die die ausländischen Lotterien betreffenden Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten wäre, daß die Dienstleistungen von Unternehmen, die nach dem Recht ihres Heimatstaats rechtmäßig eine Lotterie betreiben, in dem Bestimmungsstaat voll anerkannt werden. Dies würde bedeuten, daß die Mitgliedstaaten ihre Vorschriften über Lotterien grundsätzlich vollständig gegenseitig anerkennen.

47. Es ist natürlich zu überlegen, inwieweit der Bestimmungsstaat in diesem Fall auch von ausländischen Dienstleistungserbringern verlangen kann, daß deren Tätigkeit nach Regeln ausgeübt wird, die im Hinblick auf den Schutz der Interessen des Verbrauchers und der Gesellschaft eine hinreichende Garantie für einen verantwortungsvollen Betrieb bieten.

48. Entsprechend ist zu überlegen, ob der Bestimmungsstaat von ausländischen Dienstleistungserbringern in der gleichen Weise wie

von eigenen Unternehmen verlangen kann, daß der Gewinn in jedem Fall öffentlichen oder gemeinnützigen Zwecken zugeführt wird.

49. Der Gerichtshof muß schließlich überlegen — dies ist die wichtigste Frage in dieser Rechtssache —, ob darüber hinaus dem Bestimmungsstaat Möglichkeiten einzuräumen sind, das Angebot an Lotterien zu begrenzen.

Würden solche Möglichkeiten nicht eingeräumt, würde in jedem einzelnen Mitgliedstaat die Marktsituation so aussehen, daß die staatseigene oder -eigenen Lotterien ihre Dienstleistungen anbieten würden und gleichzeitig alle Lotterien, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig betrieben werden (und eventuell die genannten Erfordernisse eines verantwortungsvollen Betriebs usw. erfüllen) das gleiche tun könnten.

In diesem Fall wäre für den einzelnen Staat eine Begrenzung des Angebots wirklich unmöglich, da das Gesamtangebot auf dem Markt von dem in anderen Staaten zugelassenen Angebot abhinge; gleichzeitig würde eine Marktsituation entstehen, in der große Lotterien — in erster Linie die mit einem großen „Heimmarkt“ — erhebliche Wettbewerbsvorteile hätten, da sie dem Verbraucher die höchsten Prämien anbieten könnten (Näheres unter Nr. 113).

Es träte, kurz gesagt, eine Situation ein, in der das Angebot nicht wirklich begrenzt werden könnte, um den Verbraucher vor den Gefahren übermäßigen Glücksspiels zu

schützen, und in der nicht private Wirtschaftsteilnehmer miteinander konkurrierten — mit den daraus folgenden Vorteilen des Einsatzes von Ressourcen —, sondern öffentliche Kassen und gemeinnützige Zwecke in den einzelnen Mitgliedstaaten.

50. Die Mitgliedstaaten halten dieses Ergebnis für grundlegend falsch und sind der Meinung, daß es sich nicht aus dem Vertrag ableiten lasse.

Zu der fünften und der sechsten Vorlagefrage

51. Die Fragen betreffen wie gesagt die Bedeutung der Dienstleistungsvorschriften für die Anwendung britischer Vorschriften, die die Veranstaltung großer Lotterien im Vereinigten Königreich grundsätzlich verbieten, auf ausländische Lotterien.

52. Ich bin grundsätzlich der Ansicht, daß der Gerichtshof sich bei der Beantwortung der vorgelegten Fragen auf die Rechtmäßigkeit solcher Vorschriften nach dem EWG-Vertrag beschränken sollte.

Dessen ungeachtet halte ich es für zweckmäßig, auch Erwägungen über die Bedeutung des Vertrags für die in den meisten Mitgliedstaaten maßgebliche Lage mit einzubeziehen, d. h. eine Lage, in der der Markt für große

Lotterien einem oder mehreren Lotterieunternehmen vorbehalten ist, die von der öffentlichen Hand selbst oder unter staatlicher Kontrolle betrieben werden. Der Gerichtshof muß bei seiner Auslegung der Vertragsvorschriften im Zusammenhang mit der vorliegenden Sache natürlich der Bedeutung dieser Auslegung für die Rechtslage in den übrigen Mitgliedstaaten Rechnung tragen. Außerdem hat die britische Regierung zu Recht angeführt, daß die zu dem im Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt geltenden Rechtsvorschriften nicht unabhängig davon beurteilt werden könnten, daß endlich die Entscheidung getroffen worden sei, im Vereinigten Königreich einen Rechtszustand herbeizuführen, der grundsätzlich dem in den anderen Mitgliedstaaten entspreche. Die anderen Mitgliedstaaten haben denn auch in ihren Erklärungen weitgehend Erwägungen angestellt, die für eine Beurteilung der Rechtslage in diesen Staaten von Bedeutung sind.

Zur fünften Vorlagefrage

53. Die Frage lautet folgendermaßen:

„... gilt Artikel 59 für das Verbot der Einfuhr von Losen oder Werbematerial für große Lotterien durch das Vereinigte Königreich,

obwohl die Beschränkungen für die Veranstaltung solcher Lotterien innerhalb des Vereinigten Königreichs nach dessen Recht ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und unabhängig davon gelten, ob die Lotterie innerhalb oder von außerhalb des Vereinigten Königreichs veranstaltet wird.“

54. Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung stets darauf hingewiesen, daß die Dienstleistungsvorschriften des Vertrags in erster Linie eine offene oder verschleierte Diskriminierung ausländischer Dienstleistungen verbieten, doch hat er hinzugefügt, daß das Verbot auch andere Beschränkungen als die betreffen kann, die sich aus diskriminierenden Vorschriften ergeben. So stellte der Gerichtshof in seinen Urteilen von 1979 und 1981 in den Rechtssachen Van Wesemael und Webb¹⁸ fest, daß die Vorschriften über Dienstleistungen auch die Möglichkeit der Mitgliedstaaten einschränken können, nicht-diskriminierende Vorschriften auf ausländische Dienstleistungen anzuwenden. Noch deutlicher wurde dies in den Urteilen von 1986 in den sogenannten Mitversicherungssachen festgestellt, die nichtdiskriminierende Erfordernisse der Niederlassung und Zulassung im Versicherungsbereich betrafen¹⁹. Und zuletzt wurde dies in den Urteilen von 1991 in den sogenannten Fremdenführersachen²⁰ und im Urteil von 1991 in der Rechtssache Säger über Dienstleistun-

gen, die sich auf Patentverlängerungen bezogen²¹, festgestellt. In dem letztgenannten Urteil führte der Gerichtshof aus, „daß Artikel 59 EWG-Vertrag nicht nur die Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen des Dienstleistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen — selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistende wie für Dienstleistende anderer Mitgliedstaaten gelten — verlangt, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern“ (Randnr. 12).

55. Die Rechtsprechung zu diesem Punkt läßt sich selbstverständlich nicht ohne den entscheidenden Vorbehalt verstehen, daß Beschränkungen — ob sie nun auf diskriminierenden Vorschriften beruhen oder nicht — begründet und damit rechtmäßig sein können.

Was „innerstaatliche Vorschriften“ betrifft, „die nicht unterschiedslos auf alle Dienstleistungen ohne Rücksicht auf deren Ursprung anwendbar sind“, so sind solche „mit dem Gemeinschaftsrecht [zu] vereinbaren, wenn sie unter eine ausdrückliche abweichende Bestimmung, wie z. B. Artikel 56 EWG-Vertrag, fallen“²². Was andere Beschränkungen betrifft, so hat der Gerichtshof folgendes

18 — Urteile vom 18. Januar 1979 (Rechtssache 110/78, Slg. 1979, 35) und vom 17. Dezember 1981 (Rechtssache 279/80, Slg. 1981, 3305).

19 — Namentlich Urteil vom 4. Dezember 1986 in der Rechtssache 205/84 (Kommission/Deutschland, Slg. 1986, 3755).

20 — Urteile vom 26. Februar 1991 in der Rechtssache C-154/89 (Kommission/Frankreich, Slg. 1991, I-659), in der Rechtssache C-180/89 (Kommission/Italien, Slg. 1991, I-709) und in der Rechtssache C-198/89 (Kommission/Griechenland, Slg. 1991, I-727).

21 — Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-76/90 (Slg. 1991, I-4221).

22 — Z. B. Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-353/89 (Kommission/Niederlande, Slg. 1991, I-4069, Randnr. 15).

festgestellt: „In Anbetracht der Besonderheiten bestimmter Dienstleistungen sind solche an den Leistungserbringer gestellten besonderen Anforderungen nicht als mit dem Vertrag unvereinbar anzusehen, die sich aus der Anwendung von Regelungen für diese Art von Tätigkeiten ergeben. Jedoch darf der freie Dienstleistungsverkehr als fundamentaler Grundsatz des Vertrags nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und die für alle im Hoheitsgebiet des Bestimmungsstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten, und zwar nur insoweit, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Leistungserbringer in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist. Diese Anforderungen müssen insbesondere sachlich geboten sein, um die Einhaltung der Berufsregelungen und den Schutz der Empfänger von Dienstleistungen zu gewährleisten, und dürfen nicht über das hinausgehen, was zum Erreichen dieser Ziele erforderlich ist.“²³

56. Es besteht, wie wir sehen werden, weitgehende Übereinstimmung zwischen der Rechtsprechung zu Artikel 30 EWG-Vertrag und der zu Artikel 59 EWG-Vertrag.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß der Gerichtshof in Verbindung mit Artikel 59 nicht in der gleichen Weise wie in Verbindung mit Artikel 30 die Feststellung

getroffen hat, daß jede Regelung, die den freien Dienstleistungsverkehr unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell beschränkt, von dem im Vertrag verankerten Verbot umfaßt wird²⁴.

Der Dienstleistungsbereich ist jedoch bis zu einem gewissen Grad anders als der Warenbereich, vor allem wegen des entscheidenden persönlichen Elements bei vielen Dienstleistungen und der daraus folgenden Bedeutung der Unterscheidung zwischen den für den Zugang zu dem betreffenden Beruf oder Gewerbe geltenden Voraussetzungen (persönliche Qualifikationen u. a.) und den für die Ausübung des Berufs oder Gewerbes geltenden Voraussetzungen.

57. Infolgedessen ist es wohl am zutreffendsten, die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Artikel 59 so zusammenzufassen,

— daß alle diskriminierenden Maßnahmen unter Artikel 59 fallen und

— auch andere, aber nicht unbedingt alle Maßnahmen, die die Tätigkeiten ausländischer Dienstleistungserbringer im Gastland beschränken, unter Artikel 59 fallen können²⁵.

24 — Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74 (Dassonville, Slg. 1974, 837).

25 — Daß auch im Zusammenhang mit Artikel 30 Beschränkungen des freien Warenverkehrs bestehen können, die keine Beschränkungen im Sinne des Artikels 30 sind, ist nun durch Urteil vom 24. November 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-267/91 und C-268/91 (Keck, Slg. 1993, I-6097) entschieden.

23 — Urteil in der Rechtssache Säger (siehe Anm. 21), Randnr. 15.

58. Die fünfte Vorlagefrage des High Court ist deshalb nicht mit der Feststellung beantwortet, daß die streitigen Vorschriften eine nichtdiskriminierende Beschränkung der Tätigkeit ausländischer Dienstleistungserbringer im Vereinigten Königreich darstellen.

Es muß untersucht werden, ob die Beschränkung eine Beschränkung im Sinne des Artikels 59 ist.

59. In den meisten in dieser Sache eingereichten Erklärungen, auch in denen der britischen Regierung, kommt zum Ausdruck, daß die Frage zu bejahen ist.

60. Einige Regierungen vertreten jedoch den entgegengesetzten Standpunkt. Sie stützen sich dabei vor allem auf die Urteile des Gerichtshofes vom 24. Oktober 1978 in der Rechtssache *Société générale alsacienne de banque*²⁶ und vom 18. März 1980 in der Rechtssache *Debauve*²⁷, die beide so verstanden werden können, daß die streitigen innerstaatlichen Vorschriften bereits deshalb

nicht unter das Verbot des Artikels 59 fallen, weil sie nicht diskriminierend sind²⁸.

61. Ich meine, daß sich sehr gute Gründe dafür anführen lassen, daß nationale Rechtsvorschriften, die ein allgemeines Verbot einer bestimmten Tätigkeit und keine offene oder verschleierte Diskriminierung enthalten, nicht gegen Artikel 59 EWG-Vertrag verstoßen. Solche Vorschriften sind für inländische und ausländische Dienstleistungserbringer gleichermaßen belastend, und es ist nicht ohne weiteres einsehbar, warum ausländische Dienstleistungserbringer eine Inländern verbotene Tätigkeit ausüben können sollen, nur weil sie diese Tätigkeit in ihrem Heimatstaat rechtmäßig ausüben.

62. Dies ist jedoch in der vorliegenden Sache kaum entscheidend. Die eben angeführten Urteile können nämlich nur bis zu einem gewissen Grade als Stütze für dieses Ergebnis angeführt werden. Der Gerichtshof prüfe in Wirklichkeit in dem Urteil *Debauve*, ob

28 — In der erstgenannten Rechtssache ging es um eine Dienstleistung — und zwar um Börsentermingeschäfte einer Bank im Auftrag eines Kunden —, die nach deutschem Recht als nicht einklagbar angesehen wurden. Der Gerichtshof stellte in diesem Fall folgendes fest: „Daß Spielschulden oder sonstige diesen gleichgestellte Verbindlichkeiten von der Möglichkeit gerichtlicher Geltendmachung ausgeschlossen werden, kann nicht als diskriminierende Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat ansässiger Erbringer von Dienstleistungen angesehen werden, wenn die gleiche Beschränkung auch für jeden im Gebiet des beschränkenden Staates ansässigen Erbringer von Dienstleistungen gilt, der eine gleichartige Forderung geltend macht, was im vorliegenden Fall unstreitig ist“ (Randnr. 5). In der zweiten Rechtssache ging es um ein belgisches Verbot, ausländische Werbemittelungen im Wege des Kabelfernsehens zu übertragen. In seinem Urteil erkannte der Gerichtshof für Recht: „Die Artikel 59 und 60 EWG-Vertrag stehen einer innerstaatlichen Regelung, nach der die Übertragung von Werbemittelungen im Wege des Kabelfernsehens und die Ausstrahlung derartiger Mitteilungen durch das Fernsehen nicht zulässig sind, dann nicht entgegen, wenn diese Regelung ohne Unterscheidung hinsichtlich des — in- oder ausländischen — Ursprungs dieser Mitteilungen, der Staatsangehörigkeit des Erbringers der Dienstleistung oder des Orts, an dem dieser ansässig ist, angewandt wird“ (Randnr. 16).

26 — Rechtssache 15/78, Slg. 1978, 1971.

27 — Rechtssache 52/79, Slg. 1980, 833.

das betreffende Verbot zu den verfolgten Zielen in einem Mißverhältnis stand, und es darf nicht übersehen werden, daß der Gerichtshof wie gesagt in seiner späteren Rechtsprechung klargestellt hat, daß auch nichtdiskriminierende Beschränkungen unter Artikel 59 fallen können.

63. Im übrigen gibt es in dem konkreten Zusammenhang einen Grund dafür, daß Vorschriften wie die hier streitigen als Beschränkungen auch im Sinne des Artikels 59 anzusehen sind. Das streitige Verbot wurde in einer Situation angewendet, in der die britische Regierung erklärt hatte, daß es aufzuheben sei, weil sie die Errichtung einer staatlichen Lotterie für zweckmäßig halte. Ein Rechtszustand, der ausländischen Dienstleistungserbringern nicht erlaubt, in derselben Weise zu arbeiten wie Inländer, ist in jedem Fall eine Beschränkung im Sinne des Artikels 59, auch wenn er eventuell als nichtdiskriminierend anzusehen ist.

64. Die fünfte Frage ist aus diesen Gründen so zu beantworten, daß Artikel 59 EWG-Vertrag auf die streitigen Vorschriften Anwendung findet, auch wenn sie ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und unabhängig davon gelten, ob die Lotterie innerhalb oder von außerhalb des Vereinigten Königreichs veranstaltet wird.

Zur Frage, ob die britischen Rechtsvorschriften wirklich diskriminierend sind

65. Soweit ersichtlich bestreitet in dieser Sache niemand die Richtigkeit der der

fünften Frage zugrunde liegenden Prämisse, nämlich daß die streitigen britischen Vorschriften ihrem Inhalt nach ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und unabhängig davon gelten, ob die Lotterie innerhalb oder von außerhalb des Vereinigten Königreichs veranstaltet wird.

66. Die Kommission und die Brüder Schindler machen jedoch geltend, daß die Vorschriften in Wirklichkeit diskriminierend seien. Sie hinderten nämlich eine Lotterie wie die Süddeutsche Klassenlotterie daran, Zugang zu einem Markt zu erhalten, wo entsprechende Glückspieltätigkeiten für Konkurrenzunternehmen erlaubt seien.

In erster Linie verweisen sie auf die Tätigkeiten der örtlichen Lotterien und die der privaten Unternehmen, die Fußballwetten veranstalteten (Football pools). Diese Konkurrenzunternehmen würden mittelbar geschützt, und damit seien die streitigen Rechtsvorschriften diskriminierend.

67. Ich halte diese Auffassung nicht für zutreffend.

68. Außerdem ist von der Tatsache auszugehen, daß die britischen Rechtsvorschriften ein allgemeines Verbot der Veranstaltung von

Lotterien enthalten, das nur durch einige genau abgegrenzte, auf den ersten Blick objektiv wohl begründete Ausnahmen zugunsten örtlicher Lotterien durchbrochen wird, deren Zweck genau festgelegt ist und deren Umsatz einen bestimmten Betrag nicht übersteigen darf²⁹.

Nichts in der Rechtssache deutet darauf hin, daß dieser Rechtszustand britische Lotterien unmittelbar oder mittelbar gegen die Konkurrenz anderer Lotterien, die außerhalb des Vereinigten Königreichs veranstaltet werden, schützen sollen. Es geht so weit ersichtlich um eine objektiv wohl begründete Abgrenzung des britischen Lotteriemarkts, wonach dieser auf örtliche Lotterien mit einem begrenzten Umsatz beschränkt ist. Daß diese Abgrenzung dazu führt, daß große ausländische Lotterien nicht in Konkurrenz zu den zugelassenen örtlichen Lotterien tätig werden können, verleiht den betreffenden Regeln keinen diskriminierenden Charakter.

69. Nach den britischen Rechtsvorschriften sind Glücksspiele in Form des Fußballtotos

29 — Es handelt sich nach dem britischen Lotteriesgesetz von 1976 um kleine Lotterien, die in Verbindung mit bestimmten Formen der Unterhaltung veranstaltet werden (Section 3), um private Lotterien, die einem begrenzten Personenkreis vorbehalten sind (Section 4), um Lotterien zugunsten bestimmter Vereinigungen (Section 5), um Lotterien der örtlichen Behörden (Section 6) und um Lotterien, die in Übereinstimmung mit dem Gesetz über Kunstvereine von 1846 veranstaltet und durchgeführt werden. Die größte Bedeutung haben die in den Sections 5 und 6 des Gesetzes von 1975 genannten Lotterien. Im Anhang A des Weißbuches von 1992 über eine Staatliche Lotterie heißt es zu diesen Lotterien: „Es gibt drei Arten von Lotterien, die von einer Vereinigung oder einer örtlichen Behörde veranstaltet werden können. Eine kurzzeitige Lotterie kann einen Monat nach der vorhergehenden veranstaltet werden. Der Höchstumsatz (d. h. der Wert der verkauften Lose) beträgt 45 000 UKL und der Höchstgewinn 6 000 UKL. Eine Lotterie von mittlerer Dauer kann veranstaltet werden, wenn zwischen einem und drei Monaten seit der vorhergehenden Lotterie verstrichen sind. Der Höchstumsatz beträgt 90 000 UKL und der Höchstgewinn 9 000 UKL. Die größten öffentlichen Lotterien werden vierteljährlich mit einem Umsatz von 180 000 UKL und einem höchsten Einzelgewinn von 12 000 UKL veranstaltet. Der Höchstpreis für ein Los ist in allen Fällen 1 UKL.“ Die britische Regierung weist darauf hin, daß die Höchstbeträge im Zusammenhang mit der Errichtung der Staatlichen Lotterie angehoben worden seien.

zulässig. Die Genehmigung hierzu wird sogar privaten Unternehmen erteilt, die diese Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht ausüben, da die staatliche Regelung sich darauf beschränkt, sicherzustellen, daß das Unternehmen zuverlässig betrieben wird und ein angemessener Teil des Gewinns durch Besteuerung der Staatskasse zufließt³⁰.

Es ist nichts dafür vorgetragen worden, daß die geltenden britischen Vorschriften über Fußballtoto für sich allein gegen Vorschriften

30 — Es ist darauf hingewiesen worden, daß es zur Zeit drei solcher Unternehmen gibt, nämlich die Firma Littlewoods, die mehr als 76 % des Marktes hält, Vernons, die 20 % besitzen, und Zettors mit etwa 3 %. Nach einer Mintel-Untersuchung, Special Report, Gambling 1991, S. 32 f. zahlen die Unternehmen mehr als 40 % des Umsatzes an den Staat, während die eigenen Nettoeinnahmen der Unternehmen ungefähr 4,4 % des Umsatzes betragen.

Die britische Regierung erklärte im Weißbuch von 1991 folgendes zu der Wirkung, die die Errichtung einer staatlichen Lotterie auf andere Formen der Glücksspiele haben würde: „29. Fußballtoto ist die Form des Glücksspiels, die wahrscheinlich am stärksten von der Staatlichen Lotterie berührt werden wird. Das Toto ist eine Spielform mit ‚kleinem Einsatz/großem Gewinn‘, und in Totokreisen wird befürchtet, daß man früher oder später von einer staatlichen Lotterie verdrängt werde. In einigen Ländern hat eine staatliche Lotterie dem Toto geschadet, während die beiden Formen in anderen Ländern nebeneinander bestehen. Es werden weitere Untersuchungen erforderlich sein, um die Folgen festzustellen, die eine staatliche Lotterie auf das Toto hier im Lande haben wird.“

30. Andere Formen des Glücksspiels werden wahrscheinlich in geringerem Maße als das Toto berührt werden. Sie bieten eine Leistung an, die ihrem Wesen nach von einer staatlichen Lotterie entweder als Folge des Spiels selbst oder der Umstände, unter denen es gespielt wird, oder in bezug auf beides verschieden ist. So werden Personen, die bei Pferde- oder Hunderennen wetten, kaum Interesse an einer staatlichen Lotterie haben, die ein Spiel mit ‚kleinen Chancen/kein Geschicklichkeitsspiel‘ ist. Bingo ist ein Gesellschaftsspiel, das nicht durch den Kauf eines Loses ersetzt werden kann. Ebenso bieten Spielbanken eine Art von Spiel und andere Annehmlichkeiten, die von der Teilnahme an einer Lotterie völlig verschieden sind. Spielautomaten, die der Öffentlichkeit am einfachsten zugänglich sind, dienen eher der Unterhaltung als daß sie die Chance eines großen Gewinns bieten.

...

33. Eine der am häufigsten angeführten Bedenken gegen die Lockungen einer staatlichen Lotterie ist, daß Wohltätigkeitseinrichtungen Einnahmen aus den bestehenden kleinen Lotterien und aus karitativen Schenkungen allgemein verlieren. Es ist nicht bekannt, wie hoch die Einnahmen sind, die die Wohltätigkeitseinrichtungen heutzutage aus kleinen Lotterien beziehen, da Zahlen für alle Lotterien nicht zentral erfaßt werden. ... Wohltätigkeitseinrichtungen werden ausdrücklich als eine der Gruppen angeführt, die eine staatliche Lotterie unterstützen muß ...“

des Vertrags verstießen, und es ist auch nichts vorgetragen worden, was darauf hindeutet, daß die für den hier maßgeblichen Glücksspielmarkt wichtigen britischen Vorschriften zum Schutz des britischen Glücksspielmarkts gegenüber der Konkurrenz ausländischer Lotterien erlassen worden wären.

chende Spielformen ausländischer Unternehmen zuzulassen.

Hat eine große staatliche Lotterie Bedeutung für die Frage der Diskriminierung?

Die Regelung ist als rechtmäßiger Ausdruck der Auffassung des britischen Gesetzgebers, wie ein Glücksspielmarkt organisiert werden soll, anzusehen. Sie kann Ausdruck historischer Erfahrungen sein oder Erwägungen widerspiegeln, was als sozial am ehesten annehmbar erscheint (z. B. daß im Fußballtoto ein Element der Geschicklichkeit vorkommt, das in Lotterien fehlt), und sie kann einfach Ausdruck einer Wahl zwischen zwei möglichen Spielformen sein, da der Gesetzgeber es für wünschenswert hält, nur eine Form zuzulassen, weil das Gesamtangebot an Spielen sonst zu groß würde.

71. Es kann geltend gemacht werden, daß die Entscheidung über die Errichtung einer staatlichen Lotterie zeige, daß es tatsächlich um eine Diskriminierung entsprechender ausländischer Lotterien gehe.

72. Es wäre meines Erachtens verkehrt, bei der Beurteilung der eventuell diskriminierenden Wirkung der hier einschlägigen Rechtsvorschriften darauf abzustellen, daß diese Vorschriften später geändert wurden. Die im Ausgangsverfahren maßgeblichen Vorschriften werden nicht deshalb diskriminierend, weil zum damaligen Zeitpunkt eventuell Überlegungen angestellt wurden, sie zu ändern, und diese Überlegungen später vielleicht zu Änderungen geführt haben.

70. Die britischen Rechtsvorschriften behandeln verschiedene Formen von Glücksspielen unterschiedlich, und die Tatsache, daß es in gewissem Maße um miteinander konkurrierende Tätigkeiten geht, ist an und für sich nicht gleichbedeutend damit, daß eine verschleierte Diskriminierung vorliegt. Im übrigen könnte eine Zustimmung zu dem Standpunkt der Kommission und der Brüder Schindler in der Tat so verstanden werden, daß sie auf der Prämisse beruht, daß ein Mitgliedstaat allein deshalb, weil er eine Spielform erlaubt hat, verpflichtet ist, entspre-

73. Darüber hinaus neige ich aber der Ansicht zu, daß es nicht richtig wäre, einen Rechtsstand wie den, der nach Erlaß des National Lottery etc. Act 1991 im Vereinigten Königreich und nach den vorliegenden Angaben auch in den übrigen Mitgliedstaaten besteht, als diskriminierend zu qualifizieren.

74. Es können sehr wohl in einem Land Vorschriften gelten, die ausländische Unternehmen daran hindern, Dienstleistungen zu erbringen — selbst wenn dies inländischen Unternehmen erlaubt ist —, ohne daß diese Vorschriften als diskriminierend zu qualifizieren wären. Das typische Beispiel sind innerstaatliche Vorschriften, nach denen eine bestimmte Tätigkeit nur von Unternehmen ausgeübt werden kann, die im Inland niedergelassen sind. Solche Vorschriften bedeuten „die Negation“ der Dienstleistungsfreiheit (vgl. Urteil des Gerichtshofes in der Mitversicherungssache *Kommission/Deutschland* ³¹⁾). Der Gerichtshof qualifizierte diesen Rechtszustand als diskriminierend, stellte aber fest, daß für „die Zulässigkeit eines solchen Erfordernisses ... nachgewiesen werden [muß], daß es eine unerläßliche Voraussetzung für die Erreichung des verfolgten Zwecks ist“. Er ließ damit auch andere Gründe als die in Artikel 56 des Vertrags genannten für eine eventuelle Rechtfertigung dieser wesentlichen Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs zu.

75. Die hier in Rede stehende Situation unterscheidet sich von einem allgemeinen Erfordernis der Niederlassung dadurch, daß die betreffende Tätigkeit — nach einer Bedarfsprüfung — nur einem oder einzelnen Unternehmen erlaubt wird. Dieser Umstand verleiht jedoch nicht an und für sich den Vorschriften einen diskriminierenden Charakter. Es ist immer noch am richtigsten, davon auszugehen, daß sie nicht Ausdruck einer Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit oder der Herkunft der Unternehmen sind.

Es verstößt nicht an und für sich gegen den EWG-Vertrag, daß Mitgliedstaaten einem einzelnen oder einzelnen Unternehmen ausschließliche Rechte verleihen (vgl. hierzu Artikel 90 EWG-Vertrag). Die Mitgliedstaaten sind in diesem Fall verpflichtet, die allgemeinen Regeln des Vertrags einzuhalten, in diesem Zusammenhang also namentlich die Niederlassungs- und Dienstleistungsvorschriften des Vertrags. Dies bedeutet u. a., daß die Beschränkungen, die die betreffenden ausschließlichen Rechte im Hinblick auf das Recht auf freien Dienstleistungsverkehr mit sich bringen, in Übereinstimmung mit der allgemeinen Rechtsprechung des Gerichtshofes gerechtfertigt werden können müssen.

Wenn allein der Umstand, daß ausschließliche Rechte verliehen wurden, als Diskriminierung angesehen würde, wären ausschließliche Rechte nur rechtmäßig, wenn sie aus einem der in Artikel 56 genannten Gründe, d. h. aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt wären.

Ein solches Ergebnis ist meines Erachtens nicht richtig.

76. Zum einen meine ich, daß es unzweckmäßig ist, dem Begriff der Diskriminierung einen weiten Anwendungsbereich in einem Kontext wie dem vorliegenden zu geben und zum anderen halte ich es für eine wirksame Anwendung des Artikels 59 EWG-Vertrag nicht für entscheidend, ob die Situation als diskriminierend qualifiziert wird.

31 — Rechtssache 205/84, Slg. 1986, 3755, Randnr. 52.

77. Nach Artikel 56 beeinträchtigen die Kapitel über das Niederlassungsrecht und Dienstleistungen nicht die Anwendbarkeit der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, „die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen“, wenn sie aus den in diesem Artikel aufgezählten Gründen gerechtfertigt sind.

Bereits der Wortlaut der Bestimmung zeigt, daß es um eine Sonderregelung für ausländische Unternehmen gehen muß, und es scheint mir, wenn bestimmten Unternehmen ungeachtet der Staatsangehörigkeit oder ihrer Herkunft ausschließliche Rechte erteilt werden, nicht naheliegend, solch eine Regelung als eine „Sonderregelung für ausländische“ Unternehmen zu bezeichnen.

Außerdem legt der Gerichtshof Artikel 56 restriktiv aus. Er hat darauf hingewiesen, daß die in der Bestimmung genannten Gründe nur geltend gemacht werden können, wenn „eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“³². Eine solche restriktive Auslegung ist zweifellos am Platz, wenn es um innerstaatliche Rechtsvorschriften geht, die — entweder offen oder verschleiert — auf die Staatsangehörigkeit oder die Herkunft der Unternehmen abstellen. Dagegen ist sie nicht am Platz, wenn die eventuell diskriminierenden Wirkungen einer streitigen Maßnahme eine tatsächliche Folge von Abgrenzungskriterien sind, die sich sachlich durchaus rechtfertigen lassen.

Ich halte es für gefährlich, einen weiten Diskriminierungsbegriff zu verwenden und Artikel 56 zugleich eng auszulegen. Dies kann zu einer unbeabsichtigten Beschränkung der Regelungszuständigkeit führen, die nach dem System des EWG-Vertrags zwangsläufig den Mitgliedstaaten zukommen muß, solange die Organe der Gemeinschaft keine Harmonisierung der entsprechenden nationalen Vorschriften vorgenommen haben.

78. Die Frage der Qualifikation hat im übrigen nach meiner Meinung keine große praktische Bedeutung in der vorliegenden Sache. Es geht, wie die Situation nach dem Diskriminierungsbegriff hier auch immer qualifiziert wird, um eine wesentliche Beschränkung — eine Negation der Dienstleistungsfreiheit —, die sich nur rechtfertigen läßt, wenn die streitige Maßnahme objektiv notwendig ist, um Grundinteressen der Gesellschaft zu berücksichtigen.

79. Die entscheidende Frage bleibt somit in jedem Fall nach meiner Meinung, ob die Interessen der Gesellschaft, auf das die Staaten hinweisen, so grundlegend sind, daß sie im vorliegenden Kontext die Beschränkung rechtfertigen können, und ob die betreffenden Vorschriften objektiv notwendig sind, um das verfolgte Ziel zu erreichen und darüber hinaus in einem angemessenen Verhältnis zu diesem Ziel stehen.

32 — Urteil vom 27. Oktober 1977 in der Rechtssache 30/77 (Bouchereau, Slg. 1977, 1999, Randnr. 35).

Zu der Frage, ob die Beschränkung, die sich aus dem britischen Verbot der Einfuhr von Losen und Werbematerial für große Lotterien ergibt, die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Vertrags erfüllt

80. Die sechste Frage lautet folgendermaßen:

„... bilden die vom Vereinigten Königreich angeführten Gründe der Sozialpolitik und der Betrugsbekämpfung berechnete Erwägungen der öffentlichen Ordnung oder der öffentlichen Sittlichkeit, die die beanstandeten Beschränkungen unter den Umständen des vorliegenden Falles entweder nach Artikel 56 in Verbindung mit Artikel 66 oder auf andere Weise rechtfertigen?“

81. Die elf Mitgliedstaaten, die Erklärungen eingereicht haben, haben sich alle für eine Bejahung dieser Frage ausgesprochen. Die Brüder Schindler und die Kommission vertreten hierzu eine unterschiedliche Auffassung.

Welche Interessen sollen durch die bestehenden Beschränkungen geschützt werden?

82. Die Mitgliedstaaten machen im wesentlichen geltend, daß die strenge Regelung der Tätigkeiten im Lotteriewesen und die daraus sich ergebende Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs auf drei Gründen beruhen.

83. Erstens auf der Notwendigkeit, die Verbraucher, d. h. die Teilnehmer an der Lotterie, vor Betrügereien und anderen Formen rechtswidriger Lotterieveranstaltungen zu schützen³³.

84. Gleichzeitig wird darauf hingewiesen, daß allgemeiner durch Vorschriften und Kontrollen die tatsächlich bestehende Gefahr abgewehrt werden müsse, daß Lotterien von kriminellen Kreisen übernommen oder zu kriminellen Zwecken, u. a. der Geldwäsche, benutzt würden.

85. Es wird geltend gemacht, daß besondere Gefahren bei grenzüberschreitenden Lotterien beständen³⁴. In diesem Zusammenhang haben einige Mitgliedstaaten auf die erhöhte Gefahr der Steuerhinterziehung hingewiesen. Die Kommission leugnet nicht, daß eine erhöhte Gefahr des Mißbrauchs bei grenzüberschreitenden Lotterien besteht, meint aber, daß die Mitgliedstaaten nach den

33 — Es wird darauf hingewiesen, daß Lotterien eine Form des Glücksspiels seien, die für Betrug besonders anfällig sei. Dies liege daran, daß der Teilnehmer keine einfache und unabhängige Möglichkeit besitze, in Erfahrung zu bringen, wie hoch der eingezahlte Gesamtbetrag sei oder ob die versprochenen Preise ausgezahlt worden seien. Ohne ausreichende Kontrolle wäre es dem Betreiber einer Lotterie möglich, einen Teil der Erträge abzuschöpfen oder — im Fall unmittelbar durchgeführter Lotterien — die Gewinne, etwa zum eigenen Gebrauch, zurückzuhalten (Vorlagebeschuß unter 30.).

34 — In den Erklärungen der belgischen Regierung werden Beispiele für Klagen über einen solchen Mißbrauch angeführt.

vorliegenden Informationen hierbei nicht vorüberwindbaren Problemen stünden.

daß der Gerichtshof sie, falls er es für erforderlich hält, als Ziele einstufen kann, die von Artikel 56 EWG-Vertrag erfaßt werden.

86. Zweitens machen alle Mitgliedstaaten geltend, daß im Hinblick auf die Verbraucher eine Begrenzung des absoluten Angebots an Glücksspielen und eine Regelung der Art und Weise, in der Spiele angeboten würden, erforderlich seien. Sie verweisen auf die tatsächliche Gefahr, daß bestimmte Personen im Übermaß spielen könnten mit all den ernstesten sozialen und gesundheitlichen Folgen für sie selbst und ihre Familien und damit für die Gesellschaft.

89. Die entscheidende Frage ist daher, ob die hier behandelten Beschränkungen notwendig sind, um die betreffenden Ziele zu erreichen, ob diese Ziele mit anderen, weniger einschneidenden Mitteln erreicht werden können und ob die Beschränkungen insgesamt in angemessenem Verhältnis zu den Zielen stehen.

Zur Frage, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet ist

87. Drittens müsse sichergestellt werden, daß der Gewinn aus den Lotterien zu bestimmten von der Gesellschaft akzeptierten Zwecken verwendet werde, wozu es notwendig sein könne festzulegen, wieviel vom Lotterieumsatz für die Ausgaben zur Veranstaltung der Lotterie, wieviel für Gewinne und wieviel zu staatlichen oder sonst gemeinnützigen Zwecken zu verwenden sei.

90. Die Brüder Schindler und die Kommission verneinen diese Frage eindeutig, während die Mitgliedstaaten sie einstimmig bejahen.

88. Es ist nach meiner Meinung unbestreitbar und wird soweit ersichtlich hier auch nicht ernstlich bestritten, daß jedes dieser Ziele ein Ziel ist, das Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs gegebenenfalls rechtfertigen kann. Im übrigen geht es nach meiner Meinung um so wesentliche Ziele,

91. In dem Rechtsstreit ist geltend gemacht worden, daß die genannten Gründe nicht isoliert voneinander betrachtet werden können. Dem stimme ich soweit zu. Es ist jedoch notwendig, die Gründe einzeln durchzugehen, was aber nicht ausschließt, daß die Gründe zwar nicht einzeln, doch zusammen die Beschränkungen rechtfertigen können.

Zur Frage, ob die Beschränkungen zum Schutz der Verbraucher und der Gesellschaft vor Betrug usw. erforderlich sind

92. Es ist unbestritten, daß das Anliegen, die Verbraucher vor der naheliegenden Gefahr des Mißbrauchs von Lotterien und darüber hinaus vor dem Einsatz der Lotterien zu kriminellen Zwecken zu schützen, selbst sehr tiefe einschneidende Regelungen und Kontrollen der Tätigkeiten im Lotteriewesen rechtfertigen können.

93. Es ist jedoch vorgetragen worden, daß dieser Grund jedenfalls nicht in der vorliegenden Rechtssache die streitigen Beschränkungen rechtfertigen könne, weil er nur insoweit geltend gemacht werden könne, als das Lotterieunternehmen, das die betreffenden Dienstleistungen erbringe, nicht bereits in seinem Heimatland einer ausreichenden Regelung für seine Tätigkeit und ausreichenden Kontrollen unterliege, die der Regelung und den Kontrollen in dem Land, in dem die Dienstleistung erbracht werde, entsprächen.

94. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes kann der Bestimmungsstaat von ausländischen Dienstleistungserbringern die Einhaltung seiner eigenen Vorschriften nicht verlangen, wenn die diesen Vorschriften zugrunde liegenden Erwägungen in den eigenen Rechtsvorschriften des Dienstleistungserbringers bereits berücksichtigt worden sind (Äquivalenzprinzip)³⁵.

³⁵ — Siehe namentlich Urteil in der Mitversicherungsache (Rechtssache 205/84, Kommission/Deutschland, Slg. 1986, 3755, Randnr. 34 ff.).

95. In unserem konkreten Fall läßt sich sicherlich argumentieren, daß das Äquivalenzprinzip schwer anzuwenden sei, da größere Lotterien zu dem im Ausgangsstreit maßgeblichen Zeitpunkt im Vereinigten Königreich verboten gewesen seien und deshalb kein Schutzniveau festgelegt gewesen sei, mit dem das für den ausländischen Dienstleistungserbringer maßgebliche Schutzniveau hätte verglichen werden können.

Dies ist jedoch nur ein formeller Einwand. Zum einen ist insoweit ein Vergleich mit dem Schutz möglich, den das Vereinigte Königreich den Verbrauchern im Zusammenhang mit den örtlichen Lotterien und vergleichbaren Glücksspielen wie Fußballtoto bietet, und im übrigen heute auch mit dem Schutz, der dem Verbraucher bei der neuen staatlichen Lotterie geboten wird.

Zum anderen steht fest, daß die Vorschriften, die für die Süddeutsche Klassenlotterie gelten, und deren Kontrolle in hohem Maße Sicherheit gegen Mißbrauch bieten³⁶.

Es ist in dieser Rechtssache auch nicht vorgetragen worden, daß bei dieser Lotterie eine größere Gefahr des Mißbrauchs bestehe als sie für vergleichbare Spieltätigkeiten im

³⁶ — Siehe hierzu Anmerkung 9.

Vereinigten Königreich als hinnehmbar angesehen wird.

96. Schließlich ist — nach meiner Meinung — in den allgemein gehaltenen Ausführungen der Mitgliedstaaten zu den erhöhten Gefahren grenzüberschreitender Lotterien nichts Konkretes für die Annahme vorgetragen worden, daß diese angebliche Gefahr allein die Anwendung der streitigen Rechtsvorschriften durch die britischen Behörden rechtfertigen könnte.

97. Daß der hier in Rede stehende Grund in dem konkreten Fall nicht angeführt werden kann, um die Tätigkeit der Süddeutschen Klassenlotterie im Vereinigten Königreich auszuschließen, bedeutet natürlich nicht, daß die Mitgliedstaaten in anderen Fällen ausländischen Lotterien nicht doch den Zugang zu ihren Märkten verwehren können, wenn die Regeln, die für sie in ihren Heimatstaaten gelten, und die Kontrolle, der sie dort unterliegen, im Vergleich zu dem Schutzniveau, an dem der Bestimmungsstaat festhalten will, nicht ausreichend sind.

Zur Frage, ob die Beschränkungen zur Begrenzung des Angebots von Glücksspielen im Bestimmungsstaat erforderlich sind

98. Akzeptiert man — und alle Mitgliedstaaten gehen davon aus —, daß das Gesamtangebot an Glücksspielen begrenzt werden

muß, erscheint es auf den ersten Blick auch notwendig, daß die Mitgliedstaaten das Recht ausländischer Unternehmen auf Erbringung ihrer Dienstleistungen beschränken können.

Es ist wie gesagt ein Faktum, daß die Glücksspielmärkte der einzelnen Länder verschieden sind. Was in dem einen Land erlaubt ist, kann in dem anderen verboten sein. Könnte ein Staat Dienstleistungen aus Ländern, in denen diese erlaubt sind, nicht verbieten, würden seine Möglichkeiten für eine Beschränkung des Gesamtangebots an Spielen erheblich beschnitten.

99. Die Brüder Schindler und die Kommission führen demgegenüber an, daß solche Gesichtspunkte in dem vorliegenden Fall vom Vereinigten Königreich nicht geltend gemacht werden könnten, wenn man berücksichtigt, daß sich der gesamte Glücksspielmärkte im Vereinigten Königreich im Jahr 1990 auf mehr als 13 Milliarden UKL belaufen habe, daß es umfassende Spielmöglichkeiten gegeben habe, hierunter Fußballtoto (einer privaten kommerziellen Tätigkeit, die grundsätzlich von jedem ausgeführt werden kann, der die allgemeinen Voraussetzungen hierfür erfüllt), daß das Vereinigte Königreich die Errichtung einer großen staatlichen Lotterie beschlossen habe und im übrigen anerkannt habe, daß Lotterie die am

wenigsten gefährliche Form eines Glücksspiels sei³⁷.

100. Diese Argumentation, die auf den ersten Blick recht überzeugend erscheint, ist trotz allem aus folgenden Gründen zurückzuweisen.

101. Würde man die Auffassung der Brüder Schindler und der Kommission akzeptieren, hätte dies wie gesagt zur Folge, daß ein Mitgliedstaat mit verhältnismäßig liberalen Glücksspielvorschriften Beschränkungen des Spielangebots nicht länger aufrechterhalten könnte, jedenfalls nicht gegenüber der Spielform, die von den öffentlichen Stellen des betreffenden Landes als die im Verhältnis am wenigsten schädliche Spielform angesehen wird.

37 — Im Weißbuch von 1992 heißt es dazu:

„14. Die Rothschild Royal Commission erkannte zwei Prinzipien einer Glücksspielpolitik an. Erstens sollen Glücksspiele entsprechenden Vorschriften unterliegen, um sicherzustellen, daß sie ehrlich und fair durchgeführt würden. Zweitens soll die Nachfrage nach Glücksspielen nicht angeregt werden, weil diese, im Übermaß betrieben, den einzelnen und seine Familie unglücklich machen können und verheerende Wirkungen für die Gesellschaft insgesamt haben. Selbst wenn diese allgemeinen Prinzipien jeder Glücksspielkontrolle zugrunde liegen, werden sie unterschiedlich auf unterschiedliche Spielformen angewandt.“

15. Glücksspiele in Spielbanken sind z. B. kriminalitätsanfälliger, und man kann sehr schnell hohe Geldbeträge verlieren. Sie sind die ‚härteste‘ Form der Glücksspiele (hinsichtlich der Anfälligkeit für Mißbrauch und ihre Gefahren für den einzelnen) und sind deshalb am strengsten geregelt. ... Dagegen hat man lange Zeit Lotterien als die ‚mildeste‘ Form der Glücksspiele angesehen. Eingesetzt werden normalerweise kleine Beträge, und es besteht nicht derselbe Anreiz, Verluste durch immer weitere Spiele auszugleichen zu versuchen. Sie unterliegen einfacheren Regeln, da die Geldbeträge, um die es geht, bescheidener sind. Da sie bescheidene Gewinne bieten und wohltätigen Zwecken dienen, kann für sie uneingeschränkt geworben werden. Vor allem kann für sie im Fernsehen und Radio geworben werden, wohingegen Radio- und Fernsehwerbung für alle Formen von Wetten oder Glücksspiel durch eine gesetzliche Regelung in Verbindung mit den Werbevorschriften der Radio- und Fernsehgesellschaften verboten ist.“

Weiter würde es — ganz abgesehen davon, daß damit schwierige Ermessensentscheidungen verbunden wären — eine Distanzierung von einem der Hauptargumente der Mitgliedstaaten für ihre Befugnis zur Regelung der Glücksspiele, nämlich der Notwendigkeit, das Gesamtangebot beschränken zu können, bedeuten.

Berücksichtigt man, was über die Gefahren, die für bestimmte Menschen mit dem Glücksspiel verbunden sind, bekannt ist, halte ich es nicht für möglich, den übereinstimmenden Standpunkt der Mitgliedstaaten zurückzuweisen, daß ein tatsächliches Bedürfnis für eine Beschränkung des Angebots an Glücksspielen besteht und daß diese Beschränkung — solange hierzu keine Gemeinschaftsvorschriften erlassen sind — notwendigerweise von den Mitgliedstaaten vorgenommen werden muß.

102. Müßten die einzelnen Mitgliedstaaten Lotterien akzeptieren, die rechtmäßig und in befriedigender Weise in allen anderen Mitgliedstaaten veranstaltet werden, verlören sie die Möglichkeit, die Zahl der veranstalteten Lotterien, die Zahl der Ziehungen und die Höhe des erlaubten Umsatzes zu kontrollieren. Das Angebot in den Mitgliedstaaten würde in Wirklichkeit von dem Angebot bestimmt, das in allen Mitgliedstaaten zusammengenommen besteht.

103. Die Kommission hat denn auch in der Sitzung erklärt, daß für die einzelnen Mitgliedstaaten vermutlich eine Möglichkeit bestehen müsse, das Angebot durch ein nichtdiskriminierendes Konzessionssystem zu beschränken.

104. Diese Auffassung zeigt die Schwierigkeit, wenn durch die unmittelbare Anwendung der Dienstleistungsvorschriften des Vertrags die nationalen Märkte für ausländische Dienstleistungen geöffnet werden.

Nach meiner Meinung können die Dienstleistungsvorschriften des Vertrags nicht so ausgelegt werden — ebensowenig wie die Vorschriften über das Niederlassungsrecht —, daß die Mitgliedstaaten daran gehindert sind, bestimmte Spielformen aus sachlichen Gründen zu verbieten.

So können die Mitgliedstaaten aufgrund des Vertrags nicht verpflichtet werden, in einem Bereich, in dem eine bestimmte Spielform ihrer Meinung nach verboten werden muß, ein Konzessionssystem einzuführen.

Dagegen kann wie gesagt zweifellos aufgrund des Vertrags verlangt werden, daß die Mitgliedstaaten, soweit sie ein beschränktes Angebot hinsichtlich einer bestimmten Spielform zulassen, dieses in nichtdiskriminierender Weise organisieren.

Dagegen halte ich es für ausgeschlossen, aus den Dienstleistungsvorschriften des Vertrags

eine unmittelbar geltende Pflicht der Mitgliedstaaten abzuleiten, eine bestimmte Anzahl von Lotterien zu erlauben. Anders ausgedrückt: Dem Vertrag lassen sich keine Kriterien dafür entnehmen, wie groß das erlaubte Angebot hinsichtlich einer bestimmten Spielform sein muß.

Akzeptiert man, daß die Mitgliedstaaten das Angebot begrenzen können, muß die Frage, wie groß das Angebot sein soll, den Mitgliedstaaten überlassen bleiben, die mit ihren Beschlüssen eine Entscheidung zum Ausdruck bringen werden, die in hohem Maße von den in den Staaten geltenden soziokulturellen Verhältnissen geprägt sein wird³⁸.

105. Kurz gesagt bin ich nicht der Ansicht, daß auf der Grundlage der Dienstleistungsvorschriften des Vertrags ohne eine Harmonisierung in der Gemeinschaft zwischen der Bejahung der Möglichkeit der Mitgliedstaaten, auf nichtdiskriminierender Grundlage das Angebot zu beschränken, u. a. durch das Verbot oder die Beschränkung von Dienstleistungen ausländischer Lotterieunternehmen, und der uneingeschränkten Bejahung des Rechts ausländischer Lotterien auf Erbringung ihrer Dienstleistungen, wenn diese in ihrem Heimatland u. a. in befriedigender Weise geregelt sind, ein Kompromiß möglich ist.

38 — Siehe Urteil vom 16. Dezember 1992 in der Rechtssache C-169/91 (Council of the City of Stoke-on-Trent, Slg. 1992, I-6635, Randnr. 11).

106. Akzeptiert man somit, daß die Mitgliedstaaten das Spielangebot, insbesondere Lotterien, regeln können müssen, muß man auch akzeptieren, daß eine Beschränkung von Dienstleistungen ausländischer Unternehmen ein notwendiges und verhältnismäßiges Mittel ist.

Zur Frage, ob die Beschränkungen notwendig sind, um den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zu lassen, Regeln für die Anwendung des Gewinns aus Lotterien festzulegen

107. Der letzte der Gründe, die die Mitgliedstaaten angeführt haben, nämlich ihre Möglichkeit, sicherzustellen, daß der Gewinn aus den Lotterien gemeinnützigen oder staatlichen Zwecken zufließt, ist ebenfalls von Bedeutung, um zu rechtfertigen, daß den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zuzuerkennen ist, Dienstleistungen ausländischer Lotterien zu beschränken.

108. Es ist zweifellos historisch richtig und immer noch so, daß ein wesentlicher Grund, Glücksspiele überhaupt zuzulassen, die Möglichkeit ist, den Gewinn aus dieser Tätigkeit für „gute“ Zwecke zu verwenden.

109. Sicherlich gibt es heute einige Gründe, gegenüber den Motiven der Mitgliedstaaten für eine Regelung des Glücksspielmarktes

etwas skeptisch zu sein. Wie bereits angedeutet, haben die Mißbilligung des Glücksspiels an sich und das Interesse an einer Begrenzung der Gefahr übermäßigen Glücksspiels der Bürger gegenüber dem Interesse, die Spiellust der Bevölkerung als Einnahmequelle für die Staatskasse (entweder dadurch, daß der Gewinn unmittelbar der Staatskasse zufließt oder dadurch, daß der Gewinn kräftig besteuert wird) oder für gemeinnützige Zwecke zu nutzen, an Bedeutung verloren. Die Liberalisierung der Spielmärkte in mehreren Mitgliedstaaten und die Hinnahme einer häufig sehr aggressiven Werbung für Glücksspiele sind Zeichen dieser Entwicklung.

110. Aber selbst wenn dies zutrifft, steht doch fest, daß der Gewinn zu nichtkommerziellen Zwecken verwendet wird. Ich halte es insoweit nicht für entscheidend, ob der Gewinn der Staatskasse oder gemeinnützigen Zwecken zugute kommt. Der für gemeinnützige Zwecke verwendete Gewinn entlastet jedenfalls in gewissem Umfang die öffentlichen Haushalte davon, für die Ausgaben für diese gemeinnützigen Zwecke aufzukommen.

111. In diesem Zusammenhang sind verschiedene Umstände von Bedeutung.

Es ist vermutlich richtig, daß die Teilnehmer an Lotterien, wie in mehreren Erklärungen.

ausgeführt wurde, bis zu einem gewissen Grad an diesen teilnehmen, weil der Gewinn Zwecken zufließt, die ihnen besonders am Herzen liegen. Es kann jedoch auch nach dem vorliegenden Sachverhalt davon ausgegangen werden, daß bei großen Lotterien die Verwendung des Gewinns nur begrenzte Bedeutung für die Entscheidung der Teilnahme hat. Es herrscht offensichtlich Einverständnis, daß nicht zuletzt die Höhe der Gewinne entscheidend ist³⁹.

112. Es läßt sich daher davon ausgehen — wie auch von mehreren Mitgliedstaaten geltend gemacht worden ist —, daß eine Öffnung der nationalen Märkte zu einem vermutlich intensiven Wettbewerb zwischen den großen Lotterien um Marktanteile in der ganzen Gemeinschaft führen würde.

Eine nicht unwahrscheinliche Entwicklung wäre, daß die von vornherein größten Lotterien — die, die heutzutage einen großen „Heimmarkt“ haben — nicht alleine die kleineren und örtlichen Lotterien (die es von vornherein schwer haben), sondern auch die

39 — In dem Bericht der Kommission — *Gambling in the Single Market* — Bd. 1, S. 44, heißt es folgendermaßen: „Wer spielt, ist in erster Linie daran interessiert, an einem attraktiven Spiel teilzunehmen. Ob ein Spiel attraktiv ist, hängt mit der Höhe der Prämien, der Gewinnchancen und der Frage zusammen, ob die Gewinne abgabenfrei oder nur mit einer geringen Abgabe belegt sind. Erscheint eine ausländische Lotterie attraktiver als ein inländisches Glücksspiel, werden einige Spieler daran teilnehmen, indem sie entweder Lose mit der Post bestellen oder indem sie über die Grenze reisen, um Lose bei einem Bevollmächtigten im Ausland zu kaufen. Die Bestellung über die Post eignet sich besonders für Klassenlotterien, da Fristen für die Entgegennahme der Lose viele Wochen später ablaufen.“

staatlichen Lotterien der kleineren Mitgliedstaaten vom Markt verdrängen würden⁴⁰.

113. Der Wettbewerb würde vermutlich wie gesagt auch auf der Grundlage der Höhe der Preise geführt. Diese hingen im wesentlichen vom Umsatz und von der Höhe der Verwaltungskosten sowie des Gewinnanteils, der staatlichen oder gemeinnützigen Zwecken zugeführt werden muß, ab. Ein wichtiger Wettbewerbsparameter ist somit, wie groß der Anteil ist, der für die Gewinne verwendet werden kann, und wie groß der Anteil ist, der für staatliche oder gemeinnützige Zwecke verwendet werden muß. Die Lotterien, die den größten Anteil für die Gewinne verwenden, werden einen Wettbewerbsvorteil haben. Meines Erachtens müßte es zulässig sein, daß die Mitgliedstaaten eine solche Form des Wettbewerbs auf diesem ganz speziellen Markt verhindern.

114. Für die Mitgliedstaaten ist es zweifellos auch wesentlich, daß sie die Entstehung eines

40 — In dem Bericht der Kommission wird dazu ausgeführt (Bd. 1, S. 18):

„Grenzüberschreitende Glücksspiele sind ein marktbedingtes Phänomen. Die Bevollmächtigten bestimmter Klassenlotterien sind die aktivsten Förderer illegaler grenzüberschreitender Spiele.

„Mail-shot“-marketing ist in allen zwölf Mitgliedstaaten betrieben worden. Die kleinen Lotteriemärkte mit entsprechend kleinen Gewinnen sind eindeutig am anfälligsten.

...

Die hohen Prämien in der deutschen Klassenlotterie besitzen eine große Anziehungskraft auf die Verbraucher, die normalerweise in kleineren staatlichen Lotterien mit geringeren Hauptgewinnen spielen. Diagramm 8 zeigt in diesem Zusammenhang die Anfälligkeit von Dänemark, Belgien und den Niederlanden.

...

Grenzüberschreitende Spiele, die es gibt, weil sie von der Nähe eines benachbarten Mitgliedstaats oder der ähnlichen Sprache und Kultur profitieren, wirken nur in einer Richtung. Solche nur in einer Richtung wirkende grenzüberschreitende Spiele gibt es häufiger, wenn hinsichtlich der Größe der Bevölkerungen ein Mißverhältnis besteht und deshalb größere Lotterien mit höheren Preisen kleineren staatlichen Lotterien oder Lottos gegenüberstehen.“

freien Wettbewerbs zwischen Lotterien auf europäischer Ebene verhindern können, dessen praktisch wichtigste Konsequenz wäre, daß die öffentlichen Kassen der verschiedenen Länder oder die gemeinnützigen Zwecke um das Geld konkurrierten, das europäische Bürger für Lotterien ausgeben.

Aufgrund dessen läßt sich mit Sicherheit nicht ausschließen, daß als eine der möglichen Konsequenzen einer Öffnung der staatlichen Märkte die großen deutschen Klassenlotterien so beherrschende Marktanteile gewannen, daß es „unrentabel“ würde, kleinere staatliche Lotterien in den Nachbarländern zu betreiben. Dies würde bedeuten, daß die Mittel, die bisher gemeinnützigen Zwecken in diesen Ländern zugeflossen sind, dann in die öffentlichen Kassen der deutschen Bundesländer fließen, die diese Lotterien betreiben.

115. Nach Ansicht der Kommission kann diesem Grund im Zusammenhang mit der Anwendung eines der grundlegenden Prinzipien des Vertrags, das eines der Grundpfeiler bei der Errichtung des Binnenmarkts sei, kein Gewicht beigemessen werden.

Sie stützt sich dabei auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach wirtschaftliche Gründe Ausnahmen von den Vorschriften

des Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr nicht rechtfertigen können⁴¹.

116. Auf den ersten Blick mag es vielleicht prinzipienwidrig erscheinen, daß ein solcher „wirtschaftlicher Grund“ Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen können soll.

Eine nähere Betrachtung zeigt jedoch nach meiner Meinung, daß diesem Grund in dem vorliegenden Zusammenhang Gewicht beigemessen werden kann. Es geht nicht um einen wirtschaftlichen Grund in dem Sinne, in dem der Begriff in der Rechtsprechung des Gerichtshofes verwendet wird.

117. Der Vertrag baut auf dem Grundsatz auf, daß der Umsatz wirtschaftlicher Güter im Verbrauchsstaat mit Abgaben belegt werden kann (vgl. hierzu Artikel 95 EWG-Vertrag).

Die Kommission wies in der Sitzung darauf hin, daß ein Mitgliedstaat den Verkauf von Tabak und Alkohol aus anderen Mitgliedstaaten nicht verbieten kann, wenn ein solcher Verkauf in dem betreffenden Staat erlaubt ist. Das ist natürlich richtig. Das

41 — Z. B. Urteil vom 26. April 1988 in der Rechtssache 352/85 (Bond van Adverteerders, Slg. 1988, 2085), wo der Gerichtshof festgestellt hat: „Wirtschaftliche Ziele wie dasjenige, einer inländischen öffentlichen Stiftung die Gesamtheit der Einnahmen zu sichern, die aus speziell für das Publikum des betroffenen Staats bestimmten Werbemitteilungen stammen, können keine Gründe der öffentlichen Ordnung im Sinne von Artikel 56 EWG-Vertrag sein“ (Randnr. 34).

ändert aber nichts daran, daß die Staaten die eingeführten Waren in derselben Weise wie die im Inland hergestellten Waren mit Abgaben belegen können.

Es erscheint mir nicht unangemessen, den Sachverhalt so aufzufassen, daß es auch im Zusammenhang mit Lotterien um eine Form der Entrichtung von Abgaben geht. Wenn die Kommission Recht hätte, daß die Mitgliedstaaten nach dem Vertrag verpflichtet sind, ihre Märkte für ausländische Lotterien zu öffnen, würde „die Abgabe“ auf Lose — d. h. der Teil des Lospreises, der der öffentlichen Kasse (oder gemeinnützigen Zwecken) zufließen soll — an den „Produktionsstaat“ und nicht an den „Verbrauchsstaat“ gezahlt.

118. Daß es nicht falsch ist, den Sachverhalt unter diesem Gesichtswinkel zu betrachten, wird durch die Ausführungen zu der Regelung bestätigt, die die luxemburgische Regierung mit zwei deutschen Lottounternehmen getroffen hat: Danach haben diese beiden Unternehmen die Erlaubnis erhalten, ihre Tätigkeit in Luxemburg gegen Entrichtung eines bestimmten Prozentsatzes des dort erzielten Umsatzes an den luxemburgischen Staat auszuüben.

119. Daß die hier genannten Gründe gegebenenfalls Beschränkungen grenzüberschreitender Dienstleistungen rechtfertigen können, wird zugleich durch das Urteil des Gerichtshofes vom 28. Januar 1992 in der

Rechtssache Bachmann bestätigt, wo der Gerichtshof feststellte, daß die fraglichen ernststen Beschränkungen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und der Dienstleistungen zum Schutz der Steuereinnahmen des Staates durch die Notwendigkeit gerechtfertigt sein können, die Kohärenz der Steuerregelung zu gewährleisten⁴².

120. Wichtiger ist jedoch nach meiner Meinung, daß der Gerichtshof in der vorliegenden Sache einen ganz speziellen Markt vor sich hat, für den, wie die Rechtsvorschriften aller Mitgliedstaaten zeigen, die allgemeinen Marktmechanismen weder gelten können noch gelten sollen. Soweit ersichtlich, hält kein Mitgliedstaat in diesem Bereich einen freien Wettbewerb mit den genannten Folgen für richtig.

121. Es würde um einen Wettbewerb gehen, bei dem sich tiefgreifende Folgen für eine Reihe von Lotterien mit einer langen Tradition, die eine wichtige Finanzierungsquelle für bedeutende Wohlfahrtsverbände und gemeinnützige Organisationen sind, kaum vermeiden lassen. Würde ein solcher Wettbewerb, der eine Folge der Öffnung der Märkte wäre, zugelassen, würde dies die nationale Vielfalt einschränken, ohne daß sich dies nach meiner Meinung als notwendige Konsequenz der Errichtung des Binnenmarktes ansehen ließe.

42 — Rechtssache C-204/90, Slg. 1992, I-249.

122. Es lassen sich kaum schutzwürdige Wirkungen einer Öffnung der Märkte anführen. Soweit ich sehe, würde keines der in Artikel 2 EWG-Vertrag genannten Ziele damit gefördert.

123. Der zweckmäßige Einsatz von Ressourcen, der in wirtschaftlicher Hinsicht der wichtigste Grund für die Vertragsvorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr ist, spielt nach meiner Meinung im Lotteriebereich keine Rolle⁴³.

124. Die Kommission macht zwar geltend, daß eine Öffnung der Märkte dazu führen würde, daß die Verbraucher mehr Möglichkeiten hätten, zwischen gemeinnützigen Zielen, die sie unterstützen wollten, zu wählen und größere Gewinne erhielten. Möglicherweise hat die Kommission auf kurze Sicht mit dem ersten Punkt recht. Es ist aber wie gesagt nicht unwahrscheinlich, daß eine Öffnung der Märkte auf längere Sicht dazu führen kann, daß eine Reihe von Lotterien vom Markt verdrängt werden und damit die Wahlmöglichkeit des Verbrauchers beschränkt wird.

43 — Vgl. hierzu Artikel 102a EG-Vertrag in der durch den Vertrag über die Europäische Union geänderten Fassung, der in Satz 2 bestimmt: „Die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaft handeln im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird, und halten sich dabei an die in Artikel 3a genannten Grundsätze.“

Hinsichtlich des zweiten Punktes hat die Kommission wie gesagt vermutlich recht. Nach meiner Meinung kann dies aber kein Ziel sein, das der Vertrag verwirklichen soll. Eine Erhöhung der Gewinne würde auf der einen Seite die Spielleidenschaft verstärken und auf der anderen Seite dazu führen, daß der Anteil des Lotterieumsatzes, der als Gewinn öffentlichen oder gemeinnützigen Zwecken zufließt, geringer würde.

125. Nach meiner Meinung kann deshalb festgestellt werden, daß keine schwerwiegenden vom Vertrag zu schützenden Gründe dagegen sprechen, daß die Mitgliedstaaten weiterhin den freien Dienstleistungsverkehr beschränken können, während andererseits den von den Mitgliedstaaten übereinstimmend angeführten Gründen gegen die Öffnung der Märkte erhebliches Gewicht beizumessen ist. Es ist ein Bereich, in dem gute Gründe dafür sprechen, den Mitgliedstaaten ihre Regelungszuständigkeit zu belassen, solange feststeht, daß die Gemeinschaft von ihrer Regelungszuständigkeit in diesem Bereich keinen Gebrauch machen will.

126. Nach meiner Meinung ist als Ergebnis weiter festzustellen, daß aufgrund dessen nicht auf Mittel verwiesen werden kann, die in weniger einschneidender Weise die Ziele verwirklichen könnten, die mit den

geltenden Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs verbunden sind ⁴⁴.

wenn große staatliche Lotterien verboten sind.

127. Ich meine deshalb, daß die Fragen des High Court dahingehend zu beantworten sind, daß die Dienstleistungsvorschriften des Vertrags der Anwendung innerstaatlicher Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen, die die Einfuhr von Losen und Werbematerial für große ausländische Lotterien verbieten,

In dem Zusammenhang ist es ohne Bedeutung, daß die Errichtung einer großen staatlichen Lotterie beschlossen wurde, weil selbst dann, wenn solche Lotterien bestehen, nach meiner Meinung die Mitgliedstaaten Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs aufrechterhalten könnten ⁴⁵.

Schlußantrag

128. Ich schlage deshalb dem Gerichtshof vor, die Fragen des High Court wie folgt zu beantworten:

Rechtsvorschriften über die Einfuhr von Losen und Werbematerial für große Lotterien fallen unter Artikel 59 EWG-Vertrag, der jedoch einem in diesen Rechtsvorschriften enthaltenen Verbot von Dienstleistungen großer ausländischer Lotterien nicht entgegensteht, wenn ein solches Verbot zu einem allgemeinen Verbot der Veranstaltung solcher Lotterien gehört.

44 — In den Vereinigten Staaten führte der Kongreß aufgrund der „commerce clause“ in der Bundesverfassung im Lotteriebereich ein grundsätzliches Verbot des „freien Austauschs von Dienstleistungen“ zwischen den Bundesstaaten ein. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Gesetzgebung wurde durch Urteil des Federal Supreme Court von 1903 bestätigt („The Lottery Case“, Champion/Ames, [1903] 186 U. S. 321).

45 — Ich habe erwogen, ob für die Auslegung des Artikels 59 im Kontext dieser Sache Artikel 55 Absatz 2 EWG-Vertrag Bedeutung beizumessen ist. Nach diesem Artikel in Verbindung mit Artikel 66 kann der Rat auf Vorschlag der Kommission mit qualifizierter Mehrheit beschließen, daß dieses Kapitel auf bestimmte Tätigkeiten keine Anwendung findet. In dieser Sache ist nichts dazu vorgebracht worden, daß der Rat und die Kommission die Anwendung der Bestimmung erwogen hätten, um die Lotterien von den Vertragsvorschriften über Dienstleistungen auszunehmen. Natürlich ist in jedem Fall von Bedeutung, daß die Bestimmung nicht angewendet werden kann, ohne daß die Kommission einen Vorschlag hinsichtlich ihrer Anwendung vorgelegt hat. Ich bin zu dem Ergebnis gekommen, daß der Bestimmung im Kontext dieses Falles keine Bedeutung beizumessen ist.