

---

# Das deutsche Lotterierecht im Unionsrecht

---

## Rechtsgutachterliche Analyse im Kontext

---

Prof. Dr. Ulrich Haltern, LL.M. (Yale)

Direktor der Abteilung Europa- und Völkerrecht des  
Instituts für Öffentliches Recht an der  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

---

Oktober 2015

---

# INHALTSÜBERSICHT

A. Hintergrund .....	4
B. Beschränkung der Grundfreiheiten.....	11
I.    Beschränkung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit .....	11
II.   Merkposten .....	12
C. Rechtfertigung.....	23
I.    Grundsätzliches .....	23
II.   Marktunvollkommenheiten .....	37
III.  Soziokulturelle Präferenzen .....	43
D. Fazit .....	107

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>A. <u>HINTERGRUND</u></b> .....	4
I. GLÜCKSSPIELRECHT IM FOKUS DER EUROPÄISCHEN UNION .....	4
II. ZIEL, THESEN, GANG DER UNTERSUCHUNG .....	7
<b>B. <u>BESCHRÄNKUNG DER GRUNDFREIHEITEN</u></b> .....	11
I. BESCHRÄNKUNG DER DIENSTLEISTUNGS- UND NIEDERLASSUNGSFREIHEIT .....	11
II. MERKPOSTEN .....	12
1. Nähe zur Bereichsausnahme .....	12
2. Ratio der Verkehrsfreiheiten .....	14
a) Vom Generalanwalt ... ..	15
b) ... zum EuGH .....	16
c) Von den Nachteilen für die privaten Haushalte über die Nachteile für die öffentlichen Haushalte ... ..	18
d) ... bis hin zu nachteiligen Veränderungen im soziokulturellen Gefüge .....	20
3. Fazit .....	22
<b>C. <u>RECHTFERTIGUNG</u></b> .....	23
I. GRUNDSÄTZLICHES .....	23
1. Steuerung der Rechtfertigungsebene durch die Tatbestandsebene .....	23
2. Kriterien und Gruppierungen der Rechtfertigung: Marktunvollkommenheiten und soziokulturelle Präferenzen .....	25
a) Marktunvollkommenheiten .....	26
b) Soziokulturelle Präferenzen .....	28
c) Glücksspielrecht .....	30
3. Messbares und nicht Messbares .....	34
II. MARKTUNVOLLKOMMENHEITEN .....	37
1. Legitime Gründe .....	37
2. Beschränkung der Rechtfertigungsmöglichkeit .....	37

<b>III. SOZIOKULTURELLE PRÄFERENZEN</b> .....	43
<b>1. Legitime Gründe</b> .....	44
a) Die Bedeutung der Kategorie .....	45
b) Die Legitimationskraft der Kategorie .....	48
c) Die Widerständigkeit der Kategorie .....	50
aa) Mitgliedstaaten tragen die Interessen nicht vor .....	51
bb) Die Unwucht in der Zwecke-Rechtsprechung des EuGH .....	53
cc) Praktische Konkordanz .....	55
dd) Politische Einbahnstraßen durch Forumwechsel .....	57
d) Institutionelle Konsequenzen der Kategorie .....	58
e) Unbegründete juristische Berührungsgänge .....	59
f) Offenheit des EuGH gegenüber dieser Kategorie .....	61
g) Kein illegitimes Ziel i.S. rein wirtschaftlicher Ziele und finanzieller Interessen .....	65
<b>2. Die soziale Bedingtheit des Lotteriemarktes und seiner Regulierung</b> .....	69
a) Gemeinwohldienlichkeit .....	70
b) Vom Magischen Denken zur gesellschaftlichen Integration .....	82
c) Legitimation durch lebensweltliche Normalität .....	86
d) Ambivalenz der gesellschaftlichen Werte (1): Leistung, Verdienst und säkularisierte protestantische Arbeitsethik .....	92
e) Ambivalenz der gesellschaftlichen Werte (2): Spannung und Träume zwischen Individualismus und Kollektivität .....	99
<b>3. Legitimes Ziel und Beschränkungen der Rechtfertigungsmöglichkeit</b> .....	101
<b>D. FAZIT</b> .....	107

## **A. HINTERGRUND**

### **I. GLÜCKSSPIELRECHT IM FOKUS DER EUROPÄISCHEN UNION**

- 1 Der politische Konsens darüber, dass das deutsche Veranstaltungsmonopol im Lotteriesektor unantastbar sei, der noch vor fünf Jahren im Zuge der konzessionierten Öffnung des Sportwettenmarktes herrschte, gerät unter rechtlichen Druck. Neben den privaten Glücksspielanbietern zeichnet hierfür im Wesentlichen die Kommission der Europäischen Union verantwortlich. Sie wacht in besonderer Weise über die Herstellung des Binnenmarktes und hält diesen auch im Bereich des Glücksspiels für effizienter als die Fragmentierung einzelner mitgliedstaatlicher Glücksspielmärkte.
- 2 Als treibende Kraft für eine Öffnung der nationalen Glücksspielmärkte hat sich die Kommission insbesondere seit der Tätigkeit des für Binnenmarkt und den Dienstleistungssektor zuständigen irischen Kommissars Charlie McGreevy hervorgetan.<sup>1</sup> Ihre Tätigkeit reicht freilich weiter zurück. Bereits im Jahr 1991 hat die Kommission eine große Studie zum Glücksspielmarkt in Auftrag gegeben und die Möglichkeit der Harmonisierung als Teil ihrer Binnenmarktinitiative ausgelotet.<sup>2</sup> Der Rat hat dies auf dem Gipfel von Edinburgh 1992 zunächst gestoppt und geschlussfolgert, dass das Glücksspiel den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern überlassen werden solle.<sup>3</sup>
- 3 Etwa zehn Jahre später kehrte die Kommission zu diesem Thema zurück, angeregt erstens durch neue Technologien (insbesondere das Internet), zweitens durch mittlerweile ergangene EuGH-Urteile im Bereich des Glücksspielrechts und drittens durch breit angelegte mitgliedstaatliche Regulierungen im Glücksspielbereich.<sup>4</sup> Die Kommission setzte zunächst alles auf die Einbeziehung des Glücksspielsektors in die Dienstleistungsrichtlinie<sup>5</sup>: Entscheidungen des EuGH, der das Glücksspiel unter die Verkehrsfreiheiten subsumierte, und anderweitige Unionsgesetzgebung wie die E-Commerce-Richtlinie<sup>6</sup> schienen ihr als Möglichkeit, die nationalen Märkte zu öffnen.

---

<sup>1</sup> *Laffey*, Ethics or Euros? Policy Towards Cross-Border Gambling in the European Union, University of Kent Business School Working Paper No. 165, 2008, <https://kar.kent.ac.uk/25089/>.

<sup>2</sup> Nachw. bei *Della Sala*, Stakes and States: Gambling and the Single Market, *Journal of European Public Policy* 17 (2010), 1024 ff. (1034).

<sup>3</sup> European Council in Edinburgh, 11-12 December 1992, Conclusions of the Presidency, SN 456/1/92 REV 1, S. 28: "Finally, the Commission can say that, following consultations with interested parties, it intends to abandon certain initiatives that had been planned. It will not, for instance, be going ahead with proposals on the harmonization of vehicle number plates or the regulation of gambling."

<sup>4</sup> *Vlaemminck/Wael*, The European Union Regulatory Approach of Online Gambling and Its Impact on the Global Gaming Industry, *Gaming Law Review* 7 (2003), 177 ff.

<sup>5</sup> Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376, S. 36.

<sup>6</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Ge-

Der Entwurf der Dienstleistungsrichtlinie, der 2004 an das Europäische Parlament übersandt wurde, deckte daher das Glücksspiel mit ab. In ihren begleitenden Kommunikationen ließ die Kommission keinen Zweifel daran, dass es ihr darauf ankam, diesen Sektor zu harmonisieren und die mitgliedstaatlichen Monopole aufzubrechen. Zwar wäre das Herkunftslandprinzip für Glücksspiele zunächst vorübergehend ausgesetzt worden, doch wäre es kurz danach zu einer ergänzenden Harmonisierung seitens der Kommission gekommen. So war in Art. 40 Abs. 1 des Entwurfs der Dienstleistungsrichtlinie vorgesehen:

„Spätestens bis zum [1 Jahr nach Inkrafttreten der Richtlinie] prüft die Kommission die Möglichkeit, Vorschläge für harmonisierende Rechtsakte zu folgenden Punkten vorzulegen: ... b) Gewinnspiele, die einen geldwerten Einsatz bei Glücksspielen verlangen, einschließlich Lotterien und Wetten im Lichte eines Berichts der Kommission und einer breiten Konsultation der interessierten Kreise...“<sup>7</sup>

- 4 Diesen Versuchen war kein langes Leben beschert, denn das Glücksspiel wurde nach Diskussionen im Rat, in den parlamentarischen Gremien des Europäischen Parlaments und innerhalb der Kommission selbst aus der Richtlinie wieder herausgenommen. Befürworter der Einbeziehung im Rat waren lediglich Mitgliedstaaten wie Malta und das Vereinigte Königreich, in denen große Anbieter und Internet-Anbieter ansässig sind. Die Gegnerschaft beschränkte sich nicht auf solche Mitgliedstaaten, die gegenüber dem Gemeinsamen Markt und der wirtschaftlichen Liberalisierung allgemein kritisch eingestellt sind. So opponierte etwa die Tschechische Republik, die sich gegenüber den stark liberalisierenden Ansätzen des Richtlinienentwurfs ansonsten aufgeschlossen zeigte. Die wichtigsten Gründe, die für die Herausnahme des Glücksspiels vorgetragen wurden, waren zum einen die Bedenken im Hinblick auf gesundheitliche Gefahren und die öffentliche Ordnung, und zum anderen die Auffassung, dass die Unterschiede der mitgliedstaatlichen Regulierungsansätze im Glücksspielbereich ein Spiegelbild wichtiger kultureller Unterschiede zwischen ihnen seien.<sup>8</sup>
- 5 Nach dieser deutlichen Niederlage nahm die Kommission einen Forumwechsel von der legislativen zur judikativen Arena vor. Sie bemühte sich, die Verkehrsfreiheiten der Verträge und die damit verbundenen Sanktionsmechanismen des EuGH für die Herstellung eines Gemeinsamen Glücksspielmarktes zu nutzen. Ihre Strategie bestand darin, in einzelnen Schritten vorzugehen. Sie übte im Juni 2006 zunächst Druck auf Frankreich und Schweden aus, der dort zu einigen Änderungen führte, welche

---

schaftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"), ABl. L 178, 1.

<sup>7</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, SEK(2004) 21. Vgl. auch Commission Staff Working Paper „Extended Impact Assessment of Proposal for a Directive on Services in the Internal Market“, SEK(2004) 21.

<sup>8</sup> *Della Sala, Stakes and States* (Fn. 2), 1034.

aber die Kommission nicht zufriedenstellten. Daher strengte sie sodann zahlreiche Vertragsverletzungsverfahren an, von denen die Barroso-Kommission sieben im Stadium des Fristsetzungsschreibens erbt (nämlich diejenigen gegen Frankreich, Deutschland, die Niederlande, Schweden, Dänemark, Finnland und Ungarn). Nun wurden auch Meinungsverschiedenheiten innerhalb der Kommission sichtbar: Kommissar McCreevy übte weiter Druck zur Marktöffnung aus, während eine Mehrheit der Kommissionsmitglieder, darunter Kommissionspräsident Barroso, moderaten Widerstand leistete.<sup>9</sup> Diese Meinungsverschiedenheiten reflektierten Spannungen einerseits zwischen den Mitgliedstaaten, andererseits innerhalb der Mitgliedstaaten<sup>10</sup> über das rechte Maß des Ausgleichs zwischen dem Gedanken der Markteffizienz und moralischen Bedenken gegenüber einer Ausdehnung der Spielmöglichkeiten im Glücksspielbereich.<sup>11</sup>

- 6 Inhaltlich konzentrierte sich die Kommission zunächst auf die Bereiche der Sportwetten und des Internet-Glücksspiels. Hier war sie in Grenzen erfolgreich und konnte einige Änderungen herbeiführen. Gleichwohl gelang es den Mitgliedstaaten, die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes zu verhindern, und noch immer bestehen in vielen Mitgliedstaaten monopolartige Strukturen. Auch dies wird der Kommission Anlass gewesen sein, den Dienstleistungsmarkt als einen der priorisierten Bereiche für die verstärkte Binnenmarktstrategie auszuwählen.<sup>12</sup>
- 7 Nun wendet sich die Kommission dem Lotteriesektor zu. Der Druck, den sie hier auf die Bundesrepublik Deutschland aufbaut, um das Veranstaltungsmonopol im Lotteriebereich aufzubrechen<sup>13</sup>, ist ein Zeichen für die Ausweitung ihrer Strategie, die trotz ihrer Linearität im Hinblick auf die starre Fixierung auf Wettbewerb und Markteffizienz ein Überraschungselement enthält. Die Kommission geht nämlich nun sogar über das hinaus, was sie in ihrem ehrgeizigen – und von den Mitgliedstaaten und dem Europäischen Parlament zurückgewiesenen – Entwurf für die Dienstleistungsrichtlinie

---

<sup>9</sup> Auch im Hinblick auf Stellungnahmen des Juristischen Dienstes der Kommission wurden diese Spannungen sichtbar, vgl. statt vieler *Haltern*, Kommentierung zum EGV, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht – Kommentar, 1. Aufl. 2008, Rdnr. 37, 39.

<sup>10</sup> Hier sind etwa Italien (*Della Sala, Stakes and States* (Fn. 2), 1035) und Deutschland – etwa Schleswig-Holstein – gute Beispiele für die Spannungen zwischen den Polen Markteffizienz und nicht-wirtschaftlichen Erwägungen.

<sup>11</sup> *Della Sala, Stakes and States* (Fn. 2), 1035.

<sup>12</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Bessere Governance für den Binnenmarkt, vom 8.6.2012, COM(2012) 259 final.

<sup>13</sup> Vgl. nur das Schreiben der Kommission im EU Pilot v. 29.6.2015, EU PILOT 7625/15/GROW – Deutsche Glücksspielgesetzgebung, S. 5 unter der Überschrift „Kohärenz der deutschen Glücksspielregulierung“: „Auch die Bewertung des Gefahrenpotenzials einzelner Glücksspielformen wird nicht kohärent dargestellt. Zum Beispiel wird das Verbot der Vermittlung von Lotterierprodukten in andere deutsche Bundesländer damit gerechtfertigt um spielanreizenden Wirkungen vorzubeugen. Diese sind im Bereich der Lotterien wegen des geringen Suchtpotentials nicht nachvollziehbar.“ Zugleich werden die Urteile des EuGH *Placanica u.a.*, verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, EU:C:2007:133; *Pfleger und Stoß u.a.*, verb. Rs. C-316/07, C-258/07, C-359/07, C-409/07 und C-410/07 zitiert.

2004 vorgeschlagen hatte. Dort fand sich zwar in Art. 40 Abs. 1 DLR-Entwurf der Hinweis, dass die Kommission ein Jahr nach Inkrafttreten der Richtlinie ergänzende Harmonisierungsmaßnahmen prüfen wolle; doch hielt die Kommission in Erwägungsgrund (35) des Entwurfes selbst fest:

„Die Bestimmungen dieser Richtlinie über die Niederlassungsfreiheit sollten insoweit Anwendung finden als die betreffenden Tätigkeiten dem Wettbewerb offenstehen und verpflichten daher die Mitgliedstaaten nicht, bestehende Monopole, insbesondere bei den Lotterien, abzuschaffen oder bestimmte Sektoren zu privatisieren.“<sup>14</sup>

- 8 Hiervon ist nunmehr nicht länger die Rede, und sowohl die inhaltliche Nähe des Kommissionsschreibens vom 29. Juni 2015 im EU Pilot<sup>15</sup> zu den Argumenten der privaten Glücksspielanbieter als auch die rege juristische Gutachtentätigkeit im Auftrag der privaten Glücksspielindustrie im Hinblick auf die angebliche Unionsrechtswidrigkeit des deutschen Lotterieveranstaltungsmonopols lassen darauf schließen, dass das deutsche Lotterieveranstaltungsmonopol das nächste Ziel der Kommission ist.
- 9 Aufgrund des veränderten Forums – von der legislativen zur judikativen Arena, was inhaltlich gleichbedeutend ist mit dem Wechsel von der Politik zum Recht – gilt das Augenmerk nun der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union. Sie ist durchaus ambivalent. Einerseits räumt er den Mitgliedstaaten im Ausgangspunkt einen weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum ein; andererseits zeigt er sich bei der Prüfung der Rechtfertigungsschranken konsequent bis streng. Obwohl er keinen kleinen Teil der mitgliedstaatlichen Glücksspielregulierung kritisch gesehen und Umstrukturierungen erzwungen hat, war seine Rolle insgesamt doch zugleich auch die eines Bremsers der Kommission. Die detailliertere Analyse dieser Rechtsprechung im Hinblick auf das deutsche Veranstaltungsmonopol für Lotterien ist Gegenstand dieser Untersuchung.

## II. ZIEL, THESEN, GANG DER UNTERSUCHUNG

- 10 Dieser Beitrag verfolgt mehrere Thesen. Erstens will er zeigen, dass die Zweifel an der Unionsrechtskonformität der deutschen Regulierung des Lotteriespiels unbegründet sind. Hierzu wendet er sich schwerpunktmäßig der Rechtfertigungsmöglichkeit und ihren Beschränkungen zu. Die diesbezüglichen Argumente – Prävention und Bekämpfung von Spielsucht, Eindämmung von Begleitkriminalität, Kanalisierungsauftrag – sind aus der Rechtsprechung des EuGH bekannt und bedürfen der Anwendung auf

---

<sup>14</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM(2004) 2 endgültig/2 (Kommafehler im Original).

<sup>15</sup> Vgl. Fn. 13.



das Veranstaltermonopol. Zweitens will der Beitrag durch zusätzliche Kontextualisierungen dergestalt Neuland betreten, dass die gesellschaftliche Einbettung des Lotteriespiels in Deutschland in den juristischen Blick gerät und dogmatische Argumente eröffnet, die bislang unterbelichtet waren. Hierauf liegt der Schwerpunkt.

- 11 Wer die Diskussion der Konformität des mitgliedstaatlichen Glücksspielrechts mit Vorgaben des Unionsrechts und des nationalen Verfassungsrechts studiert, kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass Wesentliches ungesagt bleibt. Diskutiert werden Prävalenzraten, Ereignisfrequenzen, Gefährdungspotentiale und Kontrollillusionen. Die Zahl der wissenschaftlichen Studien, die aus den Bereichen der klinischen Psychologie und Epidemiologie stammen, wächst beständig; Werbemaßnahmen werden in Punkt und Komma daraufhin analysiert, ob sie anreizenden Charakter besitzen oder nicht. Die Rechtsprechung, insbesondere der mitgliedstaatlichen Gerichte, beschäftigt sich immer detaillierter mit eben diesen Themen, deren Inhalte zunehmend differenzierter begutachtet und judiziert werden. Dabei scheinen andere Erwägungen, die nicht weniger wichtig sind, auf der Strecke zu bleiben. Wie verhält es sich mit der sozialen Akzeptanz und Legitimität von Glücksspielprodukten? Woher stammen diesbezügliche Unterschiede? Wie verhalten sich die Bevölkerungen der einzelnen Mitgliedstaaten im Hinblick auf die integrativen oder desintegrativen Folgen des Glücksspiels, und was bedeutet das für die Werte, die ihr Zusammenleben grundieren?
- 12 Diese Fragen besitzen einen gemeinsamen Kern. Das ihnen gemeinsame Thema ist die zentrale Frage, wie wir leben wollen. Ist es gesellschaftlich gewollt, eine Vervielfachung der Angebote an Glücksspielen herbeizuführen und zwischen ihnen auszuwählen? Soll diese Frage allein durch ökonomische Kriterien – was ist ein Markt, wieviel Teilnehmer verträgt er, worin bestehen Marktunvollkommenheiten, und wie kann man ihnen beikommen? – beantwortet werden? Oder sollen nicht auch marktferne Kriterien – was bedeuten uns der Gang zum Zeitschriftenkiosk, wo die Spielscheine erworben werden, die wöchentliche Ziehung der Lottozahlen durch eine Lottofee und die Verkündung der Ergebnisse in der *Tagesschau*, welche gesellschaftlichen Werte werden durch das Lotteriespiel gespiegelt oder konterkariert, und was ergibt sich daraus im Hinblick auf die Vervielfältigung von Anbietern und Angebot? – eine Rolle spielen?
- 13 Verfolgt man diese argumentative Spur, stößt man in letzter Konsequenz auf die Frage, wie weit das Ökonomische reicht und reichen soll. Alles lässt sich wirtschaftlich formulieren, doch besteht die Gefahr, dass in diesem Umformulierungsprozess Grenzen verlorengehen, die für das gute und richtige Leben der Bürger unabdingbar sind. Dies ist insbesondere die Grenze des Marktes: Irgendwo hört er auf, weil in den Überzeugungen des Menschen nicht einfach alles kommodifizierbar ist.
- 14 Diese Grenze spielt im Bereich des Glücksspiels und seiner Regulierung eine große Rolle. Glücksspielregulierung dient nicht in erster Linie der immer effizienteren Ge-

staltung eines Marktes, sondern der Um- und Durchsetzung von Anschauungen, die nicht-ökonomischer Natur sind und in ein inneres Spannungsverhältnis zu wirtschaftlichen Erwägungen treten. Die große Ambivalenz der gesellschaftlichen Haltung zum Glücksspiel, die sich in der großen Popularität einerseits und dem nach wie vor existierenden sozialen Stigma andererseits zeigt, ist keine Folge von Markterwägungen, sondern von weit zurückreichender Regulierungsgenealogie, religiösen Vorstellungen und entsprechenden Normierungen, gesellschaftlichen Werten wie Fleiß, gerechtem Verdienst für Leistung, methodischer Lebensführung und Strebsamkeit, und geteilten Auffassungen darüber, wie man sich die Textur des gemeinsamen Lebens vorstellt. Man kann diesen Bereich als soziokulturelle Präferenzen einer staatlichen Gemeinschaft definieren.

- 15 Diese soziokulturellen Präferenzen sind nicht leicht in Zahlen zu fassen. Sie erwehren sich unproblematischer Bezifferbarkeit und können nicht als benchmarkfähige Statistik im Anhang wissenschaftlicher Studien abgedruckt werden. Sie befassen sich mit gesellschaftlichen Bedeutungszuschreibungen, die immer dynamisch und mitunter diffus und dadurch inhärent bestreitbar sind. Dadurch geraten sie leicht in den Verdacht der Unwissenschaftlichkeit, da die Wissenschaft einen guten Teil ihrer Legitimation aus Wahrheitssätzen zieht, die durch quasi-naturwissenschaftliche Beweisführung abgesichert werden können. Gesellschaftliche Bedeutungen kann man aber weder zählen noch naturwissenschaftlich beweisen: Das ist das Wesen von Kultur. Dadurch wird Kultur aber nicht weniger relevant als das Zählbare. Im Gegenteil ist nicht das Labor, sondern die kulturelle Gemeinschaft unser Zuhause.
- 16 Die argumentative Leerstelle, die sich in der wissenschaftlichen Diskussion und ihrer juristischen Verwertung in der Rechtsprechung im Hinblick auf die soziokulturelle Dimension des Glücksspiels zeigt, hinterlässt den Eindruck, dass auf der Basis von Kriterien entschieden wird, die als solche nicht unwichtig sind, aber Wesentliches unberücksichtigt lassen. So entfaltet sich eine Dynamik, die in eine Richtung zu zeigen scheint, welche sich von dem, was „eigentlich“ wichtig wäre, entfernt. Dieser Eindruck ist nicht auf das Glücksspielrecht beschränkt: Im Rahmen der Europäischen Union existiert eine lebhaft wissenschaftliche und vor allem gesellschaftliche Diskussion darüber, wo die Grenze des Marktes liegt und wie sie rechtssicher markiert werden kann. Die noch fehlende Antwort auf dieses Problem ist kein unwesentlicher Faktor im sozialen Legitimationsdefizit der Union. Im Glücksspielrecht ist das Schweigen der verantwortlichen Institutionen lediglich in besonderer Weise spürbar; die Diskussion läuft auf fast gespenstische Weise unberührt und ungerührt neben der soziokulturellen Imagination in den Mitgliedstaaten her.
- 17 Es geht in diesem Beitrag darum, diese Dimension nicht unberücksichtigt zu lassen und dem Eindruck der Irrealität dogmatische Gedanken entgegenzusetzen, in denen sich die soziokulturellen Präferenzen fassen lassen. Unüberwindbare Hürden hierfür gibt es nicht, da der EuGH selbst den Anlass hierfür gegeben hat. Wenn er in ständi-

ger Rechtsprechung von den „beträchtlichen sittlichen, religiösen und kulturellen Unterschieden zwischen den Mitgliedstaaten“ spricht<sup>16</sup>, eröffnet er einen juristischen Argumentationsraum für die Diskussion soziokultureller Präferenzen. Wenn er in ebenfalls ständiger Rechtsprechung von den „sittlich und finanziell *schädlichen Folgen* für den Einzelnen wie *für die Gesellschaft*“ spricht<sup>17</sup>, lädt er soziokulturelle Erwägungen auch und gerade für die Rechtfertigung und ihre Beschränkungen ein. Diese Einladung gilt es nur noch anzunehmen.

- 18 Die vorliegende Untersuchung geht zunächst auf die Beschränkung der Grundfreiheiten durch das Lotterieveranstaltungsmonopol des § 10 GlüStV ein (B.).<sup>18</sup> Obwohl eine solche Beschränkung vorliegt (B.I.), sind hierzu einige Anmerkungen zu machen (B.II.), die im Rahmen der Rechtfertigung zu berücksichtigen sein werden (C.I.1.). Die Möglichkeit der mitgliedstaatlichen Rechtfertigung der Beschränkung wird durch die Ausnahmeregelungen des Vertrages und die „zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls“ gesteuert. Diese legen den Radius der legitimen Regulierungsgründe fest und werden ihrerseits wiederum begrenzt durch Beschränkungen, insbesondere das Prinzip der Verhältnismäßigkeit und das hierin enthaltene Kohärenzprinzip. Die Prüfungsdichte und -tiefe, mit der sich der EuGH den mitgliedstaatlichen Rechtfertigungsgründen annimmt, variiert freilich, ohne dass dies ausdrücklich im Vertrag angelegt wäre. Anhaltspunkte aber ergeben sich daraus, ob die Mitgliedstaaten die Bewältigung von Marktunvollkommenheiten oder den Schutz ihrer soziokulturellen Präferenzen vortragen (C.I.2.). Letzteres ist seltener, aber nicht ohne Vorbild (C.I.3.).
- 19 Im Hinblick auf das Lotterieveranstaltungsmonopol werden zunächst die vereinzelt vorgetragenen Zweifel an der Verhältnismäßigkeit und Kohärenz der Regelung im Hinblick auf Marktunvollkommenheiten wie das Suchtpotential, die Monopolform und die sich daraus ergebenden Kohärenzerfordernisse behandelt (C.II.). Anschließend wendet sich die Untersuchung den soziokulturellen Präferenzen zu (C.III.) und erläutert zuerst die juristische Berechtigung und Form dieses Rechtfertigungsgrundes (C.III.1.). Sodann wird der legitime Grund mit Leben erfüllt (C.III.2.), indem die soziokulturellen Präferenzen im Hinblick auf die Gemeinwohldienlichkeit (a.), die gesellschaftliche Integration (b.), die lebensweltliche Alltagsnormalität (c.), die religiös grundierte ethische Anschauung (d.) und die soziale Funktion (e.) untersucht werden.

---

<sup>16</sup> Statt aller Urteil Stanley International Betting und Stanleybet Malta, Rs. C-463/13, EU:C:2015:25, Rz. 51; Urteil Digibet und Albers, Rs. C-156/13, EU:C:2014:1756, Rz. 24.

<sup>17</sup> Statt aller Urteil Placanica u.a., verb. Rs. C-338/04, 359/04 und C-360/04, EU:C:2007:133, Rz. 47 (meine Hervorhebung).

<sup>18</sup> Außer Betracht bleiben insoweit die sog. Kleinen Lotterien, die durch den Dritten Abschnitt des GlüStV (§§ 12-18) reguliert sind und die gem. § 13 Abs. 2 GlüStV drei Voraussetzungen kumulativ erfüllen: Die Bekanntgabe der Ziehungsergebnisse erfolgt höchstens zweimal wöchentlich, der Höchstgewinn übersteigt nicht zwei Millionen Euro, und es ist kein Jackpot vorgesehen, in dem Teile der von den Spielern entrichteten Entgelte angesammelt werden, um höhere Gewinne für zukünftige Ziehungen zu schaffen. Zudem darf keine interaktive Teilnahme in Rundfunk oder Telemedien mit zeitnahe Gewinnbekanntgabe ermöglicht werden, § 13 Abs. 2 Nr. 2 GlüStV.

Damit wird das Glücksspiel, wie vom EuGH vorgeschlagen, in seiner „sittlichen, religiösen und kulturellen“ Eingebettetheit kontextualisiert; zugleich kann gezeigt werden, welche Konsequenzen sich aus einer Marktöffnung ergäben. Dies hat Konsequenzen für die Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzprüfung, bei der es zu einer Interaktion zwischen den beiden Rechtfertigungslinien kommt (C.III.3.). Abschließend wird ein Fazit gezogen (D.).

## **B. BESCHRÄNKUNG DER GRUNDFREIHEITEN**

### **I. BESCHRÄNKUNG DER DIENSTLEISTUNGS- UND NIEDERLASSUNGSFREIHEIT**

20 Es ist keine ernsthaft zu diskutierende Frage, dass das Glücksspiel von der Dienstleistungs- bzw. der Niederlassungsfreiheit erfasst ist. Der EuGH hat dies völlig zu Recht frühzeitig und in ständiger Rechtsprechung festgehalten.<sup>19</sup> Das Angebot von Glücksspielen ist eine Dienstleistung im Sinne von Art. 57 AEUV; berührt sind die Veranstalter, die Spieler und die Vermittler.<sup>20</sup> Das (zumeist strafbewehrte) Verbot, Glücksspiele ohne Genehmigung anzubieten oder zu vermitteln, stellt auch dann eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar, wenn das Verbot nicht diskriminierend wirkt und für ausländische und inländische potentielle Anbieter in gleicher Weise gilt. Der EuGH hat sich darüber hinaus dafür entschieden, die Dienstleistungsfreiheit nicht isoliert von der ebenfalls berührten Niederlassungsfreiheit zu untersuchen: er prüft sie gemeinsam und untersucht dann, ob eine der im Vertrag vorgesehenen Ausnahmeregelungen oder eine Rechtfertigung aus „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ gegeben ist. Alle Maßnahmen, die die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen, werden vom EuGH als Beschränkungen angesehen, die gemäß Art. 56 AEUV grundsätzlich aufgehoben werden müssen. Verlangt ist nämlich nicht nur die Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen des Dienstleistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn diese unterschiedslos für einheimische Dienstleistende wie für Dienstleistende anderer Mitgliedstaaten gelten –, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern. Ein Monopol zu Gunsten bestimmter inländischer Einrichtungen benachteiligt nicht nur ausländische Unternehmen, sondern auch alle anderen inländi-

---

<sup>19</sup> St. Rspr. seit Urteil Schindler, Rs. C-275/92, EU:C:1994:119.

<sup>20</sup> Urteil Placanica u.a., verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Schlussanträge des Generalanwalts v. 16.5.2006, EU:C:2007:324, Rz. 101.

schen Unternehmen, die auf diesem Gebiet tätig werden wollen. Es handelt sich damit um eine unterschiedslos geltende, also nicht-diskriminierende Regelung. Um eine Beschränkung handelt es sich gleichwohl; immerhin ist aber dadurch neben dem über Art. 62 AEUV geltenden Art. 52 AEUV der Anwendungsbereich der „zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses“ eröffnet.

- 21 Gemessen an diesen Maßstäben sind die Regelungen des GlüStV zum Lotterieveranstaltungsmonopol offenkundig als Beschränkungen zu qualifizieren.

## II. MERKPOSTEN

- 22 Gleichwohl sind in diesem Zusammenhang mehrere Dinge festzuhalten.

### 1. Nähe zur Bereichsausnahme

- 23 Die Grundfreiheiten greifen deshalb voll, weil eine Harmonisierung im Bereich der Glücksspiele nicht erfolgt ist. Entgegen den Absichten der Kommission ist nicht nur die Ursprungsland-Klausel aus dem Bolkestein-Entwurf zur Dienstleistungsrichtlinie entfernt und die vereinheitlichende liberalisierende Linie unabhängig vom betroffenen Dienstleistungssektor aufgeweicht worden, sondern auch das Glücksspiel ist aus dem gegenüber der bisherigen Rechtsprechung harmonisierenden und liberalisierenden Konzept der Dienstleistungsrichtlinie wieder herausgenommen worden. Gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. h RL 2006/123/EG erstreckt sich der Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie nicht auf „Glücksspiele, die einen geldwerten Einsatz verlangen, einschließlich Lotterien, Glücksspiele in Spielcasinos und Wetten“. Das Glücksspiel steht insoweit auf einer Stufe mit Tätigkeiten von Notaren und Gerichtsvollziehern, privaten Sicherheitsdiensten, audiovisuellen Diensten auch im Kino- und Filmbereich, sozialen und Gesundheitsdienstleistungen. Begründet wird diese Bereichsausnahme in Erwägungsgrund 25 der RL mit „der spezifischen Natur dieser Tätigkeiten, die von Seiten der Mitgliedstaaten Politikansätze zum Schutz der öffentlichen Ordnung und zum Schutz der Verbraucher bedingen“.

- 24 Anerkannt ist damit *erstens* die besondere Natur des Glücksspielsektors, der diesen Sektor von allen anderen denkbaren Dienstleistungen – mit Ausnahme der in Art. 2 Abs. 2 RL 2006/123/EG genannten – unterscheidet. Damit ist der „Glücksspielmarkt“ gerade kein Markt wie jeder andere (vgl. noch unten Rn. 29 ff.). Ein Teil der Seitenlage entsteht also dadurch, dass aufgrund der Besonderheiten des Glücksspiels als Dienstleistung die „normalen“, für den freien Dienstleistungsmarkt der Union geltenden Regeln nicht ohne Qualifikationen und Abstriche Anwendung finden können.

- 25 *Zweitens* steht damit unionsrechtlich abgesichert fest, dass die spezifische Natur des Glücksspiels besondere ordnungsrechtliche Tätigkeiten der Mitgliedstaaten (nämlich „zum Schutz der öffentlichen Ordnung und zum Schutz der Verbraucher“) nach sich ziehen muss. Ein anderer Teil der Seitenlage resultiert also aus dem gegenüber anderen Bereichen besonders herausgehobenen Bedürfnis nach dem Einsatz des mitgliedstaatlichen ordnungsrechtlichen Inventars.
- 26 *Drittens* koloriert die Herausnahme des Glücksspiels aus der Dienstleistungsrichtlinie das anwendbare Grundfreiheiten-Regime. Die Dienstleistungsrichtlinie, die das Produkt eines der kontroversesten Legislativprozesse der Union überhaupt ist, setzte sich zum Ziel, die vielfältigen Hemmnisse des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit endlich niederzureißen. Insbesondere die Kommission stand unter dem Eindruck, dass dies dem Fallrecht des EuGH aufgrund der Komplexität und Sensibilität vieler Dienstleistungen nicht gelungen war; nach Wahrnehmung der Kommission beriefen sich die Mitgliedstaaten allzu häufig auf die Rechtfertigungsbestände, insbesondere die zwingenden Erfordernisse, um grenzüberschreitende Dienstleistungen zu behindern und den Dienstleistungserbringern eine fallweise gerichtliche Durchsetzung ihrer Rechte aufzuzwingen. Diesem Eindruck, der sich im Entwurf der Dienstleistungsrichtlinie niederschlug, sind das Europäische Parlament und vor allem die Mitgliedstaaten entgegengetreten, indem sie u.a. den Anwendungsbereich der Richtlinie schmälerten. Die weitgehenden Liberalisierungsbemühungen sollen sich auf die herausgenommenen Bereiche – darunter das Glücksspiel – nicht beziehen. Der wichtigste Grund hierfür liegt darin, dass wirtschaftliche Interessen nicht-wirtschaftliche Bedenken nicht einfach überspielen sollen.<sup>21</sup> Daher sollen den Mitgliedstaaten – insbesondere im Hinblick auf nicht-wirtschaftliche Erwägungen – die umfassenden Rechtfertigungsmöglichkeiten zustehen.
- 27 Insgesamt erweist sich vor dem Hintergrund der geltenden Rechtslage der unqualifizierte Verweis auf die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit als verkürzt. Die Mitgliedstaaten (gemeinsam mit dem Europäischen Parlament) haben dafür gesorgt, dass – entgegen den Vorstellungen der Kommission – das Glücksspiel nicht durch die intensivste Form der Unionsstufung rechtlicher Ordnung greift, sondern den einzelnen Mitgliedstaaten und ihren ordnungsrechtlichen Vorstellungen mehr Raum lassen will. Das Unionsrecht respektiert diese in einem solchen Maße, dass es Abstand nimmt von der Überführung des Glücksspielbereiches in einen einheitlichen unionsrechtlichen Rechtsrahmen. Vielmehr begnügt es sich mit einer kleinteiligen, sektorspezifischen Auflösung des Spannungsverhältnisses von Integration und mitgliedstaatlichen Ordnungsvorstellungen durch das Instrument der Rechtfertigung. Dadurch signalisiert das geltende Unionsrecht nicht nur grundsätzlichen Respekt für individuelle ordnungsrechtliche Wege in den Mitgliedstaaten, sondern negiert auch

---

<sup>21</sup> *Barnard*, Unravelling the Services Directive, CMLRev. 41 (2008), 232 ff.; *De Witte*, Setting the Scene: How Did Services Get to Bolkestein and Why?, Mitchell Working Paper No. 3/2007.

die Notwendigkeit einer einheitlichen unionsrechtlichen Regelung. Die Natur des Glücksspielrechts ist daher diejenige eines Rechts, das nicht europaweit einheitlich gestaltet sein muss, sondern mitgliedstaatliche Abweichungen toleriert. Der Grund für diese unionsrechtlich nicht nur hingenommenen, sondern vorgesehenen Unterschiede und Abweichungen liegt in der „spezifischen Natur“ (Erwägungsgrund 25 der Dienstleistungsrichtlinie) des Glücksspiels, das zwar in den Bereich der Verkehrsfreiheiten fällt, aber besondere Merkmale aufweist, die es – als „sensible“ Materie – nicht nur von anderen Dienstleistungen unterscheiden, sondern die auch von den Mitgliedstaaten in eigener Regie und nach eigenen ordnungspolitischen und -rechtlichen Vorstellungen reguliert werden können und sollen. Auf diese besonderen Merkmale wird zurückzukommen sein.

- 28 Der EuGH hat diese „spezifische Natur“ des Glücksspiels bereits frühzeitig – sogar weit vor der Dienstleistungsrichtlinie – anerkannt. Die von ihm in der Rs. *Schindler* und seither in ständiger Rechtsprechung verwendete Trope lautet „die ganz besondere Natur der Lotterien“.<sup>22</sup> Später spricht er textbausteinartig von dem „besonderen Charakter der Regelung der Glücksspiele“ und dem „speziellen Bereich“.<sup>23</sup> Die unmittelbare rechtliche Folge ist ein weites Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Anforderungen, die sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben; es ist sogar Sache der Mitgliedstaaten zu beurteilen, ob es im Zusammenhang mit den von ihnen verfolgten legitimen Zielen erforderlich ist, Spiel- und Wetttätigkeiten vollständig oder teilweise zu verbieten, oder ob Beschränkungen und Kontrollen genügen.<sup>24</sup> Hier wird deutlich, dass die Besonderheiten der Berührung der Verkehrsfreiheiten in Verbindung mit der europäischen Regulierungsgeschichte deutliche Auswirkungen auf die Rechtfertigungsmöglichkeit der Mitgliedstaaten besitzen, die den Glücksspielbereich von anderen Bereichen unterscheiden.<sup>25</sup>

## 2. Ratio der Verkehrsfreiheiten

- 29 Der tiefere Grund für diese Rechtsprechung – die entgegen einer Meinung in der Gutachtenliteratur keineswegs „großzügig“ ist<sup>26</sup>, sondern die geltende Rechtslage reflektiert – liegt darin, dass die Ratio der Verkehrsfreiheiten im Bereich des Glücks-

---

<sup>22</sup> Urteil *Schindler*, Rs. C-275/92, EU:C:1994:119, Rz. 59.

<sup>23</sup> Statt aller Urteil *Stanley International Betting und Stanleybet Malta*, Rs. C-463/13, EU:C:2015:25, Rz. 51 f.; Urteil *Digibet und Albers*, Rs. C-156/13, EU:C:2014:1756, Rz. 31; Urteil *Stanleybet International u.a.*, verb. Rs. C-186/11 und C-209/11, EU:C:2013:33, Rz. 45.

<sup>24</sup> Statt aller wiederum Urteil *Stanley International Betting und Stanleybet Malta*, Rs. C-463/13, EU:C:2015:25, Rz.52; Urteil *Digibet und Albers*, Rs. C-156/13, EU:C:2014:1756, Rz. 32.

<sup>25</sup> Insoweit wohl noch zu skeptisch *GA Mengozzi*, Urteil *Markus Stoß u.a.*, verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, Schlussanträge des Generalanwalts v. 4.3.2010, EU:C:2010:109, Rz. 99.

<sup>26</sup> *Jarrass*, EU-rechtliche Probleme der Vorgaben für die Veranstaltung von Lotterien nach dem neuen Glücksspielstaatsvertrag, Rechtswissenschaftliches Gutachten, Mai 2015, etwa S. 22.

spiels nicht einschlägig ist. Das, was die Grundfreiheiten üblicherweise erreichen, erreichen sie hier nicht, im Gegenteil. Dieser Gedanke fand auch in Luxemburg eloquente Formulierung, zunächst durch Generalanwalt Bot, später dann durch den EuGH selbst; heute gehört er zum gewohnten Inventar der Rechtsprechung. Das ist so überraschend wie einzigartig: Es gibt kaum einen anderen Bereich, in dem die Verkehrsfreiheiten einschlägig sind, die Ratio der Verkehrsfreiheiten aber kontraproduktiv ist und dies vom EuGH in ständiger Rechtsprechung auch anerkannt wird. Obwohl es eine Zeitlang dauerte, bis die Gedanken des Generalanwalts expliziten Niederschlag in den Urteilen des EuGH selbst fanden, hat sich nunmehr gerichtlich die Erkenntnis durchgesetzt, dass der Glücksspielmarkt kein „traditioneller“, sondern ein „sehr spezieller Markt“ ist<sup>27</sup>, dessen Funktionsweise der klassischen Wettbewerbslogik und ihren Liberalisierungsimperativen widerstrebt.

a) *Vom Generalanwalt ...*

30 In seinen Schlussanträgen zur Rs. *Liga Portuguesa* leitet Generalanwalt Bot seine Würdigung mit der Feststellung ein, es sei „unstreitig, dass die Mitgliedstaaten, da es keine auf Gemeinschaftsebene harmonisierten Vorschriften im Bereich der Spiele gibt, befugt bleiben, die Bedingungen für die Ausübung von Tätigkeiten in diesem Sektor festzulegen“.<sup>28</sup> Hierbei müssen sie die Grundfreiheiten beachten; der Umfang des Rahmens, den die Grundfreiheiten hier ziehen, sei durch die folgende, auf die Ratio der Grundfreiheiten abstellende Erwägung beschränkt:

„[245] Das Gemeinschaftsrecht soll die Glücks- und Geldspiele nicht den Marktgesetzen unterwerfen. Grundlage der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft sollte nach dem Willen der Mitgliedstaaten die Errichtung eines möglichst weit geöffneten Marktes sein, weil der Wettbewerb, wenn er lauter ist, im Allgemeinen den technologischen Fortschritt gewährleistet und die Qualität einer Dienstleistung oder eines Produkts verbessert, zugleich jedoch die Kosten niedrig hält. Der Wettbewerb ist somit ein Gewinn für die Verbraucher, weil sie Produkte und Dienstleistungen in höchster Qualität zum günstigsten Preis erhalten. Der Wettbewerb ist insofern Quelle für Fortschritt und Entwicklung.

[246] Diese Vorteile kommen jedoch im Bereich des Glücks- und Geldspiels nicht zum Tragen. Der Wettbewerb der Dienstleistenden in diesem Bereich, der sie zwangsläufig veranlassen würde, die Attraktivität der Spiele für die Verbraucher zu erhöhen, um möglichst hohe Gewinne zu erzielen, scheint mir keine Quelle für Fortschritt und Entwicklung zu sein. Auch sehe ich

---

<sup>27</sup> Formulierungen bei Urteil *Digibet und Albers*, Rs. C-156/13, Rz. 31; Urteil *Stanleybet International* u.a., verb. Rs. C-186/11 und C-209/11, EU:C:2013:33, Rz. 45.

<sup>28</sup> Urteil *Liga Portuguesa*, Rs. C-42/07, Schlussanträge des Generalanwalts vom 14.10.2008, EU:C:2008:560, Rz. 243.



nicht, worin der Fortschritt läge, wenn für den Verbraucher die Möglichkeit verbessert würde, an den in den einzelnen Mitgliedstaaten veranstalteten nationalen Lotterien teilzunehmen und auf alle in der Union veranstalteten Pferderennen und Sportwettkämpfe Wetten abzuschließen.“<sup>29</sup>

- 31** Die Verkehrsfreiheit soll grundsätzlich den Wettbewerb stärken, der seinerseits Fortschritt bewirkt. Dies ist im Bereich des Glücksspiels nicht der Fall: Nicht Gewinn, sondern Verlust für den Verbraucher ist die Folge. Der Grund liegt in der besonderen Natur des Glücksspiels:

„[248] Die Glücks- und Geldspiele können nur dann funktionieren und bestehen, wenn die allermeisten Spieler mehr verlieren als gewinnen. Eine Öffnung des Marktes in diesem Bereich, die eine Zunahme des für die Spiele bestimmten Teils der privaten Haushalte bedeuten würde, hätte unausweichlich nur eine Schmälerung der Mittel der meisten Haushalte zur Folge.“<sup>30</sup>

- 32** Damit mangelt es aber an der den Verkehrsfreiheiten zugrundeliegenden Ratio, was ihre Anwendung als solche nicht unproblematisch macht. Entsprechend schlussfolgert der Generalanwalt:

„[249] Die Umrahmung der Befugnisse der Mitgliedstaaten im Bereich der Glücks- und Geldspiele bezweckt daher nicht die Verwirklichung eines Gemeinsamen Marktes und die Liberalisierung dieses Tätigkeitsbereichs.“<sup>31</sup>

- 33** Später verdichtete der Generalanwalt dies zu dem kurzen Satz:

„[41] Was den zweiten Punkt angeht, ist unstrittig, dass Lotterien keine gewöhnliche Wirtschaftstätigkeit sind.“<sup>32</sup>

*b) ... zum EuGH*

- 34** Der EuGH hat diesen Gedanken zunächst implizit aufgegriffen, indem er den Mitgliedstaaten im Bereich der Regulierung des Glücksspiels einen außergewöhnlich weiten Ermessensspielraum zuerkannte. Der Generalanwalt fasst diese Rechtsprechung wie folgt zusammen:

„[250] Das wird meines Erachtens dadurch belegt, dass die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Glücks- und Geldspiele nach ständiger Rechtsprechung nicht nur bei der Festlegung des Niveaus des Verbraucherschutzes und des

---

<sup>29</sup> Ebd., Rz. 245 f.

<sup>30</sup> Ebd., Rz. 248.

<sup>31</sup> Ebd., Rz. 249.

<sup>32</sup> Urteil Sjöberg und Gerdin, verb. Rs. C-447/08 und C-448/08, Schlussanträge des Generalanwalts vom 23.2.2010, EU:C:2010:82, Rz. 41.

Schutzes der öffentlichen Ordnung, sondern auch bei den Veranstaltungsbedingungen über ein weites Ermessen verfügen.

[251] Diese Feststellung wird meines Erachtens auch dadurch bestätigt, dass der Gerichtshof entschieden hat, dass die Mitgliedstaaten zu Recht über die Verwendung der Einkünfte aus den Glücks- und Geldspielen bestimmen und somit beschließen können, dass die Einkünfte privaten Interessen nicht zugute kommen dürfen.“<sup>33</sup>

- 35 In seiner späteren Rechtsprechung hat der EuGH den Gedanken der fehlgehenden Ratio der Verkehrsfreiheiten dann explizit aufgegriffen. Bereits im Jahr 2009 hat zunächst wiederum Generalanwalt Bot in der Rs. *Sporting Exchange*, in der es um die Verlängerung einer Konzession ging, darauf hingewiesen, dass die mit Liberalisierung verbundene Ausweitung des Wettbewerbs nachteilige Folgen zeitigt, die sich von anderen Märkten unterscheiden:

„[161] Ich bin nämlich nicht der Meinung, dass die Öffnung des Wettbewerbs um den Markt dieselben nachteiligen Folgen wie der Wettbewerb auf dem Markt hat. Die Einführung von Wettbewerb auf dem Markt, d.h. unter mehreren Wirtschaftsteilnehmern, die die Zulassung für das gleiche Glücksspiel erhalten haben, ist deshalb ungünstig, weil Wirtschaftsteilnehmer versucht wären, einander an Einfallsreichtum zu übertreffen, um ihr Angebot attraktiver zu machen, und damit die mit dem Spiel verbundenen Kosten und die Gefahren der Spielsucht sich erhöhen würden.“<sup>34</sup>

- 36 Der EuGH ist dem in seinem Urteil aus dem Jahr 2010 explizit gefolgt und hat auf die Probleme verwiesen, die eine Öffnung des Wettbewerbs (im Gegensatz zum Stadium der Zulassungserteilung) mit sich bringt:

„[58] Wie der Generalanwalt in Nr. 161 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, ist zwischen den Auswirkungen der Öffnung des Wettbewerbs um den Glücksspielmarkt, deren Nachteiligkeit eine Beschränkung der Tätigkeit der Wirtschaftsteilnehmer rechtfertigen kann, und denjenigen der Öffnung des Wettbewerbs um die Vergabe des betreffenden Auftrags zu unterscheiden. Die nachteiligen Folgen der Einführung des Wettbewerbs um diesen Markt, d.h. zwischen mehreren Veranstaltern, die das gleiche Glücksspiel betreiben dürfen, ergeben sich daraus, dass diese Veranstalter versucht wären, einander an Einfallsreichtum zu übertreffen, um ihr Angebot attraktiver zu machen, und damit für die Verbraucher die mit dem Spiel verbundenen Ausgaben sowie die Gefahr der Spielsucht erhöhen würden.“<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Urteil *Liga Portuguesa*, Rs. C-42/07, Schlussanträge des Generalanwalts vom 14.10.2008, EU:C:2008:560, Rz. 250 f.

<sup>34</sup> Urteil *Sporting Exchange*, Rs. 203/08, Schlussanträge des Generalanwalts vom 17.12.2009, EU:C:2009:791, Rz. 161.

<sup>35</sup> Urteil *Sporting Exchange*, Rs. 203/08, EU:C:2010:307, Rz. 58.

- 37 Im Jahr 2013 hat der EuGH diesen Gedanken wieder aufgegriffen. In der Rs. *Stanleybet International u.a.* kontrastierte er den „traditionellen Markt“, in dem die Ratio der Verkehrsfreiheiten positive Effekte zeitigen, mit dem „sehr spezifischen Markt für Glücksspiele“, in dem Wettbewerb – die Grundratio der Verkehrsfreiheit – „nachteilige Folgen“ besitzt:

„[45] Außerdem steht fest, dass im Gegensatz zur Einführung eines freien und unverfälschten Wettbewerbs auf einem traditionellen Markt die Betreibung eines derartigen Wettbewerbs auf dem sehr spezifischen Markt für Glücksspiele, d.h. zwischen mehreren Veranstaltern, die die gleichen Glücksspiele betreiben dürfen, insofern nachteilige Folgen haben könnte, als diese Veranstalter versucht wären, einander an Einfallsreichtum zu übertreffen, um ihr Angebot attraktiver als das ihrer Wettbewerber zu machen, so dass für die Verbraucher die mit dem Spiel verbundenen Ausgaben und die Gefahr der Spielsucht erhöht würde (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 3. Juni 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08, Slg. 2010, I-4695, Randnr. 58).“<sup>36</sup>

- 38 Dies ist seither ständige Rechtsprechung und wurde zuletzt im Juni 2014 wörtlich wiederholt in der Rs. *Digibet und Albers*:

„[31] Insoweit ist zunächst auf den besonderen Charakter des Bereichs der Glücksspiele hinzuweisen, wo im Gegensatz zur Einführung eines freien und unverfälschten Wettbewerbs auf einem traditionellen Markt die Betreibung eines derartigen Wettbewerbs auf dem sehr spezifischen Markt für Glücksspiele, d.h. zwischen mehreren Veranstaltern, die die gleichen Glücksspiele betreiben dürfen, insofern nachteilige Folgen haben könnte, als diese Veranstalter versucht wären, einander an Einfallsreichtum zu übertreffen, um ihr Angebot attraktiver als das ihrer Wettbewerber zu machen, so dass für die Verbraucher die mit dem Spiel verbundenen Ausgaben und die Gefahr der Spielsucht erhöht würden (vgl. Urteil *Stanleybet International u.a.*, EU:C:2013:33, Rn. 45).“<sup>37</sup>

c) *Von den Nachteilen für die privaten Haushalte über die Nachteile für die öffentlichen Haushalte ...*

- 39 Sowohl der Generalanwalt als auch der EuGH sehen die Nachteile von Wettbewerb auf dem Glücksspielmarkt – und damit von der unqualifizierten Anwendung der Ratio der Verkehrsfreiheiten – zunächst in der „Schmälerung der Mittel der meisten [privaten] Haushalte“<sup>38</sup> bzw. in der Gefahr, dass „für die Verbraucher die mit dem Spiel

---

<sup>36</sup> Urteil *Stanleybet International u.a.*, verb. Rs. C-186/11 und C-209/11, EU:C:2013:33, Rz. 45.

<sup>37</sup> Urteil *Digibet und Albers*, Rs. C-156/13, EU:C:2014:1756, Rz. 31.

<sup>38</sup> Urteil *Liga Portuguesa*, Rs. C-42/07, Schlussanträge des Generalanwalts vom 14.10.2008, EU:C:2008:560, Rz. 248.

verbundenen Ausgaben und die Gefahr der Spielsucht erhöht würde“.<sup>39</sup> Die Nachteile gehen darüber aber weit hinaus.

- 40 In der Tat ist die Schmälerung der Geldmittel, die den privaten Haushalten zur Verfügung stehen, beträchtlich. Die Gewinne der Glücksspielanbieter – die weit in die Milliarden gehen – sind reale Verluste der Spieler, die auf die Anbieter umverteilt werden. Dabei handelt es sich freilich nur um die Spitze des Eisbergs. Denn die gesundheits- und sozialpolitischen Folgen sind noch größer. Glücksspielsüchtige tragen zu den Umsätzen der Anbieter weit überproportional bei. Obwohl der Anteil problematischer und pathologischer Spieler an der Gesamtspielerpopulation lediglich 11% beträgt, liegt ihr Anteil am Bruttospielertrag bei weit über 50%.<sup>40</sup> Das bringt massive Probleme mit sich: Drei Viertel der Betroffenen haben Schulden, bei einem guten Fünftel betragen die Schulden mehr als 25.000 Euro. Darüber hinaus ist ein bemerkenswert großer, andere Suchtformen übersteigender Multiplikatoreffekt feststellbar, der großes Leid über die Familien der Spielsüchtigen bringt.<sup>41</sup> Dies ist auch sozialpolitisch bedenklich. Denn zum einen spielen Arme überproportional viel. Zum anderen produzieren die problematischen und pathologischen Spieler hohe soziale Kosten.<sup>42</sup> Die negativen Auswirkungen des Glücksspielkonsums berühren nicht nur den Spieler, sondern auch sein Umfeld (von der Familie bis zum Arbeitgeber) und die Gesellschaft. Sie reichen von direkten Kosten (Ressourcenverbrauch, etwa im Gesundheitssystem) über indirekte Kosten (Verlust an Produktionsmöglichkeiten etwa durch Arbeitsausfälle und -einschränkungen) bis zu intangiblen Kosten (etwa Leid, Schmerz). Diese sozialen Kosten gehen in die Milliardenhöhe und werden im Steuer- und Sozialsystem abgearbeitet.
- 41 Eine Öffnung des Glücksspielmarktes durch die Anwendung der Verkehrsfreiheiten würde diese nachteiligen Auswirkungen nicht bekämpfen, sondern fördern. Glücksspielkommerzialisierung führt zu einem erweiterten Angebot, damit zu einem größeren Markt und daher auch zwangsläufig zu einer Vergrößerung der damit einhergehenden Probleme.<sup>43</sup> Insofern ist dem Generalanwalt und dem EuGH zuzustimmen, dass die Anwendung der Verkehrsfreiheiten auf den Glücksspielsektor – anders als in anderen Bereichen – nicht zu einem Fortschritt, sondern zu einem Rückschritt führen würde. Dies betrifft in Ergänzung der Argumentation des Generalanwalts nicht nur

---

<sup>39</sup> Urteil *Digibet und Albers*, Rs. C-156/13, Rz. 31; Urteil *Stanleybet International u.a.*, verb. Rs. C-186/11 und C-209/11, EU:C:2013:33, Rz. 45.

<sup>40</sup> Daten und Aufschlüsselung bei *Haltern*, Lotteriemonopol und Öffnung des Sportwettenmarktes, Teil 1, ZfWG 2011, 13 (18).

<sup>41</sup> Anerkannt in BVerfGE 115, 276 (304 f.) und BVerfG, Beschluss v. 14. 10. 2008 – 1 BvR 928/08 –, ZfWG 2008, 351 (354). Vgl. zu den Zahlen *Wenzel/Ören/Bakken*, Gambling Problems in the Family – A Stratified Probability Sample Study of Prevalence and Reported Consequences, BMC Public Health, 8, 412.

<sup>42</sup> Anerkannt in BVerfGE 115, 276 (304 f.) und BVerfG, Beschluss v. 14. 10. 2008 – 1 BvR 928/08 –, ZfWG 2008, 351 (354).

<sup>43</sup> Ausf. *Haltern*, Lotteriemonopol (Fn. 40), 18 f.

die Mittel der privaten, sondern auch diejenigen der öffentlichen Haushalte. Die Umsatzsteigerung, die prognostisch erheblich ausfallen würde, ist die reale Kehrseite der steigenden Realverluste der Spielenden, mit proportional steigenden sozialen Kosten. Das, was an begrenzten Märkten, insbesondere Monopolen, gemeinhin als wohlfahrtsmindernde Wirkung wahrgenommen wird, nämlich die auf fehlenden Konkurrenzdruck zurückzuführende Ineffizienz und mangelnde Innovationsfreudigkeit von Monopolisten, besitzt im Glücksspielmarkt wohlfahrtssteigernde Wirkung. Der geltende Glücksspielstaatsvertrag unterstützt diese Monopolwirkungen absichtsvoll, indem er sowohl die Effizienz (etwa durch Wettbewerbsbeschränkungen) als auch die Innovationskraft (etwa durch die Erlaubnisvoraussetzungen) stark beschränkt.

- 42 Diese über „private“ Haushalte hinausgehende zusätzliche nachteilige Dimension der Ausweitung von Wettbewerb auf den Glücksspielmarkt findet ebenfalls ihren Niederschlag in Luxemburg. Generalanwalt Bot hatte in seinen Schlussanträgen von 2009 in der Rs. *Sporting Exchange* allgemein formuliert, es gehe um „die mit dem Spiel verbundenen Kosten und die Gefahren der Spielsucht“<sup>44</sup>. Damit ist das gesamte Kostenuniversum eingefangen, auch soweit es die öffentlichen Haushalte und die intangiblen Kosten umfasst. Der EuGH hat in seinem Urteil in derselben Rechtssache ausdrücklich hierauf Bezug genommen und in der Folgerechtsprechung wiederum ausführlich auf diese Rechtssache verwiesen.<sup>45</sup> Explizit hat er in der Rs. *Placanica u.a.* zudem auf diese Dimension hingewiesen, als er von den „finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen *wie für die Gesellschaft*“ sprach.<sup>46</sup>

d) ... bis hin zu nachteiligen Veränderungen im soziokulturellen Gefüge

- 43 Interessanterweise öffnet der Generalanwalt zudem ein Fenster auf eine weitere Konsequenz der unqualifizierten Anwendung der Verkehrsfreiheiten auf den Glücksspielmarkt. In seinen frühen Schlussanträgen aus dem Jahr 2007 schlussfolgert er:

„[252] Ein Mitgliedstaat hat somit das souveräne Recht, die Ausübung eines Spiels in seinem Hoheitsgebiet zu verbieten, wie der Gerichtshof anlässlich des Verbots der großen Lotterien im Vereinigten Königreich im Urteil Schindler eingeräumt hat. Er kann auch, um das Spieleangebot in kontrollierte Bahnen zu lenken und die Verbraucher vor einem missbräuchlichen Anreiz zu schützen, das ausschließliche Recht zur Veranstaltung eines Spiels

---

<sup>44</sup> Urteil *Sporting Exchange*, Rs. C-203/08, Schlussanträge des Generalanwalts vom 17.12.2009, EU:C:2009:791, Rz. 161.

<sup>45</sup> Etwa Urteil *Stanleybet International u.a.*, verb. Rs. C-186/11 und C-209/11, EU:C:2013:33, Rz. 45.

<sup>46</sup> Urteil *Placanica u.a.*, verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, EU:C:2007:133, Rz. 47 (meine Hervorhebung).

einer einzigen Einrichtung oder einer beschränkten Zahl von Wirtschaftsteilnehmern vorbehalten.“<sup>47</sup>

- 44 Bemerkenswert hieran ist weniger die zutreffende Zusammenfassung der Rechtsprechung des EuGH als vielmehr die Formulierung. Der Begriff der mitgliedstaatlichen Souveränität ist im Kontext des Rechts der europäischen Integration weitgehend verflüssigt und wird – insbesondere von den Organen der Union – fast immer gemieden. Dass der Generalanwalt ihn im Glücksspielbereich an prominenter Stelle nennt, spiegelt die „besondere Natur“ des Glücksspiels und seines „sehr spezifischen Marktes“ im Lichte der Grundfreiheiten.
- 45 Der Souveränitätsbegriff stellt zum einen das kompetenztheoretisch umformulierte Gegenstück zur hier brechenden Ratio der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit dar: Ist schon der Basisgedanke – der grundlegende Zweck – der unionsrechtlichen Norm nicht einschlägig, da ihre Anwendung in die gegenteilige Richtung führt, ist die Begrenzung, die das Unionsrecht den mitgliedstaatlichen Entscheidungsalternativen auferlegt, eine bescheidene. Übrig bleibt ein nur an den Rändern beschnittener Raum der mitgliedstaatlichen Souveränität, in den weder das Recht noch die Organe der Union mit der sonst durchaus üblichen Kraft hineinregieren sollen oder können. Dies wirft einen Schatten auf das – kaum anders als beharrlich zu nennende – Liberalisierungsansinnen der Kommission, die lediglich semantische Zugeständnisse an die „Besonderheit“ und „Spezifität“ des Glücksspiels macht.
- 46 Zum anderen dürfte die Wortwahl des Generalanwalts nicht nur kompetenzrechtlich, sondern auch semantisch kein Zufall sein. Der Rekurs auf einen Begriff, der an Geschichte, Tradition und Tiefenstruktur seinesgleichen sucht<sup>48</sup>, rückt das in den Vordergrund, was eine entkontextualisierte Dogmatik invisibilisiert, nämlich die Tatsache, dass Teile des Glücksspiels – allen voran die hier in Rede stehenden Lotterien – tief in der Herrschaftsgeschichte der Mitgliedstaaten verankert und gesellschaftlich auf spezielle Art verortet sind. Dieser Aspekt der mitgliedstaatlichen Souveränität wird vom Generalanwalt konkretisiert, wenn er es – ebenfalls mit Bezügen zur Kompetenzfrage – für eine „Sache des einzelnen Mitgliedstaats“ hält, „im Hinblick sowohl auf den Kontext, mit dem er es zu tun hat, als auch im Hinblick auf seine sozialen und kulturellen Besonderheiten“ bestimmte Erwägungen anzustellen.<sup>49</sup> Glücksspiel ist kulturell eingebettet; Lotterien sind sowohl gesellschaftlich als auch kulturell kontextspezifisch und pfadabhängig legitimiert. Dies soll und kann nicht unionsrechtlich unterminiert werden.
- 47 Der EuGH hat dies von Beginn an anerkannt und ist dabei der Argumentation der Mitgliedstaaten gefolgt. So urteilt er in ständiger Rechtsprechung:

---

<sup>47</sup> Urteil *Stanleybet International u.a.*, verb. Rs. C-186/11 und C-209/11, EU:C:2013:33, Rz. 252.

<sup>48</sup> *Haltern*, Was bedeutet Souveränität?, 2007.

<sup>49</sup> Urteil *Liga Portuguesa*, Rs. C-42/07, Schlussanträge GA Bot v. 14.10.2008, EU:C:2008:560, Rz. 256.

„[57] Wie von den meisten Mitgliedstaaten, die beim Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, ausgeführt, gehört die Regelung der Glücksspiele zu den Bereichen, in denen beträchtliche sittliche, religiöse und kulturelle Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen. In Ermangelung einer Harmonisierung des betreffenden Gebiets durch die Gemeinschaft ist es Sache der einzelnen Mitgliedstaaten, in diesen Bereichen im Einklang mit ihrer eigenen Wertordnung zu beurteilen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der betroffenen Interessen ergeben...“<sup>50</sup>

48 Mit den Begriffen „sittlich“, „religiös“, „kulturell“ und „Wertordnung“ eröffnet der EuGH hier, in Übereinstimmung mit seinem Generalanwalt, ein Universum, das nicht nur auf eigene Normativität außerhalb des Rechts verweist, sondern zudem einen rechtlichen Kontext darstellt, der sich im juristischen Begriff des mitgliedstaatlichen „Ermessens“ nur in grob verkürzter Form wiederfindet. Man kann ihn nicht, wie in einem großen Teil der Gutachtenliteratur, juristisch wegdogmatisieren, sondern muss – wie dies ja auch der EuGH tut – Wege finden, ihn in den rechtlichen Kosmos rückzuübersetzen. Dies geschieht auf dem Weg der juristischen Abwägungslehre (dazu noch unten, Rn. 53 ff.).

49 Ausdrücklich schließlich hat der EuGH in der Rs. *Placanica u.a.* die Nachteile so formuliert, dass auch die soziokulturelle Dimension berücksichtigt werden muss:

„[47] In diesem Kontext können die sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten *und die sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft, die mit Spielen und Wetten einhergehen*, ein ausreichendes Ermessen der staatlichen Stellen rechtfertigen, festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben (Urteil Gambelli u. a., Randnr. 63).“<sup>51</sup>

50 Nicht nur in finanzieller, sondern auch in sittlicher Hinsicht entstehen durch Glücksspiel schädliche Folgen für den Einzelnen und für die Gesellschaft. Dies ist eine ausdrückliche Anerkennung der Relevanz soziokultureller Erwägungen, die auch bei der Rechtfertigung und ihren Beschränkungen relevant werden (dazu Rn. 225).

### 3. Fazit

51 Im Hinblick auf die Beschränkung der Grundfreiheiten ist also Folgendes festzuhalten. *Erstens* ist die unionsrechtliche Umrahmung des mitgliedstaatlichen Glücksspiel-

---

<sup>50</sup> St. Rspr., hier etwa Urteil Liga Portuguesa, Rs. C-42/07, EU:C:2009:519, Rz. 57 (Nachw. von mir weggelassen). Zuletzt wiederum (verstärkt durch den Begriff des „besonderen Charakters der Regelung der Glücksspiele“) Urteil Stanley International Betting und Stanleybet Malta, Rs. C-463/13, EU:C:2015:25, Rz. 51.

<sup>51</sup> Urteil Placanica u.a., verb. Rs. C-338/04, 359/04 und C-360/04, EU:C:2007:133, Rz. 47 (meine Hervorhebung).

rechts dadurch begrenzt, dass die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten den Bereich des Glücksspiels aufgrund dessen Besonderheiten in die Nähe einer Bereichsausnahme gerückt haben. *Zweitens* folgt aus der Besonderheit des Bereichs ein besonderes Ermessen der Mitgliedstaaten zur eigenen Regulierung. *Drittens* wird dies dadurch verstärkt, dass die Ratio der Verkehrsfreiheiten, die auf traditionellen Märkten fortschrittliche Effekte zeitigt, auf dem speziellen Glücksspielmarkt das Gegenteil erreicht; sie führt zu spürbaren Nachteilen. Diese Nachteile beziehen sich *viertens* nicht nur auf die Konsumenten der Glücksspielprodukte, sondern auch auf außerhalb der unmittelbaren Transaktion Stehende. Insbesondere ist *fünftens* die gesamte Gesellschaft betroffen. *Sechstens* ist die Gesellschaft nicht nur durch soziale Kosten in ihrem ökonomischen Vermögen, sondern auch sittlich nachteilig betroffen. *Siebtens* ist die sittliche Betroffenheit, die mit den vom EuGH regelmäßig verwandten Begriffen der „sittlichen, religiösen und kulturellen“ Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten im Glücksspielbereich zusammengelesen werden muss, eine Chiffre für die soziokulturellen Präferenzen, die bereits bei der Identifizierung der Betroffenheit der Grundfreiheiten als rechtfertigungsrelevant identifiziert werden.

## **C. RECHTFERTIGUNG**

52 Das Lotterieveranstaltungsmonopol lässt sich auf zwei Ebenen rechtfertigen: Zum einen durch das Marktversagen im Bereich des Glücksspiels, das unerwünschte Effekte in vielerlei Hinsicht erzeugt und staatliche Eingriffe notwendig macht (II.), zum anderen durch den Schutz soziokultureller Präferenzen (III.). Zuvor sind maßstabsbezogene Überlegungen anzustellen (I.).

### **I. GRUNDSÄTZLICHES**

53 Vor der inhaltlichen Prüfung der Rechtfertigung des Lotterieveranstaltungsmonopols sind Vorbemerkungen grundsätzlicher Art zu machen. Diese betreffen zum einen den Zusammenhang von Beschränkung und Rechtfertigung (1.), die Prüfungsmaßstäbe, die der EuGH je nach Materie und Kontext anlegt (2.), und die beobachtbare Schwerpunktlegung auf eine bestimmte Form der Rechtfertigung, die aber keinen ausschließlichen Charakter besitzt (3.).

#### **1. Steuerung der Rechtfertigungsebene durch die Tatbestandsebene**

54 Dass sich der EuGH trotz der versagenden Verkehrsfreiheitsratio dafür entschieden hat, die Grundfreiheiten anwendbar zu machen, versteht sich allein aus institutionel-



len Gründen von selbst: Anderenfalls hätte er sich selbst vollständig aus dem Spiel genommen und wäre nicht einmal in der Lage gewesen, diskriminierende Beschränkungen zu überprüfen. Aus dem Schiefstand der Tatbestandsebene, in der Normen anwendbar sind, deren Ratio für die Besonderheiten des speziellen Glücksspielmarktes nachteilige Effekte zeitigen, folgt eine Berücksichtigungspflicht auf der Rechtfertigungsebene. Die Waage des Verhältnisses zwischen mitgliedstaatlicher Regulierungsfreiheit und unionsrechtlicher Einrahmung wird deutlich in Richtung ersterer angekippt. Dieses Verhältnis wäre im Falle der Nichtanwendbarkeit der Grundfreiheiten totalisierend gestaltet gewesen: Bei den Mitgliedstaaten hätte alle, bei der Union keinerlei Kompetenz gelegen. Das aber wäre hoch problematisch, u.a. angesichts der Tatsache, dass die Wahrung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit ein „fundamentaler Grundsatz des Vertrags“ ist.<sup>52</sup> Totalisierende Lösungen sind selten gute Lösungen, und dem EuGH geht es daher um abgestufte und insoweit angemessene Lösungen. Diese können – anders als in der Warenverkehrsfreiheit, in der der EuGH seit der Rs. *Keck und Mithouard* aus einer Vielzahl von Gründen eine Korrektur im Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV vorgenommen hat<sup>53</sup> – nicht über den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten, sondern nur über die Rechtfertigung gefunden werden: Die Rechtfertigung steuert den Ausgleich zwischen dem Interesse der Union an der Wahrung der Ratio der Verkehrsfreiheit einerseits und dem Interesse der Mitgliedstaaten an der Realisierung ihrer ordnungsrechtlichen Vorstellungen andererseits.

- 55 Ist die Rechtfertigung der Ort der juristischen Feinsteuerung zwischen diesen beiden Polen, ist er doch vorgeprägt durch die Erwägungen, die im Rahmen der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten und ihrer Ratio angestellt wurden. Die „besondere Natur der Regelung des Glücksspiels“ schlägt auf die Rechtfertigungsebene durch und gebietet eine Gewichtung, die gleichfalls „besonders“ ist. Das Übliche und Nichtbesondere – nämlich der Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmen von den Grundfreiheiten trotz der starken Ausweitung von deren Anwendungsbereich<sup>54</sup> – wird ersetzt durch „besondere“ Erwägungen, die den Eigenheiten der Glücksspielregulierung angemessen sind. Dies gilt umso mehr, als die „normale“ Rechtfertigungsstruktur dem Ziel dient, die Ratio der Grundfreiheiten normativ gestärkt zur Geltung zu bringen. Diese Ratio aber ist hier, wie von Generalanwälten und EuGH selbst anerkannt (oben Rn. 35 ff.), von vornherein nicht einschlägig.

---

<sup>52</sup> Urteil Säger, Rs. C-76/90, EU:C:1991:331, Rz. 15, und Urteil Kommission/Belgien, Rs. C-355/98, EU:C:2000:113, Rz. 37.

<sup>53</sup> Urteil *Keck und Mithouard*, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, EU:C:1993:905. Die Dienstleistungsfreiheit ist noch nicht so weit. Immerhin scheint der EuGH den Gedanken als solchen auch hier anerkannt zu haben: Urteil *Alpine Investments*, Rs. C-384/93, EU:C:1995:126, Rz. 36.

<sup>54</sup> Für die Warenverkehrsfreiheit frühzeitig Urteil *Kommission/Italien*, Rs. 7/61, EU:C:1961:31, 605, 720; weiter Urteil *Salgoil*, Rs. 13/68, EU:C:1968:54, 679, 694; Urteil *Marimex*, Rs. 29/72, EU:C:1972:126, Rz. 4; für die Ausdehnung der Dienstleistungsfreiheit vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot vgl. spätestens Urteil *Säger*, Rs. C-76/90, EU:C:1991:331, Rz. 12.

56 Die Karten sind hier – anders als in nichtbesonderen Sektoren – also genau umgekehrt manipuliert. Nicht das Interesse der Union an der Durchsetzung der Verkehrsfreiheit besitzt ein von vornherein großes Gewicht (da die Durchsetzung der Verkehrsfreiheit nicht die Verwirklichung der Verkehrsfreiheitsratio, sondern ihr Gegenteil bewirken würde), sondern das Interesse der Mitgliedstaaten an der Umsetzung ihrer ordnungsrechtlichen Vorstellungen. Lediglich bestimmte, vom Unionsrecht vorgegebene und vom EuGH konkretisierte Grundvoraussetzungen rahmen dieses Interesse ein und beschränken es. Bereits vom Grundsätzlichen her ist also ein Rechtfertigungsmaßstab zu wählen, der den mitgliedstaatlichen Interessen viel Raum gewährt. Wer diesen Maßstab als nachlässig denunziert oder als gegenüber dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, so wie es aus dem deutschen Rechtsraum bekannt ist, unangemessen nachsichtig beurteilt, verkennt, dass der EuGH anders als nationale Gerichte eine prekäre Balance zwischen einer Vielzahl grenzüberschreitender Interessen wahrnehmen muss und sich dafür auf einen Vertrag zu stützen hat, der eine völlig andere Herkunft besitzt als das Umfeld, in dem er sich heute bewähren muss. Eine einfache Übertragung von deutschen Verhältnismäßigkeitskriterien auf europäische Rechtsfragen wird dieser Komplexität nicht gerecht und ist zu schlicht und kontextvergessen gedacht: Weder der „besondere“ Kontext des spezifischen Regulierungsbereichs noch die gegenüber dem nationalen Recht viel stärker virulente Kompetenzfrage der unterschiedlichen Gebietskörperschaften mit ihren differierenden Legitimationshaushalten werden in solch schematischer Beurteilung mitgedacht.

## **2. Kriterien und Gruppierungen der Rechtfertigung:**

### **Marktunvollkommenheiten und soziokulturelle Präferenzen**

57 Die Rechtfertigung selbst wird strukturiert durch die Prüfungspunkte des legitimen Maßnahmeziels, der Notwendigkeit der Maßnahme, der Geeignetheit der Maßnahme, der nichtdiskriminierenden Natur der Maßnahme und der Erforderlichkeit der Maßnahme. Jeder einzelne Punkt eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, ihre Regulierungserwägungen nachvollziehbar darzulegen und dem EuGH (und der Kommission) plausibel zu machen. Umgekehrt eröffnet sich dem EuGH die Möglichkeit, bei der gerichtlichen Überprüfung der mitgliedstaatlichen Maßnahmen die Umstände des Einzelfalles und die Kontexte der Regulierung und ihres Gegenstandes einzubeziehen. Die Berücksichtigung dieser Umstände und Kontexte findet dann in Form einer bemerkenswerten Varianz der Prüfungstiefe und -dichte statt.

58 In einer Gesamtschau der Rechtfertigungsprüfung, die der EuGH bei den Grundfreiheiten vornimmt, lassen sich verschiedene Kategorien ausmachen, in denen differierende Maßstäbe zur Anwendung gebracht werden. Diese Maßstäbe betreffen insbesondere die Tiefenschärfe der Kontrolle: Der EuGH variiert seine Prüfungsdichte in Abhängigkeit von den Kontexten, in denen er judiziert. Diese Variabilität ist manch-

mal, aber keineswegs durchgängig, eine explizite. In einigen Fällen konkretisiert der EuGH seine Maßstäbe dadurch, dass er seine Anforderungen detailliert offenlegt. Ein Beispiel ist, jedenfalls in Teilen, das Glücksspielrecht, in dem er seine Maßstäbe etwa durch das Postulat eines breit angelegten mitgliedstaatlichen Ermessens oder durch das Kohärenzerfordernis verdeutlicht. In anderen Fällen bleibt die Offenlegung vage; der EuGH erreicht sein Ziel dort etwa durch eine subkutane Varianz in der Strenge seiner Verhältnismäßigkeitsprüfung oder dadurch, dass er diese oder jene Prüfung den mitgliedstaatlichen Fachgerichten überlässt. Fehlt es also an der Ausdrücklichkeit eines höher- oder tiefergelegten Prüfungsmaßstabes, ist dies keineswegs gleichbedeutend mit Nivellierung. Auch – vielleicht gerade – in solchen Fällen kommt es zu Differenzierungen.

- 59 Welchen Weg der EuGH – explizit oder implizit – wählt, hängt wiederum von vielen, sich einer einheitlichen Systematik erwehrenden Umständen ab. Hierzu zählen vor allem institutionelle Umstände, insbesondere die Frage, mit welchen Gerichten oder anderen Institutionen der EuGH über seine Urteile kommuniziert und inwieweit dies die Durchsetzbarkeit seiner Entscheidungen beeinflusst.<sup>55</sup> Dementsprechend kratzt eine Dogmatik, die sich allein auf die Seite der expliziten Konkretisierungen konzentriert, bloß an der Oberfläche; noch seichter ist eine repetitorenhafte Auflistung dieser Konkretisierungen und die „Subsumtion“ des Sachverhaltes unter sie. Mehr Licht ins Dunkel dürfte die Analyse der Kontexte bringen, in denen der EuGH sich auf unterschiedliche Prüfungsdichten einstellt. Dies kann nur im Wege einer Gesamtschau funktionieren, in der sowohl die vertraglichen Rechtfertigungsnormen als auch die „zwingenden Erfordernisse“ einbezogen und Seitenblicke auf die anderen Grundfreiheiten geworfen werden.
- 60 Als legitime und damit von den Mitgliedstaaten zu Recht zu schützende Ziele sieht der EuGH Marktunvollkommenheiten, soziokulturelle Präferenzen, bürgerliche Freiheiten und die Erhaltung der Funktionsbedingungen des Staates an. Von Interesse für die vorliegende Untersuchung sind die ersten beiden Kategorien.

a) *Marktunvollkommenheiten*

- 61 Grundsätzlich sind die Verkehrsfreiheiten die normative Ausprägung der Überzeugung, dass Protektionismus Umverteilungseffekte mit sich bringt und sowohl den Output als auch den Wohlstand beeinträchtigt; die Kosten sind zwar diffus und kom-

---

<sup>55</sup> Zu diesen gerichtlichen Dialogen vgl. nur *Weiler*, Journey to an Unknown Destination: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration, *Journal of Common Market Studies* 31 (1993), 417; *ders.*, A Quiet Revolution: The European Court of Justice and Its Interlocutors, *Comparative Political Studies* 26 (1994), 510; *Alter*, Establishing the Supremacy of European Law, 2001; *dies.*, The European Court's Political Power, 2009; *Slaughter/Stone Sweet/Weiler* (Hrsg.), *The European Court and National Courts*, 1998; *Haltern*, *Europarecht: Dogmatik im Kontext*, 2. Aufl. 2007, Rn. 353 ff.

plex und fallen oft nur aufgrund verschlungener und langfristiger Wirkungsketten an, übersteigen aber regelmäßig den Nutzen von Protektionismus. Rechtfertigungen konzentrieren sich daher häufig auf das Argument des Marktversagens oder der Marktunvollkommenheiten. Die Theorie des Außenhandels setzt ein wettbewerbsmäßig freies Kräftespiel zwischen Angebot und Nachfrage sowohl bei den Produktionsfaktoren als auch bei den Konsumgütern voraus. Wo dies gestört ist, kann eine Rechtfertigung für Marktschutz ansetzen. Der EuGH verschließt sich dieser Argumentation insbesondere dann nicht, wenn sich eine Marktunvollkommenheit darin zeigt, dass im Rahmen eines Warenaustauschs die legitimen Interessen Dritter von diesen unbeeinflussbar unberücksichtigt geblieben sind. Dies gilt in erster Linie für Interessen der Öffentlichkeit, aber auch dann, wenn Parteiinteressen betroffen sind, etwa dann, wenn gefährliche Güter involviert sind. Beispiele sind der Schutz der öffentlichen Gesundheit<sup>56</sup> und der Verbraucher,<sup>57</sup> die Verhinderung von Umweltzerstörungen,<sup>58</sup> die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs und Betrugs,<sup>59</sup> der Schutz vor Haftungsumgehungen zum Nachteil von Gläubigern,<sup>60</sup> die Abwendung von Gefahren für die Straßenverkehrssicherheit,<sup>61</sup> die Verhinderung der Verletzung von geistigen Eigentumsrechten,<sup>62</sup> der Schutz der Arbeitnehmer und die Bekämpfung von Beeinträchtigungen der Arbeitssicherheit<sup>63</sup> sowie der Erhalt des nationalen historischen und künstlerischen Erbes.<sup>64</sup>

- 62** Die klassischen Rechtfertigungsgründe im Bereich des Glücksspielrechts – Prävention und Bekämpfung der Glücksspielsucht, Vermeidung finanzieller Nachteile für Einzelne und Gesellschaft, Bekämpfung von Begleitkriminalität – sind dieser Kategorie zuzuordnen.
- 63** Im Hinblick auf die Notwendigkeit der Maßnahme – bei der, anders als im deutschen Verfassungsrecht, geprüft wird, ob das öffentliche, von den Mitgliedstaaten geschützte Gut tatsächlich bedroht ist – erlaubt der EuGH in dieser Kategorie den Mitgliedstaaten, unterschiedliche Positionen einzunehmen, wenn eine wissenschaftlich

---

<sup>56</sup> Urteil *Bacardi France*, Rs. C-429/02, EU:C:2004:432.

<sup>57</sup> Urteil *Kommission/Frankreich*, Rs. 220/83, EU:C:1986:461; Urteil *Kommission/Frankreich*, Rs. C-262/02, EU:C:2004:431.

<sup>58</sup> Urteil *Kommission/Dänemark (Pfandflaschen)*, Rs. 302/86, EU:C:1988:421; Urteil *De Coster*, Rs. C-17/00, EU:C:2001:651.

<sup>59</sup> Urteil *Gambelli u.a.*, Rs. C-243/01, EU:C:2003:597.

<sup>60</sup> Urteil *Centros*, Rs. C-212/97, EU:C:1999:126.

<sup>61</sup> Urteil *Van Schaik*, Rs. C-55/93, EU:C:1994:363; Urteil *Cura Anlagen*, Rs. C-451/99, EU:C:2002:195; Urteil *Kommission/Italien*, Rs. C-110/05, EU:C:2009:66.

<sup>62</sup> Urteil *Coditel/Ciné-Vog Films*, Rs. 262/81, EU:C:1982:334.

<sup>63</sup> Urteil *Oebel*, Rs. 155/80, EU:C:1981:177; Urteil *Rush Portuguesa/Office national d'immigration*, Rs. C-113/89, EU:C:1990:142; Urteil *Portugaia Construções*, Rs. C-164/99, EU:C:2002:40; Urteil *Kommission/Luxemburg*, Rs. C-445/03, EU:C:2004:655.

<sup>64</sup> Urteil *Kommission/Italien*, Rs. C-180/89, EU:C:1991:78; Urteil *Metronome Musik/Music Point Hokamp*, Rs. C-200/96, EU:C:1998:172.

nicht vollständig auszuräumende Unsicherheit besteht. Dies entlastet die Mitgliedstaaten nicht von der Pflicht, Nachweise für die Notwendigkeit der Maßnahme beizubringen.<sup>65</sup>

- 64 Im Hinblick auf die Geeignetheit der Maßnahme, die ähnlich dem deutschen Verfassungsrecht danach fragt, ob die mitgliedstaatliche Maßnahme die Zielerreichung überhaupt fördern kann, stellt der EuGH die Frage nach der Kohärenz mitgliedstaatlicher Regeln: Selbst wenn die Maßnahme als solche geeignet ist, kann sie doch ungeeignet dadurch werden, dass der Mitgliedstaat andere, konfligierende oder konterkarierende Maßnahmen erlässt.<sup>66</sup> Geeignetheit ist daher recht nah an Notwendigkeit: Unterminiert ein Mitgliedstaat die Geeignetheit seiner eigenen Maßnahme durch inkohärente Regelungen, stellt sich zugleich die Frage danach, wie ernst er es mit dem Ziel meint. Die Verneinung der Geeignetheit exponiert mitgliedstaatliche Inkompetenz, die Verneinung der Notwendigkeit hingegen mitgliedstaatliche Unehrllichkeit.
- 65 Im Hinblick auf die Erforderlichkeit der Maßnahme – der Prüfung, ob es sich um das mildeste Mittel zur Erreichung des Ziels handelt – legt der EuGH in dieser Kategorie der Marktunvollkommenheiten die strengsten Maßstäbe an. Er widmet sich intensiv der Frage nach dem mildesten Mittel und mischt sich in der Folge am stärksten in die mitgliedstaatlichen politischen Prozesse ein. In der Konsequenz streicht er viele politische Handlungsoptionen als unverhältnismäßig aus dem Strauß der zur Verfügung stehenden Maßnahmen und gibt klare Richtungen für die politischen Organe vor. Die Beweislast ruht regelmäßig auf den Schultern des regulierenden Mitgliedstaates.<sup>67</sup>

#### b) *Soziokulturelle Präferenzen*

- 66 Viele mitgliedstaatliche Maßnahmen erschöpfen sich nicht in wirtschaftlicher Regulierung, sondern besitzen auch eine soziale, kulturelle und insoweit hoch symbolische Komponente. Traditionen verbergen sich häufig dort, wo man sie am wenigsten vermuten würde. Der einfache Blick auf die marktregulierende Seite einer Maßnahme erkennt, dass auch das Törichte und Nichtige das Lieb und teuer Gewachsene zu transportieren vermag. Marktthemende Maßeinheiten wie das englische Pint können zum Symbol nationaler Identität kristallisieren. Berufsgenossenschaftliche Organisationsformen mögen bis ins Mittelalter zurückreichen und Vertrauen und Stabilität

---

<sup>65</sup> Etwa Urteil Kommission/Dänemark, Rs. C-192/01, EU:C:2003:492; Urteil Sandoz, Rs. 174/82, EU:C:1983:213; Urteil Solgar Vitamin's France u.a., Rs. C-446/08, EU:C:2010:233; Urteil Kommission/Frankreich, Rs. C-333/08, EU:C:2010:44. Ausf. *Maci*, Proving Public Interest: The Growing Impact of Evidence in Free Movement Case Law, CMLRev. 50 (2013), 965.

<sup>66</sup> Urteil Hartlauer, Rs. C-169/07, EU:C:2009:141, Rz. 55 ff.

<sup>67</sup> Statt vieler Urteil Kommission/Österreich, Rs. C-28/09, EU:C:2011:854, Rz. 140.

vermitteln.<sup>68</sup> Ladenöffnungszeiten sind Ausdruck langwieriger und demokratisch legitimer Verhandlungen zwischen dem Staat und intermediären Organisationen; Kirchen, Arbeitgeberverbände, Gewerkschaften und Verbraucherverbände sind an der Aushandlung beteiligt, in der die wesentlichen Argumente nicht-ökonomischer Natur sind.<sup>69</sup> Die Autonomie großer Organisationen im Sport trägt eigene gesellschaftliche Werte und Integrationsmechanismen in sich.<sup>70</sup> Maßnahmen, die den Erwerb von Grundbesitz regeln, speisen sich aus sozialen Vorstellungen vom Leben auf dem Land, von Lebensstil und Lebensqualität.<sup>71</sup> Von besonderer symbolischer Bedeutung ist in der zunehmend individualisierten Gesellschaft natürlich das Recht auf Namensgebung für die Kinder.<sup>72</sup>

- 67 Im Hinblick auf die Notwendigkeit der Maßnahme stehen moralische oder gesellschaftliche Werte zur Debatte. Unsicher ist hier, anders als bei den Marktunvollkommenheiten, nicht der wissenschaftliche Nachweis einer Bedrohung, sondern die Antwort auf die Frage, was überhaupt eine Bedrohung darstellt. Hier erlaubt der EuGH den Mitgliedstaaten eigene, voneinander abweichende Interpretationen, ohne dass dadurch die Verhältnismäßigkeit bereits in Frage gestellt wäre.<sup>73</sup> Dieser Respekt für Eigentümlichkeiten der Mitgliedstaaten ist dann besonders wichtig, wenn es um tief verwurzelte, in moralischen, historischen oder institutionellen Pfadabhängigkeiten begründete mitgliedstaatliche Wertentscheidungen geht; anders lässt sich die Besorgnis, der Binnenmarkt überrolle sämtliche nicht-wirtschaftlichen Interessen und Werte, nicht ausräumen. Die Gefahr des Missbrauchs begegnet der EuGH auch hier durch eine Kohärenzprüfung, die damit auch zum Maßstab der Ehrlichkeit des mitgliedstaatlichen Anliegens wird.<sup>74</sup>
- 68 Im Hinblick auf die Geeignetheit erlaubt die Tatsache, dass die Wirkungsketten im Bereich der sittlichen, moralischen und ethischen Anschauung schwieriger nachzuweisen und schwieriger zu überprüfen sind, Spielräume auf Seiten sowohl der Mitgliedstaaten als auch des EuGH. Freilich ist die Geeignetheitsprüfung durch ihre Nähe zum unionsrechtlichen Notwendigkeitsgrundsatz stark von diesem beeinflusst. Besitzen die Mitgliedstaaten dort eine gewisse Prärogative hinsichtlich ihrer soziokulturellen Besonderheiten und der daraus resultierenden Bedürfnisse, und lässt sich der

---

<sup>68</sup> Urteil Van Binsbergen/Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, Rs. 33/74, EU:C:1974:131; Urteil Thieffry/Conseil de l'ordre des avocats de la Cour de Paris, Rs. 71/76, EU:C:1977:65; Urteil Corsten, Rs. C-58/98, EU:C:2000:527; Urteil Wouters u.a., Rs. C-309/99, EU:C:2002:98.

<sup>69</sup> Urteil Torfaen Borough Council/B & Q PLC, Rs. 145/88, EU:C:1989:593.

<sup>70</sup> Urteil Union royale belge des sociétés de football association u.a./Bosman u.a., Rs. C-415/93, EU:C:1995:463.

<sup>71</sup> Urteil Festersen, Rs. C-370/05, EU:C:2007:59.

<sup>72</sup> Urteil Runevič-Vardyn und Wardyn, Rs. C-391/09, EU:C:2011:291.

<sup>73</sup> Beispiel: Urteil Omega, Rs. C-36/02, EU:C:2004:614, Rz. 38.

<sup>74</sup> Beispiel: Maßnahmen gegen pornographisches Sexspielzeug, Urteil Conegate/HM Customs & Excise, Rs. 121/85, EU:C:1986:114; Urteil Henn und Darby, Rs. 34/79, EU:C:1979:295. Zur Prostitution: Urteil Adoui und Cornuaille/Belgischer Staat, verb. Rs. 115/81 und 116/81, EU:C:1982:183.

EuGH von der Ernsthaftigkeit der Mitgliedstaaten in diesem Bereich überzeugen, liegt auch bei der Geeignetheit nicht fern, dass den Mitgliedstaaten ein gewisser Spielraum bei der Gestaltung der Maßnahmen gelassen wird. Die Inkohärenz, die, wie üblich, auch hier die Grenze des unionsrechtlich Zulässigen markiert, bemisst sich nicht allein am Maßstab des einfach Messbaren und Ausrechenbaren, sondern bezieht die Eigentümlichkeiten der soziokulturellen Präferenzen ein.

- 69 Im Hinblick auf die Erforderlichkeit der Maßnahme ergeben sich ähnliche Besonderheiten. Soziokulturelle Präferenzen sind häufig eigenartig und in ihrer symbolischen Dimension zumindest für Außenstehende kaum verständlich. Sie dienen nicht der Realisierung eines konkreten Ziels, sondern verstärken nationale oder regionale Identitäten. In ihrer konkreten Ausprägung sind sie häufig gar nicht von der Tradition selbst, die sie schützen sollen, zu unterscheiden. Sie lösen intensive gesellschaftliche Debatten aus, und eine Bewertung, noch dazu eine gerichtliche Bewertung, muss naturgemäß schwer fallen. Dementsprechend stark reduziert der EuGH seinen Kontrollmaßstab. Beispielsweise mit der Frage konfrontiert, ob Spanien zum Schutz seiner sprachlichen Vielfalt das mildeste Mittel benutzt hat, antwortet der EuGH mit einer Umkehrung der Beweislast und formuliert nonchalant: „Die dem Gerichtshof unterbreiteten Akten enthalten aber keinen Hinweis darauf, dass ein solcher Prozentsatz gemessen an dem Ziel, das erreicht werden soll, unverhältnismäßig wäre.“<sup>75</sup> Ein österreichisches Verbot des Gebrauchs von Adelstiteln prüft der EuGH gar nicht erst im Hinblick auf mögliche Alternativen.<sup>76</sup>
- 70 Freilich finden sich auch hier Fälle, in denen der EuGH die Prüfung der Erforderlichkeit ernster nimmt, etwa in der Rs. *Bosman*.<sup>77</sup> Der Unterschied dürfte sich daraus herleiten, dass nicht immer gesichert ist, dass der EuGH eine enge Verbindung zur Durchsetzung soziokulturelle Präferenzen als gegeben akzeptiert. Immerhin geht es hier um Bedeutungszuschreibungen; diese sind regelmäßig umstritten. Ob man in einem Fall, der im Bereich des professionellen Fußballs spielt, die zweifellos prominent vorhandene ökonomische Bedeutung oder aber die Bedeutung des Sports als Medium gesellschaftlicher Integration in den Vordergrund rückt, ist keineswegs eindeutig. Klare juristische Maßstäbe hierfür gibt es nicht.

### c) *Glücksspielrecht*

- 71 Im Bereich des Glücksspiels haben die Mitgliedstaaten, auch Deutschland, regelmäßig vorgetragen, Ziel ihrer Regulierung sei es, die Gelegenheit zum Spiel mit Blick auf die

---

<sup>75</sup> Urteil UTECA, Rs. C-222/07, EU:C:2009:124, Rz. 31.

<sup>76</sup> Urteil Sayn-Wittgenstein, Rs. C-209/08, EU:C:2010:806.

<sup>77</sup> Urteil Union royale belge des sociétés de football association u.a./Bosman u.a., Rs. C-415/93, EU:C:1995:463.

Bekämpfung der Glücksspielsucht zu reduzieren, sowie dadurch Straftaten vorzubeugen, dass die in diesem Sektor tätigen Wirtschaftsteilnehmer einer Kontrolle unterworfen und Glücksspieltätigkeiten in Bahnen gelenkt werden, die diesen Kontrollen unterliegen. Der geltende deutsche Glücksspielstaatsvertrag listet in § 1 als gleichrangige Ziele

- „1. das Entstehen von Glücksspielsucht und Wettsucht zu verhindern und die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung zu schaffen,
2. durch ein begrenztes, eine geeignete Alternative zum nicht erlaubten Glücksspiel darstellendes Glücksspielangebot den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken sowie der Entwicklung und Ausbreitung von unerlaubten Glücksspielen in Schwarzmärkten entgegenzuwirken,
3. den Jugend- und den Spielerschutz zu gewährleisten,
4. sicherzustellen, dass Glücksspiele ordnungsgemäß durchgeführt, die Spieler vor betrügerischen Machenschaften geschützt, die mit Glücksspielen verbundene Folge- und Begleitkriminalität abgewehrt werden und
5. Gefahren für die Integrität des sportlichen Wettbewerbs beim Veranstalten und Vermitteln von Sportwetten vorzubeugen.“

**72** Der EuGH hat diese Ziele als durchgängig legitim anerkannt. In ständiger Rechtsprechung akzeptiert er die Belange Verbraucherschutz, Schutz der Sozialordnung<sup>78</sup>, Beschränkung der Spieltätigkeit zur Vermeidung von Anreizen für Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen<sup>79</sup>, Eindämmung bzw. Bekämpfung der Spielsucht<sup>80</sup>, Betrugsbekämpfung<sup>81</sup> und Schutz der Anwohner vor Belästigungen durch Spielbanken, Spielhallen usw.<sup>82</sup>

**73** Auffällig in diesem Zusammenhang ist die Tatsache, dass die Mitgliedstaaten zur Rechtfertigung ausschließlich Ziele vortragen, die der Beseitigung von Marktunvollkommenheiten dienen und damit in die erste oben (Rn. 61 ff.) genannte Kategorie fallen. Die Logik der zweiten Kategorie findet schon im mitgliedstaatlichen Vortrag kaum Berücksichtigung und wird, wenn überhaupt, schmal argumentiert, nämlich in allgemeinsten, kaum in präziser, juristisch anschlussfähiger Weise. Die Lektüre der Schriftsätze und der wissenschaftlichen Diskussion in der einschlägigen Literatur lässt kaum erahnen, dass die mitgliedstaatliche Regulierung des Glücksspiels nicht lediglich

---

<sup>78</sup> Urteil Schindler, Rs. C-275/92, EU:C:1994:119, Rz. 58; Urteil Gambelli, Rs. C-243/01, EU:C:2003:597, Rz. 63.

<sup>79</sup> Urteil Placanica u.a., verb. Rs. C-338/04, 359/04 und C-360/04, EU:C:2007:133, Rz. 46.

<sup>80</sup> Etwa Urteil Ladbrokes Betting & Gaming, Rs. C-258/08, EU:C:2010:308, Rz. 26; Urteil Markus Stoß u.a., verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, EU:C:2010:504, Rz. 102.

<sup>81</sup> Urteil Placanica u.a., verb. Rs. C-338/04, 359/04 und C-360/04, EU:C:2007:133, Rz. 52; Urteil Liga Portuguesa, Rs. C-42/07, EU:C:2009:519, Rz. 63; Urteil Sjöberg und Gerdin, verb. Rs. C-447/08 und C-448/08, EU:C:2010:415, Rz. 36.

<sup>82</sup> Urteil Garkalns, Rs. C-470/11, EU:C:2012:505, Rz. 40



wirtschaftlich indiziert ist, sondern eine wichtige symbolische Komponente enthält. Diese besitzt ihre Wurzeln in historisch geformten, jeweils pfadabhängigen und auf tiefe, geteilte Überzeugungen zurückgehenden Vorstellungen davon, wie eine Gesellschaft gut und richtig zusammenleben soll. In der Glücksspielregulierung kreuzen sich Vektoren, die anzeigen, was sittlich gesollt ist und welche Werte individuell und kollektiv als erstrebenswert gelten.

- 74 Ein guter Teil hiervon ist in der Geschichte religiös beeinflusst gewesen, hat sich aber hiervon emanzipiert und ist Gegenstand einer Anschauung der gemeinschaftlichen Legitimität in modernen Demokratien geworden. Nach wie vor ist die Regulierung des Glücksspiels nicht unbeeinflusst von einer säkularisierten protestantischen Ethik des liberal-aufgeklärten Bürgertums. Es geht nicht lediglich um einen Aufguss des „Neuen Paternalismus“, der die kranken und armen Schichten vor Lastern und Unglück bewahren will, sondern auch um die Bewertung rein materieller Ziele, die vermittels rein aleatorisch verteilter Gewinne vollkommen leistungsfrei erreichbar zu sein scheinen. Im Glücksspiel zeigt sich ein Zerrbild gesellschaftlicher Werte wie Leistungsorientierung, methodischer Lebensführung und gerechter Entlohnung von Arbeit, all dies verbunden mit einer einseitigen Ausrichtung auf Materialismus. Die als negativ wahrgenommene Dimension des Glücksspiels beschränkt sich also mitnichten auf die Bedrohung problematischer oder pathologischer Spieler und ärmerer Schichten, die verringerte Konsumfähigkeit der Spielenden und die Begleitkriminalität, sondern reicht viel tiefer in das gesellschaftliche Wertgefüge hinein, das sich vielfältigen Bedrohungen „intangibler“ Natur ausgesetzt sieht.
- 75 So wie die negativ konnotierten Seiten des Lotteriespiels nicht sichtbar werden, bleiben auch die positiv konnotierten Seiten unberücksichtigt. Hierzu zählt *erstens* die offenkundige Tatsache, dass der Glücksspielmarkt ein Markt für Träume ist. Dies gilt – im Unterschied zu anderen Formen des Glücksspiels – in besonderem Maße für das Lottospiel, da hier die Gewinnsummen viel höher sind. Die Ausschüttung hoher Gewinnsummen bedient in der Antizipation eines (noch so unwahrscheinlichen) Gewinns das Eintauchen der Konsumenten in eine Vorstellungswelt, in der er ein Leben in großem Wohlstand führen und erhöhten sozialen Status genießen kann. Was mit dem Los erstanden wird, ist kein tangibles Gut: Das Los „ist das auslösende Moment für die Herstellung dieser Traumvorstellungen. Lottospieler fragen also ein Gut nach, das ihnen als Vehikel dient, um damit in angenehme Vorstellungswelten über Besitz und erhöhten sozialen Status einzutauchen.“<sup>83</sup> Hierin besteht eine soziale Ventilfunktion, die die gesellschaftlichen Werte auf ungefährliche Weise bestätigt statt zu unterminieren.
- 76 *Zweitens* erbringt die Teilnahme am Lottospiel zwar keinen ökonomischen Nutzen, aber – wiederum im Unterschied zu anderen Formen des Glücksspiels, die den Spieler

---

<sup>83</sup> Lutter, Märkte für Träume: Die Soziologie des Lottospiels, 2010, S. 193.

eher isolieren und damit einen desintegrierenden Effekt haben – gleichwohl einen Beitrag zur gesellschaftlichen Integration. Es ist aufgrund der (nicht-monopolisierten) Vertriebsstruktur in nahezu allen Zeitschriften- und Tabakläden Teil der normalen Lebenswelten des Alltags. Das Lottospiel zeigt in Teilnahme und in Abwicklung deutliche Züge von Alltagsritualen. Spielscheine werden wöchentlich routiniert ausgefüllt, die klassischen Nachrichtensendungen des öffentlich-rechtlichen Fernsehens verkünden die Ergebnisse der samstagsabendlichen Ziehung der Lottozahlen und transportieren sie in die Wohnzimmer der Republik, und die Lottofee ist noch immer eine nationale Integrationsfigur<sup>84</sup>, obwohl die Ziehung selbst seit Mitte 2013 nur noch im Internet live übertragen wird.<sup>85</sup>

77 *Drittens* schließlich hängt ein guter Teil dieser außerordentlichen gesellschaftlichen Legitimation – die in starkem Gegensatz zur Legitimation und Akzeptanz anderer Glücksspiele und ihrer Vertriebsweise stehen, wie etwa Spielhallen und Sportwettencafés, deren häufig räumlich periphere Lage die gesellschaftlich periphere Lage als dubios und anrühlich örtlich begreifbar macht – mit dem gemeinwohldienlichen Zweck zusammen, dem große Teile des erwirtschafteten Gewinns dienen. Die Geschichte zeigt die über alle nationalen Grenzen und Zeiträume hinaus gegebene karitative Komponente des Lottospiels.<sup>86</sup> Auf all diese Eigenschaften wird noch ausführlich zurückzukommen sein (vgl. unten Rn. 159 ff.).

78 Die Invisibilität dieser schützenswerten Güter – gesellschaftliche Integrationsfunktion, Ventilfunktion und dadurch Reifizierung gesellschaftlicher Werte, egalitäre Effekte, alltagsweltliche Integration, überaus reiche Genealogie und Tradition usw. – ist umso überraschender, als der EuGH exakt dieser Form der Argumentation seine Hand reicht. In seiner Rechtsprechung tauchen an vielen Stellen die Anerkennung dieser Dimension des Glücksspiels sowie die Einladung, hierzu argumentativ nachzulegen, auf. Dogmatischer Aufhänger ist der „Schutz der Sozialordnung“ als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses, wozu auch gehört, dass die Mitgliedstaaten „nach Maßgabe der soziokulturellen Besonderheiten jedes Mitgliedstaates“<sup>87</sup> über Ermessen verfügen; dies liegt in den „sittlichen, religiösen oder kulturellen Erwägungen“ begründet.<sup>88</sup> Auch hierauf wird zurückzukommen sein (unten Rn. 141 ff.).

---

<sup>84</sup> Ebd., 128. Vgl. dazu noch unten Fn. 260.

<sup>85</sup> Hintergrund ist die Entscheidung des BVerwG, Urteil vom 20.06.2013 - 8 C 10.12 (ECLI:DE:BVerwG:2013:200613U8C10.12.0), Rz. 46, die die Art und Weise der Ermittlung der Lottozahlen vor laufenden Fernsehkameras als „unzulässige Anreizwirkung“ klassifizierte. Dazu noch unten Rn. 182.

<sup>86</sup> Lutter, Märkte für Träume (Fn. 83), etwa 79.

<sup>87</sup> Urteil Schindler, Rs. C-275/92, EU:C:1994:119, Rz. 61.

<sup>88</sup> Ebd., Rz. 60.

### 3. Messbares und nicht Messbares

- 79 Nur die erste Kategorie der Marktunvollkommenheiten wird in der Rechtsprechung voll ausbuchstabiert: Die Marktunvollkommenheiten, denen sich die Mitgliedstaaten in ihren nationalen Regulierungen zuwenden, sind die Spiel- und Wettsucht, die Begleitkriminalität und die halb- und illegalen Märkte. Die Bekämpfung dieser Gefahren ist bei all diesen Marktunvollkommenheiten ohne weiteres als legitimes Ziel anerkannt und wird vom EuGH regelmäßig durchjudiziert. Hierzu existieren konkretisierende Detailanforderungen (wie etwa das Kohärenzerfordernis), die im Rahmen der Rechtfertigungsschranken relevant werden (dazu sogleich Rn. 89).
- 80 Die zweite Kategorie hingegen ist nur als solche, also prinzipiell, anerkannt, ohne dass es bislang zu einer sämtliche Details konkretisierenden Rechtsprechung gekommen wäre. Die soziokulturellen Präferenzen der Mitgliedstaaten – ihre historischen Wurzeln, religiösen Echos und sittlichen Implikationen – werden einschließlich ihrer vielgestaltigen Unterschiede *als solche* vom EuGH regelmäßig hervorgehoben: „Allerdings gehört der besondere Charakter der Regelung der Glücksspiele zu den Bereichen, in denen beträchtliche sittliche, religiöse und kulturelle Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen.“<sup>89</sup> Daher ist es Sache der einzelnen Mitgliedstaaten, eigene Beurteilungen „im Einklang mit ihrer eigenen Wertordnung“ dahingehend anzustellen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz ihrer betroffenen Interessen ergeben.<sup>90</sup> So deutlich der EuGH freilich bei der Anerkennung der soziokulturellen Präferenzen der Mitgliedstaaten als Grundsatz gewesen ist, so undeutlich ist jedenfalls bislang geblieben, was genau sich hieraus ergibt und wie sich dies in seine Rechtfertigungsdogmatik übersetzt.
- 81 Die Mitgliedstaaten haben praktisch ausschließlich im Rahmen der Kategorie der Marktunvollkommenheiten argumentiert; die Kommission hat sich ebenfalls hierauf beschränkt. Ein Grund hierfür dürfte sein, dass dieser Bereich der Marktunvollkommenheiten leichter „wissenschaftlich“ zu erklären ist. Sowohl im Bereich Suchtprävention und -bekämpfung als auch im Bereich Jugendschutz und Begleitkriminalität, schließlich auch im Bereich Kanalisierung fallen Quantifizierungen einigermaßen leicht. Glücksspielsucht lässt sich nach bestimmten Kriterien klassifizieren<sup>91</sup>, epidemiologisch studieren, differenzialdiagnostizieren, in seiner Komorbidität bestimmen und in diagnostischen Screening-Verfahren skalieren.<sup>92</sup> Kriminalität ist der Gegen-

---

<sup>89</sup> Zuletzt Urteil Stanley International Betting und Stanleybet Malta, Rs. C-463/13, EU:C:2015:25, Rz. 51.

<sup>90</sup> Ebd., ebenso Urteil Digibet und Albers, Rs. C-156/13, EU:C:2014:1756, Rz. 24.

<sup>91</sup> Das sich seit 1980 herausbildende psychische Störungsbild des pathologischen Glücksspielens wird zunächst in das internationale Klassifikationssystem DSM-III und später ICD-10 aufgenommen; die Operationalisierung der Hauptkriterien erfolgt nach den Vorgaben des DSM-IV. Vgl. statt vieler Petry, Glücksspielsucht, 2003, S. 13 ff.

<sup>92</sup> Ebd., 15 ff.

stand einer stark empirisch arbeitenden Wissenschaft der Kriminologie.<sup>93</sup> Die Gefährdung Jugendlicher schließlich wird durch statistisch geprägte Psychologie analysiert.<sup>94</sup>

- 82** Quantifizierungen erlauben Formeln, Berechnungen, Skalen, Zahlen, Reihungen und „harte“ Ergebnisse. Man kann Umfragen machen, Kreuze setzen und aggregierte Mittelwerte finden; die Ergebnisse kann man auflisten, tabellarisch ordnen und vergleichen. Alles ist zählbar, messbar und evaluierbar bis hin zur Benchmarkfähigkeit. Vergleiche werden möglich, auch grenzüberschreitend, denn Zahlen sind weder von unterschiedlicher Sprache noch unterschiedlicher Kultur bemakelt; sie sind ahistorisch, präzise und weder pfad- noch wertabhängig. Je mehr Stellen hinter dem Komma stehen, desto größere Genauigkeit wird vermittelt; je größer die Genauigkeit ist, desto größer ist die Suggestion der Objektivität. Zahlen scheinen die internationale und interdisziplinäre Grammatik des Wissenschaftlichen zu verkörpern, und da die Wissenschaft mit der Unterscheidung von wahr/falsch operiert, erscheint die Zahl als Vektor der Wahrheit.
- 83** Dies ist freilich eine Täuschung; sie geht wohl zu keinem kleinen Teil auf den Wissenschaftsneid der Geisteswissenschaften zurück, die auch einmal so wahr und relevant sein wollen wie die Naturwissenschaften. Daher wendet sich die Politikwissenschaft der Empirie, die politische Theorie der Rationalitätsanalyse und die Rechtswissenschaft der ökonomischen Analyse zu. Keineswegs alles, was Gesellschaft und politisches Leben ausmacht, ist aber ausrechenbar. Blickt man auf das, was individuellem und kollektivem Leben Form und Richtung gibt, verschwindet die Welt des Messbaren nicht selten hinter derjenigen des Unermesslichen. Vieles ist weder objektiv bezifferbar noch zu vergleichen; nicht selten mangelt es bereits an der Fähigkeit, das Entscheidende überhaupt in Worte, geschweige denn in Zahlen zu fassen.
- 84** Die Kriterien, die der EuGH für die Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen Regulierungszugänge auf dem Glücksspielmarkt aufstellt, entstammen dieser Kategorie, die sich bezifferbarer Präzision erwehrt. Wenn der EuGH von „beträchtlichen sittlichen, religiösen und kulturellen Unterschieden zwischen den Mitgliedstaaten“ spricht, stehen Bereiche in Rede, deren Auslotung nicht durch Messen, Zählen und Benchmarks gelingen kann, sondern nur durch Narrative, die auf die Historizität von Glaubens- und Imaginationsinhalten abheben. Ihre räumliche und geschichtliche Kontingenz ist unhintergebar; die Kategorie der Wahrheit ist hier per se sinnlos. Der Streit darum, welches die wahre Sittlichkeit, Religion oder Kultur ist, hat jahrtausendlang die Menschen beschäftigt – exakt das, was man zu erwarten hat, wenn man

---

<sup>93</sup> Statt vieler *Albrecht*, Theorie und Empirie in der kriminologischen Ausbildung, in: Löscher/Manke/Sack (Hrsg.), Kriminologie als selbständiges, interdisziplinäres Hochschulstudium, Hamburg 1986, S. 233 ff.

<sup>94</sup> Etwa *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung*, Glücksspielverhalten und problematisches Glücksspielen in Deutschland 2007: Ergebnisse einer Repräsentativbefragung – Ergebnisbericht, Juli 2008, abrufbar etwa unter <http://www.spielen-mit-verantwortung.de/rechtliches/jugendschutz.html>.

die falsche Frage stellt. Auch Vergleichbarkeit ist hoch problematisch: Man empfinde es als Kategorieverwechslung oder Travestie, in verschiedenen Religionen die Güte der Heilsversprechen zu messen und auf einer Skala gerechtfertigten oder legitimen Glaubens zu vergleichen; oder zu verschiedenen Sittlichkeitsvorstellungen unterschiedlicher Gesellschaften objektive Aussagen hinsichtlich der Qualität guten Zusammenlebens zu treffen; oder kulturelle Überlegenheit oder Fortschritte zwischen Gesellschaften durch die Evaluierung ihrer kulturellen Artefakte oder Imaginationsstrukturen festzustellen. Religion, Sittlichkeit und Kultur sind Bereiche, die sich nicht messen lassen. Dadurch sind ihre Horizonte und Handlungsanleitungen – alle drei Bereiche tangieren das Normative – aber nicht unwahr oder irrelevant; das nicht Messbare ist im Gegenteil nicht selten unermesslich. Dass die Quantifizierung ausfällt, ändert nichts am Charakter dieser drei Bereiche als Hintergrundrauschen des Politischen. Wer über das Politische nur im Zählbaren sprechen kann, verfehlt seinen eigentlichen Charakter.<sup>95</sup>

- 85 Was im Großen gilt, gilt auch im Kleinen: Wer über das Glücksspiel und seine Regulierung nur im Zählbaren sprechen kann – indem der Diskurs auf die wirtschaftliche Dimension beschränkt und das Rechtfertigungsheil in der Sucht-, Kriminalitäts- und Schwarzmarktbekämpfung gesucht wird –, verfehlt ihren eigentlichen Charakter.<sup>96</sup> Glücksspiel besitzt nicht nur jene komplizierte Marktkomponente, über die in den letzten Jahren intensiv gestritten wurde. Es ist darüber hinaus mit sozialen und kulturellen Bedeutungen belegt, die von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat stark variieren. Diese Bedeutungen sind das Ergebnis einer komplexen Interaktion von Zuschreibungen, deren Quelle die weder mess- noch vergleichbaren Bereiche Religion, Sittlichkeit und Kultur und deren Kontext die historische Kontingenz nationalstaatlicher Entwicklungen und Bedingungen in ihrer jeweiligen Zeit sind. Sie gilt es zu beschreiben, will man in der Lotterieliberalisierungsdiskussion auf den „eigentlichen“ Punkt kommen, die Ebene des seltsam irrationalen verlassen und zudem den EuGH zur Judizierung dieser Erwägungen veranlassen und von seiner reduzierten Prüfdichte profitieren.

---

<sup>95</sup> Dagegen statt vieler *Kahn*, *Putting Liberalism in Its Place*, 2005; *Agamben*, *Homo sacer*, 2000; *Geuss*, *History and Illusion in Politics*, 2001; *Haltern*, *Europarecht und das Politische*, 2005.

<sup>96</sup> Das gilt ironischerweise auch für politikwissenschaftliche Studien, die „Moralpolitik“ als Regulierung gesellschaftlicher Wertekonflikte untersuchen und dafür die Datenmenge moralischer Kommunikationen im Regulierungsprozess empirisch analysieren; vgl. etwa *Euchner/Heichel/Nebel/Raschzok*, *From „Morality“ Policy to „Normal“ Policy: Framing of Drug Consumption and Gambling in Germany and the Netherlands and Their Regulatory Consequences*, *Journal of European Public Policy* 20 (2013), 372 ff.; *Adam*, *Glücksspiel: Sportwetten am Wendepunkt*, in: *Knill/Heichel/Preidel/Nebel* (Hrsg.), *Moralpolitik in Deutschland: Staatliche Regulierung gesellschaftlicher Wertekonflikte im historischen und internationalen Vergleich*, 2015, S. 185 ff. Auch eine auf Moralkommunikationen bezogene Empirie, die Moral quasi zählend einfangen will, kann Bedeutungszuschreibungen nicht ausloten. Zudem ist der Begriff der Moral für den vorliegenden Zusammenhang, in dem es um gesellschaftliche Imaginationsschemata geht, viel zu eng; dies liegt wohl an der Herkunft des „Moralpolitik“-Ansatzes aus den USA. Dass es in Europa zu anderen Kommunikationen kommt, ist daher kaum überraschend und bedeutet nicht, dass es sich um eine von Imaginationen und Bedeutungszuschreibungen freie Materie handelt, deren Wurzeln wiederum historisch, sittlich, religiös und kulturell konnotiert sind.

## II. MARKTUNVOLLKOMMENHEITEN

86 Zunächst ist das Lotterieveranstaltungsmonopol gemäß der „traditionellen“ Rechtfertigungsargumentation der Marktunvollkommenheiten darzustellen und zu bewerten.

### 1. Legitime Gründe

87 Da es sich beim Lotterieveranstaltungsmonopol um eine unterschiedslos geltende Maßnahme handelt, stehen der Bundesrepublik Deutschland die zwingenden Erfordernisse als Rechtfertigungsgrund offen. In diesem Zusammenhang hat der EuGH die volle Bandbreite glücksspielrechtlich relevanter Beschränkungsziele zugelassen (vgl. oben Rn. 71 ff.).

### 2. Beschränkung der Rechtfertigungsmöglichkeit

88 Die Berufung auf legitime Ziele kann noch nicht zu einer gelingenden Rechtfertigung führen; vielmehr kontrolliert der EuGH die mitgliedstaatliche Regelung noch im Hinblick auf die Art und Weise, wie die Mitgliedstaaten ihre Ziele zu erreichen versuchen. Da die Ratio der Verkehrsfreiheiten, Handelsbeschränkungen abzuschaffen und dadurch Märkte zu öffnen und Wettbewerb zu ermöglichen, mit der Ratio der mitgliedstaatlichen Regulierung, auf bestimmten Gebieten (etwa Umwelt, Verbraucher, Soziales) Schutz zu gewähren, in einem Spannungsverhältnis stehen, und weil außerdem die Beurteilung der legitimen Ziele inhärent unscharf sein muss (vgl. noch unten Rn. 229), liegt hier der Glutkern jeder Rechtfertigungsprüfung. Insoweit unterscheidet sich das Unionsrecht nicht viel vom nationalen Öffentlichen Recht. Art. 62, Art. 52 Abs. 1 AEUV i.V.m. dem Rechtsgedanken von Art. 36 Satz 2 AEUV geben dem EuGH hierfür das Verbot willkürlicher Diskriminierung und das Verbot einer verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten an die Hand. Das sind freilich eher grobe Kategorien, die den hohen Anforderungen der heiklen Aufgabe, der sich der EuGH gegenüber sieht, nicht vollumfänglich gerecht werden können. Der EuGH hat sie in seiner Rechtsprechung – beginnend mit der Entscheidung in der Rs. *Cassis de Dijon*, wo die Rede davon ist, dass die Maßnahmen „notwendig“ sein müssen<sup>97</sup> – zunehmend im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ausgelegt. Insoweit laufen Art. 62, 52 AEUV und die „zwingenden Erfordernisse“ wiederum parallel; auch bei Letzteren spielt das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Kontrolle der mitgliedstaatlichen Maßnahme die entscheidende Rolle. Beide Rechtfertigungsmöglichkeiten haben sich diesbezüglich angeglichen.

---

<sup>97</sup> Urteil Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Rs. 120/78, EU:C:1979:42, Rz. 8.

- 89 Die Fragen, die der EuGH an die Mitgliedstaaten richtet, beziehen sich regelmäßig darauf, ob die Maßnahme geeignet, notwendig und angemessen ist, ob sie die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der gegenseitigen Anerkennung beachtet und ob die prozeduralen Rechte der Betroffenen gewahrt sind. Dabei spielen auch die Unionsgrundrechte eine Rolle. Diese Prüfung ist funktional das, was man in der deutschen Rechtsdogmatik als „Schranken-Schranken“ der Verkehrsfreiheiten bezeichnen würde. Freilich muss man bei der Übernahme von Begriffen deutscher Grundrechtsdogmatik trotz aller Plausibilität Vorsicht walten lassen, da Vorverständnisse mittransportiert werden, die sich so in der Rechtsprechung des EuGH nicht finden lassen; umgekehrt agiert der EuGH in einem Kontext, in dem andere Erwägungen eine Rolle spielen als diejenigen, die nationalstaatliche Gerichte anstellen.
- 90 Im Hinblick auf die Notwendigkeit des Lotterieveranstaltungsmonopols – also die Frage, ob tatsächlich eine Bedrohung für die benannten Schutzgüter vorliegt oder ob es sich lediglich um vorgeschobene Schutzgüter handelt, hinter denen protektionistische oder fiskalische Absichten stecken (vgl. oben Rn.61) –, wird vereinzelt bezweifelt, dass das Ziel der Suchtvermeidung und die Begrenzung der Attraktivität des Spiels wirklich leitender Zweck des Veranstaltungsmonopols ist. Dagegen spreche das Fehlen echter Suchtgefahren im Lotteriebereich.<sup>98</sup>
- 91 Das ist aus mehreren Gründen unzutreffend. *Erstens* liegen die Suchtgefahren beim Lottospiel zwar unter denen anderer Glücksspiele. Dies gilt insbesondere für herkömmliche Lotterien wie 6aus49 oder die Klassenlotterien.<sup>99</sup> Jedoch existiert sogar in diesem Bereich herkömmlicher Lotterien eine Suchtgefahr. Ein vom Fachbeirat Glücksspielsucht zum ersten GlüStV wiederholt genanntes Problemfeld ist beispielsweise der im herkömmlichen Lotto einsetzbare „Systemschein“, der zusammen mit den ihn bewerbenden Broschüren den Eindruck erweckt, bei einer Zufallswette beständen durchschaubare und nutzbare Gesetzmäßigkeiten, welche dem Spieler erlaubten, seine Gewinnwahrscheinlichkeit in besonderem Maße zu verbessern. Solche „Systemscheine“ oder die Verwendung von Begriffen wie „Bankzahl“ verstärken bei Glücksspielern vorhandene Kontrollillusionen und die damit verbundene Suchtgefahr.<sup>100</sup> Der Gesetzgeber durfte daher das herkömmliche Lotteriespiel als potentiell

---

<sup>98</sup> Jarass, EU-rechtliche Probleme der Vorgaben für die Veranstaltung von Lotterien nach dem neuen Glücksspielstaatsvertrag, Rechtswissenschaftliches Gutachten, Mai 2015, S. 45 ff. Zuvor bereits ders., Verfassungs- und europarechtliche Fragen des Lotteriemonopols, Rechtswissenschaftliches Gutachten, April 2010, S. 39.

<sup>99</sup> Daten etwa bei Meyer/Hayer, Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten – Eine Untersuchung von Spielern aus Versorgungseinrichtungen, Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, 2005; Becker, Glücksspielsucht in Deutschland: Prävalenz bei verschiedenen Glücksspielformen, Frankfurt/M. 2009.

<sup>100</sup> Fachbeirat, Beschluss vom 14. November 2008, <http://www.fachbeirat-gluecksspielsucht.de/>. Nachweise auf experimentelle, empirische und klinische Belege bei Petry, Glücksspielsucht, 2003, 30 f., 41 ff.

suchtgefährlich einschätzen, was auch vom Bundesverfassungsgericht bestätigt wurde.<sup>101</sup>

- 92 *Zweitens* ist die Suchtgefahr eines Spiels keine von Zeit und Raum unabhängige Größe. Sie ist von ihren Kontexten abhängig, hier vor allem von der Regulierung des Glücksspiels. Suchtgefahr einerseits und staatliche Regulierung aus Gründen der Eindämmung von Suchtgefahr andererseits sind keine unverbundenen Größen, sondern gleichen kommunizierenden Röhren. In einer unregulierten Umwelt steigt die Suchtgefahr aufgrund von Einflüssen wie größerer Verfügbarkeit, größerer Anreizwirkung, schnellerer Ausspielung usw. beträchtlich. Strenge staatliche Regulierung wirkt sich daher mäßigend auf die Suchtgefahr selbst aus. Dieser Zusammenhang ist aus der Erfahrung praktisch aller Regelungsgegenstände bestens bekannt: Die be- oder entgrenzende Regulierung senkt oder steigert das Verbraucherverhalten. Dies hat der EuGH bereits vor langer Zeit anerkannt.<sup>102</sup> Für Suchtverhalten gilt dies erst recht.
- 93 *Drittens* beschränkt sich das Lotterieangebot nicht auf die – verhältnismäßig – schwach suchtanreizenden herkömmlichen Lotterien, sondern erstreckt sich auch auf Formen, die etwa aufgrund ihrer schnelleren Ausspielung oder ihrer Auszahlungsstruktur suchtgefährlicher sind. Die faktische und rechtliche Behandlung dieser unterschiedlichen Lotteriefornen als identisch, die sich in manchen Gutachten zeigt<sup>103</sup>, ist daher so unzutreffend wie irreführend. Zudem zeigt sich in den aktuellen Entwicklungen die Tendenz, zu suchtgefährlicheren Lotterien überzugehen, die aufgrund ihrer Frequenz, ihrer Gewinnstruktur und des möglichen Spieleinsatzes nicht mit Angeboten wie Gaus49 oder der Klassenlotterie zu vergleichen sind. Beispiele sind das Glücksspiel „Quicky“ und die Lotterie „Eurojackpot“ bzw. „Euromillions“, die ein signifikant höheres Suchtgefährdungspotenzial besitzen.<sup>104</sup> Auch dies hat das BVerfG zu Recht anerkannt, indem es formuliert, dass „Lotterien in Abhängigkeit von den jeweiligen Veranstaltungsmerkmalen suchttypische Entwicklungsverläufe verursachen können“.<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> BVerfG, Beschluss v. 14.10.2008 – 1 BvR 928/08 –, ZfWG 2008, 351 (354) mit Verweis auf Meyer/Hayer, Das Gefährdungspotential (Anm. 99).

<sup>102</sup> Beispiel: Begrenzende Regulierung von Weinkonsum, entgrenzende Regulierung von Bierkonsum. „Bei der Bestimmung des möglichen Substitutionsgrades darf man sich nicht auf die in einem Mitgliedstaat oder in einem bestimmten Gebiet bestehenden Trinkgewohnheiten beschränken. Diese Gewohnheiten, die nach Zeit und Ort sehr unterschiedlich sein können, dürfen nicht als unveränderlich angesehen werden; die Steuerpolitik eines Mitgliedstaats darf daher nicht dazu dienen, die gegebenen Verbrauchsgewohnheiten zu zementieren, um einer mit deren Befriedigung befaßten inländischen Industrie einen erworbenen Vorteil zu bewahren.“ Urteil Rs. 170/78 – Wein und Bier, Zwischenurteil, EU:C:1980:53, Rz. 14.

<sup>103</sup> Jarass, EU-rechtliche Probleme (Fn. 98), durchgehend.

<sup>104</sup> Zu diesen beiden vgl. nur die Beschlüsse des Fachbeirates vom 4. Mai 2009 (Quicky) und vom 17. Februar 2010 (Eurojackpot), <http://www.fachbeirat-gluecksspielsucht.de/>.

<sup>105</sup> BVerfG, Beschluss v. 14.10.2008 – 1 BvR 928/08 –, ZfWG 2008, 351 (354).



- 94 Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang auch die Manipulationsgeneignetheit des Lotteriespiels, in dem das Ereignis, auf das gewettet wird, und die Abwicklung des Wettvorgangs selbst in einer Hand liegen. Dass diese Gefahr keine theoretische ist, hat sich historisch häufig genug gezeigt: Die gesellschaftliche Legitimität des Lotteriespiels beispielsweise in den USA litt in den 1920er Jahren massiv unter Fällen von Misswirtschaft, Veruntreuung und Korruption, die als direktes Resultat des erhöhten Profit- und Konkurrenzdrucks unter dem Zeichen der Liberalisierung gewertet werden müssen. Auch teilweise erfolgreiche Bestechungsversuche der *draw boys* durch professionelle Glücksspieler, die die Auslosungsergebnisse in ihrem Sinne manipulieren wollten, zählen hierzu.<sup>106</sup> Dass dies nicht etwa eine einzigartige geschichtliche Episode war, sondern noch heute relevant ist, zeigen die kanadischen Lotterieskandale in Ontario und British Columbia im Jahr 2006<sup>107</sup> und in den USA im Jahr 2015<sup>108</sup>.
- 95 Auch der Einwand, die Anforderungen für die Errichtung eines Monopols lägen vor diesem Hintergrund nicht vor, kann nicht überzeugen. Zum einen nämlich besteht die vorrangige Konsequenz des weiten Ermessens- und Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers gerade darin, „den staatlichen Stellen ein ausreichendes Ermessen zuzuerkennen, um im Einklang mit ihrer eigenen Wertordnung festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben“.<sup>109</sup> Hieraus ergibt sich in ständiger Rechtsprechung des EuGH die Konsequenz, dass es den Mitgliedstaaten „grundsätzlich frei[steht], die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen.“<sup>110</sup> Dies gilt insbesondere für die Errichtung eines Monopols:
- „[42] Insoweit hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung anerkannt, dass ein Mitgliedstaat Grund zu der Annahme haben kann, dass nur die Schaffung eines Monopols ihm erlaubt, das von ihm gegebenenfalls bestimmte Ziel des Schutzes vor den mit dem Glücksspielsektor verbundenen Gefahren zu verfolgen.“<sup>111</sup>
- 96 Hierbei handelt es sich um eine langstehende und gefestigte Rechtsprechung des EuGH.<sup>112</sup> Sie ist die direkte und logische Folge der Anerkennung, dass es sich beim

---

<sup>106</sup> Lutter, *Märkte für Träume* (Fn. 83), S. 58.

<sup>107</sup> Dazu etwa *Smith*, *Tangled Web: Investigating Canadian Lottery Scandals*, *Journal of Gambling Issues* 28 (2013), 1.

<sup>108</sup> Etwa <http://www.presstext.com/news/20150415021>. Auch in Serbien ereignete sich während einer Live-Übertragung der Ziehung der Lottozahlen im Fernsehen ein Zwischenfall, der die Manipulationsanfälligkeit vor Augen führt, vgl. statt vieler <http://www.abc.net.au/news/2015-08-02/serbia-lottery-scandal-investigation/6666108>.

<sup>109</sup> Urteil *Dickinger und Ömer*, Rs. C-347/09, EU:C:2011:582, Rz. 45; Urteil *Markus Stoß u.a.*, verb. Rs. C-316/07, C-358 bis 360/07 und C-410/07, EU:C:2010:504, Rz. 76; Urteil *Stanleybet International u.a.*, verb. Rs. C-186/11 und C-209/11, EU:C:2013:33, Rz. 40.

<sup>110</sup> Urteil *Stanleybet International u.a.*, verb. Rs. C-186/11 und C-209/11, EU:C:2013:33, Rz. 41.

<sup>111</sup> Urteil *Stanleybet International u.a.*, verb. Rs. C-186/11 und C-209/11, EU:C:2013:33, Rz. 42.

<sup>112</sup> Urteil *Zeturf*, Rs. C-212/08, EU:C:2011:437, Rz. 41; Urteil *Markus Stoß u.a.*, Urteil *Markus Stoß u.a.*, verb. Rs. C-316/07, C-358 bis 360/07 und C-410/07, EU:C:2010:504, Rz. 81 und 83.

Glücksspielmarkt nicht um einen traditionellen, sondern einen sehr speziellen Markt handelt, in dem die Ratio der Verkehrsfreiheiten nicht anwendbar ist und der unionsrechtliche Anspruch auf normative Rahmung daher zugunsten der weiten Prärogativen der nationalen Gesetzgeber zurückzutreten hat.<sup>113</sup>

- 97 Dem Einwand, die Organisation der Landeslotteriegesellschaften und des Deutschen Lotto- und Totoblocks garantiere keinen verbesserten Zugriff<sup>114</sup>, mangelt es an praktischer und rechtlicher Überzeugungskraft. Praktisch zeigt sich das weitaus bessere Steuerungspotential bereits daran, dass die Lotteriegesellschaften – in scharfem Gegensatz zu privaten Glücksspielanbietern, die mit bewundernswertem Einfallsreichtum so gut wie jede marktbegrenzende Regelung angreifen<sup>115</sup> – praktisch keine Rechtsstreitigkeiten gegen ihre Aufsicht führen, sondern Auflagen und Weisungen ohne Weiteres befolgen und umsetzen. Rechtlich liegt es wiederum innerhalb des Ermessens- und Beurteilungsspielraums des nationalen Gesetzgebers, das Steuerungspotential zu bewerten und die entsprechenden Instrumente – dazu gehört auch und gerade das Monopol – einzusetzen. Der EuGH hat dies ausdrücklich festgehalten:

„[81] Angesichts der vorstehenden Ausführungen ist anzuerkennen, dass die Behörden eines Mitgliedstaats im Rahmen des ihnen insoweit zukommenden Wertungsspielraums Grund zu der Annahme haben können, dass es ihnen die Gewährung exklusiver Rechte an eine Einrichtung der öffentlichen Hand, die hinsichtlich ihrer Leitung unmittelbarer staatlicher Aufsicht untersteht, oder einen privaten Veranstalter, dessen Tätigkeiten die Behörde genau überwachen können, erlaubt, die mit dem Glücksspielsektor verbundenen Gefahren zu beherrschen und das legitime Ziel, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, wirksamer verfolgen, als es bei einem Erlaubnisssystem der Fall wäre, nach dem Veranstaltern die Ausübung ihrer Tätigkeiten im Rahmen einer Regelung ohne Ausschließlichkeitscharakter gestattet würde...

[82] Den Behörden steht es nämlich frei, den Standpunkt zu vertreten, dass der Umstand, dass sie als Kontrollinstanz der mit dem Monopol betrauten Einrichtung über zusätzliche Mittel verfügen, mit denen sie deren Verhalten außerhalb der gesetzlichen Regulierungsmechanismen und Kontrollen beeinflussen können, ihnen eine bessere Beherrschung des Glücksspielangebots und bessere Effizienzgarantien bei der Durchführung ihrer Politik zu gewährleisten vermag, als es bei der Ausübung der entsprechenden Tätigkeiten durch private Veranstalter in einer Wettbewerbssituation der Fall

---

<sup>113</sup> Vgl. bereits oben Rn. 34 ff.

<sup>114</sup> Jarass, EU-rechtliche Probleme (Fn. 98), S. 48 ff.

<sup>115</sup> Gegen Auflagen geklagt haben u.a. Lotto 24 AG; Lottowelt AG, ehem. GWin AG; Faber Lotto Service GmbH; Faber Lotto GmbH & Co. KG; EDM Einfach Media GmbH; Jumbo Interactive GmbH; Neo Lotto Ltd., Office 1/-398; OnGoingMedia GmbH; s. etwa Deutsche Sportlotterie ./ Land Rheinland-Pfalz, VG Düsseldorf 3 K 5661/14; Lotto 24 AG ./ Nds. Innenministerium, VG Hamburg 4 K 2865/12 ;NeoLotto ./ Nds. Innenministerium, VG Hannover 10 A 12223/14; EDM ./ Nds. Innenministerium, VG Berlin VG 23 K 390.14. Klagen gegen Auflagen im Erlaubnisbescheid gem. § 12 GlüStV: etwa „Aktion Mensch e.V.“ ./ Land Rheinland-Pfalz, VG Mainz 1 K 32 und 33/15; Deutsches Hilfswerk ./ Land Rheinland-Pfalz, VG Hamburg 4 K 303/13, betr. „Deutsche Fernsehlotterie“, früher „Ein Platz an der Sonne“.

wäre, selbst wenn diese eine Erlaubnis benötigen und einer Kontroll- und Sanktionsregelung unterlägen.<sup>116</sup>

- 98 Damit sind auch keine weiteren Darlegungspflichten<sup>117</sup> o.ä. zu beachten. Mithin ist an der Einrichtung des Lotterieveranstaltungsmonopols nichts auszusetzen.
- 99 Zu beachten ist in diesem Zusammenhang freilich, dass die Errichtung eines Monopols mit der Errichtung eines normativen Rahmens einhergehen muss, mit dem sich die Zielverfolgung in kohärenter und systematischer Weise gewährleisten lässt.<sup>118</sup> Es ist nicht ersichtlich, dass es an einem derartigen Rahmen fehlen sollte. Mit dem zweiten Glücksspielstaatsvertrag wird die abgestimmte und integrierte Glücksspielregulierung fortgesetzt, indem auch zuvor rein bundesrechtlich geregelte Glücksspiele geregelt werden: neben den Lotterien, Sportwetten und Spielbanken nun auch Teile des Rechts der Pferdewetten und der Betrieb von Spielhallen. Die Länder haben Ausführungsgesetze erlassen, das Glücksspielkollegium der Länder hat 2012 gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 GlüStV, § 6 Abs. 2 VwVGlüStV die gemeinsamen Richtlinien zur Konkretisierung von Art und Umfang der nach § 5 Abs. 1 bis 3 GlüStV erlaubten Werbung (Werberichtlinie) beschlossen.
- 100 Nur der Vollständigkeit halber soll noch darauf hingewiesen werden, dass auch Grundrechte die Rechtfertigungsmöglichkeit der Mitgliedstaaten sowohl beschränken als auch eröffnen können. Der EuGH verschließt sich der Berufung auf jene politischen Werte nicht, die ihren Ausfluss in der grundrechtlich geschützten Freiheit, Autonomie, Gleichheit und Würde besitzen. Ausschlaggebend hierfür dürfte neben der tatsächlichen Wirkung einer Handelsmaßnahme vor allem deren symbolischer Gehalt sein; der verfassungsrechtliche Schutz soll keinesfalls durch ökonomische Ratio kompromittiert erscheinen. Erfolgreich sein kann daher die Berufung auf die Menschenwürde,<sup>119</sup> die Meinungsfreiheit,<sup>120</sup> die Versammlungsfreiheit,<sup>121</sup> das Streikrecht,<sup>122</sup> die Religionsfreiheit<sup>123</sup> und die Aufrechterhaltung eines pluralistischen Rundfunkwesens.<sup>124</sup>

---

<sup>116</sup> Urteil Markus Stoß u.a., Urteil Markus Stoß u.a., verb. Rs. C-316/07, C-358 bis 360/07 und C-410/07, EU:C:2010:504, Rz. 81 f.

<sup>117</sup> So aber *Jarass*, EU-rechtliche Probleme (Fn. 98), S. 51 f.

<sup>118</sup> Urteil Markus Stoß u.a., verb. Rs. C-316/07, C-358 bis 360/07 und C-410/07, EU:C:2010:504, Rz. 83.

<sup>119</sup> Urteil Omega, Rs. C-36/02, EU:C:2004:614.

<sup>120</sup> Urteil Karner, Rs. C-71/02, EU:C:2004:181.

<sup>121</sup> Urteil Schmidberger, Rs. C-112/00, EU:C:2003:333.

<sup>122</sup> Urteil The International Transport Workers' Federation und The Finnish Seamen's Union, Rs. C-438/05, EU:C:2007:772; Urteil Laval un Partneri, Rs. C-341/05, EU:C:2007:809.

<sup>123</sup> Urteil H.M. Customs and Excise/Schindler, Rs. C-275/92, ECLI:EU:C:1994:119.

<sup>124</sup> Urteil Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda/Commissariaat voor de Media, Rs. C-288/89, EU:C:1991:323.

**101** Bürgerliche Rechte finden im Unionsrecht, wenn überhaupt, in ihrer Grundrechtsrelevanz als wirtschaftliche Rechte der ausgeschlossenen Glücksspielanbieter Erwähnung.<sup>125</sup> Freilich bleibt dieser Gedanke blass und trägt kaum etwas zur Überzeugungskraft bei; auch der EuGH hat sich hierauf nicht eingelassen. In seinen mittlerweile zahlreichen Entscheidungen zum Glücksspielrecht, in denen auch staatliche Monopole geprüft werden, hat der EuGH kein Wort zu Unionsgrundrechten verloren. Der Grund besteht darin, dass die Unionsgrundrechte einen gegenüber den Grundfreiheiten überschießenden Schutzgehalt aufweisen müssten und ihr Schutzniveau über das differenzierte Schutzniveau der jeweiligen Verkehrsfreiheit hinausreichen müsste. Für die Berufsfreiheit ist dies im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit regelmäßig – und auch hier – nicht der Fall.<sup>126</sup>

**102** Demgegenüber besteht kaum ein Zweifel daran, dass die Bekämpfung von Glücksspielsucht und Wettsucht dem Würdeschutz der problematischen und pathologischen Spieler dient. Glücksspielsucht ist eine von der WHO anerkannte Krankheit, und sowohl die gesellschaftliche Realität als auch die literarische Verarbeitung ist über Jahrhunderte Zeuge des individual- und sozialzerstörerischen Potenzials dieser Sucht. Wie andere Krankheiten auch bedroht die Glücksspiel- und Wettsucht die autonome Entscheidungskraft der Betroffenen, damit ihre Freiheit und insofern auch ihre Würde, die in einer modernen Demokratie regelmäßig Autonomie und Freiheit voraussetzt. Es gehört zu den vornehmsten Aufgaben des Staates, die unantastbare Würde seiner Bürger zu schützen. Dies ist nicht nur Gegenstand zahlloser internationaler menschenrechtsschützender Verträge, sondern auch Grundlage des deutschen Staatswesens, das den staatlichen Schutz der Würde in Art. 1 GG zur Staatsraison macht. Für die Europäische Union gilt aufgrund Art. 1 der Grundrechtecharta nichts anderes. Der explizite Schutzauftrag, der sich hieraus ableitet, steht in unauflösbarem Verhältnis zum Schutz bürgerlicher Rechte.

### III. SOZIOKULTURELLE PRÄFERENZEN

**103** Weniger ausbuchstabiert oder durchjudiziert als der gerade behandelte Bereich ist die Rechtfertigungslinie, die sich auf soziokulturelle Präferenzen der Mitgliedstaaten stützt. Sie ist vom EuGH als solche in ständiger Rechtsprechung anerkannt, auch und gerade im Glücksspielrecht. Dort dient sie der Anerkennung eines weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Anforde-

---

<sup>125</sup> Etwa bei *Jarass*, EU-rechtliche Probleme (Fn. 98), 52 ff. Hier setzt sich die Gedankenführung aus dem nationalen Recht fort, wo es regelmäßig um Verletzungen der Berufsfreiheit geht; aus Deutschland nur BVerfGE 115, 276; BVerfG, Beschluss v. 14.10.2008, ZfWG 2008, 351.

<sup>126</sup> *Ehlers*, Die Grundrechte des europäischen Gemeinschaftsrechts, Teil 1, Jura 2001, 266 (268); Teil 2, Jura 2002, 468 (470); *Haltern*, Europarecht (Fn. 55), Rz. 1108.

rungen, die sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben; sie können auch eigenständig beurteilen, auf welchem Niveau sie ihre Maßnahmen ansiedeln wollen. Die Kontrolle der Maßnahmen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit aber ist vergleichsweise streng. Dies hängt damit zusammen, dass die Mitgliedstaaten praktisch ausschließlich die Notwendigkeit ordnungspolitischer Maßnahmen zur Bekämpfung von Marktunvollkommenheiten argumentieren, etwa Bekämpfung und Prävention von Spielsucht, Kriminalität oder Schwarz- und Graumärkten (Letzteres in Gestalt des Kanalisierungsauftrags). Diese Maßnahmen sind erstens inhärent marktbezogen und zweitens mess-, beweis- und kontrollierbar. Sie haben nichts mit dem zu tun, was mindestens ebenso viel Gewicht im Bereich der Glücksspielregulierung besitzt, aber weder marktbezogen noch im engsten Sinne ausrechenbar ist. Im soziokulturellen Raum sind legitime Gründe für regulatorische Entscheidungen angelegt, die zwar schwer bezifferbar und objektivierbar, aber gleichwohl gesellschaftlich höchst relevant sind. Hierbei handelt es sich um gesellschaftliche Bedeutungszuschreibungen, die sich Marktkategorien entziehen.

**104** Dies gilt in besonderem Maße für das an Bedeutungen reich aufgeladene Lotteriespiel. Diese Bedeutungszuschreibungen kristallisieren sich in gesellschaftlichen Werten, Bewertungen, Wirkungen und sozialen Funktionen, die wiederum legitime Gründe im Sinne der Verkehrsfreiheitendogmatik sein können (1.). Um nachzuweisen, dass das Lotteriespiel ein solcher Bereich ist, erfolgt eine „dichte Beschreibung“<sup>127</sup> der sozialen Eingebettetheit des Lotteriespiels mit all ihren Konsequenzen (2.). Die dogmatische Folge ist ein reduzierter Kontrollmaßstab (3.).

## **1. Legitime Gründe**

**105** Soziokulturelle Präferenzen der Mitgliedstaaten stellen auch dann, wenn sie marktfern sind, legitime Gründe für marktbehindernde oder -begrenzende Entscheidungen dar. Trotz der noch nicht differenziert erfolgten Judizierung solcher Gründe besteht eine prinzipielle Offenheit des EuGH hierfür, die auch im eigenen institutionellen Interesse erfolgt. Im Folgenden wird gezeigt, warum diese Kategorie argumentiert werden muss (a.), warum sich die staatlichen und Unionsinstitutionen bislang zurückgehalten haben (b.), warum die Legitimität der Union selbst eine solche Argumentation verlangt (c.) und warum juristische Berührungspunkte unbegründet sind (d.). Der EuGH zeigt sich hierfür – auch und gerade im Glücksspielrecht – längst offen (e.). Gegenargumente greifen nicht durch (f.).

---

<sup>127</sup> Konzept: Geertz, Dichte Beschreibung: Beiträge zum Verstehen kultureller Systeme, 1987.

a) *Die Bedeutung der Kategorie*

**106** Regulatorische Entscheidungen sind mehr als lediglich eine Balance von Handel und Verbraucherschutz. Sie berühren die Art und Weise des Zusammenlebens, sowohl innerhalb als auch außerhalb der Sphäre des Wirtschaftlichen. Ein reglementierter und beschränkter Markt, in dem die Verbraucher nur eingeschränkte Auswahl besitzen (etwa weil das *Cassis de Dijon*-Prinzip nicht angewendet wird), kann einerseits beschrieben werden als handelsbegrenzend, paternalistisch und den Verbraucher einschränkend. Andererseits gelingt es dieser Umschreibung nicht ansatzweise, die gesellschaftlichen Veränderungen und den gewandelten Charakter des kommunalen Zusammenlebens in Worte zu fassen. Es geht nicht allein um das Zusammenspiel von Handel und Konsumentenauswahl, sondern auch um Veränderungen in der Textur sozialer Interaktion. Wenn Medikamente in supermarktähnlichen Ladenketten ohne beschränkte Öffnungszeiten oder im Internet verkauft werden, wandelt sich nicht nur die Auswahlmöglichkeit des Verbrauchers im Medikamentenmarkt, sondern auch das Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer in grundlegender Weise. Wenn dem Konsumenten nun eine Supermarktverkäuferin oder ein Bildschirm statt einer gut ausgebildeten, mit weißem Kittel bekleideten, Stolz auf ihre Ausbildung und Tätigkeit bekundenden, die Beratung zelebrierenden und immer wieder gleichen Apothekerin gegenübersteht, ist zwar die Auswahl in der kleinen Apotheke beschränkt, die zudem zwischen 12:30 und 15:00 Uhr geschlossen ist und um 18:00 Uhr Feierabend macht; dafür ist das Verhältnis ein persönlicheres; es handelt sich um eine kleinteilige und vielleicht vertrauensvolle Beziehung, in der dem Kunden eine Weile ungeteilte Aufmerksamkeit gewidmet wird und das Bedürfnis, mit seinen Beschwerden ein irgendwie einzigartiger Fall zu sein, durch das professionelle Ethos der Apothekerin befriedigt wird.

**107** Damit soll nicht Stellung dahingehend bezogen werden, dass letzteres immer besser als ersteres ist. Das ist nicht der Fall, spielt aber keine Rolle. Worauf es ankommt, ist die Tatsache, dass es um mehr geht als um die möglichen Auswahlentscheidungen der Verbraucher und die Steigerung von Vielfalt und Effizienz. Es geht auch darum, wie sich das Leben anfühlt – entweder eine Fahrt in ein Einkaufszentrum zu einer Ladenkette bzw. ein Klick im Internet, wenn man krank ist, oder ein (vielleicht mühseliger) Gang zu einer kleinen Apotheke, wo man bekannt ist, in seiner ganzen Menschlichkeit vielleicht gesehen und ernst genommen wird. Es gibt zweifellos Bereiche, in denen der größeren Auswahlmöglichkeit Priorität über das Kleinteilige bzw. die hergebrachte Lebensweise zukommen sollte. Wichtig aber ist, dass es sich um Entscheidung darüber handelt, wie man leben möchte, und nicht nur um eine Entscheidung darüber, wie das Verhältnis von Kunde und Ware ausgestaltet ist. Diese Entscheidung involviert nicht nur Ästhetisches, sondern auch die Grenzen des Ökonomischen, in-

dem sie nach Präferenzen und Werten fragt und uns vor die Wahl stellt, wie weit das Wirtschaftliche reichen soll.

**108** Diese Wahl wird durch viele Faktoren beeinflusst, die sich der Quantifizierbarkeit entziehen. Ein beschränkter Wettbewerb mit einem begrenzten Markt durchdringt die Gesellschaft über die konkretisierte Transaktion hinaus; die involvierten Interessen sind diffus, die Effekte indirekt. Gleichwohl ist die Textur einer Gesellschaft keine mystische Angelegenheit, die sich der Analyse entzieht. Begrenzte Märkte beeinflussen sie, indem sie zum einen eine egalitäre Beziehung zwischen den Konsumenten herstellen. Beschränkte Wahl kreiert ein gemeinsames Universum des Erlebbareren, das wiederum soziale Bindungen fördert. Der Konsum des Ähnlichen führt zur Erfahrung des Ähnlichen und damit dazu, dass sich keine Gruppe deshalb ausgeschlossen vorkommen müsste, weil sie an einer bestimmten Welt des Konsums nicht teilnehmen kann. Zum anderen stellen beschränkte Märkte nicht nur eine horizontale Beziehung zwischen den Lebenden, sondern auch eine vertikale Beziehung zwischen der heutigen Gesellschaft und ihrer Geschichte her. Politische Gemeinschaften sind u.a. dadurch integriert, dass sie sich als generationenübergreifende Einheiten betrachten. Die Bande mit der Vergangenheit sind nicht nur, wie akademisch gebildete Eliten glauben, abstrakter Natur, sondern physisch, sinnlich und begreifbar. Traditionen spielen hier eine große Rolle: Eine bestimmte Art, Bier zu brauen<sup>128</sup>, Pasta zu fabrizieren<sup>129</sup> oder Schokolade herzustellen<sup>130</sup> kann tief in der Seele einer staatlichen Gemeinschaft verwurzelt sein und Identität stiften.<sup>131</sup> Wir sind, wer wir sind, nicht nur weil wir gemeinsam bestimmte Vorstellungen von Liberalismus, Freiheit und Gleichheit haben, sondern auch weil wir ein ähnliches Waren- und Dienstleistungsuniversum auf ähnliche Art bewohnen.

**109** Zudem entlastet die Regulierung eines beschränkten Marktes den Verbraucher von bestimmten – zumeist trivialen – Entscheidungen. Die Wahl dieses oder jenes Müslis und dieses oder jenes Krankentransports bindet Zeit und Kräfte; sie Individuen aus der Hand zu nehmen und dem Kollektiv zu überantworten ist ein Geschenk der Gemeinschaft an ihre Mitglieder. Sie setzt Zeit und Kraft frei, sich mit anderen Dingen zu beschäftigen. Auch insoweit handelt es sich um eine Wertentscheidung der politischen Gemeinschaft, die ihr Wohlergehen nicht im Müsli-Sonderangebot, in der kostengünstigeren Lotterieteilnahme oder in ähnlichen Trivialitäten, sondern in anderen

---

<sup>128</sup> Deutschland, vom EuGH beseitigt: Urteil Reinheitsgebot, Rs. 178/84, EU:C:1987:126.

<sup>129</sup> Italien, vom EuGH beseitigt: Urteil 3 Glocken u.a., Rs. 407/85, EU:C:1988:401.

<sup>130</sup> Spanien, vom EuGH beseitigt: Urteil Kommission/Spanien, Rs. C-12/00, EU:C:2003:21.

<sup>131</sup> Zuletzt ausf. *Cross*, *Consumed Nostalgia: Memory in the Age of Fast Capitalism*, 2015. Zuvor etwa *Harris*, *Cute, Quaint, Hungry and Romantic: The Aesthetics of Consumerism*, 2001; *McCracken*, *Culture and Consumption*, 1988. Das ist keine Einbahnstraße; umgekehrt werden historische Ereignisse – auch Katastrophen – in konsumierbaren Kitsch verwandelt, dazu etwa *Sturken*, *Tourists of History: Memory, Kitsch, and Consumerism from Oklahoma to Ground Zero*, 2007.

Dingen sucht, die möglicherweise weniger materialistisch sind.<sup>132</sup> Dies ist eine politische Entscheidung, die jede Gesellschaft – ob bewusst oder unbewusst – regelmäßig trifft und ihren Mitgliedern damit Anreize setzt („nudge“<sup>133</sup>), ihre Energien auf diesen oder jenen Bereich zu konzentrieren. Wer einen vergleichsweise langweiligen Markt einrichtet, auf dem die Möglichkeiten für Innovation und Gewinn beschränkt sind, kanalisiert die Kreativität weg von Konsumdingen mit ihren Begleiterscheinungen Marketing und Werbung, und lenkt sie auf andere Bereiche.<sup>134</sup> Ob diese politische Entscheidung eine gute oder eine schlechte ist, ist eine eigene Frage; wichtig aber ist, dass es eine politische Entscheidung ist, die Staaten treffen und auch treffen sollen.<sup>135</sup>

**110** Damit lassen sich die Eigenschaften der Kategorie, um die es geht, näher definieren. *Erstens* handelt es sich um immaterielle Interessen, bei denen es nicht in erster Linie um Gewinne oder Umverteilung geht. Der Aspekt gesellschaftlicher Gleichheit (oben Rn. 108) ist keine Frage der Umverteilung, denn (auch) die weniger Begüterten müssen in beschränkten Märkten mehr bezahlen. Umgekehrt sind auch die Begüterten in beschränkten Märkten nicht weniger begütert, nur manifestiert sich ihr Reichtum in weniger offenkundiger Weise. Es geht stattdessen um die menschlichen Reaktionen auf die Beschränkung des Marktes, die möglicherweise positive Aspekte besitzt. Diese Reaktion ist in ihrer Art und Güte so gut wie nicht quantifizierbar. Daher fällt es Gerichten auch nicht leicht, sie in der Abwägung zu berücksichtigen und mit einem spezifischen rechtlichen Gewicht zu versehen. Dies allerdings darf nicht bedeuten, dass sie keine Rolle spielen dürfen; das Gegenteil dürfte der Fall sein in Anbetracht der gesellschaftlichen Wichtigkeit dieser Interessen.

**111** *Zweitens* handelt es sich um Interessen, die über die individuelle ökonomische Transaktion hinausreichen. Sie beziehen sich auf die Konsequenzen des Wirtschaftlichen auf die gesamte Gesellschaft: Was wie gekauft und verkauft werden kann, betrifft nicht nur die unmittelbar am Geschäft Beteiligten, sondern alle. Dieser Gedanke der Verbindung zwischen den Mitgliedern einer politischen Gemeinschaft, in der sich die Entscheidungen, der Status, der Reichtum und die Freiheit des Einen auf alle Anderen auswirkt, widerspricht der reduktiven Annahme, dass individuelle Wohlfahrt isoliert

---

<sup>132</sup> *Whitman*, Consumerism versus Producerism: A Study in Comparative Law, Yale Law Journal 117 (2007), 340.

<sup>133</sup> Konzept popularisiert von *Thaler/Sunstein*, Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness, 2009; *Sunstein*, Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism, 2015.

<sup>134</sup> Eine kategorial andere Frage ist, ob dort, wo der Markt bereits in voller Kompetitivität eingerichtet ist, faire Regeln existieren, die dem Verbraucher ausreichende Informationen für eine fundierte Entscheidung zur Verfügung stellen und ihn in seiner Verbrauchereigenschaft auch ernst nehmen. Dies soll selbstverständliches Ziel von Markthandeln sein, vgl. in st. Rspr. EuGH, Urteil Pippig Augenoptik, Rs. C-44/01, EU:C:2003:205, Rz. 55. Hier geht es demgegenüber um die Frage, ob und wie weit der Markt als solcher beschränkt werden soll, also eine vorgelagerte Frage, die nach einer politischen statt einer ökonomischen Entscheidung verlangt – ein Ob statt eines Wie.

<sup>135</sup> *Streeck*, German Capitalism: Does It Exist? Can It Survive?, New Political Economy 2 (1997), 237.



und isolierbar von der Gemeinschaft ist, in der der Einzelne lebt.<sup>136</sup> Darüber hinaus widerspricht er der gleichfalls reduktiven Annahme, dass die Maximierung von Wahlmöglichkeiten in ausnahmslos allen Kontexten vorteilhaft und wünschenswert ist. Das ist – aufgrund der sozialen Dimension des Marktes – keineswegs immer der Fall.

**112** *Drittens* schließlich handelt es sich bei der Entscheidung, wirtschaftliche Freiheit zu beschränken, um einen Aspekt kollektiver Identität. Eine Gemeinschaft, die eine solche Entscheidung trifft, definiert sich selbst auf eine bestimmte Weise. Die Beschränkung gibt dem wirtschaftlichen (und manchmal nicht-wirtschaftlichen) Leben der Gemeinschaft eine bestimmte Form und Richtung, die sich von anderen Gemeinschaften unterscheiden. Es kommt gar nicht darauf an, was genau vom Markt ausgeschlossen ist, im Gegenteil: Gerade die pfadabhängige Willkür des Ausschlusses ist ein Vektor lokal angesiedelter Kontrolle und Freiheit, die in ihrer Autonomie identitätsstiftend sind.

#### b) *Die Legitimationskraft der Kategorie*

**113** Die Vorteile dieser Kategorie beschränken sich nicht einseitig auf mitgliedstaatliche Interessen. Vielmehr profitiert vor allen anderen die Europäische Union selbst mit ihren Institutionen von einer stärkeren Judizierung der mitgliedstaatlichen soziokulturellen Präferenzen.

**114** Im Hinblick auf die Europäische Union gerät auf diese Weise nämlich eine Diskussion erneut in den Blick, die seit Jahren sowohl die Literatur als auch die Gesellschaft beschäftigt und bei der es um den Graben zwischen dem Wirtschaftlichen und dem Sozialen in der Union geht.<sup>137</sup> Die Diskussion wurzelt im Streit darüber, was das Ökonomische eigentlich genau ist und wie sie in gesellschaftliche Beziehungen eingebettet ist. Wissenschaftlich ist dies eine philosophische<sup>138</sup>, soziologische<sup>139</sup> und wirt-

---

<sup>136</sup> Kritik etwa bei *Beckert*, Grenzen des Marktes: Die sozialen Grundlagen wirtschaftlicher Effizienz, 1997.

<sup>137</sup> Aus der Literatur statt vieler *Majone*, Rethinking the Union of Europe Post-Crisis: Has Integration Gone Too Far?, 2014; *Moravcsik*, Reassessing Legitimacy in the European Union, *Journal of Common Market Studies* 40 (2002), 603; *Dani*, Rehabilitating Social Conflicts in European Union Public Law, *European Law Journal* 18 (2012), 621; *Haltern*, Pathos and Patina: The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination, *European Law Journal* 9 (2003), 14.

<sup>138</sup> *Bourdieu*, Les structures sociales de l'économie, 2000; *Boltanski/Thévenot*, De la justification: Les économies de la grandeur, 1991; *Offe*, The European Model of "Social" Capitalism: Can It Survive European Integration?, *Journal of Political Philosophy* 11 (2003), 437. Klassisch *Polanyi*, The Great Transformation, 1944.

<sup>139</sup> *Streeck*, Beneficial Constraints: On the Economic Limits of Rational Voluntarism, in: *Hollingsworth/Boyer* (Hrsg.), Contemporary Capitalism: The Embeddedness of Institutions, 1997, 197 ff.; *Picchieri*, Social Cohesion and Economic Competitiveness: Tools for Analysing the European Model, *European Journal of Social Theory* 16 (2013), 85.

schaftliche<sup>140</sup> Debatte. Gesellschaftlich ist dies der hartnäckige Zweifel an der sozialen Legitimation der Union.<sup>141</sup> Juristisch übersetzt sich diese Diskussion nahtlos in die mit harten Bandagen geführte Kompetenzdebatte. Wenn die Union ein Wesen mit begrenzten, ganz überwiegend wirtschaftlich relevanten Einzelkompetenzen ist und der harte Kern der Sozialpolitik bei den Mitgliedstaaten verblieben ist, ergibt sich eine Unschärferelation daraus, dass wirtschaftliche Tätigkeit über die an der Transaktion unmittelbar Beteiligten hinausgeht, alle betrifft und tiefe soziale Spuren hinterlässt. Das ist ein Thema, an dem sich nicht nur die Gesellschafts- und Geisteswissenschaftler, sondern auch die Juristen abarbeiten. Es war das Bundesverfassungsgericht, das die Notwendigkeit eines mitgliedstaatlichen Spielraumes für sozioökonomische Entscheidungszusammenhänge betonte, indem es in der *Lissabon-Entscheidung* urteilte:

„[249] Die europäische Vereinigung auf der Grundlage einer Vertragsunion souveräner Staaten darf allerdings nicht so verwirklicht werden, dass in den Mitgliedstaaten kein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse mehr bleibt. Dies gilt insbesondere für Sachbereiche, die die Lebensumstände der Bürger, vor allem ihren von den Grundrechten geschützten privaten Raum der Eigenverantwortung und der persönlichen und sozialen Sicherheit prägen, sowie für solche politische Entscheidungen, die in besonderer Weise auf kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse angewiesen sind, und die sich im parteipolitisch und parlamentarisch organisierten Raum einer politischen Öffentlichkeit diskursiv entfalten...“<sup>142</sup>

**115** Bereits seit der *Maastricht-Entscheidung* des Bundesverfassungsgerichts<sup>143</sup> ist die Kompetenzfrage in der Union ein heißes Eisen, das an rechtlicher und politischer Sensibilität kaum zu überbieten ist. Der EuGH hat sich mit wenigen Ausnahmen nicht als überzeugender Hüter der Kompetenzaufteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten gezeigt; das Subsidiaritätsprinzip ist von ihm kaum nachhaltig judiziert worden. Auch im Bereich der Grundfreiheiten zeichnet sich seine Rechtsprechung durch eine merkwürdige Dünnhheit aus. Es gibt durchaus einige Fälle, in denen es den Mitgliedstaaten gelungen ist, den Verkehrsfreiheiten nationale Werte entgegenzusetzen. Sie sind aber dadurch gekennzeichnet, dass die Bedrohungen regelmäßig konkreter Natur waren und eng mit ganz bestimmten Waren oder Transaktionen zusammenhängen, etwa in den Bereichen Pornographie oder der Nutzung von Adelstiteln.<sup>144</sup> Konkretheit, Bezifferbarkeit und unmittelbare, statistisch nachweisbare Bedrohungssituationen sind freilich nicht gleichbedeutend mit der Anerkennung des mitgliedstaatlichen Wunsches, Wahlmöglichkeiten als solche zu beschränken, etwa aus dem Grund,

---

<sup>140</sup> Becker, *Social Economics: Market Behavior in a Social Environment*, 2003.

<sup>141</sup> Haltern, *Europarecht und das Politische* (Fn. 95).

<sup>142</sup> BVerfGE 123, 267 Rz. 249.

<sup>143</sup> BVerfGE 89, 155.

<sup>144</sup> Urteil Henn und Darby, Rs. C-34/79, EU:C:1979:295; Urteil Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH, Rs. C-36/02, EU:C:2004:614; Urteil Sayn Wittgenstein, Rs. C-208/09, EU:C:2010:806 .

dass mit den betroffenen Waren oder Dienstleistungen nicht als solches etwas falsch wäre, sondern weil dies Gegenstand einer politischen, auf das Gesellschaftliche mit seinen Aspekten der Historizität, Identität und Freiheit (vgl. Rn. 191) bezogenen Entscheidung wäre. Überwiegend verbleibt der EuGH in der Konkretheit und Bezifferbarkeit mit der Folge, dass die meisten der in der Abwägung berücksichtigten Interessen solche sind, die innerhalb, nicht außerhalb der unmittelbaren ökonomischen Transaktion eine Rolle spielen und damit der größere, aber nicht weniger wichtige gesellschaftliche Zusammenhang nur subkutan zum Tragen kommt. Im Ergebnis liest man die Entscheidungen häufig mit einem Anflug Staunen, denn sie tragen eine gewisse Irrealität in sich<sup>145</sup>: Das Wesentliche fehlt. Gesetze, die hunderte von Jahren auf dem Buckel haben und einen entsprechenden Anteil an kultureller und gesellschaftlicher Relevanz bis hin zur Identitätsstiftung mit sich herumschleppen, werden rein wirtschaftlich analysiert und durch Labelling-Lösungen so behandelt wie Regulierungen, die keines dieser Attribute besitzen und reine technische Unannehmlichkeiten darstellen. Das deutsche Reinheitsgebot<sup>146</sup> ist zweifellos nicht das gleiche wie eine Butterverpackungsregulierung. Erst recht gilt das für das deutsche Lotterierecht.

### c) Die Widerständigkeit der Kategorie

**116** Soziokulturelle Präferenzen, die in ein Spannungsverhältnis zu Markterwägungen treten und nicht in Marktunvollkommenheiten umdefiniert werden können, finden nicht allzu oft ausdrückliche Aufnahme in gerichtliche Argumentationen. Die bisherige Zurückhaltung des EuGH in diesem Bereich hat identifizierbare Gründe. Hierzu gehört *erstens* die Tatsache, dass die Mitgliedstaaten die entsprechenden Argumente nicht vortragen (aa); *zweitens* die dogmatische Prüfungsstruktur des EuGH, der eine Unwucht im Bereich der Zweckargumentation zulässt (bb); *drittens* die zugrundeliegende „praktische Konkordanz“, die vermählt statt zu gewichten und integriert statt die Integration zu begrenzen (cc); und *viertens* die Folgen einer gelingenden mitgliedstaatlichen Rechtfertigung, die der Kommission eine Harmonisierungskompetenz zu spielt (dd).

**117** Der Zurückhaltung *nicht* zugrunde liegt zum einen der Gedanke, dass Unbezifferbares nicht Gegenstand von gerichtlichen Entscheidungen sein kann, da sonst eine Wischwaschi-Rechtsprechung erfolgte. In vielen Bereichen vom Schadensersatz- zum Strafrecht sehen sich Gerichte dazu gezwungen, das nicht Messbare menschlicher Existenz

---

<sup>145</sup> Davies, Internal Market Adjudication and the Quality of Life in Europe, EUI Working Papers, LAW 2014/07, [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/31951/LAW\\_%202014\\_%2007\\_%20Gareth\\_%20Davies.pdf?sequence=1](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/31951/LAW_%202014_%2007_%20Gareth_%20Davies.pdf?sequence=1), S. 14.

<sup>146</sup> Urteil Reinheitsgebot, Rs. 178/84, EU:C:1987:126. Damit ist kein Werturteil hinsichtlich der Richtigkeit des Urteils verbunden. In der Tat dürfte es sich beim Reinheitsgebot um eine Diskriminierung mit protektionistischem Hintergrund gehandelt haben, da es (auch) um Zusatzstoffe ging, die die Haltbarkeit und damit den Transport von Bier ermöglichten. Vgl. nur *Haltern*, Europarecht (Fn. 55), Rz. 1621.

zu judizieren, und auch der EuGH hat in seiner Bürgerschaftsrechtsprechung weithin nebulöse Werteargumente in prägnante Aussagen verarbeitet.<sup>147</sup> An den Schwierigkeiten dieser Aufgabe scheitert es also nicht.

118 Zum anderen ist ebensowenig plausibel, dass der EuGH absichtlich gesamtgesellschaftliche Interessen in seiner Rechtsprechung marginalisiert. Rechtsprechung – auch die des EuGH – ist reaktiv und von den Zufällen der Klagen und der vorgetragenen Argumente abhängig. Richter sprechen nicht von selbst, sondern antworten nur auf die ihnen gestellten Fragen. Diese Fragen waren bislang nicht so formuliert, dass der EuGH die entsprechenden Antworten geben konnte. Werden sie anders formuliert, wird der EuGH entsprechend reagieren. Offen zeigt er sich gerade im Bereich der Glücksspielregulierung (dazu Rn. 141 ff.).

aa) Mitgliedstaaten tragen die Interessen nicht vor

119 Den Mitgliedstaaten ist es bislang nicht gelungen, ihre soziokulturellen Bedeutungszuschreibungen und deren Folgen in Luxemburg angemessen zu erklären. Sie haben sich fast ausschließlich auf messbare, bezifferbare und vergleichbare Policy-Argumente gestützt, also auf Erwägungen der Sucht- und Kriminalitätsbekämpfung. Der Grund hierfür ist nicht offenkundig; vermuten aber lässt sich, dass es Juristen generell schwer fällt, die soziokulturelle Dimension angemessen zu formulieren. Policy-Argumente, Indizes, Statistiken und die Operationalisierung konkreter politischer Staatsaufgaben sind hingegen ein Bereich, der eine größere Nähe zum Juristischen und damit eine beruhigende diskursive Familiarität aufweist.<sup>148</sup> Eben dies wird auch in der Literatur so wahrgenommen:

„Gambling is an example of a policy area where many concerns meet and the difficulty in finding just the right approach is manifest. Restrictions often serve, to some extent, subtle social, cultural and policy goals. ... Yet Member States have not shown themselves to be good at explaining such things, and before the Court of Justice tend to focus on the more measura-

---

<sup>147</sup> Statt vieler *Haltern*, Das Janusgesicht der Unionsbürgerschaft, in: Schweizerische Zeitschrift für Politikwissenschaft/Revue suisse de science politique/Swiss Political Science Review 11 (2005), 87; *ders.*, The Dawn of the Political: Rethinking the Meaning of Law in European Integration, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht/Revue Suisse de droit international et européen 14 (2004), 585.

<sup>148</sup> Hierfür sprechen auch die Reaktionen mancher Mitgliedstaaten auf die Rechtsprechung des EuGH. Um ihre staatlichen Monopole „unionsrechtssicher“ zu gestalten, haben etwa Schweden und Finnland sich mit Verve dem Problem des pathologischen und problematischen Spielens zugewandt. Vgl. *Cisneros Örnberg/Tammi*, Gambling Problems as a Political Framing: Safeguarding the Monopolies in Finland and Sweden, Journal of Gambling Issues 26 (2011), 110 ff.

ble and objective goals, such as the prevention of fraud and crime, perhaps feeling on safer legal ground with such issues.”<sup>149</sup>

**120** Glücksspielrecht steht in dieser Hinsicht keineswegs allein. Vielmehr lässt sich unionsrechtlich allgemein feststellen, dass – soweit sich dies aus den Schlussanträgen der Generalanwälte und den Entscheidungen des EuGH ergibt – die Mitgliedstaaten so gut wie nie die in einem weiten Sinne verstandenen sozialen Konsequenzen von Wirtschaftsregulierung und -deregulierung argumentieren:

„They are silent on what a rule may mean for quality of life or social cohesion or the texture of public life. To some extent this may be because governments, and in particular the lawyers and civil servants responsible for managing cases going to the Court of Justice are not used to seeing measures in this light, and feel uncomfortable with formulating such arguments on their own initiative, making claims about the role of a measure which are outside of their own expertise, essentially political. Who is to say how important a product standard is to society? Not a government lawyer. It is far easier and safer to formulate a case on the basis of demonstrable and concrete externalities. Yet these reasons are not the whole story: anecdotal evidence suggests that lawyers and governments do, in private, see many of the rules in question in terms of their cultural and social significance, but are reluctant to foreground these arguments for fear that they will not be taken seriously, or even that they will undermine other, more concrete arguments. As a result, the concrete is often made the basis of the defense, even when this is remarkably implausible...”<sup>150</sup>

**121** Dadurch entsteht ein Argumentationsdefizit, das sich umweglos in ein Entscheidungsdefizit übersetzt. Schweigen die Mitgliedstaaten über kaum messbare Dinge wie gesellschaftliche Integration, Zugehörigkeitsgefühl und soziale Legitimation, kann auch der EuGH nicht angemessen Stellung nehmen. Die juristische Pointe der mitgliedstaatlichen Argumentation liegt nämlich darin, dass sie auf wissenschaftlichen Fakten beruht, die dem Beweis zugänglich sind. Auch Gerichte sind hier auf sicherem Terrain. Sachverhalte aufklären, Beweise erheben und Rechtfertigungsargumente auf Faktenbasis kritisch überprüfen, sind das tägliche Brot jedes Gerichts. Der EuGH, der – wie jeder, der die hohen Umsätze auf den Glücksspielmärkten studiert<sup>151</sup> – denjenigen Mitgliedstaaten, die Teile des Glücksspielmarktes staatsmonopolartig organisieren und die erheblichen Gewinne<sup>152</sup> unter Ausschluss von Wettbewerbern einnehmen, jedenfalls keinen automatischen Vertrauensvorschuss entgegenbringt,

---

<sup>149</sup> *Chalmers/Davies/Monti*, European Union Law, 3rd ed. 2014, S. 918.

<sup>150</sup> *Davies*, Internal Market Adjudication (Fn. 145), S. 16.

<sup>151</sup> Die Umsätze auf dem legalen deutschen Glücksspielmarkt betragen im Jahr 2012 33,43 Mrd. Euro. Daten bei *Meyer*, Glücksspiel – Zahlen und Fakten, in: Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen e.V. (Hrsg.), Jahrbuch Sucht 2014, 2014, S. 124 ff. (124).

<sup>152</sup> Die glücksspielbezogenen Einnahmen des Staates sind rückläufig, doch noch immer hoch. Im Jahr 2012 betragen sie 2,846 Mrd. Euro (minus 5,6%). Daten bei *Meyer*, Glücksspiel (Fn. 151), 124.

sieht sich durch das Schweigen der Mitgliedstaaten in seiner kritischen Haltung gerechtfertigt, die die Logik der mitgliedstaatlichen Abwehrbewegungen durch die genaue Prüfung der messbaren Parameter hinterfragt und gegebenenfalls verwirft. Eben dies steckt hinter der Postulierung von „Darlegungspflichten“ der Mitgliedstaaten, welche sich auf „Untersuchungen“ stützen müssen.<sup>153</sup> Auf diese Weise ist bisher eine Rechtsprechung entstanden, in der der EuGH den Mitgliedstaaten ein großes Maß an Beurteilungs- und Ermessensspielraum zuerkannt hat, in seinen Urteilen aber den Mitgliedstaaten gefolgt ist und eine recht strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen hat.<sup>154</sup>

#### bb) Die Unwucht in der Zwecke-Rechtsprechung des EuGH

**122** Hinzu tritt ein dogmatisches Problem. In seiner Rechtsprechung zur Rechtfertigung der Beschränkung von Grundfreiheiten stellt der EuGH auf die angeblichen Zwecke und Ziele der mitgliedstaatlichen Regulierungen ab. Diese müssen ein legitimes Ziel besitzen und dieses in verhältnismäßiger Weise verfolgen.<sup>155</sup> Die Interessen, um die es an dieser Stelle aber geht, lassen sich kaum als Ziele oder Zwecke beschreiben, die der Gesetzgeber mit einer nationalen Maßnahme ausdrücklich erreichen will. Es handelt sich mehr um Konsequenzen als um Zwecke des Rechts, eher Folgen zweiter Ordnung als das, was durch die Regulierung unmittelbar angezielt wird. Dementsprechend lassen sie sich auch kaum in der Präambel des Gesetzes, in einem mit „Ziele“ überschriebenen Artikel oder in der Gesetzesbegründung finden. Ziele und Zwecke deuten wiederum auf das Bezifferbare und Konkrete, also auf das, was der Regulator im Hinblick auf das ihm vorliegende verwaltungsrechtliche Problem im Sinn hatte, nicht aber auf das, was die subtilen, komplexen, in langen kulturellen und sozialen Wirkungsketten anfallenden Effekte der Regelung bewirkt.<sup>156</sup>

**123** Hinzu kommt, dass die Zwecke der mitgliedstaatlichen Regulierung – wenn ihnen überhaupt ein einheitlicher Zweck zugeschrieben werden kann, da es sich eher selten um Expertenrechtsetzung, sondern um politische Prozesse mit entsprechenden Kompromissen handelt – so entscheidend gar nicht sind. Entscheidend sind eher die Folgen der Regulierung. Interessanterweise erkennt dies auch der EuGH. Der große

---

<sup>153</sup> Vgl. etwa *Jarass*, EU-rechtliche Probleme (Fn. 98), S. 37; *Schenke*, Online-Casinospiele: Rien ne va plus?, ZfWG 2015, 170 (175). Vgl. etwa Urteil Kommission/Österreich, Rs. C-28/09, EU:C:2011:854 Rz. 140.

<sup>154</sup> Urteil *Läärä* u.a., Rs. C-124/97, EU:C:1999:435; Urteil *Gambelli* u.a., Rs. C-243/01, EU:C:2003:597; Urteil *Carmen Media*, Rs. C-46/08; Urteil *Placanica*, verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04; Urteil *Ladbroke's Betting & Gaming und Ladbroke's International*, Rs. C-258/08, EU:C:2010:308; Urteil *Stoß*, Rs. C-316/07, EU:C:2010:504; Urteil *Stanleybet International* u.a., Rs. C-186/11, EU:C:2013:33; Urteil *Liga Portuguesa de Futebol Profissional und Bwin International*, Rs. C-42/07, EU:C:2009:519.

<sup>155</sup> Statt vieler Urteil *Liga Portuguesa*, Rs. C-42/07, EU:C:2009:519, Rz. 59.

<sup>156</sup> *Davies*, Democracy and Legitimacy in the Shadow of Purposive Competence, *European Law Journal* 21 (2015), 2.

Durchbruch bei der Frage, ob die Verkehrsfreiheiten berührt sind, war die Rechtsprechung des EuGH dahingehend, dass es nicht auf die Zwecke der mitgliedstaatlichen Norm, sondern auf deren Wirkung ankommt. Seit der Rs. *Dassonville* ist dies gefestigte Rechtsprechung:

„[5] Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen.“<sup>157</sup>

**124** Nach dieser Definition der Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung eröffnet jede Eignung zur tatsächlichen oder potentiellen, unmittelbaren oder mittelbaren Behinderung den Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV. Zwecke und Motive spielen keine Rolle, allein die handelsbeschränkende Wirkung zählt. Dies hatte der EuGH im Hinblick auf Art. 28, 30 AEUV bereits einige Jahre zuvor ausdrücklich festgestellt:

„[6/7] ... Aus diesem ganzen System [der Warenverkehrsfreiheit], aus seinen Zielen sowie aus der Allgemeinheit und Absolutheit des Verbots aller Zölle im Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten ist zu entnehmen, daß das Verbot der Zölle unabhängig von dem Zweck, zu dem diese geschaffen wurden, sowie vom Verwendungszweck der durch sie bewirkten Einnahmen gilt.“<sup>158</sup>

**125** Diese Entscheidung gilt im Bereich aller Grundfreiheiten, selbstverständlich auch in der Dienstleistungsfreiheit. Sie ist bis heute geltendes Recht und wurde sogar noch auf indirekte Wirkungen ausgeweitet:

„[26] Auch wenn die fragliche nationale Regelung weder bezwecken noch bewirken sollte, Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln, was das vorlegende Gericht prüfen muss, kann die Beschränkung der Verwendung eines Erzeugnisses, die sie im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats auferlegt, je nach ihrer Tragweite erheblichen Einfluss auf das Verhalten der Verbraucher haben, das sich wiederum auf den Zugang des Erzeugnisses zum Markt des Mitgliedstaats auswirken kann...“<sup>159</sup>

**126** Diese Privilegierung von Wirkung vor Zweck stärkt nicht nur die Normativität der Grundfreiheit, sondern erkennt auch an, dass der Gesetzgeber keine in Zeit und Raum suspendierte, allwissende und immer gleich funktionierende Größe ist, sondern ein in konkreten Sachproblemen gefangener, zu bestimmter Zeit mit beschränktem Wissen handelnder Akteur. Dementsprechend sind auch seine Produkte eingebettet in einen Rahmen der Begrenzung von Zeit, Raum und Wissen. Das Recht, das der Gesetzgeber setzt, gehört ihm nicht: Er ist nicht sein Eigentümer, sondern eher

---

<sup>157</sup> Urteil *Dassonville*, Rs. 8/74, EU:C:1974:82, Rz. 5.

<sup>158</sup> Urteil *Statistikgebühr*, Rs. 24/68, EU:C:1969:29, Rz. 6/7.

<sup>159</sup> Urteil *Mickelsson und Roos*, Rs. C-142/05, EU:C:2009:336, Rz. 26 ff.

sein Elternteil. Er kreierte das Recht, formt es und setzt es dann frei. In seine Freiheit entlassen, vermag das Recht Wirkungen zu zeitigen, die keiner vorhergesehen hat.<sup>160</sup>

**127** Genau diese Wirkungen aber, die in ihrer Komplexität und gesellschaftlichen Relevanz von kaum zu überschätzender Wichtigkeit sind und auf die der EuGH bei der Definition dessen, was ein Handelshemmnis ist, allergrößten Wert legt, werden in der Fokussierung auf Ziele und Zwecke invisibilisiert. Was der EuGH sich also zum Vorteil des Integrationsfortschritts zunutze macht – gesellschaftliche Konsequenzen einer Regelung unabhängig von ihrem Zweck –, verweigert er den Mitgliedstaaten, die sich auf genau dieselben Zusammenhänge berufen möchten, um ihre (nicht dem Integrationsfortschritt, sondern ihrer eigenen gesellschaftlichen Kohäsion dienenden) Vorschriften zu rechtfertigen. Das ist eine Unwucht, die weder theoretisch noch praktisch Sinn ergibt.

#### cc) Praktische Konkordanz

**128** Die Verhältnismäßigkeitsprüfung, die der EuGH anstellt, hat nicht nur das Problem, dass die von den Mitgliedstaaten vortragbaren legitimen Ziele beschränkt und die Rechtfertigung im Vergleich zur integrationsfördernden Handelshemmnis-Definition eingehengt ist, sondern ist zudem dadurch auffällig, dass sie eine wirkliche Gewichtung der in Rede stehenden Interessen weitgehend vermeidet. Wenn die Mitgliedstaaten – was zumeist geschieht<sup>161</sup> – verlieren, weicht der EuGH regelmäßig einer Formulierung aus, die die Interessen der Mitgliedstaaten als legitim anerkennt, ihr Unterliegen aber als den Preis der Verkehrsfreiheit formuliert. Stattdessen befleißigt sich der EuGH einer Rhetorik der Versöhnung: Die mitgliedstaatlichen Interessen sind legitim und würden obsiegen, wären die Mitgliedstaaten bei der Verfolgung ihrer Ziele nur nicht zu weit gegangen und über das Ziel hinausgeschossen. Eine richtige „Balance“ hätte es, so regelmäßig das Ergebnis, ermöglicht, *beides* zu haben, die Umsetzung des eigenen Regulierungsziels *und* die Verkehrsfreiheit.<sup>162</sup>

**129** Es gibt Fälle, in denen die Mitgliedstaaten gesellschaftliche Konsequenzen und historisch gewachsene Traditionen vortragen und damit nicht ignoriert werden können. Ein Beispiel sind die Sonntagsverkaufsverbots-Fälle, in denen die wenig quantifizierbaren, genuin politischen Wirkungen deutliches Gewicht besaßen. Interessanterweise hat der EuGH hier diesen Interessen, die klar über die an möglichen ökonomischen Transaktionen Beteiligten hinausgingen, echten Vorrang gewährt.<sup>163</sup> Freilich

---

<sup>160</sup> Davies, Internal Market Adjudication (Fn. 145), S. 18; ders., Democracy and Legitimacy (Fn. 156).

<sup>161</sup> Das gilt insbesondere für das Vertragsverletzungsverfahren; Daten bei Haltern, Europarecht (Fn. 55), Rz. 322.

<sup>162</sup> Im Warenverkehrsbereich ist dies besonders deutlich.

<sup>163</sup> Urteil Stoke on Trent and Norwich City Council/B & Q, Rs. C-169/91, EU:C:1992:519; Urteil Torfaen Borough Council/B & Q PLC, Rs. 145/88, EU:C:1989:593.



hat er kurz danach exakt diese Fallgruppe ganz aus dem Anwendungsbereich der Verkehrsfreiheiten herausgenommen, indem er in der Rs. *Keck* „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ aus dem Radius der Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen ausschied.<sup>164</sup>

**130** Andere Beispiele sind die Rs. *Carpenter*, *Schmidberger*, *Viking* und *Laval*. In *Carpenter* nahm der EuGH ebenfalls eine echte Gewichtung von Familienrechten der Unionsbürger, nationaler Einwanderungspolitik und Verkehrsfreiheit vor<sup>165</sup>; später rekonstruierte er die Rechteseite anders und brauchte nicht länger zu gewichten.<sup>166</sup> In *Schmidberger* war er zur Gewichtung gezwungen, weil das demokratische Versammlungsrecht unmöglich als illegitimes Gut verworfen werden konnte, aber auch keinen Freibrief für eine Aushebelung der Grundfreiheiten liefern durfte, so dass es zu einem Geben und Nehmen auf beiden Seiten kommen musste.<sup>167</sup> In *Viking* und *Laval* sind die gesellschaftlichen Interessen – die legitimen Ziele des Schutzes von Arbeitern durch die Gewerkschaften – deutlich und ließen eine Gewichtung erwarten. Der EuGH tritt dieser auch näher, weicht ihr aber letztlich doch aus und urteilt nicht, man müsse Abstriche am gewerkschaftlichen Schutz machen. Vielmehr entscheidet er, die gewerkschaftlichen Maßnahmen erreichten nicht den Standard, der an legitime gewerkschaftliche Schutzmaßnahmen anzustellen sei, da sie diskriminierend oder willkürlich seien; damit fallen sie dann doch als Gegengewichte aus und es kommt nicht zu einem echten Konflikt.<sup>168</sup>

**131** Sogar in diesen Fällen – die deutliche gesellschaftliche Interessen involvieren (wenn auch selten diffuser Natur) und die alle wissenschaftlich und gesellschaftlich intensiv und kontrovers diskutiert wurden – tendiert die Rechtsprechung dazu, Ausgleich statt Gewichtung und Versöhnung statt Balance vorzunehmen. Das freilich wird schwieriger, wenn die gesellschaftlichen Interessen und Wirkungen diffuser Natur sind. Dies hängt damit zusammen, dass die mitgliedstaatliche Regulierung gerade in der kollektiv ausgeübten Autonomie wurzelt – um diese geht es (vgl. oben Rn. 100, 102), so dass gerichtliche Entscheidungen, die die Mitgliedstaaten zu einer anderen Regulierung zwingen, gerade Angriffe auf eben diese Autonomie sind.<sup>169</sup> Die Judizierung diffuser gesellschaftlicher Interessen würde daher eine Rechtsprechung nach sich ziehen, die die Spannung zwischen Verkehrsfreiheit und nationalem Interesse nicht kleinredet oder fortargumentiert, sondern sich ihr stellt und dann gewichtet: Manchmal kann man eben den Pudding nicht essen und gleichzeitig behalten, sondern zahlt einen Preis für seine Entscheidung. Eine solche Struktur der gerichtlichen

---

<sup>164</sup> Urteil *Keck* und *Mithouard*, verb. Rs. C-267 und C-268/92, EU:C:1993:905.

<sup>165</sup> Urteil *Carpenter*, Rs. C-60/00, EU:C:2002:434.

<sup>166</sup> Urteil *S. und G.*, Rs. C-457/12, EU:C:2014:136.

<sup>167</sup> Urteil *Schmidberger*, Rs. C-112/00, EU:C:2003:333.

<sup>168</sup> Urteil *The International Transport Workers' Federation und The Finnish Seamen's Union*, Rs. C-438/05, EU:C:2007:772; Urteil *Laval un Partneri*, Rs. C-341/05, EU:C:2007:809.

<sup>169</sup> *Davies*, *Internal Market Adjudication* (Fn. 145), S. 21.

Abwägung wäre deutlich konfliktgeneigter. Aber damit würde sich rechtlich nur das widerspiegeln, was gesellschaftlich und wissenschaftlich ohnehin der Fall ist. Für das Recht wäre es kein Nachteil, Anschluss an die Realität zu suchen und zu halten, statt durch die Rundungen aller Ecken und den Ausschluss mancher, eventuell der entscheidenden, Argumente eine Harmonie vorzuschützen, die unreal ist (vgl. Rn. 115).

dd) Politische Einbahnstraßen durch Forumwechsel

**132** Die gerichtliche Einbeziehung soziokultureller Belange, welche komplexe und diffuse, gleichwohl enorm wichtige gesellschaftlicher Interessen spiegeln, würde auch eine Logik beeinflussen, unter der das judikative und das politische System der Union bislang – mit durchaus problematischen Konsequenzen – verkoppelt waren. Wenn die Mitgliedstaaten in einem Grundfreiheitenfall dadurch reüssieren, dass sie ihre Regulierung unter einer Ausnahmvorschrift oder den „zwingenden Erfordernissen“ rechtfertigen können, wird dadurch die Harmonisierungskompetenz der Union unter Art. 114 f. AEUV ausgelöst. Denn mit der Einschlägigkeit der Grundfreiheit wurde die Regulierung als marktfragmentierendes Handelshemmnis festgestellt, das aufgrund der gelingenden Rechtfertigung bestehen bleibt: Dies ist der Tatbestand der Harmonisierung.<sup>170</sup> Jeder Sieg der Mitgliedstaaten im Gerichtssaal ist also im Ansatz nur ein Pyrrhus-Sieg auf Zeit, der der Kommission die Macht gibt, durch harmonisierende Maßnahmen sogar noch eine integrationsfestere und -förderndere Stufe zu betreten als die Grundfreiheiten.<sup>171</sup> Die Anerkennung und Respektierung nationaler Interessen in Luxemburg führt m.a.W. lediglich dahin, dass es sich nun um eine genuin Brüsseler Angelegenheit handelt<sup>172</sup>; der Binnenmarkt nimmt keine Abstriche hin, sondern wird nun nur in anderer Weise, durch ein anderes Forum, weiter gestärkt.

**133** Diese Logik, die in Anbetracht des sensiblen Kompetenzthemas im Grunde eine konstitutionelle Katastrophe für die Union ist, wird dann aufgebrochen, wenn komplexe und diffuse gesellschaftliche Interessen gerichtlich durchjudiziert werden. Ein einfacher Forumwechsel ist dann nicht mehr möglich, da es im Kern um die Autonomie der Mitgliedstaaten geht (oben Rn. 100 ff., 112). Ist die Entscheidung, wie gerade dargelegt (oben, Rn. 131), dass der Binnenmarkt Abstriche hinnehmen muss, weil das mitgliedstaatliche Interesse überwiegt, und dass es sich damit um eine anzuerken-

---

<sup>170</sup> Ausf. *Haltern*, Europarecht (Fn. 55), Rz. 1591 f., 1673 ff.

<sup>171</sup> Dies jedenfalls gilt für die rechtliche Organisationsseite. Dass das Verbraucherverhalten davon weniger als zu erwarten gelenkt wird, zeigen *Thommes/Faure/Heine*, *The Internal Market and the Consumer: What Consumers Actually Choose*, *Columbia Journal of European Law* 21 (2014), 47.

<sup>172</sup> Es ist kein Gegenargument, dass die Kommission den Rat, also die Mitgliedstaaten, zur Harmonisierung benötigt; seit der Einheitlichen Europäischen Akte 1986/87 funktioniert Harmonisierung im Modus der qualifizierten Mehrheit mit der Folge, dass die Kommission über außerordentliches Droh- und Druckpotential gegenüber den Mitgliedstaaten verfügt (zu den ungeschriebenen institutionellen Prozessen vgl. nur *Haltern*, Europarecht (Fn. 55), Rz. 206 ff.

nende und legitime autonome Entscheidung des Mitgliedstaates handelt, wandeln sich Logik und Rechtsvektoren: Statt immer nur den Weg zu einer noch besseren Verwirklichung des Binnenmarktes zu weisen, notfalls durch einen Forumwechsel, zeigt das Recht nun an, wo die Grenzen des Binnenmarktes liegen. Statt immer weiter vorwärts zu schreiten, kommt die ökonomische Logik an manchen Stellen eben auch einmal an ihr Ende.

d) *Institutionelle Konsequenzen der Kategorie*

**134** Die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Union und Mitgliedstaaten in den Verträgen geht davon aus, dass das Wirtschaftliche, das im Binnenmarkt überwiegend der Union zugeschlagen ist, vom Sozialen, das in weiten Teilen bei den Mitgliedstaaten verbleibt, recht genau unterschieden werden kann. Lediglich an den äußeren Rändern der beiden kommt es danach zu Berührungen oder Überlappungen; nur dann also muss praktisch konkordant versöhnt werden. Diese simple Aufteilung trifft freilich weder das Wesen des Marktes noch dasjenige der Gesellschaft. Wenn das Wirtschaftliche insgesamt sozial geprägt ist und Überlappungen die Regel statt die Ausnahme sind, lässt sich die Union weniger als Wesen mit begrenzter Einzelermächtigung denn als alternativer Regulator beschreiben, der freilich den Vorteil des rechtlichen Vorrangs und der regulativen Masse besitzt. Dies ist nicht nur ein legitimatorisches, sondern auch und vor allem ein rechtliches Problem, um dessen Lösung sich alle Institutionen bemühen müssen.

**135** Die Kommission vor allen anderen täte gut daran, den Blick schweifen zu lassen statt unbewegt auf das Binnenmarktziel zu richten. Die Pose des objektiven, neutralen Binnenmarkt-Administrators überzeugt schon lange nicht mehr, da der Binnenmarkt eine eminent politische, demokratische, kulturelle und soziale Dimension besitzt. Selbst wenn die Kommission unpolitisch-administrativ wäre – was sie nach eigener Aussage dezidiert nicht ist<sup>173</sup> –, handelte es sich um das Zerrbild guter Verwaltung, da die Einschätzungen dieser extra-ökonomischen Dimension deutlich das Vermögen der Kommission übersteigt.<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> Rede des Kommissionspräsidenten *Jean-Claude Juncker* vor dem Europäischen Parlament, „Lage der Union 2015: Zeit für Ehrlichkeit, Einigkeit und Solidarität“, Straßburg, 9.9.2015: „Den Wahlkampf habe ich als echter Spitzenkandidat geführt - das ermöglicht es mir nun auch ein politischerer Präsident zu sein. Diese politische Rolle ist in den europäischen Verträgen vorgesehen: Darin haben die Mitgliedstaaten der Kommission aufgetragen, die allgemeinen Interessen der Union zu fördern. In den Jahren der Krise ist das allerdings in den Hintergrund getreten. Deshalb habe ich im letzten September vor diesem Hohen Hause gesagt, dass ich Präsident einer politischen Kommission sein will. Einer *sehr* politischen Kommission.“ (Hervorhebung i.O.). [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-15-5614\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-5614_de.htm).

<sup>174</sup> *Davies*, *Democracy and Legitimacy* (Fn. 156), 3, spricht von einer „sham technocracy“, die den Versuch der Kommission, den Binnenmarkt als expertokratisch führungsfähige Technokratie mit der Kommission als Manager darzustellen, als Täuschung entlarvt, und schlussfolgert: „We, therefore, see the quality of

136 Auch der Weg für den EuGH ist in diese Richtung vorgezeichnet. Bislang konzentrierte sich der EuGH in seiner Rechtsprechung auf die Stärkung der Binnenmarktdimension, die er als den Kern der Integration als solcher ansah. Die weite Definition dessen, was ein Handelshemmnis darstellt<sup>175</sup>, hat den Gedanken des freien Handels und die Reichweite des Ökonomischen weit über das ausgedehnt, was im Vertrag angelegt war.<sup>176</sup> Daher verfängt auch das Argument nicht, dass die Offenheit des Marktes – und daher die Dominanz des Wirtschaftlichen bei gleichzeitiger Zurückdrängung von anderen gesellschaftsrelevanten Erwägungen – bereits im Vertrag angelegt und von den Mitgliedstaaten konsentiert ist. Es dürfte darüber hinaus ein Fehler sein, die Vernachlässigung relevanter, aber diffuser gesellschaftlicher Wirkungen und Umstände als Bedrohung der wirtschaftlichen Integration zu sehen. Die Gefahren, die sich hieraus für die Legitimation und damit den normativen „pull“ des Unionsrechts ergeben, dürften die Vorteile eines gestreamlineten Binnenmarktes bei weitem übertreffen. Die soziale Legitimation ist bereits niedrig; unter einer Rechtsprechung, die ihre eigenen gesellschaftlichen Wirkungen und damit die eigentlich wichtigen Dinge marginalisiert, dürfte sie weiter sinken. Wenn auch Detailregulierungen expressive Funktionen besitzen, indem sie die Sozialfunktion der Kommunikation und Verstärkung gesellschaftlicher Werte übernehmen, ist die Binnenmarktsterilität einer Rechtsprechung, die das Unionsrecht als Verwaltungsinstrument wesentlich ökonomischer Natur benutzt, eine Bedrohung für das, was im Herzen der europäischen Union eigentlich angelegt ist: Eine Rechtsgemeinschaft mit einem Recht, das einigen, zusammenfügen, inspirieren, befrieden und Loyalität und Solidarität schaffen kann.<sup>177</sup>

#### e) *Unbegründete juristische Berührungsängste*

137 Zwei Einwände scheinen auf der Hand zu liegen. Die Diffusität der betroffenen mitgliedstaatlichen Interessen könnte zu einem Abwägungsprozess führen, der politisierter ist als der bislang stark entpolitisierte Prozess. Die Erwägungen, denen sich der EuGH stellt, sind nicht objektiv messbar oder zweifelsfrei beweisbar. Will der Gerichtshof über das Gewicht von Traditionen, gesellschaftliche Bindungen oder Gefühle der Öffentlichkeit urteilen, löst sich seine Rechtsprechung zumindest in manchen

---

European life being profoundly changed as the result of a process whose dominant discourse lacks the language or understanding to address what is really going on, but can only address the simplest, most banal, and ultimately the least important aspects of the change.“

<sup>175</sup> Vgl. den Verweis auf die Rs. *Dassonville* oben Rz. 123; weitere Dehnung im Urteil *Cassis de Dijon*, Rs. C – 120/78, EU:C:1979:42.

<sup>176</sup> *Regan*, An Outsider’s View of „Dassonville“ and „Cassis de Dijon“: On Interpretation and Policy, in: Poiras Maduro/Azoulai (Hrsg.), *The Past and Future of EU Law*, 2010, 465.

<sup>177</sup> Vgl. nur den ersten Präsidenten der Kommission *Hallstein*, *Die Europäische Gemeinschaft*, 1973, S. 53: „Nicht Gewalt, nicht Unterwerfung ist als Mittel eingesetzt, sondern eine geistige, eine kulturelle Kraft: das Recht. Die Majestät des Rechts soll schaffen, was Blut und Eisen in Jahrhunderten nicht vermochten.“

Bereichen von strenger Rechtsbindung und wendet sich Werturteilsbindungen zu. Dies birgt die Gefahr des Anscheins von Willkür<sup>178</sup>, was für jedes Recht und jede rechtliche Institution legitimationsbedrohend ist. Dies gilt insbesondere für Europa, wo – aufgrund des Fehlens einer ausgeprägten und nachhaltigen Rechtsrealismus-Bewegung – noch immer in weiten Teilen die Vorstellung einer scharfen Trennung von objektivem, unschuldigem Recht einerseits und subjektiver, bemakelter Politik andererseits existiert.<sup>179</sup> Hinzu kommt der Einwand, dass die einheitliche Anwendung des Unionsrechts in Gefahr sein könnte, weil die Bedeutung einer unionsrechtlichen Norm abhängig von den sozialen Kontexten in den Mitgliedstaaten voneinander abweiche.

**138** Beide Einwände besitzen einen Kern Berechtigung, können aber gleichwohl nicht überzeugen. In der Tat verliert das gerichtliche Urteil den Anstrich politischer Dekontextualisierung und damit den Nimbus „unbefleckter Wahrheit“.<sup>180</sup> Doch wissen sowohl die Rechtsanwender, die Rechtsunterworfenen und die Wissenschaftler längst, dass Recht (auch) politisch ist, Rechtskontexte entscheidend sind und der Mythos vom Richter, der der Mund des Rechts ist, eben dies ist: ein Mythos. Die Dekontextualisierung ist ja gerade dafür verantwortlich, dass die Binnenmarktentscheidungen mit der beschriebenen Note Irrealität (vgl. oben Rn. 115, 131) einhergehen. Mehr Realität und Rechtsrealismus kann hier nur dazu beitragen, das Recht realistischer, angemessener und für die politische Debatte offener zu gestalten – ein Wesensmerkmal, das dem Recht in der Demokratie gut ansteht.

**139** Auch die einheitliche Anwendung des Unionsrechts ist keineswegs absolut, sondern kontextspezifisch. Die Rechtfertigungsmöglichkeit steht den Mitgliedstaaten regelmäßig nur unter den besonderen Umständen ihres nachweisbaren Vortrags offen. Selbst dort, wo der Umstand diffus und der Nachweis bezweifelbar ist, eröffnet der EuGH Rechtfertigungsmöglichkeiten, die spezifisch und nicht allgemein sind. Er betont dabei zudem die Kontextspezifität:

---

<sup>178</sup> *Schepel*, Constitutionalising the Market, Marketing the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law, *European Law Journal* 18 (2012), 177; *Snell*, True Proportionality and Free Movement of Goods and Services, *European Business Law Review* 11 (2000), 50.

<sup>179</sup> Dazu statt vieler *Baudenbacher/Bergmann*, Der EuGH außer Kontrolle? Anmerkungen zur deutschen Kritik, in: Haltern/Bergmann (Hrsg.), *Der EuGH in der Kritik*, 2012, 191 ff.; *Haltern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen, 1998, S. 81 ff.

<sup>180</sup> *March/Olsen*, Democratic Governance, 1995, 173 u.ö. In Deutschland beispielhaft für dieses Verständnis noch der vorigen Generation etwa *Böckenförde*, Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S.11 ff. (19): „[D]ie Arbeit am Staatsrecht [aber darf] nicht selbst von politischen Interessen und Konstellationen überdeterminiert und funktionalisiert werden; sie muß juristisch und als solche *integer* bleiben...“ (meine Hervorh.). Weitere Kritik an der „immaculate conception of law“ etwa bei *Schlag*, The Problem of the Subject, *Texas Law Review* 1627 69 (1991), 1627 (1632, 1646 ff.).

„[31] Allerdings können die konkreten Umstände, die möglicherweise die Berufung auf den Begriff der öffentlichen Ordnung rechtfertigen, von Land zu Land und im zeitlichen Wechsel verschieden sein.“<sup>181</sup>

**140** Die Lösung ist daher nicht die Abweisung der eigentlich relevanten gesellschaftlichen Interessen im Rahmen der Rechtfertigungsmöglichkeit und die Beschränkung auf das ökonomisch Messbare, sondern eine klar strukturierte, inhaltlich plausible Abwägung. Mithilfe einer Kommission, die sich diesen Argumenten öffnet, und der Mitgliedstaaten, die in ihren Vorträgen ebenfalls in gut nachvollziehbarer Weise ihre Interessen darlegen, kommt es zu einer rechtlichen, politisch angemessen kontextualisierten Diskussion über Themen, die im politischen Raum auch gut aufgehoben sind – das ist ja der Grund für die Begrenzung der Reichweite ökonomischer Logik – und im rechtlichen Raum Nachhall, Rahmen und Gewichtung finden.

f) *Offenheit des EuGH gegenüber dieser Kategorie*

**141** Anders als in anderen Bereichen hat sich der EuGH im Glücksspielrecht ganz offen für die Berücksichtigung soziokultureller Präferenzen der Mitgliedstaaten gezeigt. Es ist keine Übertreibung zu formulieren, er habe die entsprechende, belastbare Argumentation der Mitgliedstaaten gewissermaßen eingeladen, ja fast eingefordert. Bereits seit über 20 Jahren erkennt der EuGH an, dass das Lotteriespiel stark in den Bereich der soziokulturellen Präferenzen der Mitgliedstaaten hineinreicht und keineswegs am Maßstab der Marktunvollkommenheiten gemessen werden kann:

„[61] Diese Besonderheiten rechtfertigen es, daß die staatlichen Stellen über ein ausreichendes Ermessen verfügen, um festzulegen, welche Erfordernisse sich bezüglich der Art und Weise der Veranstaltung von Lotterien, der Höhe der Einsätze sowie der Verwendung der dabei erzielten Gewinne aus dem Schutz der Spieler und allgemeiner *nach Maßgabe der soziokulturellen Besonderheiten jedes Mitgliedstaats* aus dem Schutz der Sozialordnung ergeben.“<sup>182</sup>

**142** Frühzeitig hat der EuGH damit die Tür aufgestoßen für eine Argumentation, die die tiefen soziokulturellen Wurzeln des Lotteriespiels einbezieht. Dogmatischer Aufhänger ist der „Schutz der Sozialordnung“, der in ständiger Rechtsprechung als „zwingendes Erfordernis“ im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit anerkannt ist. Auch hierauf weist der EuGH bereits in der Rs. *Schindler* hin:

„[58] Diese Gründe, die in ihrer Gesamtheit zu würdigen sind, beziehen sich auf den Schutz der Empfänger der Dienstleistung und, allgemeiner, der Verbraucher sowie den *Schutz der Sozialordnung*. Der Gerichtshof hat be-

---

<sup>181</sup> Urteil Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH, Rs. C-36/02, EU:C:2004:614, Rz. 31.

<sup>182</sup> Urteil Schindler, Rs. C-275/92, EU:C:1994:119, Rz. 61 (meine Hervorhebung).

reits entschieden, daß diese Gründe zu denjenigen gehören, die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen können...“<sup>183</sup>

**143** Zum „Schutz der Sozialordnung“, die der EuGH durch den Hinweis auf die „soziokulturellen Besonderheiten jedes Mitgliedstaates“ konkretisiert, gehören eben jene intangiblen, weit zurückreichenden und nicht auf Kriminalitäts- oder Suchtbekämpfung abzielenden Erwägungen, die sich auf die Frage des guten Zusammenlebens beziehen:

„[60] Zunächst einmal können nämlich die *sittlichen, religiösen oder kulturellen Erwägungen*, die in allen Mitgliedstaaten zu Lotterien ebenso wie zu den anderen Glücksspielen angestellt werden, nicht außer Betracht bleiben.“<sup>184</sup>

**144** Interessanterweise gehört zu diesen Erwägungen durchaus die Frage, ob die Gewinne aus dem Glücksspiel Privaten oder karitativen und wohltätigen Zwecken zur Verfügung stehen sollen. Der EuGH betont dies ausdrücklich: Es sei

„... nicht ohne Bedeutung, daß Lotterien in erheblichem Maße zur Finanzierung uneigennütziger oder im Allgemeininteresse liegender Tätigkeiten wie sozialer oder karitativer Werke, des Sports oder der Kultur beitragen können.“<sup>185</sup>

**145** Diese Frage spielt in der aktuellen Diskussion und in den hierzu gehörenden rechtswissenschaftlichen Gutachten praktisch keine Rolle. Wenn sie angesprochen wird, dann nur in dem Sinne, dass die Vereinnahmung der erheblichen Gewinne durch den Staat die Anrühigkeit der staatlichen Glücksspielregulierung noch unterstreicht<sup>186</sup>: Bereits die Höhe der Einnahmen macht misstrauisch; im Bereich des Glücksspielrechts spricht dann nicht von vornherein viel für die Lauterkeit des regulierenden Mitgliedstaates.<sup>187</sup> Zumeist aber wird darauf verwiesen, dass die Finanzierung sozialer Aktivitäten mit Hilfe einer Abgabe auf die Einnahmen aus genehmigten Spielen oder aus der als Monopol strukturierten Anbietertätigkeit des Staates selbst nicht der eigentliche Grund der restriktiven Politik, sondern lediglich eine „erfreuliche“<sup>188</sup> oder „nützliche Nebenfolge“<sup>189</sup> sein darf.<sup>190</sup> Mit der Berufung auf diese Aussage des EuGH

---

<sup>183</sup> Ebd., Rz. 58 (zahlreiche Nachw. von mir weggelassen, meine Hervorhebung).

<sup>184</sup> Ebd., Rz. 60 (meine Hervorhebung).

<sup>185</sup> Ebd., Rz. 60 a.E.

<sup>186</sup> Beispiel: *Jarass*, EU-rechtliche Probleme (Fn. 98).

<sup>187</sup> So habe ich selbst einmal geschrieben: *Haltern*, Kommentierung (Fn. 9), Rdnr. 14.

<sup>188</sup> Urteil Urteil Zenatti, Rs. C-67/98, EU:C:1999:514, Rz. 36.

<sup>189</sup> Urteil Zenatti, Rs. C-76/98, EU:C:1999:514, Rz. 36; Urteil Kommission/Spanien, Rs. C-153/08, EU:C:2009:618, Rz. 43; Urteil Dickinger, Rs. 347/09, EU:C:2011:582, Rz. 61; Urteil Gambelli, Rs. C-243/01, EU:C:2003:597, Rz. 62.

<sup>190</sup> Beispielhaft die Argumentation der Kommission im Grünbuch „Online-Glücksspiele im Binnenmarkt (SEK(2011) 321), KOM(2011) 128, S. 32 ff.

wird die Tatsache, dass die Glücksspielgewinne „gute Zwecke“ subventionieren oder in den öffentlichen Haushalt statt in private Taschen fließen und dass auf diese Weise dem Gemeinwohl dienende Tätigkeiten finanziert werden können, praktisch völlig ausgeblendet, obwohl der EuGH selbst betont, „dass es nach ständiger Rechtsprechung ... nicht gleichgültig ist, dass Geldspiele in erheblichem Maß zur Finanzierung solcher [uneigennütziger oder im Allgemeininteresse liegender] Aktivitäten beitragen können“<sup>191</sup> (vgl. hierzu auch noch Rn. 176).

**146** Eine solche Ausblendung freilich dürfte nicht nur dem vom Rat der Europäischen Union anerkannten konsensualen Willen der Mitgliedstaaten nicht entsprechen<sup>192</sup>, sondern auch nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH unrichtig sein. Der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten erstreckt sich auch darauf, „zu verhindern, daß sie [Glücksspiele] zu einer Quelle persönlichen Gewinns werden“.<sup>193</sup> Das Gegenteil persönlichen Gewinns ist der Einsatz des Gewinns zum Wohle aller, also eine Gemeinwohlkoppelung.

**147** Selbstverständlich gilt, dass kein Mitgliedstaat die Verkehrsfreiheiten einschränken oder gar ein staatliches Monopol errichten darf aus dem alleinigen Grund der Gewinnerzielungsabsicht; dies gilt natürlich auch dann, wenn die so erzielten Gewinne im Interesse des Gemeinwohls ausgegeben werden. Genau dies hat auch der EuGH in der Rs. *Schindler* festgehalten. Die erste Hälfte des obigen Zitats lautet:

„Schließlich ist, *ohne daß dies allein als sachliche Rechtfertigung angesehen werden könnte*, nicht ohne Bedeutung, daß Lotterien in erheblichem Maße zur Finanzierung uneigennütziger oder im Allgemeininteresse liegender Tätigkeiten wie sozialer oder karitativer Werke, des Sports oder der Kultur beitragen können.“<sup>194</sup>

Seither entscheidet der EuGH in ständiger Rechtsprechung,

„...dass es nach ständiger Rechtsprechung zwar nicht gleichgültig ist, dass Geldspiele in erheblichem Maß zur Finanzierung solcher [uneigennütziger oder im Allgemeininteresse liegender] Aktivitäten beitragen können, *dies*

---

<sup>191</sup> Urteil Markus Stoß u.a., verb. Rs. C-316/07, C-358 bis 360/07 und C-410/07, EU:C:2010:504, Rz. 104.

<sup>192</sup> Schlussfolgerungen des Rates zum Rahmen für Glücksspiele und Wetten in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, verabschiedet auf der 3057. Tagung des Rats „Wettbewerbsfähigkeit“ in Brüssel am 10. Dezember 2010, Ratsdokument 16884/10: „[Der Rat] 14. STELLT FEST, dass einige Mitgliedstaaten zeitweilig oder dauerhaft kleinere Lotterien für wohltätige oder philanthropische Zwecke zulassen; einige Mitgliedstaaten lassen in gleicher Weise andere Glücksspiele zur Finanzierung dieser Zwecke zu; 15. ERKENNT AN, dass die Beiträge staatlicher oder durch die zuständigen Behörden zugelassenen Lotterien unmittelbar oder gegebenenfalls mittelbar eine wichtige Rolle für die Gesellschaft spielen, z.B. durch die Finanzierung wohltätiger Zwecke; 16. STIMMT DARIN ÜBEREIN, dass diese besondere Rolle bei den Beratungen auf europäischer Ebene Anerkennung finden sollte.“

<sup>193</sup> Urteil Schindler, Rs. C-275/92, EU:C:1994:119, Rz. 60.

<sup>194</sup> Urteil Schindler, Rs. C-275/92, EU:C:1994:119, Rz. 60 a.E. (meine Hervorhebung).



*allein aber nicht als sachliche Rechtfertigung von Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs angesehen werden kann. Deren Zulässigkeit setzt nämlich insbesondere voraus, dass die Finanzierung solcher sozialer Aktivitäten nur eine erfreuliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik ist...*<sup>195</sup>

**148** Ohne weiteres leuchtet dies ein, da sonst die Grundfreiheiten nur Papiertiger wären. Im allgemeinen Wohl liegende Zwecke sind wohlfeil und überall verfügbar; könnte ein Mitgliedstaat unter alleiniger Berufung auf einen solchen „guten Zweck“ eine Beschränkung der Verkehrsfreiheiten rechtfertigen, tendierte deren Normativität gegen Null.<sup>196</sup> Das ist aber nicht der hier einschlägige Fall. Die Bundesrepublik hat nicht einfach die Dienstleistungsfreiheit durch ein Lotterieveranstaltungsmonopol beschränkt, um Gewinne zu erzielen, uneigennützig oder im Allgemeinwohl liegende Tätigkeiten zu finanzieren und hierfür den Staatshaushalt zu bereichern. Vielmehr geht es bei der Regulierung von Lotterien um einen Bereich von besonderer gesellschaftspolitischer Sensibilität, dessen Entwicklung mit – vom EuGH anerkannten – „sittlichen, religiösen und kulturellen“ Normen und Werten verkoppelt ist und tief in den Bereich des Selbstverständnisses einer politischen Gemeinschaft hineinreicht. Die Lotterieregulierung durch staatliches Monopol besitzt in Deutschland eine homogene und lang zurückreichende Geschichte, die ihre Wurzeln in einer spezifischen religiösen Grundierung besitzt, gesellschaftliche Ambivalenzen spiegelt und auffängt, Wertevorstellungen stabilisiert, Legitimations- und Identitätsressourcen zur Verfügung stellt sowie soziale Ventilfunktionen ermöglicht (vgl. unten Rn. 163 ff., 189 ff., 192 ff., 206 ff., 219 ff.). Die Finanzierung uneigennütziger oder im Allgemeinwohl liegender Tätigkeiten ist bei weitem nicht die „alleinige“ sachliche Rechtfertigung der Beschränkung und auch nicht der „eigentliche Grund“ für die Wahl der Regulierung. Sie ist den „sittlichen, religiösen und kulturellen“ Eigenheiten der Bundesrepublik, also ihren soziokulturellen Präferenzen geschuldet.

**149** Derartige gesellschaftliche Besonderheiten soziokultureller Bedeutung will das Unionsrecht nicht unter simpler Berufung auf eine wirtschaftlich-liberalisierende Ratio (die hier ohnehin fehlt, wie der EuGH anerkennt, vgl. oben Rn. 29 ff.) auslöschen. Im Gegenteil finden sich in den Verträgen an vielen Stellen Bekundungen der gegenteiligen Intention.

Im sechsten Absatz der Präambel zum EUV ist die fortschreitende Integration der europäischen Völker unter den Vorbehalt der „Achtung ihrer Geschichte, ihrer Kultur und ihrer Traditionen“ gestellt. Als Ziel der Union steht ausweislich des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 4 EUV fest: „Sie wahrt den Reichtum ihrer kulturellen und sprachlichen Vielfalt und sorgt für den Schutz und

---

<sup>195</sup> Urteil Markus Stoß u.a., verb. Rs. C-316/07, C-358 bis 360/07 und C-410/07, EU:C:2010:504, Rz. 104 (Nachweise von mir weggelassen, Hervorhebung von mir hinzugefügt).

<sup>196</sup> Dies ist durchgehend in allen Verkehrsfreiheiten st. Rspr. des EuGH, vgl. nur *Haltern*, Europarecht (Fn. 55), Rz. 1450 ff. m.w.Nachw.

die Entwicklung des kulturellen Erbes Europas.“ Art. 4 Abs. 2 EUV verpflichtet die Union, die jeweilige nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten und zu schützen; dies wurde im Übrigen auch im Hinblick auf das Glücksspielrecht, dort mit Bezug auf vertikale Kohärenz, vom EuGH ausdrücklich festgehalten.<sup>197</sup> Nationale Kulturgüter werden vor rein wirtschaftlicher Ratio geschützt (Art. 36 Satz 1 AEUV), regionales Erbe wird berücksichtigt (Art. 13 AEUV). Gemäß Art. 167 Abs. 1 AEUV leistet die Union „einen Beitrag zur Entfaltung der Kulturen der Mitgliedstaaten unter Wahrung ihrer nationalen und regionalen Vielfalt sowie gleichzeitiger Hervorhebung des gemeinsamen kulturellen Erbes“; diese Vielfalt soll zudem verbreitet werden (Art. 167 Abs. 2 AEUV), zudem soll sie erhalten und entwickelt werden (Absatz 3 Satz 1 der Präambel der Grundrechtecharta. Das Wort „Vielfalt“ taucht unzählige Male auf, etwa in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 4 EUV, Art. 165 Abs. 1 AEUV, Art. 167 Abs. 1 und 4 AEUV. Es handelt sich zudem um ein in die Grundrechtecharta aufgenommenes rechtsverbindliches Recht, Art. 22 der Grundrechtecharta: „Die Union achtet die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen.“

**150** Diese Vielfalt erschöpft sich nicht darin, dass die Europäer unterschiedliche Sprachen sprechen, an unterschiedliche Götter glauben und unterschiedliche Traditionen als Folklore in ihre Museen stellen dürfen. Sie erstreckt sich auch und gerade auf die Frage, mit welchen Werten sie in welcher Form gut zusammenleben möchten. Vielfalt ist weder eine museale noch eine folkloristische Angelegenheit, sondern eine solche, die in der Regulierung gegenwärtiger Lebensabschnitte relevant wird. Diese entbehren nicht der wirtschaftlichen Relevanz, sondern sind naturgemäß – wie auch hier – finanziell höchst relevant; es geht um viel Geld. Dennoch vermag die ökonomische Dimension die kulturelle und historische Dimension nicht einfach zu verdrängen. Wäre dies so, handelte es sich nun umgekehrt bei der Normierung des Schutzes kultureller Vielfalt um einen Papiertiger, der nur dann zum Zuge käme, wenn es um rein gar nichts ginge. Bewähren muss sich die Vielfalt soziokultureller Vorstellungen aber im Gegenteil gerade dann, wenn viel auf dem Spiel steht.

*g) Kein illegitimes Ziel i.S. rein wirtschaftlicher Ziele und finanzieller Interessen*

**151** Die liberalisierungsfreudige Gutachtenliteratur sieht dies hingegen anders.<sup>198</sup> Sie entkleidet die Glücksspielregulierung ihrer kulturellen, historischen und gesellschaftspolitischen Gewänder; als einziger Kontext bleibt dann insbesondere die wirtschaftliche Dimension sichtbar. Wirtschaftliche Ziele aber können nach ständiger Rechtspre-

---

<sup>197</sup> Urteil *Digibet Ltd. und Albers*, Rs. C-156/13, EU:C:2014:1756, Rz. 34.

<sup>198</sup> Etwa *Jarass*, EU-rechtliche Probleme (Fn. 98); aus den Kommentierungen etwa *Hambach/Brenner*, in: *Streinz/Liesching/Hambach*, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, § 10 GlüStV Rn. 48 ff.

chung des EuGH von vornherein keine legitimen Ziele bei der Beschränkung von Verkehrsfreiheiten sein:

„Nach ständiger Rechtsprechung kann ein rein wirtschaftliches Ziel keinen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen, der eine Beschränkung einer durch den Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit rechtfertigen könnte.“<sup>199</sup>

**152** Hierin besteht Einigkeit, und dies ergibt auf den ersten Blick auch guten Sinn, entlang zweier Überlegungen. Entweder sind wirtschaftliche Erwägungen durch die Verträge im Rahmen der europäischen Integration bereits ausgeschöpft, andere Erwägungen werden durch sie konsumiert. Oder die von den Mitgliedstaaten in Anspruch genommenen wirtschaftlichen Überlegungen unterliegen gegenüber denjenigen, die im Rahmen der Union angestellt werden; dies impliziert, dass die wirtschaftlichen Gründe, die durch die Warenverkehrsfreiheit geschützt sind, ranghöher sind als diejenigen, auf die sich die Mitgliedstaaten zu berufen versuchen.

**153** Das erste Argument überzeugt schon deshalb nicht, weil viele – auch wirtschaftliche – Gründe bereits gar nicht in die Kompetenz der Union fallen; jedenfalls ist es nicht vermessen zu formulieren, dass nicht alle wirtschaftlichen Erwägungen der Mitgliedstaaten durch die Verträge bereits vorher bedacht wären. Auch das zweite Argument ist keineswegs so trennscharf, wie es zunächst erscheinen mag. Nicht-wirtschaftliche Zwecke lassen sich von wirtschaftlichen Zwecken keineswegs sauber abgrenzen; Geld – als moderne Analogisierungsmaschine – wirkt sich auf so gut wie alles aus. Die Fähigkeit von Staaten, bestimmte politische Ziele zu verfolgen, ist abhängig von den monetären Ressourcen, die dafür zur Verfügung stehen. Die Wohlfahrt der Staatsbürger ist zu einem guten Teil vom wirtschaftlichen Vermögen des Staates abhängig. Umgekehrt sind Maßnahmen aus wirtschaftlichen Gründen in den seltensten Fällen *l'art pour l'art*. Mit anderen Worten lässt sich praktisch jeder wirtschaftliche Grund, den der EuGH nicht akzeptiert, zum nicht-wirtschaftlichen Grund umformulieren.

**154** Hieraus resultiert eine Unschärferelation im Hinblick auf die Frage, wann eine solche Umformulierung zulässig ist und wann nicht. Der EuGH bewegt sich also nicht in einer Konstellation, in der ein binär funktionierender Ein-/Aus-Schalter umgelegt werden kann (legitimes/illegitimes Ziel), sondern in einer Konstellation, in der ein Punkt auf einer kontinuierlichen Skala bestimmt werden muss. Die Bestimmung dieses Punktes ist naturgemäß schwer anhand allgemeiner Prinzipien vorzunehmen, sondern hängt stark von den Umständen des Einzelfalles ab. Es bedarf „dichter Beschreibung“, um überzeugend darzulegen, dass es sich tatsächlich um ernsthafte und wichtige soziokulturelle Präferenzen handelt (daher auch unten Rn. 159 ff.).

---

<sup>199</sup> Statt aller Urteil Verkooijen, Rs. C-35/98, EU:C:2000:294, Rz. 47.

155 Die Rechtsprechung des EuGH bestätigt dies: Die Linie, die nicht-wirtschaftliche von wirtschaftlichen Zielen und damit Legitimität von Illegitimität trennt, ist weder deutlich noch geradlinig. Dies wird in den beiden Kategorien deutlich, in denen Rechtsprechung zur Frage wirtschaftlicher Zielsetzung existiert. Es handelt sich hierbei um die Kategorie des „Schutzes einheimischer Industrie“ und um die Kategorie der „Schonung des Haushalts“.

156 In der Kategorie des *Schutzes einheimischer Industrie* möchte der Mitgliedstaat einen einheimischen Industriezweig oder einheimische Unternehmen schützen. Hier steckt ein protektionistisches Motiv dahinter, das aus Sicht der Integration, die dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung verpflichtet ist, inakzeptabel ist. Doch zeigt sich auch hier, dass es sich nicht um eine prinzipiengeleitete, sondern kontextabhängige Entscheidung handelt. Manche Maßnahmen, die auch, vielleicht sogar vorrangig, diesem illegitimen Ziel dienen, werden von anderen, möglicherweise sogar nachrangigen, legitimen Zielen flankiert. Dies war der Fall in der Rs. *Wolff und Müller*<sup>200</sup>, in der eine durch deutsches Gesetz vorgesehene Mindestlohn-Bürgenhaftung in erster Linie dazu diente, die Auftragsvergabe an Unternehmen aus so genannten Billiglohnländern zu erschweren, um damit den deutschen Arbeitsmarkt im Bausektor zu beleben, die wirtschaftliche Existenz von Mittel- und Kleinbetrieben in Deutschland zu schützen und die Arbeitslosigkeit in Deutschland zu bekämpfen. Zugleich aber war das Ziel des deutschen Gesetzgebers, einen unlauteren Wettbewerb seitens der Unternehmen zu verhindern, die ihren Arbeitnehmern einen Lohn unterhalb des Mindestlohns zahlten, und diente insoweit auch dem Schutz der Arbeitnehmer. Der EuGH sah die deutsche Regelung als gerechtfertigt an; auch deutlich protektionistische Motive werden hingenommen, wenn sie durch legitime Motive aufgewogen werden. Diese Form des *fine-tuning* der Zielkontrolle im Bereich des wirtschaftlichen Schutzes einheimischer Mittel- und Kleinbetriebe durch den EuGH ist auch aus dessen Rechtsprechung zur diskriminierenden Besteuerung gemäß Art. 110 AEUV bekannt; dort hielt er etwa einen Steuervorteil für süße naturreine Weine aus benachteiligten regenarmen Regionen Frankreichs, mit dem die lokale Wirtschaft geschützt werden sollte, für zulässig.<sup>201</sup> Gerade hieran kann man studieren, wie fein die Linie ist, die Legitimität von Illegitimität trennt: In einem ganz ähnlich gelagerten Fall, auch im Bereich von Art. 110 AEUV, lehnte er eine ebenfalls Kleinbetriebe schützende Steuer in Dänemark ab, da es sich um einen ganzen Wirtschaftszweig und auch nicht um eine benachteiligte Region handelte und der EuGH hier das protektionistische Motiv in den Vordergrund rückte.<sup>202</sup>

157 In der Kategorie der *Schonung des staatlichen Haushalts*, in der der EuGH auf seine Formel der wirtschaftlich inakzeptablen Gründe zugreift, versuchen die Mitgliedstaat-

---

<sup>200</sup> Urteil *Wolff & Müller*, Rs. C-60/03, EU:C:2004:610.

<sup>201</sup> Urteil *Kommission/Frankreich*, Rs. 196/85, EU:C:1987:182.

<sup>202</sup> Urteil *Kommission/Dänemark*, Rs. 106/84, EU:C:1986:99.

ten, ihren Haushalt zu schützen. Wenn Deutschland sich weigert, einem Rechtsreferendar, der einen Teil seines Referendariats im Vereinigten Königreich absolviert, die Fahrtauslagen für eine Strecke außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets zu seinem Ausbildungsort zu erstatten, um seinen Haushalt zu schonen, reicht dies als Rechtfertigung natürlich nicht.<sup>203</sup> Wenn Mitgliedstaaten die Kostenerstattung für die medizinische Behandlung ihrer Staatsangehörigen im Ausland beschränken, um die Lasten des Gesundheitswesens zu senken, führen sie rein ökonomische Gründe für die Beschränkung der Grundfreiheiten an, was der EuGH nicht akzeptiert.<sup>204</sup> Zugleich meint er aber, dass das Ziel, eine ausgewogene, allen zugängliche ärztliche und klinische Versorgung aufrechtzuerhalten, zwar eng mit der Finanzierung des Systems der sozialen Sicherheit verbunden sei, aber zugleich zur Erzielung eines hohen Gesundheitsschutzes beitrage und damit auf einen zulässigen Rechtfertigungsgrund (öffentliche Gesundheit) zugreifen könne.<sup>205</sup> Dahinter steht die Erwägung, dass Mitgliedstaaten auch dann, wenn ihr Gesundheitssystem für Behandlungskosten im Ausland aufkommen muss, zugleich eine funktionierende regionale Gesundheitsinfrastruktur aufrechterhalten muss, selbst wenn diese aufgrund der Auslandsbehandlungen nicht ausgelastet ist und daher mit Verlusten arbeitet.<sup>206</sup> Analog dazu argumentiert der EuGH im Rahmen von Art. 36 AEUV. Irland hatte eine Rechtsvorschrift erlassen, wonach die Importeure von Erdölzeugnissen verpflichtet waren, einen Teil ihres Bedarfs an Erdölzeugnissen bei einer irischen Raffinerie zu decken. Die Wirkung dieser Maßnahme ist eine Verringerung der Einfuhren, ihr Motiv ist der Schutz der einheimischen Raffinerie – ein deutlich wirtschaftlicher Grund. Irland machte geltend, es sei stark abhängig von Einfuhren aus anderen Ländern für seine Erdölversorgung, und die Bedeutung des Erdöls für das Leben des Landes machten die Erhaltung einer Raffineriekapazität in Irland unerlässlich; die Maßnahme sei das einzige Mittel, um den Absatz der irischen Raffinerie sicherzustellen. Der EuGH akzeptierte dies als Erwägung der „öffentlichen Sicherheit“.<sup>207</sup>

**158** Fest steht, dass wirtschaftliche Ziele praktisch immer nicht-wirtschaftlichen Zielen dienen; und dass umgekehrt nicht-wirtschaftliche Ziele praktisch immer eine wirtschaftliche Seite besitzen. Man kann also entweder die eine oder die andere Seite der Medaille betonen und die Ziele so oder so formulieren. Aus Sicht der Mitgliedstaaten, die eine staatliche Regulierung rechtfertigen wollen, kommt es auf die Umformulie-

---

<sup>203</sup> Urteil Kranemann, Rs. C-109/04, EU:C:2005:187.

<sup>204</sup> Urteil Kohll/Union des caisses de maladie, Rs. C-158/96, EU:C:1998:171; Urteil Müller-Fauré und van Riet, Rs. C-385/99, EU:C:2003:270; Urteil Smits und Peerbooms, Rs. C-157/99, EU:C:2001:404; Urteil Watts, Rs. C-372/04, EU:C:2006:325; Urteil Kommission/Spanien, Rs. C-211/08, EU:C:2010:340; Urteil Elchinov, Rs. C-173/09, EU:C:2010:581; Urteil Kommission/Frankreich, Rs. C-512/08, EU:C:2010:578; Urteil Leichtle, Rs. C-8/02, EU:C:2004:161; Urteil Vanbraekel u.a., Rs. C-368/98, EU:C:2001:400; Urteil Stamatelaki, Rs. C-444/05, EU:C:2007:231; Urteil Inizan, Rs. C-56/01, EU:C:2003:578.

<sup>205</sup> Urteil Kohll/Union des caisses de maladie, Rs. C-158/96, EU:C:1998:171, Rz. 50.

<sup>206</sup> Urteil Smits und Peerbooms, Rs. C-157/99, EU:C:2001:404.

<sup>207</sup> Urteil Campus Oil, Rs. 72/83, EU:C:1984:256, Rz. 21 ff.

rung wirtschaftlicher Gründe in nicht-wirtschaftliche Gründe – insbesondere in soziale, systemische oder moralische Gründe – an. Diese war in verschiedenen Bereichen erfolgreich. Dazu zählen die Kohärenz des Steuersystems, der Schutz lokaler landwirtschaftlich geprägter Gemeinden und die Wirksamkeit der Steueraufsicht.<sup>208</sup> Letztere dient der Bekämpfung von Steuerhinterziehung und damit der Vermeidung eines abgesenkten Steueraufkommens; demgegenüber ist die Vermeidung eines abgesenkten Steueraufkommens durch eine Rechtsvorschrift, die die Wirtschaft des Landes fördern soll, indem ein Anreiz für private Investitionen in Gesellschaften mit Sitz im Mitgliedstaat geschaffen wird, ein rein wirtschaftliches und damit illegitimes Ziel.<sup>209</sup> Hier wird noch einmal deutlich, dass Legitimität und Illegitimität des verfolgten Ziels sehr eng beieinander liegen und der Topos des rein „wirtschaftlichen Grundes“ zu klobig ist, um eine notwendige Feinsteuerung zu gewährleisten. Immerhin belässt er dem EuGH einen Spielraum methodischer Freiheit, um den eigentlichen mitgliedstaatlichen Regulierungsmotiven (insbesondere dem Verdacht protektionistischer Motivation) nachzuspüren und die verschiedenen vorgebrachten Argumente zu priorisieren.

## **2. Die soziale Bedingtheit des Lotteriemarktes und seiner Regulierung**

**159** Um für die soziokulturelle Eingebettetheit des deutschen Lotteriemarktes und seiner Regulierung argumentieren zu können, bedarf es ihrer dichten Beschreibung.<sup>210</sup> Eine solche kann nur gelingen, wenn die historischen, gesellschaftlichen, kulturellen und religiösen Dimensionen, die der EuGH selbst ins Spiel bringt, näher beleuchtet werden. Dies geschieht im Folgenden unter Berücksichtigung der Gemeinwohldienlichkeit von Lotterien (a.), der gesellschaftlichen Integrationswirkung (b.), der lebensweltlichen Normalität des Spielvorgangs (c.), der religiös grundierten sittlichen und ethischen Seite des Lotteriespiels (d.) und seiner sozialen Ventilfunktion, die gesellschaftliche Werte bestärkt (e.).

**160** Ebensowenig wie die Nachfrage nach Glücksspielen ein, wie man häufig lesen kann, „natürlicher menschlicher Trieb“ ist, ist die Entstehung von Lotteriemärkten ein „natürliches“ Phänomen. Sie ist vielmehr sozial höchst voraussetzungsreich und von Traditionen, Konventionen, Institutionen und Machtinteressen bestimmt, wobei insbesondere der sozialen Legitimität von Markthandeln eine besondere Rolle zufällt.<sup>211</sup>

**161** Die soziale Legitimität des Lotteriespielens ist jedenfalls in der Bundesrepublik außergewöhnlich hoch. Mehr als 40 % der erwachsenen deutschen Wohnbevölkerung

---

<sup>208</sup> Urteil Bachmann/Belgischer Staat, Rs. C-204/90, EU:C:1992:35; Urteil Futura Participations und Singer/Administration des contributions, Rs. C-250/95, EU:C:1997:239; Urteil Ospelt und Schlössle Weissenberg, Rs. C-452/01, EU:C:2003:493; Urteil Petersen, Rs. C-544/11, EU:C:2013:124.

<sup>209</sup> Urteil Verkooijen, Rs. C-35/98, EU:C:2000:294.

<sup>210</sup> Vgl. oben Rn. 104.

<sup>211</sup> Lutter, Märkte für Träume (Fn. 83), S. 27.

spielt mindestens einmal im Jahr Lotto, nahezu die Hälfte davon spielt regelmäßig. Mehr als zehn Millionen Menschen spielen jede Woche.<sup>212</sup> Zugleich ist eine große Ambivalenz gegenüber dem Glücksspiel festzustellen; mehr als ein Drittel der deutschen Bevölkerung ist dem Glücksspiel gegenüber kritisch eingestellt, eine noch größere Zahl zwiespältig.<sup>213</sup> Diese Ambivalenz deutet auf komplexe gesellschaftliche Querstände hin, die – ebenso wie die Entstehung und Entwicklung der Lotteriemärkte – sozial, politisch und normativ bedingt sind. Ein Blick auf die Geschichte der Lotteriemärkte, die diese Ambivalenz durch verschiedene Volten der rechtlichen Regulierung und sozialen Haltung spiegelt, vermag näheren Aufschluss zu geben über die Elemente, die in dieser bewegten Entwicklung und der mit ihr korrespondierenden Einstellung der Bevölkerung eine Rolle gespielt haben.

**162** Die Geschichte der modernen Lotterie beginnt Mitte des 15. Jahrhunderts in Flandern, neben Italien und dem Mittelmeerraum eines der am weitesten entwickelten wirtschaftlichen Regionen Europas. Auch italienische Geldlotterien sind aus dieser Zeit bekannt. Das Zusammenfallen von Entwicklungsstand und Lotteriemarkt in den wirtschaftlichen Hochzentren ist kein Zufall. Erstens ist die Geldlotterie<sup>214</sup> an die Zirkulation von Geld geknüpft, das nicht überall gleich verfügbar war. Zweitens erforderte die Lotterie zur Verbreitung von Losen die technische Möglichkeit des Drucks. Drittens bedurfte es eines hinreichend großen Absatzmarktes für die Lose, also einer urbanen Siedlung mit ausreichendem Konsumniveau.<sup>215</sup> Damit stehen Lotteriemärkte und ihre Regulierung am Anfang der Moderne und haben teil an den komplexen sozialen und sittlichen Konstellationen und Umbrüchen.

#### a) Gemeinwohldienlichkeit

**163** Die Lotterien waren von Städten oder Stadträten organisiert und wurden abgehalten, um öffentliche Güter zu finanzieren. Private Kaufleute übernahmen das Prinzip und veranstalteten Warenlotterien, um ihren Absatz anzukurbeln. Auch diese fanden, wie die öffentlich veranstalteten Geldlotterien, großen Zuspruch, wurden aber bald von den Stadtverwaltungen verboten. Dies hatte fiskalische Gründe. Die Einnahmen waren grundsätzlich staatlichen Zwecken vorbehalten. Sie dienten zunächst vor allem dem Ausbau von Befestigungsanlagen und Seehäfen (zum Ausbau der internationalen Handelsbeziehungen), der Finanzierung von Verteidigungsanlagen und Heerestruppen; später wurden insbesondere wohlfahrtsstaatliche Vorhaben wie die Errich-

---

<sup>212</sup> Daten bei *Beckert/Lutter*, Wer spielt, hat schon verloren? Zur Erklärung des Nachfrageverhaltens auf dem Lottomarkt, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 59 (2007), S. 240.

<sup>213</sup> Detaillierte Daten bei *Lutter*, Märkte für Träume (Fn. 83), S. 113 ff.

<sup>214</sup> Die am Ursprung der modernen Lotterie ebenfalls noch populären Warenlotterien, die mit Erfolg von Kaufleuten betrieben wurden, bleiben hier außer Betracht.

<sup>215</sup> *Welch*, Lotteries in Early Modern Italy, *Past & Present* 2008, 71; *Lutter*, Märkte für Träume (Fn. 83), S. 32.

tung von Waisenhäusern, Werk- und Zuchthäusern sowie anderen Infrastruktureinrichtungen damit finanziert. Auch der Bau von Kirchenhäusern aus Lottereeinnahmen ist verbürgt, wie etwa beim barocken Neubau der Dresdner Frauenkirche.<sup>216</sup> Die Finanzierung öffentlicher Güter durch die Lottereeinnahmen war ein wichtiger Bestandteil der Lotterien, der sich als Baustein in den Merkantilismus fügte. Dies hatte freilich mehr als nur ökonomische Konsequenzen:

„Die Spieler waren zumeist über die Verwendung der nicht als Gewinne ausgeschütteten Lottereeinnahmen informiert, denn die Veranstalter forderten sie mit dem Appell zur Teilnahme auf, ihr Spieleinsatz würde zur Finanzierung eines öffentlichen Projektes beitragen und damit dem Gemeinwohl nützen.“<sup>217</sup>

**164** Von seinen Ursprüngen an war das Lotteriewesen in Europa mit dem Gedanken öffentlicher Güter und, enger noch, der Finanzierung wohlfahrtsstaatlicher und karitativer Einrichtungen verbunden.

**165** Nichts anderes gilt für Lotterien in anderen Ländern, insbesondere in den Vereinigten Staaten, an deren Beginn die englischen Lotterien standen, die der Finanzierung der Kolonialisierung und Besiedlung dienten. Man bewarb die Auslosungen zwischen 1612 und 1615 mit dem Appell, jedes Los komme Gott und Vaterland zugute und mehre den Wohlstand des englischen Volkes.<sup>218</sup> Obwohl die Lottereeinnahmen eine wichtige Finanzierungsquelle wurden, wurde in den amerikanischen Siedlungen selbst das Glücksspiel freilich verboten, so dass die Gleichsetzung der abenteuerlustigen Siedler mit den abenteuerlustigen Spielern in Las Vegas hinkt.<sup>219</sup> Strenge protestantische Moralvorstellungen setzten die Puritaner politisch u.a. durch Glücksspielverbote in den „Blue Laws“ auf. Da aber das Steuersystem noch nicht ausreichend entwickelt war, entdeckte man auch hier Lotterien als Einnahmequelle, mit der öffentliche Infrastruktur generiert werden sollte. Die Kolonialregierungen führten Lotterien zur Finanzierung bestimmter öffentlicher Vorhaben ein, und bis 1776 hatten fast alle Staaten (außer Maryland und North Carolina) Lotterien. Die Listen der Ziehungen waren in den New Yorker Zeitungen regelmäßig über mehrere Seiten abgedruckt.

**166** Wie auch in Europa fanden die Lotterien mit einem klaren öffentlichen Verwendungszweck statt. Unzählige Waisenhäuser, Schulen und Kirchen werden durch Lotterien finanziert, ebenso wie die renommierten amerikanischen Universitäten, darunter Columbia, Harvard, Yale, Dartmouth, Brown, Princeton, North Carolina und

---

<sup>216</sup> Paul, *Erspieltes Glück: 500 Jahre Geschichte der Lotterien und des Lotto*, 1978, 47.

<sup>217</sup> Lutter, *Märkte für Träume* (Fn. 83), S. 32.

<sup>218</sup> Anschauungsmaterial etwa bei Findlay, *People of Chance: Gambling in American Society from Jamestown to Las Vegas*, 1986, etwa 13.

<sup>219</sup> Ebd., 15.



Pennsylvania. Auch militärische Einrichtungen, Verkehrs- und Städtebauprojekte können durch Lottereeinnahmen errichtet werden: Schranken, Leuchttürme, Brücken, Häfen, Kanäle, Straßen, Stadthallen und öffentliche Plätze.<sup>220</sup> Alle Lotterien – auch die wenigen, die zu Anfang noch von Privatleuten initiiert wurden – kamen schnell unter die Kontrolle des Staates, private Lotterien waren verboten.

**167** Die Errichtung der Lotterien in einer derart puritanisch geprägten Umgebung wie den Vereinigten Staaten überrascht. Wie in Europa aber kommt es in den USA zu einer Diversifizierung der moralischen Einstellungen zum Glücksspiel, die gerade durch die Koppelung mit dem öffentlichen und häufig karitativen Zweck eintritt. Lotterien wurden nicht mit dem sündenbehafteten Glücksspiel gleichgesetzt, denn die Gemeinwohlpoppelung der Lotterien zerstreute moralische und religiöse Bedenken. Der „gute Zweck“ stand im Vordergrund. Die Ausspielungen fanden öffentlich und choreographiert statt, viele standen unter der Schirmherrschaft gesellschaftlich angesehener Bürger wie George Washington oder Benjamin Franklin. Es gab zwar noch *Anti-Gambling Laws*, doch erfassten diese Lotterien nicht.<sup>221</sup>

„Lotteries organized for public projects ... were not regarded at all as a kind of gambling; the most reputable citizens were engaged in these lotteries... It was looked upon as a kind of voluntary tax for paving the streets, erecting whavers, buildings etc., with a contingent profitable return for such subscribers as held the lucky numbers.“<sup>222</sup>

**168** Lotterien wurden damit als etwas ganz anderes als Glücksspiel angesehen: Funktional handelte es sich vielmehr um eine Art freiwillige Steuer mit dem Bonus, dass man sogar etwas gewinnen kann. Lotterien sind gesellschaftlich legitimiert und respektiert, weil sie der Gemeinschaft dienen. Sie genießen einen Sonderstatus, der ursprünglich nicht einmal die Subsumtion unter das „Glücksspiel“ zulässt. Natürlich ist dies die Folge des Gegensatzes von „verderbt“ einerseits und „gemeinwohldienlich“ andererseits. Die positive Bedeutungszuschreibung, die an der Verwendung der Einnahmen hängt und symbolisch eingespielt wird, lässt sogar zu, dass die Teilnahme am Lottospiel zur „Bürgerpflicht“ wird.<sup>223</sup>

**169** Die Geschichte des Lotteriespiels sowohl in Deutschland als auch in den USA zeigt, dass die gesellschaftliche Legitimation genau dann sinkt, wenn die Gemeinwohlpoppelung gelockert oder gar aufgehoben wird. Historisch geschah dies im Zuge der zunehmenden Industrialisierung und der diese begleitenden Rationalisierung, an der auch die Lotterieverwaltungen teilhatten. Einerseits kam es zunächst zu einer flä-

---

<sup>220</sup> *Devereux*, *Gambling and the Social Structure: A Sociological Study of Lotteries and Horse Racing in Contemporary America*, 1980, S. 101 ff.; *Findlay*, *People of Chance* (Fn. 218), S. 31 f.; *Lutter*, *Märkte für Träume* (Fn. 83), S. 34 ff.

<sup>221</sup> *Lutter*, *Märkte für Träume* (Fn. 83), S. 37.

<sup>222</sup> *Spofford*, *Lotteries in American History*, zitiert nach *Lutter*, *Märkte für Träume* (Fn. 83), S. 37.

<sup>223</sup> *Dunstan*, *Gambling in California*, 1997, S. 8.

chendeckenden Ausbreitung in Form des genesischen Zahlenlottos, das bald auch nach dem Totalisatorenprinzip funktionierte und damit das Risiko der Veranstalter auf Null stellte.<sup>224</sup> Mit zunehmender Größe verloren sie andererseits aber nicht nur den persönlichen Charakter lokaler Organisationen, sondern steigerten auch ihr Profitstreben. Dies hing mit Gründen zusammen, die auch aus der heutigen Diskussion bekannt sind. Der Ausbau staatlicher Institutionen und die zusätzlichen Belastungen durch teurere Kriege und Modernisierungsnotwendigkeiten waren strukturell nicht mehr durch das hergebrachte starre Steuersystem zu finanzieren, so dass für das Mehr an Staatlichkeit neue Einnahmequellen erschlossen werden mussten. Die Subventionierung sozialpolitischer und karitativer Bereiche bröckelte daher in wachsendem Maße. Der sich hieran anschließende massive soziale Legitimationsverlust setzte einen Diskursraum frei, in den schnell sittliche, religiöse und moralische Argumente drängten und Druck für Verbote des Lotteriespiels aufbauten (zu diesen Argumenten und ihren heutigen Parallelen vgl. noch Rn. 206 ff.). Diese Argumente verbanden sich schnell mit dem Geist der Aufklärung und dem bürgerlich-liberalen Kampf gegen den Absolutismus. Die Lottereeinnahmen stützten auch ein zunehmend illegitimes, feudales und despotisches System der Fürsten; zudem fehlte eine unabhängige Kontrollinstanz, die dort, wo die Gelder noch karitativ verwendet wurden, die Ordnungsgemäßheit der Verwendung bestätigen konnte.<sup>225</sup> Parallel zu Deutschland wurde bezeichnenderweise in Frankreich das Lotto in der Französischen Revolution als Überbleibsel des *ancien régime* abgeschafft.<sup>226</sup> Die Reaktion auf diesen Druck in Preußen bestand darin, die Lottoeinnahmen nicht mehr der Ausstattung des Heeres, sondern den Invaliden, den Kriegsoptionen und Versorgungs-, Schul- und Armenanstalten zugutekommen zu lassen.<sup>227</sup>

**170** Das Legitimitätsvakuum, in das die Lotterieverbote eindringen konnten, wurde erst dann wieder gefüllt, als die Lotteriezwecke wieder auf konkrete, gemeinwohlgekoppelte Zwecke umgestellt wurden. Die erste große Legalisierungsbewegung in den USA

---

<sup>224</sup> Zunächst funktionierte es freilich nach dem Buchmacherprinzip und erlitt durch die Höhe der auszusüttenden Gewinne, die das staatliche Lotteriebudget manchmal bei weitem überstieg, den einen oder anderen Rückschlag, auch in Deutschland. So etwa endete das bayerische, von Kurfürst Karl Albrecht Mitte des 18. Jahrhunderts als Staatsbetrieb eingeführte Zahlenlotto aufgrund des Gewinnes eines Augsburger Kaufmanns in Höhe von 21000 Gulden; der Betrag musste in Raten ausgezahlt werden, durch andere staatliche Finanzmittel (etwa die Salzsteuer) bezuschusst und schließlich im Vergleichswege reduziert werden. Insgesamt stellten sich die Lotterien aber als gewinnbringende staatliche Einnahmequelle dar, etwa im Habsburgerreich, Frankreich und Spanien, später auch wieder in Bayern und Preußen. Bald errichtete praktisch jedes Fürstentum und Stadtgebiet sein eigenes Lottomonopol: Zunächst die großen Staaten Österreich, Bayern und Preußen, dann die kleinere Territorien: Kurpfalz, Würzburg und Bamberg, Sachsen-Coburg-Saalfeld, Sachsen-Hildburghausen und Augsburg, Mainz, Trier, Nassau-Usingen und Ansbach, Köln, Hamburg, Regensburg, Mecklenburg-Strelitz, Sachsen-Gotha und Holstein, Hessen-Kassel, Württemberg und Braunschweig. Bis Ende des 18. Jahrhunderts waren an etwa 40 Ausspielungsorten 30 staatlich geführte Lotteriespiele etabliert. *Lutter*, Märkte für Träume (Fn. 83), S. 42 f.

<sup>225</sup> *Lutter*, Märkte für Träume (Fn. 83), S. 51.

<sup>226</sup> *Dunkley*, Gambling: A Social and Moral Problem in France 1685-1792, 1985.

<sup>227</sup> *Lutter*, Märkte für Träume (Fn. 83), S. 53.

war eng damit verknüpft, dass katholische Kirchengemeinden das Bingospiel als Unterform des Lottos mit gemeinschaftlich-unterhaltsamem Charakter für karitative Zwecke zu etablieren begannen.<sup>228</sup> Dies führte die Bingoveranstaltungen zurück in einen Zustand der rechtlichen und moralischen Legitimität. Die große Popularität sorgte auch für breitere Akzeptanz in protestantisch geprägten Schichten: Sofern die Einnahmen gemeinwohlorientierten Zwecken zugutekommen würden, stimmte mehr als die Hälfte der Bevölkerung einer Einführung von Lotterien zu.<sup>229</sup> Lutter formuliert: „Die moralische ‚Sünde‘ des Glücksspiels kompensierte sich gewissermaßen durch die ‚Opfergabe‘ des gemeinnützigen, ‚sakralen‘ Charakters der wohlfahrtlichen ‚Spende‘.“<sup>230</sup>

**171** Nicht unähnlich verlief die Entwicklung in Deutschland. Im Gegensatz zu den USA entstanden hier zunächst kaum illegale Glücksspielmärkte, was u.a. an der Beibehaltung einer Klassenlotterie lag, die erst mit Kriegsende erlosch. Die Wiederbelebung, zunächst in Berlin, wurde gegenüber den Alliierten mit dringendem Mittelbedarf für den Wiederaufbau begründet. In der Tat wurde die Lotterie nach ihrer Genehmigung als „Aufbau-Lotterie“ beworben, deren Erlöse für den Wiederaufbau Berlins verwendet werden sollten.

**172** Ein größerer gesellschaftlicher Legitimitätsspender ist kaum denkbar. Das Projekt Wiederaufbau war für Nachkriegsdeutschland die wichtigste, vielleicht die einzig zählende Aufgabe; die Verknüpfung der Lotterie mit der Finanzierung der Wiederaufbauaufgabe, verknüpft mit der lokalen Radizierung in Berlin, kommt imaginativ in die Nähe der o.g. „Bürgerpflicht“. Entsprechend wurde die Lotterie angenommen; sie spielte erstaunliche 350.000 Reichsmark ein. Die zweite Lotterie wurde als „Große Weihnachtslotterie 1945“ veranstaltet, lieh sich zusätzliche Legitimität aus der religiösen und traditionellen, familiengebundenen Tradition und spielte das Doppelte ein.<sup>231</sup> Mit diesem „guten Zweck“ verbunden, war die Berliner Lotterie der Startschuss für die nachkriegsdeutschen Klassenlotterien. In Berlin selbst wurde die Berliner Stadtlotterie abgelöst durch die Deutsche Klassenlotterie Berlin (DKLB), eine Anstalt des öffentlichen Rechts, die 1953 das Berliner Lotto mit großem Erfolg einführte. Bereits im ersten Jahr konnte die DKLB 3,7 Millionen DM Empfängergruppen aus dem sozialen und kulturellen Bereich zuweisen; dem Berliner Haushalt flossen 4,1 Millionen DM zu. Auch Letzteres passt in die Gemeinwohlbindung, denn durch die isolierte Insellage und die daraus resultierenden Haushaltsengpässe Berlins wurde die Finanzierung des Berliner Haushalts ebenfalls zu einer politisch wichtigen Aufgabe nationalen Interesses; die Identität ganz Deutschlands schien von der Berlinfrage abzuhängen. Ihre Finanzierung war zweifelsohne eine gemeinnützige „Opfergabe“, die die

---

<sup>228</sup> *Devereux*, *Gambling and the Social Structure* (Fn. 220), S. 171 f.

<sup>229</sup> *Burk*, *Gambling: Glücksspiel in den U.S.A.*, 2000, S. 43.

<sup>230</sup> *Lutter*, *Märkte für Träume* (Fn. 83), S. 79.

<sup>231</sup> *Lutter*, *Märkte für Träume* (Fn. 83), S. 75.

moralischen und sittlichen Bedenken gegenüber dem Glücksspiel in den Hintergrund treten ließen.

**173** Während sich die nachfolgende Entwicklung und Umsatzsteigerung aus dem marktlichen Konkurrenzkampf der Lotteriegesellschaften der Länder untereinander erklärt, bleibt die Koppelung der Lotteriewerke mit dem „guten Zweck“ konstant. Sie prägt auch heute die Struktur des deutschen Lotterierechts. § 10 Abs. 5 des GlStV sieht vor:

„(5) Es ist sicherzustellen, dass ein erheblicher Teil der Einnahmen aus Glücksspielen zur Förderung öffentlicher oder gemeinnütziger, *kirchlicher* oder mildtätiger Zwecke verwendet wird.“

**174** Ähnliche Einnahmenezweckbindungen umschreiben § 14 Abs. 1 Nr. 1 („Eine Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn der Veranstalter 1. die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 9 des Körperschaftsteuergesetzes erfüllt...“, also eine Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse ist, die „nach der Satzung, dem Stiftungsgeschäft oder der sonstigen Verfassung und nach der tatsächlichen Geschäftsführung ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken“ dient), § 18 Nr. 2 („Die Länder können von den Regeln des Staatsvertrages für Lotterien abweichen, bei denen ... 2. Der Reinertrag ausschließlich und unmittelbar für gemeinnützige, kirchliche oder mildtätige Zwecke verwandt wird“) und § 30 Abs. 1, 2 GlStV („(1) Die zuständige Behörde kann eine Lotterie, die bei Inkrafttreten dieses Vertrages von mehreren Veranstaltern in allen Ländern durchgeführt wird und bei der der Reinertrag ausschließlich zur Erfüllung der in § 10 Abs. 5 genannten Zwecke verwandt wird, abweichend von § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 13 Abs. 2, § 14 Abs. 1 Nr. 1 und § 15 Abs. 1 Satz 3 erlauben. (2) Der Reinertrag von Veranstaltungen in der Form des Gewinnsparens muss mindestens 25 v. H. der Entgelte betragen. Der Reinertrag ist für gemeinnützige, kirchliche oder mildtätige Zwecke zu verwenden. ...“).

**175** Dies beschreibt exakt die Ertragsverwendung, die im Glücksspiel zeit- und länderübergreifend soziale Legitimation gestiftet hat. Die Länder haben sich mit diesen Regelungen passgenau in das gefügt, was sich historisch als für die gesellschaftliche Akzeptanz des Lotteriespiels unabdingbar erwiesen hat. In den Erläuterungen zum Ersten Glücksspielstaatsvertrag wurde konkretisiert, dass dazu „auch Maßnahmen der Suchtprävention und der Hilfe bei pathologischem Glücksspiel“ gehören. Dabei dürfte es sich um die Verlängerung der vom Gesetzgeber vorgetragenen Ziele des Staatsvertrags handeln; eine ebenso logische wie in die Zeit des reformierenden Wohlfahrtsstaates passende Ergänzung des früheren „karitativen“ Zwecks, der seine Sorge und Nächstenliebe durch säkulares Therapieren zeigt. Möglicherweise trägt auch dies zur Legitimität des Lotteriespiels in der öffentlichen Meinung bei, die den Zusammenhang von Spiel und Sucht begreift; notwendig wäre es aber – allein aus legitimitätsstiftender Sicht – wohl nicht gewesen. Die lange Geschichte der mildtätigen Gemeinwohlkoppelung des Glücksspiels zeigt, dass es allein darauf ankommt, gute, konkrete

Zwecke plausibel darzustellen und wirklich zu verfolgen. Das ist den Ländern in ihrer Ausführungsgesetzgebung und Praxis bislang gelungen. Sport, Kultur und Umweltprojekte sind die wesentlichen Nutznießer, wobei die Förderung des Sports – trotz der in Form und Qualität recht unterschiedlichen Länderregelungen<sup>232</sup> – am bekanntesten sein dürfte. Es ist ein Zeichen dafür, dass es um die Lebensqualität in Deutschland nicht schlecht bestellt ist, wenn *caritas* heute vor allem Sportförderung meint und dies sozial allgemein akzeptabel erscheint.

**176** Der EuGH hat sich der Gemeinwohlokoppelung von Lotto und Lotterie bislang in zwei verschiedenen Zusammenhängen zugewandt. *Zum einen* hat er im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Notwendigkeit der Maßnahme die Frage gestellt, ob es dem regulierenden Mitgliedstaat tatsächlich um die Abwendung von Bedrohungen für das von ihm vorgetragene Gut – der Suchtprävention – und nicht um die Verfolgung illegitimer, nämlich primär fiskalischer Zwecke, geht. In diesem Zusammenhang stellte er fest, dass „die Finanzierung solcher sozialer Aktivitäten nur eine erfreuliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik ist“.<sup>233</sup> Das ist nicht weniger als eine Selbstverständlichkeit. Erstens ist es Teil der „Ehrlichkeitsprüfung“, in der der EuGH vorgeschobene Gründe für die Beschränkung von Verkehrsfreiheiten von tatsächlichen Gründen trennt, um damit die Normativität der Verkehrsfreiheit zu schützen. Agierte er anders, bliebe von der verkehrsfreiheitsrechtlichen Grundregel nichts übrig, da „gute Gründe“ wohlfeil und überall verfügbar sind. Zweitens kann ein Mitgliedstaat natürlich nicht aus dem einzigen Grund ein marktbegrenzendes Staatsmonopol errichten, um Private als Wettbewerber auszuschließen, sich selbst als einzigen Marktakteur einzusetzen und dadurch Geld einzunehmen – wofür auch immer er es dann wieder auskehrt (vgl. bereits Rn. 144-148). Rein fiskalische Motive sind daher in ständiger Rechtsprechung als Begrenzungszweck ausgeschlossen. Keineswegs angedeutet ist damit ein Überspielen der Gemeinwohndienlichkeit im Rahmen der soziokulturellen Präferenzen der Bundesrepublik Deutschland durch die Marktdimension der Grundfreiheiten: Nur wenn der Mitgliedstaat dadurch im Markt agiert, dass er ausschließlich aus dem Motiv der fiskalischen Interessen heraus reguliert, kann er sich durch die gemeinwohlbezogene Verwendung der Gewinne „allein“<sup>234</sup> nicht rechtfertigen. Dagegen spielt der Gemeinwohlokonnex dann eine rechtlich tragfähige Rolle, wenn er in anderen als reinen Marktzusammenhängen steht.<sup>235</sup>

---

<sup>232</sup> Detaillierte Analyse bei *Scheuch*, Sportförderung durch Lotterie- und Wetterträge – ein Überblick über das Landesrecht, ZfWG 2014, 267.

<sup>233</sup> St. Rspr., hier etwa Urteil Markus Stoß u.a., verb. Rs. C-316/07, C-358 bis 360/07 und C-410/07, EU:C:2010:504, Rz. 104.

<sup>234</sup> Urteil Schindler, Rs. C-275/92, EU:C:1994:119, Rz. 60; Urteil Markus Stoß u.a., verb. Rs. C-316/07, C-358 bis 360/07 und C-410/07, EU:C:2010:504, Rz. 104.

<sup>235</sup> Urteil Schindler, Rs. C-275/92, EU:C:1994:119, Rz. 57, 60; Urteil Markus Stoß u.a., verb. Rs. C-316/07, C-358 bis 360/07 und C-410/07, EU:C:2010:504, Rz. 104.

177 Zum anderen hat der EuGH das Motiv der Finanzierung uneigennütziger oder im Allgemeininteresse liegender Aktivitäten im Zusammenhang mit der Kanalisierungsaufgabe des Staates aufgegriffen. Die Mitgliedstaaten sind befugt, eine Politik der kontrollierten Expansion der Glücksspieltätigkeiten zu verfolgen, um diese in kontrollierte Bahnen zu lenken; dazu ist neben der Zurverfügungstellung einer breiten Angebotspalette auch Werbung erforderlich.<sup>236</sup> Diese darf aber „nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, etwa indem das Spiel verharmlost oder ihm ein positives Image verliehen wird, das daran anknüpft, dass die Einnahmen für Aktivitäten im Allgemeininteresse verwendet werden“.<sup>237</sup> Auch dies ist nicht überraschend. Es ist Teil der üblichen Kohärenzprüfung sicherzustellen, dass die Maßnahmen des regulierenden Mitgliedstaates sich nicht gegenseitig außer Gefecht setzen. Ist das Ziel die Begrenzung, sind Maßnahmen, die auf Expansion zielen, verdächtig und im Zweifel unzulässig, weil sie die Erreichung des Ziels unterminieren und die Ernsthaftigkeit des Mitgliedstaats in Frage stellen.

178 Beide Zusammenhänge beschränken das, was der EuGH sagen will. Mit der ersten Aussage scheidet der EuGH unehrlichen Vortrag, mit der zweiten inkompetente Praxis der Mitgliedstaaten aus. Beides gehört zum täglichen Brot eines Gerichts, das mit der Überwachung des rechtlichen Funktionierens der Binnenmarktvorschriften beauftragt ist. Nicht Gegenstand der Entscheidungen des EuGH ist hingegen die Beurteilung gesellschaftlicher Legitimität des Lotteriespiels, die dieses von anderen Glücksspielen unterscheidet, oder die historische Exegese einer Regulierung, die tiefe Spuren in der sozialen Praxis der Mitgliedstaaten hinterlassen hat. Hier spielt die Ertragsverwendung, also die Finanzierung uneigennütziger oder im Allgemeininteresse liegender Aktivitäten, eine entscheidende Rolle, die auch positiv in die gerichtliche Beurteilung eingeht. Nicht umsonst zitiert der EuGH im Umfeld der beiden genannten Zusammenhänge regelmäßig den bereits früh entschiedenen Grundsatz, dass es durchaus eine Rolle bei der rechtlichen Kontrolle spielt, was mit den Gewinnen geschieht. In der Rs. *Schindler* sieht der EuGH die Ziele der Lotteriebegrenzung in den folgenden Erwägungen, die er als legitim anerkennt:

„Sie sollten Straftaten verhindern und sicherstellen, daß die Spieler fair behandelt werden, eine Anregung der Nachfrage nach Glücksspielen, die im Übermaß betrieben mit sozialschädlichen Folgen verbunden sind, verhindern und *dafür sorgen, daß Lotterien nicht zu privaten oder gewerblichen Gewinnzwecken veranstaltet werden können, sondern ausschließlich zu wohltätigen oder sport- oder kulturfördernden Zwecken.*“<sup>238</sup>

---

<sup>236</sup> St. Rspr., etwa Urteil *Placanica* u.a., verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, EU:C:2007:133, Rz. 55; Urteil *Markus Stoß* u.a., verb. Rs. C-316/07, C-358 bis 360/07 und C-410/07, EU:C:2010:504, Rz. 101 ff.

<sup>237</sup> St. Rspr., hier etwa Urteil *Markus Stoß* u.a., verb. Rs. C-316/07, C-358 bis 360/07 und C-410/07, EU:C:2010:504, Rz. 103.

<sup>238</sup> Urteil *Schindler*, Rs. C-275/92, EU:C:1994:119, Rz. 57 (meine Hervorhebung).

**179** Desweiteren konkretisiert der EuGH die bekannten „sittlichen, religiösen oder kulturellen Erwägungen, die in allen Mitgliedstaaten zu Lotterien ... angestellt werden“ und die „nicht außer Betracht bleiben“ können, in derselben Rechtssache wie folgt:

„Sie sind allgemein darauf gerichtet, die Ausübung von Glücksspielen zu begrenzen oder sogar zu verbieten und zu verhindern, daß sie zu einer Quelle persönlichen Gewinns werden.“<sup>239</sup>

**180** Auch dies nutzt der EuGH, um eine Rechtfertigung der britischen Lotteriemarktbeschränkung zuzulassen. Einen Schatten auf das Kommende wirft schließlich die Aussage, dass die Gemeinwohlbindung allein nicht ausreiche, um eine sachliche Rechtfertigung zu bieten; doch dürfe diese Tatsache in der Gesamtschau auch keinesfalls bedeutungslos bleiben:

„Schließlich ist, ohne daß dies allein als sachliche Rechtfertigung angesehen werden könnte, nicht ohne Bedeutung, daß Lotterien in erheblichem Maße zur Finanzierung uneigennütziger oder im Allgemeininteresse liegender Tätigkeiten wie sozialer oder karitativer Werke, des Sports oder der Kultur beitragen können.“<sup>240</sup>

Seither steht fest,

„...dass es nach ständiger Rechtsprechung zwar nicht gleichgültig ist, dass Geldspiele in erheblichem Maß zur Finanzierung solcher [uneigennütziger oder im Allgemeininteresse liegender] Aktivitäten beitragen können, dies allein aber nicht als sachliche Rechtfertigung von Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs angesehen werden kann.“<sup>241</sup>

**181** Damit bleibt es bei der Feststellung, dass der EuGH zwar im weiteren Umkreis der Gemeinwohlkonnektivität geurteilt hat, freilich beschränkt durch Unehrllichkeits- oder Inkompetenztests. Die Aussagekraft dieser Passagen ist begrenzt. Wichtig bleibt die Tatsache, dass der EuGH – entgegen dem Eindruck, der sich aus der Lektüre mancher Kommentierungen ergibt – den Gemeinwohlkonnex für alles andere als irrelevant hält. Das Argument wird nicht aus dem Diskurskontext entfernt, sondern bleibt ein legitimes Argument. Die eigentliche Frage, inwieweit der gesellschaftliche Kontext selbst die Beschränkung steuern kann, bleibt bis auf die (selbstverständliche) Tatsache, dass allein die Subventionierung guter Zwecke nicht zur Rechtfertigung taugt, unbehandelt. Das ist auch kein Wunder, denn die tiefe gesellschaftliche Dimension, die in einem echten Spannungsverhältnis zum Markt steht und nicht durch praktische Konkordanz aufgelöst werden kann, wurde auch noch nicht in Luxemburg vorgetragen. Grundsätzlich jedenfalls verschließt sich der EuGH ihr nicht. Im Gegenteil wird

---

<sup>239</sup> Alle Zitate Urteil Schindler, Rs. C-275/92, EU:C:1994:119, Rz. 60 (meine Hervorhebung).

<sup>240</sup> Ebd., Rz. 60 a.E.

<sup>241</sup> Urteil Markus Stoß u.a., verb. Rs. C-316/07, C-358 bis 360/07 und C-410/07, EU:C:2010:504, Rz. 104.

auch hier deutlich, dass er dem Vortrag soziokultureller Präferenzen die Hand reicht: Denn eine andere argumentative Spur, die Finanzierung von uneigennütigen oder im Allgemeinwohl liegenden Tätigkeiten „nicht ohne Bedeutung“ (so der EuGH in der Rs. *Schindler*) oder „nicht gleichgültig“ (so der EuGH in der Rs. *Markus Stoß*) sein zu lassen, existiert nicht.

**182** Überwiegend enttäuschend ist in diesem Zusammenhang die Rolle der nationalen Gerichte, die – obwohl sie in Gesellschaft und Kultur der Mitgliedstaaten viel tiefer verwurzelt sind als der transnationale EuGH – kaum einen Versuch unternehmen, den soziokulturellen Wirkungen der mitgliedstaatlichen Regulierungen auf die Spur zu kommen. Dies gilt auch für das Bundesverwaltungsgericht, das im Rahmen der Prüfung von Werbemaßnahmen ausschließlich auf die Dimension der Marktunvollkommenheiten abstellt und bei der Fernsehübertragung der Ziehung der Lottozahlen sowie der „Lotto hilft“-Kampagne eine übermäßige Anreizwirkung annimmt.<sup>242</sup> Auf dieser Grundlage untersagt es beide Maßnahmen auf der Basis der vom EuGH vorgegebenen Kohärenzprüfung. Das ist bereits in sich nicht vollständig schlüssig, denn wenn man, wie das Bundesverwaltungsgericht, von fehlender Lottospielsucht ausgeht, kann auch eine „anreizende“ Werbekampagne niemanden in die Glücksspielsucht hineinziehen, so dass die Lottoregulierung insgesamt schlüssig bleibt. Gerade vor dem Hintergrund der schwer durchzuführenden klaren Trennung von zulässiger nachfragelenkender und unzulässiger wachstumsfördernder Geschäftspolitik<sup>243</sup> wäre angezeigt gewesen, über die Gemeinwohldienlichkeit und ihre legitimationsspendenden Folgen sowie die Fernsehübertragung und ihre kulturellen und integrativen Wirkungen wenigstens Überlegungen anzustellen.

**183** Dass es bei dieser Legitimationswirkung im Lotteriebereich nicht immer bleiben muss, lehrt gleichfalls die Geschichte. So wie sich das liberale Bürgertum gegen die Lotterien mit dem Argument wandte, ihre Einnahmen stützten ein illegitimes Regime, die Verwendung sei nicht kontrollierbar oder die Einnahmen würden gar für Anderes als das Behauptete verwendet, so kann es zu Legitimitätseinbrüchen kommen, wenn die Verwendung der deutschen Lotteriemittel ganz intransparent oder gar nicht gemeinwohlgebunden wäre. Aus dem Verständnis dieses Mechanismus heraus dürften die Angriffe von den die private Glücksspielindustrie vertretenden Anwälten erklärbar sein, die die Nichtnachvollziehbarkeit und Intransparenz der Verteilung verurteilen.<sup>244</sup>

**184** Zu einem viel gewichtigeren Absturz der gesellschaftlichen Legitimität dürfte es freilich dann kommen, wenn die Gemeinwohlkoppelung durch eine Liberalisierung des Lotteriesektors ganz gelockert wird. Auch hier hat die lange Geschichte des Glücks-

---

<sup>242</sup> BVerwG, Urteil vom 20.06.2013 - 8 C 10.12 [ECLI:DE:BVerwG:2013:200613U8C10.12.0].

<sup>243</sup> Urteil Dickinger und Ömer, Rs. C-347/09, EU:C:2011:582, Rz. 69.

<sup>244</sup> *Hambach/Brenner*, in: Streinz/Liesching/Hambach, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, § 10 GlüStV Rn. 99.



spiels gezeigt, dass die Veranstaltung durch Private zwar praktischen Zuspruch in der Bevölkerung gefunden, gleichzeitig aber den legitimatorischen Zusammenhang durchbrochen hat. Sowohl in den USA als auch in Europa hat die Koppelung von Glücksspielveranstaltung und gutem Zweck dann funktioniert, wenn der „sakrale“ Zweck das sittlich „Verderbte“ in den Hintergrund rücken ließ; dies war regelmäßig nur bei Veranstaltungen der Fall, in denen das Gewinninteresse keine oder eine nur ganz untergeordnete Rolle spielte. Hierfür sprach immer dann eine Vermutung, wenn – wie fast durchgehend üblich – die Veranstaltung in der Hand des Staates lag und dieser seine fiskalischen Interessen moderierte. Die Veranstaltung durch Private partizipiert nicht an dieser Vermutung, im Gegenteil. Private werden als ökonomisch rationale Akteure auf dem Markt wahrgenommen; die Unterstellung einer vorrangigen Gewinnerzielungsabsicht liegt nahe.

**185** Es dürfte nicht allein die Gewinnerzielungsabsicht als solche sein, die den Legitimationszusammenhang stört, sondern die Verbindung von Gewinnerzielungs- und Bereicherungsabsicht. Gewinne erzielt auch die öffentliche Hand bei der Veranstaltung von Glücksspielen. Das ist weder umstritten<sup>245</sup> noch geschieht es aus Versehen. Jede kirchliche Tombola wird veranstaltet, um am Ende einen Gewinn zu erzielen. Was diesem Gewinn aber seine mammonhafte Anstößigkeit nimmt, ist seine Verwendung zugunsten eines wohltätigen Zwecks. Hieran mangelt es bei der privaten Glücksspielindustrie: Die Gewinnerzielungsabsicht steht im Dienste der Bereicherung Privater. Bereicherung ist weder unanständig noch frivol, sondern der wesentliche Treiber des Marktes. Lotterien aber sind, wie der EuGH und seine Generalanwälte anerkennen<sup>246</sup>, keine normale Wirtschaftstätigkeit. Mechanismen, Logiken und Folgen unterscheiden sich, und Motivationen nehmen andere Bedeutungen an. Was im Markt sonst selbstverständlich ist, ist hier destruktiv. Zerstört wird die Akzeptanzbelegung: Der Charakter der Veranstaltung wandelt sich in der öffentlichen Wahrnehmung von Gutmütigkeit und Wohlwollen zu etwas Prädatorenhaftem.<sup>247</sup> Der Charakter des Konsumenten wandelt sich von jemandem, der eine Art freiwillige Steuer zahlt und dafür auch noch gesellschaftliches Vergnügen genießt<sup>248</sup>, zu jemandem, der über den Tisch gezogen wird. Der Charakter der Geschäftsbeziehung wandelt sich von einer im Willen des Wohltätigen und gleichzeitigen Vergnügens vereinten Gemeinschaft zu einer Räuber-Beute-Beziehung.

**186** Die Linie, die diese beiden entgegengesetzten, für die gesellschaftliche Legitimation entscheidenden Wahrnehmungen trennt, ist unscharf und von großer Empfindlichkeit. Ihr liegt kaum Zählbares zugrunde: Zählbar ist vor allem der Gewinn, der aber in

---

<sup>245</sup> Vgl. die detaillierten Aufschlüsselungen ebd., Rn. 48 ff.; zudem reicht ein Blick in die Geschäftsberichte der Lottogesellschaften der Länder.

<sup>246</sup> Vgl. oben Rn. 29 ff.

<sup>247</sup> Dies ist auch durch Umfragen empirisch belegbar, vgl. die Nachweise in Anm. 308.

<sup>248</sup> Vgl. oben Rn. 167 f., 185.

beiden Varianten erzielt wird und erzielt werden soll. Es dürfte die sensible Währung „Motivation“ sein, die den Ausschlag gibt. Sie ist nicht objektiv messbar, da man Menschen – und in noch geringerem Maße Institutionen – in den Kopf schauen kann, sondern angewiesen ist auf Aussagen, die man glauben oder nicht glauben kann, und auf Verwendungsnachweise, die aber immer nur indiziellen Charakter besitzen und deren Beziehung zur tatsächlichen Motivation gelockert ist. Hundertprozentig belastbare Feststellungen sind vor diesem Hintergrund schwierig.

187 Gleichwohl lassen sich der langen Geschichte des Glücksspiels Anhaltspunkte entnehmen, wie diese feine Linie beeinflusst wird. Zum ersten dürfte als gesichert gelten, dass es nicht darauf ankommt, dass dann, wenn der Staat Veranstalter ist, der Gewinn vollständig zugunsten des konkreten „guten Zwecks“ ausgekehrt wird. Demokratische Staaten, anders als personalisierte Regime, erzielen Gewinne nicht zur „persönlichen“ Bereicherung, sondern zur Finanzierung staatlicher – und damit grundsätzlich dem Wohle aller dienender – Zwecke. Die Bürger finanzieren ihren Staat durch Steuern, Gebühren und Beiträge deshalb, weil dieses Geld (in den Worten von Oliver Wendell Holmes) der Preis ist, den sie für eine zivilisierte Gesellschaft zu zahlen bereit sind<sup>249</sup>: für Modernität, Schutz und Wohlstand. Dieses Geld sichert inneren Frieden und fördert das allgemeine Wohl, schützt das Eigentum, die Umwelt und die Schwachen, und ermöglicht den Markt; es bezahlt Ärzte, Lehrer und Polizisten, es baut Straßen, Schulen und Altenheime. Es finanziert auch diejenigen, die diese Aufgaben verwalten müssen; der moderne Staat ist, mit gutem Grund, ein bürokratischer Verwaltungsstaat. Selbst wenn die durch Lotterien erzielten Gewinne also teilweise<sup>250</sup> in den allgemeinen Staatshaushalt fließen, nimmt dies – in legitimen Demokratien<sup>251</sup> – dem guten Zweck nicht seinen wohltätigen Charakter.<sup>252</sup> Freilich existieren Grenzen, deren wichtigste wohl diejenige der persönlichen Bereicherung ist: Sollte sich herausstellen, dass die Glücksspielverwaltung sich Privilegien finanziert<sup>253</sup>, wäre dies hoch problematisch.

---

<sup>249</sup> U.S. Supreme Court, *Compania General De Tabacos De Filipinas v. Collector of Internal Revenue*, 275 U.S. 87, 100, dissenting; opinion (21 November 1927), Justice Holmes.

<sup>250</sup> Hier kommt es auch auf eine abgewogene Beziehung zwischen der Verwendung für konkrete gemeinwohldienliche Zwecke und die Verwendung im allgemeinen Haushalt an. Es ist selbstverständlich und gerichtlich allgemein anerkannt, dass der Staat sich im Glücksspiel nicht einfach zusätzliche Erwerbsmöglichkeiten sichern darf, um seine allgemeinen staatlichen Aufgaben zu finanzieren. Dies wird unter dem „primär-fiskalischen Interesse“ verstanden; vgl. statt vieler BVerfG NJW 2006, 1261 (1263); EuGH, Urteil Markus Stoß u.a., verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, EU:C:2010:504; Urteil Gambelli, Rs. C-243/01, EU:C:2003:597; Urteil Zenatti, Rs. C-67/98, EU:C:1999:514.

<sup>251</sup> In Staatsformen, die sich weniger Legitimität erfreuen, ist dies freilich anders; dies lehrt der bürgerlich-liberale Widerstand gegen das Glücksspiel, das durch eine feudalistisch-absolutistische Staatsgewalt betrieben wurde, vgl. oben Rn. 169, 183.

<sup>252</sup> Zum Ganzen statt vieler *Lepore*, Tax Time: Why We Pay, The New Yorker, November 26, 2012.

<sup>253</sup> Etwa *Adams/Tolkemitt*, Das staatliche Glücksspielunwesen: Eine wirtschaftswissenschaftliche und rechtspolitische Analyse des Deutschen Toto-Lotto-Blocks, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2001, 170 (in Fn. 32): „Der verdeckte Gewinnverbrauch durch die Unternehmensverwaltungen

**188** Zum anderen wird der Legitimationszusammenhang dann, wenn Private zu Lotterieveranstaltungen werden, nicht durch die Aufbürdung von Abgaben- und Steuerlasten hergestellt. Abgaben und Steuern sind gewissermaßen das gemeinwohlbezogene Gegengewicht zum rationalen Gewinnstreben auf dem Markt, das die kollektiven Interessen gegen die individuellen Interessen balanciert. Nicht berührt sind dadurch die zugrundeliegenden eigennützigen Zwecke des Glücksspielanbieters, dem es um Umsatzsteigerungen zur eigenen Bereicherung geht und dem durch die finanziellen Lasten nur Schranken bei gleichbleibender Motivationslage auferlegt werden. Die Beziehung zwischen Anbieter und Konsument wäre maßgebend gewandelt. Auch kann man an der Effektivität der Besteuerung zweifeln – im Steuer- und Abgabenrecht gibt es immer Lücken und Ausweichmöglichkeiten –, so dass insgesamt die Legitimationskette zu lang und instabil würde, um die gesellschaftliche Akzeptanz im gleichen Maße sicherzustellen wie bei der Aufgabenerfüllung durch den Staat selbst. Dies wirft zugleich ein Licht auf die staatliche Motivlage für die Monopollösung. Es wäre ein Leichtes, das Monopol durch Konzessionierung und gleichzeitige finanzielle Lasten für private Anbieter zu ersetzen, und würde der mit rechtlichen Mitteln geführten Monopoldiskussion die Spitze abbrechen. Dass sich Staaten, darunter die Bundesrepublik, dagegen wehren, mag ein Hinweis darauf sein, dass sie sich in einer historisch beglaubigten Regulierungstradition sehen, die neben den fiskalischen Aspekten andere Hintergründe mit größerer gezogenem, gesellschaftlichen Radius besitzt.

*b) Vom Magischen Denken zur gesellschaftlichen Integration*

**189** Am Zahlenlotto zeigt sich, dass der Webersche Entzauberungsprozess der Moderne keineswegs vollendet ist, sondern sich dialektisch vollzieht.<sup>254</sup> Das Spiel kann rational, insbesondere sozialökonomisch beschrieben werden und in seinen Ausprägungen als Teil einer sich institutionell und sozial ausdifferenzierenden Gesellschaft eingeordnet werden. Viele Eigenarten, insbesondere im Hinblick auf die Entstehung legaler und illegaler Märkte sowie auf die sozial-ethischen Anschauungen der Bevölkerung, sind ohne weiteres stimmig wissenschaftlich nachzuvollziehen und spiegeln die zunehmende Rationalisierung. Auf der anderen Seite aber bleiben im Lottospiel Elemente übrig, die wie Trümmer in der Landschaft einer rational erschlossenen Welt herumliegen und uns zu Touristen von Imaginationen werden lassen, die längst versunken zu sein schienen. In der Geschichte des Lotteriespiels wurden die Zahlen von Waisenkindern gezogen, weil diese für besonderes Glück standen; beim Zahlenlotto führen „Systemspieler“ riesige Ergebnislisten, um dann Zahlen anzukreuzen, die lange nicht gezogen wurden. Auch heute benutzen viele Spieler besondere Glückszahlen (etwa

---

drückt sich aus in marktwidrig überhöhten Gehältern, luxuriösen Büros, angenehmen Arbeitszeiten und vorzüglichen Ruhestandsregelungen, einem noblen Fuhrpark und in einer regen und global ausgerichteten ‚Dienstreisstätigkeit‘.“

<sup>254</sup> Caillois, Die Spiele und die Menschen: Maske und Rausch, 1960.

taucht die Zahl 19 – als Teil des Geburtsjahrs – weit überdurchschnittlich oft auf), und die „Lottofee“ bringt ihre glücksbringenden Kräfte durch das Fernsehen und die Titelseiten der Boulevardpresse in die Wohnzimmer.

190 Gerade an der Lottofee, die stellvertretend für eine beeindruckende Inszenierung des Lottospiels steht, lässt sich studieren, dass auch die Moderne ohne Magie nicht auskommt und dass das magische Denken – bei aller Problembeladenheit, die es für das problematische und pathologische Glücksspiel besitzt – eine positive und durchaus rationale<sup>255</sup> Rolle spielen kann. Die Ziehung der Lottozahlen hat sich in Deutschland über einen langen Zeitraum hinweg zu einem nationalen Ritual entwickelt, und erst das Bundesverwaltungsgericht hat im Jahr 2013 – mit einem inhaltlichen Eifer, den man von europarechtlichen Konvertiten kennt, und einer methodischen Umsetzung, die an eine repositorenhafte, aber dekontextualisierte Subsumtion erinnert – eine kleine Zäsur herbeigeführt.<sup>256</sup> Alles an der Ziehung der Lottozahlen war choreografiert, vom bevorzugten Sendeplatz bis zum Tanz der Bälle und der Moderation durch die „Lottofee“. Seit Mitte 2013 wird die Ziehung nur noch im Internet live übertragen, doch hat selbst dies nicht zu einem schnellen Vergessen der integrativen Momente geführt<sup>257</sup>: Das kulturelle Archiv der kollektiven Erinnerung besitzt noch immer für die Lottofeen wie etwa Karin Tietze-Ludwig einen ikonographischen Sonderplatz.<sup>258</sup> Nicht verändert hat sich die Verlesung und weitere Verbreitung der Zahlen in den Nachrichtensendungen des Öffentlich-rechtlichen Fernsehens und Rundfunks, die gleichfalls durch kanonisierte Sätze („Und nun die Lottozahlen.“) eingeleitet werden. Aus der Magie wird ein Skript der nationalen Integration<sup>259</sup>, in der alle gleich hoffnungsvoll und mit gleichen minimalen Chancen, also egalitär, auf eine Glücksmaschine starren, die nicht nur Träume, sondern auf fast wundersame Weise auch nationale Integration mit einer eigenen Erinnerungskultur<sup>260</sup> produziert. Die

---

<sup>255</sup> Hutson, *The 7 Laws of Magical Thinking: How Irrationality Makes Us Happy, Healthy, and Sane*, 2012.

<sup>256</sup> BVerwG, Urteil vom 20.06.2013 - 8 C 10.12 (ECLI:DE:BVerwG:2013:200613U8C10.12.0). Vgl. auch bereits Rn. 182.

<sup>257</sup> Im Gegenteil wurde über diese Entscheidung des DLTB in allen Medien umfassend berichtet und sie kommentiert, vgl. statt vieler nur <http://www.bild.de/news/inland/lotto/neue-gluecksbringer-fuer-die-online-ziehungen-31029506.bild.html> („Doch wer jetzt befürchtet, dass es jetzt mit der Lottofee vorbei ist, täuscht sich!“).

<sup>258</sup> Vgl. etwa Fn. 260.

<sup>259</sup> Die Kontinuitäten sind leicht verfolgbar. So wie seit der frühen Neuzeit Lotteriezahlen durch Waisenkinder gezogen wurden, denen man außerordentliche Glücksgriffe zutraute, wurden beispielsweise die ersten Zahlen der Lotterie „6 aus 49“ im Oktober 1955 durch das 12jährige Waisenkind Elvira Hahn, die erste Lottofee, gezogen.

<sup>260</sup> Die Berichterstattung über den 60. Jahrestag der Ziehung „6 aus 49“ im Oktober 2015 war in Deutschland flächendeckend ausführlich (statt vieler <http://www.haz.de/Nachrichten/Panorama/Uebersicht/60-Jahre-Lotto-Gluecksspiel-mit-rundem-Geburtstag>; <http://www.berliner-zeitung.de/panorama/60-jahre-lotto-in-deutschland-die-sehnsucht-der-deutschen-nach-den-sechsrichtigen,10808334,32114858.html?originalReferrer=https://www.google.com>; <http://www.pressreader.com/germany/badische-neueste-nachrichten-karlsruhe/20151009/281891592103575/TextView>) und enthielt überall Rückblicke auf besondere Er-

Anbindung an Sendungen wie die *Tagesschau* oder *heute*, die Verkündung durch bundesweit bekannte und geachtete Nachrichtensprecher und die Berichterstattung in überregionalen Tageszeitungen lassen das Spielereignis zu einem medialen Symbol für eine Gemeinschaft werden, in der sich Zugehörigkeit zum Spiel und Zugehörigkeit zur Nation überlappen. So wie die Wetterkarte die Grenzen der politischen Gemeinschaft täglich reifiziert, bestätigt die Verkündung der Lottozahlen auch die Ausmaße der politischen Einheit. Die Vereinheitlichung der Ausrichtung durch den Deutschen Lotto- und Totoblock, der die föderale Vielfalt der zuständigen Länderlottogesellschaften zentripetal deutet, besitzt keineswegs nur Konsequenzen für die Effizienz der regulativen Kontrolle<sup>261</sup>, sondern vor allem anderen für die Formung einer imaginativen, vorgestellten Gemeinschaft.<sup>262</sup> Bestimmte Konsumgüter, weiß die Forschung, werden zu Kristallisationspunkten des politischen Kollektivs.<sup>263</sup> Das Lottospiel befindet sich in einer Liga mit der Schweizer Schokolade; die dunkle Seite dieses Zusammenhangs kann am Missbrauch der Klassenlotterie durch die Nationalsozialisten für ideologische und antisemitische Zwecke abgelesen werden.<sup>264</sup> Vor diesem Hintergrund kann es keine Verwunderung auslösen, dass diese imaginative Dimension im Lottospiel der politischen Dimension folgt, wenn sie neben der nationalen nun auch die europäische Ebene ergreift. Eurojackpot dient nicht nur – bezifferbar, messbar und vergleichbar – der Erhöhung der Gewinnsumme (und damit der Erschließung neuer Teilnehmermärkte), sondern auch – nicht bezifferbar, messbar oder vergleichbar – der Erstreckung eines Zugehörigkeitsgefühls auf die neue Ebene des Europäischen (und damit der Erschließung neuer Legitimität).

**191** Das Lotteriespiel aus dem deutschen Veranstaltungsmonopol des Staates zu entlassen hieße, diese magische Dimension des Spiels, die sich in modernen Zeiten zu gesellschaftsintegrativer Wirkung verdichtet, aufzugeben. Die Multiplikation der Veranstaltungen resultierte in eine Fragmentierung der Auslosungen, Verlesung und Belohnung. Das choreographierte Ritual käme an sein Ende, denn viele gleichzeitige,

---

eignisse sowie auf alle Lottofeen von Elvira Hahn über Karin Dinslage und Karin Tietze-Ludwig bis Franziska Reichenbacher und Ingrid El Sigai. Der Satz „Der Aufsichtsbeamte hat sich vor dieser Sendung von dem ordnungsgemäßen Zustand des Ziehungsgerätes und der 49 Kugeln überzeugt“ gehört zur deutschen Fernsehgeschichte (Wikipedia, [https://de.wikipedia.org/wiki/Ziehung\\_der\\_Lottozahlen](https://de.wikipedia.org/wiki/Ziehung_der_Lottozahlen)), Medien berichten regelmäßig über das Schicksal der Lottofeen (statt unzähliger Berichte nur <http://www.stern.de/panorama/gesellschaft/was-macht-eigentlich-----heike-maurer--das-schicksal-der-zdf-lottofee-3845806.html>).

<sup>261</sup> Kritisch *Jarass*, EU-rechtliche Probleme (Fn. 98).

<sup>262</sup> Zum Konzept: *Anderson*, Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism, 1983. Dazu etwa *Sarasin*, Die Wirklichkeit der Fiktion: Zum Konzept der “imagined communities”, in: *ders.*, Geschichtswissenschaft und Diskursanalyse, 2003, 150; *Laclau*, Emanzipation und Differenz, 2002, 65 ff.

<sup>263</sup> Das Netz der nationalen Identifikationsfiguren im nationalen Deutungsrahmen ist so vielfältig wie historisch reich und reicht vom 2CV von Citroën („Descartes mit Bolzen“) bis zur Schweizer Schokolade (*Rossfeld*, Schweizer Schokolade: Zum Verhältnis von Identität, Alterität und der Genese eines nationalen Symbols um 1900, in: *Kühschelm/Eder/Siegrist* (Hrsg.), Konsum und Nation: Zur Geschichte nationalisierender Inszenierungen in der Produktkommunikation, 2012, 47 ff.).

<sup>264</sup> *Paul*, Erspieltes Glück. 500 Jahre Geschichte der Lotterien und des Lotto, 1978, S. 149 ff.

ähnliche und doch in ihrer Ritualeigenschaft verminderten Auslosungen ergäben nicht das Ganze, das über die Summe seiner Teile hinausginge: Mit den Veranstaltern und Auslosungen fragmentierte sich das Auditorium und zerfiel in kleine Gruppen, deren Ziel nicht länger die Teilnahme am Magisch-Integrativen, sondern einzig der persönliche Gewinn wäre. Die säkularisierte Sakralität, der heilige Ernst der *Tageschau* und *Tagesthemen*, ginge in einer Vielzahl von um Aufmerksamkeit heischenden und daher immer glitzernderen Jahrmarktevents verloren. Das Skript, das viele Bürger seit Jahrzehnten kennen und das in der Lage ist, emotionale, sogar ins Politische schwappende Heimat zu verschaffen, würde dem Wettbewerb konkurrierender und in dieser Konkurrenz entwurzelnder Skripte preisgegeben, aus dem sich nichts mehr als die nackten Zahlen entziffern ließe. Es handelte sich m.a.W. um eine wahre Reformation der magischen Glaubenswelt gemeinschaftlicher Imagination, einen Schritt in die Profanität der ökonomischen Marktrationalität, die alles und jeden mit Kontingenz überzieht. Der Markt beruht gerade auf der Negation all jener Elemente, die das Politische ermöglichen, insbesondere Historizität und Individualität. Im Markt zählen beide nicht: Geld ist gedächtnislos und speichert in seiner Abstraktion nichts als Zukunft<sup>265</sup>; das Marktsubjekt ist lediglich ein Platzhalter für Interessen, die wiederum ein Vektor von Begierden sind. Einer Wirtschaft ist gleichgültig, wer hinter diesen Begierden steht und wie diese kontrolliert werden könnten. Hierin liegt begründet, warum die Wirtschaft – anders als das Politische – keine jurisdiktionellen Grenzen kennt, sondern ihrem Wesen nach eine globale Ordnung darstellt. Geldgeschäfte soll man nie mit Freunden (oder Feinden) machen, so dass der indizierte Partner für das Geldgeschäft „die uns innerlich völlig indifferente, weder für noch gegen uns engagierte Persönlichkeit“ ist.<sup>266</sup> Im Preis verschwinden Geschichte und Individualität, und in dieser völligen Indifferenz des Geldes, die Identitäten und historische Narrationen, Erfahrungen und Praktiken ignoriert, werden gewachsene Differenzen in artifizielle Differenzen, nämlich in Preisunterschiede verarbeitet. Dies ist das Gegenteil gesellschaftlicher oder gar politischer Integration, denn die gesellschaftliche Folge ist eine Art Liquidation: Man klebt nicht länger an der Scholle, sondern verliert die Bodenhaftung, wird nach der Liquidierung der Immobilie mobil und flüssig, liquide und beweglich. Man gewinnt Elastizität, verliert aber an Bestand. Die Gesellschaft baut dann auf Desubstantialisierung, Relativierung von politischer Verräumlichung und Individualisierung als Antwort auf die Substanz, Körperschaftlichkeit, Radiziertheit und Kollektivität nationaler Souveränität. Man kann diesen Schritt durchaus gehen, und vielleicht ist Liquidität tatsächlich ein Merkmal der späten Moderne.<sup>267</sup> Doch es ist ein revoluti-

---

<sup>265</sup> Baecker, Das Gedächtnis der Wirtschaft, in: ders. u.a. (Hrsg.), *Theorie als Passion*, FS Luhmann, 1987, 519 (526).

<sup>266</sup> Simmel, *Philosophie des Geldes* [1900], 1989, S. 290 f.

<sup>267</sup> Bauman, *Liquid Modernity*, 2000; ders., *Liquid Love*, 2003; ders., *Liquid Life*, 2004; ders., *Liquid Fear*, 2006; ders., *Liquid Times*, 2007; ders., *44 Letters from the Liquid Modern World*, 2010; ders., *Culture in a Liquid Modern World*, 2011; ders./Lyon, *Liquid Surveillance*, 2012; ders./Bauman/Kociatkiewicz/Kostera, *Management in a Liquid World*, 2015; ders./Donskis, *Liquid Evil*, 2016, i.E.

onärer Schritt, der nicht unter Berufung auf Marktunvollkommenheiten, sondern unter Abwägung aller relevanten Konsequenzen gegangen werden muss.

c) *Legitimation durch lebensweltliche Normalität*

192 Die hohe gesellschaftliche Legitimation des Zahlenlottos heute, die sich in der Jahresprävalenz von mehr als 40 % der Bevölkerung spiegelt und die nicht in ihrer ökonomischen Ratio<sup>268</sup>, sondern in der engen Verknüpfung mit dem Gemeinwohl angelegt ist, wird durch die große lebensweltliche Normalität gesteigert, mit der das Lotto- und Lotteriespiel im Alltag der Bürger verankert ist.

193 Hierzu gehört insbesondere die Art der Vermarktung. Ein dichtes Netz von etwa 24.000 Lotto-Verkaufsstellen umspannt das Bundesgebiet. Der Losverkauf ist als Konzessionssystem über den Einzelhandel organisiert. In nahezu allen Zeitschriften- und Tabakläden in Deutschland werden Lose angeboten. Der Loserwerb, und damit die Teilnahme am Spiel, ist damit für die Bevölkerung mit Alltagswissen, -bedürfnissen und -ritualen verknüpft, die den Konsum des Lotterieloses mit dem Konsum anderer alltäglicher Bedürfnisse assoziieren und in den Kontext einer vollkommen „normalen“ Alltagswelt einbetten. Man kann im Anschluss an die Soziologie von „unhinterfragt geltenden Lebenswelten des Alltags“ sprechen.<sup>269</sup>

194 Dies ist ein bemerkenswerter und bestimmender Gegensatz zu anderen Glücksspielen. Deren Angebot ist bereits räumlich, aber auch sozial abgesetzt und von der „normalen“ Lebenswelt abgetrennt. Spielcasinos, Spielhallen und Buchmacherbüros sind entweder in der Stadtperipherie oder in Gegenden angesiedelt, die sich von der alltäglichen Umgebung abheben, welche von der Vermarktung des Lotterieloses genutzt wird. Dies hängt vor allem mit der gesellschaftlichen Bedeutung zusammen, die den anderen Formen des Glücksspiels zugeschrieben wird. Sie gelten in vielerlei Hinsicht – ganz anders als das Lottospiel – als dubios, zwielichtig und anrühlich. Die Welt der Vermarktung dieser Glücksspiele ist das Andere der unhinterfragten Lebenswelt des Alltäglichen. Ihre Andersartigkeit erreicht in der Vorstellung von Spielern und Gesellschaft nicht selten die Qualität einer fast unreal anmutenden Parallelwelt, in der die normalen Zusammenhänge von Raum und Zeit aufgehoben sind und die daher – als das Andersartige – auch eine Flucht aus dem Alltag erlauben. Die sozialen Bedeutungszuschreibungen werden von den Anbietern dieser Glücksspiele mit großem Geschick und nicht selten ebenso großem Zynismus ausgenutzt, um den Konsum zu steigern. Dies reicht von der Fensterlosigkeit und dem Fehlen einer Uhr bis zur Um-

---

<sup>268</sup> Bei der Entscheidung zur Teilnahme am Spiel handelt es sich um ökonomisch irrationales Verhalten. Der stochastische Wert eines Loses liegt unter seinem Verkaufswert. Die Gewinnerwartung liegt im negativen Bereich. Aufgrund einer Ausschüttungsquote von etwa 50 % beträgt die zu erwartende Rendite etwa die Hälfte des getätigten Einsatzes. Lutter, *Märkte für Träume* (Fn. 83), S. 127.

<sup>269</sup> Schütz/Luckmann, *Strukturen der Lebenswelt*, 1975.

sonst-Kultur, in der den Spielern kostenlos Getränke und Snacks zur Verfügung gestellt werden, um ihnen Gründe zum Verlassen der Räumlichkeiten zu nehmen. Wissenschaftliche Studien, die diese Zusammenhänge erforscht haben, konvergieren in der Erkenntnis dieser Alterität der künstlich erzeugten Glücksspielwelt, in die das Normale, wenn überhaupt, wiederum nur artifiziell transportiert wird.<sup>270</sup>

195 Demgegenüber ist das Lottospiel ein Bereich, der zum Alltag vieler Menschen unproblematisch dazugehört; er ist gerade nicht das ganz Andere, sondern das Alltägliche; nicht die Flucht aus dem Leben, sondern Teil des Lebens, nicht die außergewöhnliche Alternative, sondern die normale Anreicherung. Der Nervenkitzel wird nicht in einem Universum der Halbwelt und des Halbseidenen, des Anrühigen und irgendwie Gefährlichen gesucht, sondern im Bekannten, Eigenen, Legitimen, sozial Akzeptierten und mit anderen Geteilten. Auch dort findet man das gesuchte Spannungsmoment; doch wird es nicht von der Alltagswelt abgesondert, sondern integriert.

196 Diese Integration – die aus suchtpsychologischer Sicht eine viel gesündere Form des Spielens ist, da sie die Gefahr der Isolierung, die Suchtverhalten fördert, von vornherein minimiert<sup>271</sup> – äußert sich *erstens* in der Einbeziehung des Lottospiels in die täglichen Routinen<sup>272</sup>. Der Kauf der Zeitung oder Illustrierten wird mit dem wöchentlichen Erwerb des Lotterieloses verbunden. Studien berichten von Spielern, die ihre Lottoscheine zeitgleich mit dem Begleichen der Haushaltsrechnungen ausfüllen und in den gleichen Ordnern aufbewahren.<sup>273</sup> So wie der Erwerb des Loses und das Ausfüllen Teil der lebensweltlichen Routine sind, so ist die Mitteilung des Ziehungsergebnisses Teil von ihr. Sie wird durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zur besten Sendezeit geleistet und mit dem Fernseher – dem konventionellsten, weitverbreitetsten und akzeptiertesten Medium – mitten ins Wohnzimmer hinein übertragen. Die Nachrichten, ob *Tagesschau* oder *heute*, berichten darüber. Die gezogenen Zahlen werden durch

---

<sup>270</sup> Etwa die Beiträge in *Reichert et al.*, Jackpot. Erkundungen zur Kultur der Spielhallen, 2010; *Stiplosek*, Die Jagd nach dem Glück? Der Glücksspiel- und Sportwettenboom aus soziologischer Perspektive, 2008. Neuere Entwicklungen auf dem Markt – Spielhallen mit „Casino-Flair“ – wirken darauf hin, das Geschehen in der Spielhalle als völlig normales und gesellschaftlich angesehenes Erlebnis darzustellen. Durch die künstlich erzeugte Normalität innerhalb der Alterität sollen Hemmschwellen herabgesetzt und neue Kundenschichten angesprochen werden (*Reichert et al.*, Jackpot, S. 179 ff.). Das manipulatorische Artifizielle der Spielhallen-Umgebung hat Anlass zu Studien gegeben, die sich mit der Frage nach dem freien Willen des Konsumenten beschäftigen, etwa *Zappe*, Spielothek und Wahrheit, in: Koslowski/Priddat (Hrsg.), Ethik des Konsums, 2006, 137 ff.

<sup>271</sup> Statt aller *Becker*, Glücksspiel in Deutschland: Prävalenz bei verschiedenen Glücksspielformen, 2009; *Petry*, Glücksspielsucht: Entstehung, Diagnostik und Behandlung, 2003; *Meyer*, Glücksspiel (Fn. 151); *ders./Bachmann*, Spielsucht: Ursachen und Therapien, 1999; *Grüsser-Sinopoli/Albrecht*, Glücksspielsucht: Diagnostische und klinische Aspekte, in: Gebhardt/Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland: Ökonomie, Recht, Sucht, 2008, 538 ff.; *Alberti/Kellermann* (Hrsg.), Psychosoziale Aspekte der Glücksspielsucht, 1999.

<sup>272</sup> *Lutter*, Märkte für Träume (Fn. 83), S. 128 ff.

<sup>273</sup> *Kalt*, Das Spiel mit Geld, Glück und Konjunktiv. Schweizer Zahlenlotto: Alltagskulturelle Aspekte seiner Nutzung, Schweizerisches Archiv für Volkskunde 99 (2003), 177.



die Mündler der bekanntesten, respektiertesten, als objektiv und neutral bekannten, integersten und seriösesten Nachrichtensprecher der Republik verkündet, wodurch sich deren Aura derjenigen des Lottospiels leiht und langsam auf diese abfärbt. Die Mitteilung der neuesten weltpolitischen Entwicklungen und der Lottozahlen bevölkern exakt dasselbe Universum.

**197** *Zweitens* schafft die Tatsache, dass die Lottolose im unhinterfragten Alltagsritual erworben, bearbeitet und aufgelöst werden, Vertrauen. Die neuere Wirtschaftssoziologie hat den Wert der Einbettung der Akteure in soziale Beziehungen als Grundlage für das Entstehen und Funktionieren eines Marktes erkannt<sup>274</sup>, auch im Hinblick auf das Glücksspiel.<sup>275</sup> Eine Transaktion wird als sicher eingestuft, wenn der Nachfrager dem Anbieter ein gewisses Maß an Vertrauen entgegenbringt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Nachfrager den Anbieter persönlich kennt.<sup>276</sup> Im Lottospiel ist dies durchweg der Fall. Der Erwerb der Lose vom bekannten Verkäufer im Zeitungsladen um die Ecke, an dem man täglich vorübergeht, erzeugt nicht nur Routine und Integration, sondern auch Vertrauen. Die Ziehung der Lottozahlen durch die noch immer bekannte und dadurch vertraute Lottofee sowie die Verlesung des Ergebnisses durch den ebenso bekannten und vertrauten Nachrichtensprecher bringt das Spielerlebnis nicht nur mittels Fernseher in die eigenen vier Wände, sondern erzeugt gleichfalls Vertrauen. Der Lottomarkt, so wie er heute in Deutschland existiert, ist ein Markt, der durch großes Vertrauen gekennzeichnet ist. Zwar handelt es sich keineswegs um einen illegalen Markt, so dass die soziale Einbettung und das daraus resultierende Vertrauen, anders als bei illegalen Märkten, nicht zur Überwindung von Kooperationsproblemen auf dem Markt erhalten müssen. Jedoch ist auch das Lotto- und Lotteriespiel, bei aller Legitimation sozialer Eingebettetheit, Teil einer traditionell-religiös aufgeladenen Wertewelt, die nicht unbeeindruckt ist von den massiven Vorbehalten gegenüber Glück, Zufall und Geldwert ohne entsprechende Leistung, und die geprägt ist durch säkular-protestantische Arbeits- und Verdienstethik (vgl. noch Rn. 206 ff.). Das Vertrauen, das durch die Einbettung der Akteure in soziale Bezie-

---

<sup>274</sup> Das gilt vor allem bei unsicheren Bedingungen und unsicheren Märkten, m.a.W. bei der Entstehung von Schwarzmärkten unter Verbots- und Verfolgungsbedingungen: Vgl. *Granovetter*, Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness, *American Journal of Sociology* 91 (1985), 481; *Möllering*, Trust: Reason, Routine, Reflexivity, 2006; *Beckert*, The Great Transformation of Embeddedness: Karl Polanyi and the New Economic Sociology, MPIfG Discussion Paper 07/1, Max Planck Institut für Gesellschaftsforschung 2007. – Untersucht wurde dies auch illegale Lotteriemärkte, vgl. *Light*, Numbers Gambling Among Blacks: A Financial Institution, *American Sociological Review* 42 (1977), 892. Hier trifft sich das Argument der Eingebettetheit in der ökonomischen Soziologie mit dem der Philosophie und Kulturwissenschaft; rechtswissenschaftlich muss dies dogmatisch rückübersetzt werden, vgl. Rn. 48.

<sup>275</sup> *Lutter*, Märkte für Träume (Fn. 83), S. 66.

<sup>276</sup> Belegt insbes. durch Studien von Drogen- (*Braun/Berger*, Sozialkapital und illegale Märkte, in: *Franzen/Freitag* (Hrsg.), Sozialkapital: Grundlagen und Anwendungen, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Sonderheft 47, 2007, S. 343) und Gebrauchtwagenmärkten (*DiMaggio/Louch*, Socially Embedded Consumer Transactions: For What Kinds of Purposes do People Most Often Use Networks?, *American Sociological Review* 63 (1998), 619).

hungen hergestellt wird, vermag diese moralisch-sittlichen Bedenken in den Hintergrund zu drängen.

**198** *Drittens* erstreckt sich die soziale Einbettung des Lottospiels nicht nur auf das Verhältnis zwischen Anbieter und Nachfrager, sondern auch auf das weitere Umfeld des Nachfragers und damit auf größere Aspekte lebensweltlicher Integration. Die neuere Wirtschaftssoziologie hat auch die sog. „soziostrukturelle Einbettung“ eines Marktakteurs in den Blick genommen<sup>277</sup> und ist gerade beim Lotto- und Lotteriespiel – anders als bei allen anderen Glücksspielen – fündig geworden. Die „relationale Einbettung von Akteuren in Kommunikations- und Interaktionsstrukturen innerhalb eines sozialen Bezugsnetzwerks“ findet sich nicht nur bei illegalen Märkten, sondern wird auch in der Art und Weise sichtbar, wie Lottospieler ihre Zahlen bestimmen<sup>278</sup>, oder in der Beeinflussung des Spielverhaltens durch Angehörige oder nahe Gruppen.<sup>279</sup> Am deutlichsten wird dieser Punkt freilich bei der Marktnachfrageanalyse. Die erstaunlich hohe Nachfrage lässt sich jedenfalls zu einem Teil auch auf die Bildung von Spielgemeinschaften zurückführen.<sup>280</sup> Historisch-soziologische Untersuchungen weisen nach, dass ein großer Teil des Umsatzes auf die historisch gewachsene soziale Praxis des Gemeinschaftsspielens zurückgeführt werden kann, also auf das Teilen von Lotterielosen mit Freunden, Bekannten, Arbeitskollegen, Nachbarn und Familienangehörigen.<sup>281</sup> Hier bieten sich positive emotionale Gruppenerlebnisse, die die Möglichkeit des Gewinnens aus der ersten Reihe verdrängen und stattdessen eine Basis gemeinsamer Kommunikation darstellen. Die Spielaktivität wird Teil der Gruppenidentität und stellt Kohäsion her: Das gemeinsame Los konstituiert die Mitgliedschaft in der Gruppe und bildet das formale Kriterium für Inklusion/Exklusion. Zugleich werden durch diese Effekte auch Personen an das Spiel herangeführt, die sich sonst nicht beteiligen würden.<sup>282</sup>

**199** Im Gegensatz zu anderen Glücksspielformen ergibt sich aus dieser im Lotto einzigartigen gemeinschaftlichen Form des Spielens eine Reihe von Sekundäreffekten. Zum einen zeitigen diese Gemeinschaften einen (über die gleiche Gewinnchance hinausgehenden<sup>283</sup>) egalitären Effekt. Die kohäsive und sozialintegrative Wirkung, die das

---

<sup>277</sup> Zukin/DiMaggio (Hrsg.), *Structures of Capital: The Social Organization of the Economy*, 1990.

<sup>278</sup> Adams, *Playing the Lottery: Social Action, Social Networks and Accounts of Motive*, 1996.

<sup>279</sup> Browne/Brown, *Predictors of Lottery Gambling Among American College Students*, *Journal of Social Psychology* 134 (1994), 339.

<sup>280</sup> Dies gilt keineswegs nur für Spanien und Portugal, wo der Effekt am deutlichsten ist, sondern auch für die Bundesrepublik Deutschland. Vgl. Beckert/Lutter, *Wer spielt, hat schon verloren?* (Fn. 212), S. 260 ff.

<sup>281</sup> Garvía, *Syndication, Institutionalization, and Lottery Play*, *American Journal of Sociology* 113 (2007), 603; ders., *Loterías: Un estudio desde la nueva sociología económica*, 2008.

<sup>282</sup> Lutter, *Märkte für Träume* (Fn. 83), S. 184 f.

<sup>283</sup> Die Tatsache, dass jeder die gleiche Gewinnchance unabhängig von Status, Macht, Kenntnissen oder Vermögen besitzt, ist bereits ein starker egalitärer Faktor, dazu etwa Kalt, *Das Spiel mit Geld, Glück und Konjunktiv* (Fn. 273), S. 128 f.0

Gemeinschaftsspiel etwa einer betrieblichen Tippgemeinschaft auf das Betriebsklima ausübt, bindet Spieler aus unterschiedlichen hierarchischen und sozialen Stufen aneinander mit der Folge, dass Statusschranken aufgehoben sind. In der Gruppe ist jeder Spieler gleichberechtigt. Dies hat auch damit zu tun, dass das Lotteriespiel einfach ist, keinerlei soziale Voraussetzungen besitzt oder besondere Kenntnisse verlangt. Zum anderen existiert durch das Gemeinschaftsspiel eine soziale Kontrolle, die problematisches oder gar pathologisches Spielverhalten ausschließt. Spielgemeinschaften, wie sie im Lotto existieren, üben also einen dämpfenden Einfluss aus auf die Höhe der Spielausgaben; zugleich wirken sie egalitär-sozialkohäsiv.<sup>284</sup>

**200** Eine Freisetzung des Lotteriespiels aus den Begrenzungen des staatlichen Veranstaltungsmonopols würde die lebensweltliche Normalität des Spielens stören und all die Vorteile, die sich daraus ergeben, unterminieren. Die Multiplikation der Anbieter führte zu einem multiplizierten Angebotssystem. Da man davon ausgehen kann, dass mit den Verkaufsstellen Exklusivverträge abgeschlossen würden, würde das einheitliche, alltagsweltkonforme Vertriebssystem fragmentiert; unterschiedliche Verkaufsstellen würden Produkte unterschiedlicher Anbieter verkaufen. Das Regelmäßige und Routinehafte wäre zersetzt mit der Folge, dass die Integration des Spielens in die unhinterfragte Lebenswirklichkeit schwer fiel. Alltagswissen veraltet, Alltagsbedürfnisse werden anders oder gar nicht mehr befriedigt, und Alltagsrituale müssen verändert oder beendet werden. Bedenkt man darüber hinaus, dass der gesellschaftliche Legitimationszusammenhang zerstört ist (oben Rn. 183 ff.) und auch das Lotteriespielen dadurch wieder in den Bereich des Anrühigen, Dubiosen und Zwielfichtigen rückt, kann die Eingliederung des Spielens nicht länger gelingen. Die Verkaufs- und Spielörtlichkeiten werden, wie in anderen Segmenten des Glücksspiels, in soziale und räumliche Randlagen abwandern, so dass die alltagsweltliche Integration in der Folge noch schwerer fällt. Das Spielen findet nicht mehr in der Welt des Bekannten, Eigenen, Legitimen, sozial Akzeptierten und mit anderen Geteilten statt, sondern wird räumlich, zeitlich und gesellschaftlich abgesondert. Die Konsequenz dieser wachsenden Alterität ist ebenfalls aus anderen Segmenten des Glücksspiels bekannt, insbesondere die Isolierung des Spielenden, der sich aus seinem örtlichen und sozialen Umfeld herausbegibt und die Teilnahme am Spiel aus diesem fernhält. Dies begünstigt problematisches und pathologisches Spielen und stört die Vertrauensbeziehungen zur Umwelt. Unter solchen Umständen sind das routinemäßige gleichzeitige Ausfüllen von Losscheinen und Haushaltsrechnungen und das Abheften beider im gleichen Ordner nicht länger vorstellbar.

**201** Das gestörte Vertrauen bezieht sich nicht nur auf das unmittelbare soziale Umfeld des Spielers, sondern auf den gesamten Lotteriemarkt. War dieser bislang durch Vertrauen gekennzeichnet (oben Rn. 197), durchdringt ihn nun die Rationalität und Kommerzialisierung, die das Verhältnis zwischen Konsument und Anbieter in markt-

---

<sup>284</sup> Lutter, Märkte für Träume (Fn. 83), S. 185.

affinen Umwelten kennzeichnet (oben Rn. 106 ff.). Dieses Verhältnis ist nicht länger gutmütig-wohlgesonnen, sondern in sich problematisch (oben Rn. 185 ff.); es vermag das Dubiose, das sich mit Glücksspiel verbindet, nicht mehr zu verdrängen.

**202** Es gibt historische Vorbilder für diese Entwicklung. Es waren institutionelle Strukturänderungen, insbesondere die fortschreitende Kommerzialisierung und Rationalisierung, welche vor der Organisation der Lotterieranbieter nicht Halt machten, die dafür verantwortlich waren, dass sich die amerikanische Gesellschaft für Verbote starkmachte und den moralischen Zweifeln am Glücksspiel den Vorrang vor den „guten Zwecken“ einräumte. Die amerikanischen Lotterien verloren zunächst ihre lokale Anbindung und damit ihre persönliche Bezugsebene zur lokalen Gemeinschaft. Unter dem zusätzlichen Wettbewerbsdruck bewarben sie sodann die Teilnahme an den Lotterien nicht mehr mit dem Appell, gemeinnützige, identifikationsfähige Projekte zu fördern, sondern mit dem Versprechen, ohne große Anstrengung zu Wohlstand zu gelangen. Auch der „Ritualismus“ der Auslosungen mit dem gemeinschaftsbildenden Zeremoniell begann zu schwinden.<sup>285</sup>

**203** Auch dies würde sich am Horizont einer Freigabe abzeichnen. Die Ergebnisse einer Auslosung könnten nicht länger in den Tagesthemen mit dem Anstrich von Wichtigkeit und Ehrlichkeit verkündet werden, sondern würden aus dem ins Wohnzimmer gefunkten Tagesgeschehen in spezielle, weniger seriöse und bekannte Verkündungsmedien abwandern. Das wäre nicht nur eine Profanierung (oben Rn. 191), sondern zudem eine weitere Verfremdung des Spielvorgangs, die Fremdheit und Distanz erzeugt, Lebenswelten verändert und beim Spielenden bis hin zu Schamgefühlen und Vertuschungshandlungen führen kann.

**204** Weitere positive Nebeneffekte fielen fort. Dazu gehört zum einen die Erzeugung einer egalitären, von sozialen Hierarchien unabhängige Gemeinschaftlichkeit, die sich nur durch den Ablauf (und damit verbundenen Nervenkitzel) dieses einen (gleichfalls egalitären) Ereignisses auszeichnet. Unterschiedliche Anbieter weisen unterschiedliche Zahlen, Quoten, Chancen und Preise auf; mit den Anbietern differenzieren sich auch die Kundengemeinschaften aus. Auch gemeinschaftliches Spielen, wie es beim Lotto heute der Fall ist, wird – wenn überhaupt – nur noch in Grenzen möglich sein. Auch hier fallen soziale Unterschiede wieder ins Gewicht, und unter dem Vorzeichen des sozialen Stigmas, das sich nun auch wieder auf Lotterien erstreckt, fällt die sozialkohäsive Dimension praktisch ganz aus.

**205** Man kann all dies für den Preis dafür halten, dass der Lotteriemarkt liberalisiert wird und alle Anbieter gleichberechtigten Zugang erhalten. Dies freilich ist eine wichtige und hochsensible politische und gesellschaftliche Entscheidung, die unter Abwägung all derjenigen Parameter zu treffen ist, die auf dem Spiel stehen. Eine juristische Ent-

---

<sup>285</sup> Lutter, Märkte für Träume (Fn. 83), S. 56 ff.

scheidung hingegen, die die meisten relevanten Parameter gar nicht in den Blick nimmt, träge eine solche Entscheidung im Blindflug und würde ihrerseits die Legitimation des entscheidenden Gremiums gefährden.

d) *Ambivalenz der gesellschaftlichen Werte (1):*

*Leistung, Verdienst und säkularisierte protestantische Arbeitsethik*

- 206** Die soziale Einbettung von Marktregulierung lässt sich am Lotto- und Lotteriespiel mit unübersehbarer Deutlichkeit beobachten. Marktverhalten besitzt nicht nur eine ökonomische, sondern auch eine außerökonomische Bedeutung, sei diese rechtlicher, moralischer oder religiöser Natur. Das Glücksspiel reicht geschichtlich tief in diese Bedeutungen hinein; erst in allerletzter Zeit ist die ökonomische Dimension so stark geworden, dass sie die anderen Bedeutungen zu überlagern vermag – nicht zuletzt eine Folge der dekontextualisierenden, rein wirtschaftlich argumentierenden Kommission.
- 207** Es besteht kein Zweifel, dass die religiöse Bedeutungszuschreibung des Glücksspiels wirkmächtig und insgesamt negativ war, und dass diese Zuschreibung nach wie vor starke Wirkungen besitzt.<sup>286</sup> Sozialökonomien sind von Letzterem regelmäßig überrascht, denn der Paradigmenwechsel in den 1950er und 1960er Jahren, den Bürger nicht länger als Produzenten, sondern hauptsächlich als Konsumenten wahrzunehmen, müsse doch das moralische Stigma entfernt haben; dies freilich ist nicht so, vielmehr scheinen sich religiöse Diskurse und Diskurse über Irrationalität und Unproduktivität vermischt und gegenseitig verstärkt zu haben.<sup>287</sup>
- 208** Die Wurzeln reichen tief und lassen sich – statt in abstrakten Exegesen der Heiligen Texte – am ehesten an den historischen Episoden studieren, die zu Lotterieverboten geführt haben. Dies gilt natürlich zunächst für die USA<sup>288</sup>; die dortige Entwicklung der Verbote verlief freilich weitgehend parallel zu derjenigen in Europa. Die Verbote setzten Mitte des 19. Jahrhunderts ein und hatten mit einem Legitimationsverlust der Lotterien zu tun. Die meisten der Legitimationsspenden brachen nach und nach weg. Durch die zunehmende Rationalisierung, die ihren Spiegel in den institutionellen Arrangements der Organisation der Lotterieunternehmen besaßen, wuchsen deren Größe und deren Profitstreben. Die Folge bestand zum einen darin, dass die Lottogesellschaften ihren lokalen Charakter und damit die persönliche Bezugsebene zur lokalen Gemeinschaft verloren. Zum anderen verdrängte das Profitstreben zunehmend

---

<sup>286</sup> Aktuell: *Uecker/Stokes*, Religious Background and Gambling Among Young Adults in the United States, *Journal of Gambling Studies* 31 (2015), DOI 10.1007/s10899-015-9532-3; zuvor etwa *Lam*, The Influence of Religiosity on Gambling Participation, *Journal of Gambling Studies* 22 (2006), 305.

<sup>287</sup> "In the public debate the critique of gambling as immoral negative reciprocity is still current." *Binde*, Gambling, Exchange Systems, and Moralities, *Journal of Gambling Studies* 21 (2005), 445 (474).

<sup>288</sup> Vgl. auch Rn. 169.

die Gemeinwohlkoppelung: Die Erwirtschaftung eigener Profite stand über dem gesellschaftlichen Benefiz.<sup>289</sup> Der Appell an ein gemeinnütziges Projekt fiel fort, so dass sich die Spieler nicht länger identifizieren konnten: „Allmählich und bedingt durch die entpersonifizierte Delokalisierung verlor das Glücksspiel in der Wahrnehmung der Bevölkerung seine ursprüngliche gemeinnützige Konnotation.“<sup>290</sup> In den Vordergrund rückte hingegen eine Vermarktung, die immer stärker auf die individuelle Gewinnmöglichkeit und die Aussicht abstellte, ohne großen Aufwand und Einsatz zu Wohlstand gelangen zu können. Aufgrund des Anstiegs der absoluten Zahl an Lotterien und des dadurch verschärften Wettbewerbs intensivierten die Veranstalter ihre Werbemaßnahmen, was den Fokus auf leistungsfreie Gewinnmöglichkeiten noch steigerte, und diversifizierten ihre Veranstaltungsorte. Dadurch ging zudem der Ritualismus der Auslosungen verloren: Das gemeinschaftsbildende Element, das die „latente Ehrlichkeit und Gemeinnützigkeit der Lotterie unterstrich, begann zu schwinden“.<sup>291</sup> Verstärkt wurde der Legitimationsverlust durch Skandale, die mit Misswirtschaft, Korruption und Veruntreuung zu tun hatten sowie Bestechungsversuche einschlossen. Es bildete sich zudem eine illegale Lotterie – eine „Lotterie zweiter Ordnung“ – heraus, auf deren Basis in einem Sog der Liberalisierung die Losverkäufer ihre eigenen Lotterien zu organisieren begannen. Das Ergebnis war eine Erosion des öffentlichen Ansehens der Lotterien, die neben dem Erstarken der argumentativen Evergreens (Ineffizienz dieser Form der Finanzierung öffentlicher Güter, Begleitkriminalität, Spielsucht mit Kontrollverlust und finanziellem Ruin der Spieler) einen moralischen Raum für das Wiederaufleben der hergebrachten, religiös induzierten Anschauungen des Glücksspiels schufen.

**209** Die Argumente der Glücksspielgegner waren eingebettet in ein soziales Klima, in dem verstärkt protestantische Wertvorstellungen aufkeimten. Als Grund lassen sich Spannungen identifizieren, die mit der Industrialisierung, Urbanisierung, ökonomischem Wachstum und der damit zusammenhängenden sozialen Ausdifferenzierung einhergingen. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts formierten sich soziale Bewegungen, die gesellschaftliche Missstände durch die Rückbesinnung auf evangelikal-protestantische Werte zu bekämpfen suchten.<sup>292</sup> Im Rahmen von Erweckungsbewegungen wie dem *Second Great Awakening* kam es zur Gründung von Glaubensgemeinschaften, die Sklaverei, Diskriminierung von Frauen und Alkoholkonsum bekämpften; dieses Klima ergriff auch das Glücksspiel. Die Verbote waren mithin durch ein sowohl liberales als auch protestantisch-fundamentalistisches Gedankengut geprägt.

---

<sup>289</sup> Lutter, *Märkte für Träume* (Fn. 83), S. 56.

<sup>290</sup> Ebd., 57.

<sup>291</sup> Ebd., 58.

<sup>292</sup> Heideking/Mauch, *Geschichte der USA*, 2006, 103 ff.; Guggisberg, *Geschichte der USA*, 2002, 99 ff.

**210** Die Ähnlichkeit mit der Entwicklung in Deutschland ist frappierend.<sup>293</sup> Auch hier kam es (ab etwa 1765) zu moralischen Diskursen, deren Konsequenz umfassende Lotterieverbote waren. Bis 1848 erschienen allein in Deutschland mehr als 40 Erstpublikationen (ohne Nachdrucke und Neuauflagen) allein gegen das Zahlenlotto.<sup>294</sup> Auch hier setzten sich die Kritiker einerseits aus bürgerlich-liberalen, andererseits aus protestantisch-geistlichen Schichten (insbesondere protestantischen Pfarrern) zusammen. Die Argumente beinhalteten auch hier die bekannten und üblichen Schlagworte (Schädigung vor allem der ohnehin benachteiligten armen und ärmsten Schichten; Schwächung der regionalen Wirtschaft durch verringerte Konsumfähigkeit dieser Schichten; Spielsucht, auch „Lottosucht“ genannt). Daneben aber wurde ebenso vortragen, das Lottospiel verstärke abergläubisches und irrationales Denken; dies sei weder mit christlichen Wertvorstellungen noch mit den Prinzipien einer auf Rationalität, Kalkulation und Arbeitswillen ruhenden modernen Gesellschaft vereinbar. Das Lottospiel führe im Gegenteil zur Erosion dieser Werte.

**211** Lottospiel überbetone nämlich materielle Ziele, die durch rein zufällige, aleatorisch verteilte Gewinne leistungsfrei erreichbar seien. Damit zerrütete es Werte der methodischen Lebensführung, der Spar- und Genügsamkeit, der Entsagung, des Fleißes, der Selbstdisziplin und des leistungsorientierten Strebens.<sup>295</sup> Der Nervenkitzel untergrabe zudem die Besonnenheit und Nüchternheit. Auch die Übertreibung des materiellen Strebens an sich ist problematisch, da (etwa in puritanischer Ethik) das Ziel des Vermögenszuwachses nur ein sekundäres, nie ein primäres ist – nämlich als Nebenprodukt von Fleiß und als Zeichen der Auserwähltheit. Asketisches Leben verbietet gerade das Streben nach Reichtum als Endzweck. Wer Lotterien spielt, entfernt sich also von einer protestantischen Lebensführung, indem er in Antizipation hoher, zufallsverteilter Gewinne zu fatalistischer Einstellung und zum Glauben an leistungsfreien sozialen Aufstieg verleitet werde. Dadurch, so die Sorge, könne die Erwerbsmoral unterwandert werden und eine Gewöhnung an Disziplinlosigkeit und Müßiggang stattfinden. Dies steht in eklatantem Widerspruch zum Credo der aufkommenden Vorstellungen von Rationalität und Arbeitsethik. Nicht das Schicksal – das Los – müsse über sozialen Aufstieg entscheiden, sondern methodische Lebensführung, Strebsamkeit und Fleiß. Lottospiel ist in einem umfassenden Sinne irrational, nämlich rationalitätsavers, und erscheint in diesem Licht als archaisches Überbleibsel einer vormodernen Imagination (und hier schließt sich der Kreis zum „magischen Denken“, s. Rn. 189 ff.). Dies geht über individuelle oder karitative Sorge weit hinaus. Nicht der Schutz der Armen, sondern der Schutz der bürgerlichen, protestantisch geprägten Arbeitsethik steht im Zentrum, deren Auflösung die Integrationsfähigkeit des aufkommenden In-

---

<sup>293</sup> Lutter, Märkte für Träume (Fn. 83), S. 60.

<sup>294</sup> Weber, Zwischen gesellschaftlichem Ideal und politischem Interesse: Das Zahlenlotto in der Einschätzung des deutschen Bürgertums im späten 18. und frühen 19. Jahrhundert, Archiv für Kulturgeschichte 69 (1987), 116 ff. (128 f.).

<sup>295</sup> Lutter, Märkte für Träume (Fn. 83), S. 49.

dustriezeitalters bedroht. Es ist kein Zufall, dass das Zahlenlotto zunächst in den protestantischen Ländern verboten wurde, während das katholische Bayern lange zögerte und das katholische Österreich und das katholische Italien keine wesentlichen Verbotsunterbrechungen aufweisen.

**212** Hinzu kommt, dass das Hasardeurhafte und Spekulative des Glücksspiels auch dem Wesen des modernen Kapitalismus insoweit widerspricht, als dieser im Grunde nicht auf überbetontes Risiko und Ungewissheit ausgerichtet ist. Risikohaftes Handeln ist zwar Grundlage für Innovation und Gewinn, aber der vorherrschende Modus der Wirtschaft ist ein konservativer, nämlich die Vermeidung großer Risiken und Unsicherheiten. Sogar die Börse minimiert Großrisiken durch Streuung und Gegenversicherungen, und Spekulationen an der Börse waren erst nach einer diskursiven Abkoppelung der Spekulation vom moralisch zweifelhaften Glücksspiel bürgerlich akzeptabel – eine Disjunktion, die im Zuge der Finanzkrise ihren irreversiblen Status wieder verloren hat.<sup>296</sup>

**213** Es fällt nicht schwer, in dieser protestantisch gefärbten Kritik die von Max Weber ergründete Wachablösung des omnipotenten Gottes durch das omniprésente Geld im Geiste der protestantischen Arbeitsethik zu entdecken.<sup>297</sup> „Der heutige, zur Herrschaft im Wirtschaftsleben gelangte Kapitalismus ... erzieht und schafft sich im Wege der ökonomischen Auslese die Wirtschaftssubjekte – Unternehmer und Arbeiter – deren er bedarf [und bestimmt dabei] den Lebensstil aller einzelnen, die in dies Triebwerk hineingeboren werden – *nicht* nur der direkt ökonomisch Erwerbstätigen -, mit überwältigendem Zwange.“<sup>298</sup> Daher ist auch kein Gegenargument, dass Deutschland nicht in ähnlichem Maße fundamentalistisch-protestantisch geprägt wie die USA war und dass heute die Rolle der Religion ohnehin weitaus geringer ist als zur Zeit der Lotterieverbote.<sup>299</sup> In der Tat dürften religiöse Merkmale oder konfessionelle Bindungen in der Bundesrepublik heute von geringerem Gewicht sein als im 19. Jahrhundert oder als in den USA. Darum aber geht es gar nicht; es geht vielmehr um die säkularisierte protestantische Ethik, insbesondere um arbeitsethische und am Leistungsprinzip orientierte Überzeugungen, die ihre Wurzeln in der Religion besitzen und durch die Aufklärung und die Säkularisierung hindurchgereicht wurden.<sup>300</sup>

**214** Die Reibung dieser fortwirkenden Skepsis gegenüber dem Glücksspiel, die sittlich tief in die Mentalität der deutschen Bevölkerung eingegraben ist, rückt die Glücksspielre-

---

<sup>296</sup> Vgl. etwa *Vogl*, Das Gespenst des Kapitals, 2010.

<sup>297</sup> *Weber*, Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, 1905.

<sup>298</sup> Ebd., S. 37 und 203.

<sup>299</sup> Zu oberflächlich und geschichtsvergessen, dabei mit einem eigenen rational-modernen Pathos, der für die empirischen Untersuchungen instrumentalisiert wird: *Planzer*, Empirical Views on European Gambling Law and Addiction, 2014, S. 73 ff.

<sup>300</sup> Statt vieler: *Manow*, Religion und Sozialstaat: Die konfessionellen Grundlagen europäischer Wohlfahrtsstaatsregime, 2008.



gulierung in ein neues Licht. Es ist keineswegs so, als hätte der Staat eine lukrative ökonomische Aktivität unter Ausschluss von anderen Wettbewerbern auf dem Markt an sich gerissen, um Geld zu verdienen. Die außerökonomische Betrachtung der religiösen Kontexte zeigt stattdessen einen Staat, der sich der historischen Einbettung seiner Regulierung bewusst ist und die Konsequenzen aus dessen Geschichte zieht. Die religiöse Perspektive illuminiert eine Widerständigkeit des Regelungsgegenstandes, die weit über Marktunvollkommenheiten – Gewinntrachten, Begleitkriminalität und Bekämpfung und Prävention von Spielsucht – hinausgeht. Man kann, wie es etwa der EuGH tut, die Überbleibsel der religiös motivierten Normativität Sittlichkeit nennen. Es zeigt sich aber, dass die Erwägungen, die für eine Begrenzung des Marktes streiten, in Qualität und Quantität das überspielen, was von der Kommission und der privaten Glücksspielindustrie an Argumenten für die völlige Freistellung der Lotteriekaktivitäten vorgebracht wird. Denn es fällt natürlich nicht schwer, die heutige Form dieser Widerständigkeit in der öffentlichen Meinung wiederzufinden. Auch heute existiert eine Ambivalenz im Hinblick auf rein materialistische Ziele; der zugleich auffindbare individuelle Hedonismus wird regelmäßig temperiert von gesellschaftlichen Vorstellungen davon, was verantwortlich, gerecht, verdient und erstrebenswert ist. Der Leistungsgedanke hat an Wirkmacht nichts verloren, und bürgerliche Tugenden wie Fleiß, Disziplin und Sparsamkeit sind, wie die deutschen Reaktionen auf die griechische Eurokrise gezeigt haben, eben dies: nach wie vor geltende Tugenden.

**215** Ob sich Deutschland hierin von anderen Mitgliedstaaten der Union unterscheidet, wird wohl zu bejahen sein; was jedenfalls feststeht, ist die Tatsache, dass sich Deutschland in den Wurzeln seiner Mentalität von anderen Mitgliedstaaten unterscheidet und auch insoweit den Satz des EuGH von den großen Unterschieden zwischen den Mitgliedstaaten beglaubigt. Orientiert man sich nämlich an den jeweils vorherrschenden konfessionellen Mischungsverhältnissen, so bewegt sich Europa auf der Süd-Nord-Achse vom katholischen, über den gemischt-konfessionellen hin zum rein protestantisch geprägten Wohlfahrtsstaat. Auf der Ost/West-Achse bewegt man sich in den gemischt-konfessionell sowie dominant-protestantischen Ländern zugleich von einer Dominanz der lutherischen Staatskirche (Deutschland und wohl auch noch Schweden) hin zu einer immer größeren Bedeutung nonkonformistischer Strömungen, Freikirchen und protestantischer Sekten (etwa Schweiz, Niederlande, Großbritannien; schließlich müsste eine größere Landkarte auch noch die USA, Australien und Neuseeland nennen).<sup>301</sup> Wichtige Variationen, u.a. zwischen angelsächsischem und kontinentalem Modell, erklären sich aus der Variation der protestantischen Glaubensrichtungen, während sich wichtige Unterschiede zwischen südlichem, zentral-kontinentalem und nördlichem Modell des sozialen Kapitalismus aus der unter-

---

<sup>301</sup> *Heidenheimer, Secularization Patterns and the Westward Spread of the Welfare State 1883-1983: Two Dialogues About How and Why Britain, the Netherlands, and the United States Have Differed*, in: *Tomasson (Hrsg.), The Welfare State 1883-1983, Comparative Social Research Vol. 6, 1983, S. 3 ff.*

schiedlichen Bedeutung von lutherischer, protestantischer und katholischer Soziallehre erklären.<sup>302</sup>

**216** Noch stärker sichtbar wird dies zudem, wenn man auf einen weiteren Aspekt der Beziehung zwischen Religion und Glücksspiel blickt. Glücksspiele und monotheistische Religionen stoßen einander ab<sup>303</sup>, während dies für polytheistische Religionen nicht gilt, wo Glück im Spiel nicht selten ein Zeichen für Auserwähltheit oder spirituelle Gabe war. Glücksspiel war dort kein aleatorisches Spiel, sondern stand mit Religion im Wettbewerb als Spiel mit magischen Kräften oder wurde in sie eingebunden als Praxis zur Besänftigung der Götter oder zur Heilung.<sup>304</sup> Ein schärferer Wettbewerb mit gegenseitiger Ablehnung jedoch entstand in Bezug auf monotheistische Religionen, die das Glücksspiel in Richtung von Idolatrie rückten. Ein Echo dieser religiösen Missbilligung ist im Erlösungsglauben an Geld auffindbar, das mit der Religion eine Wahlverwandtschaft eingegangen ist.<sup>305</sup> Katholizismus, lutherischer und calvinistischer Protestantismus besitzen je eigene Umgangsweisen hiermit, wobei gerade der Katholizismus – der in manchen Gegenden (etwa Südtalien) über die Figur der Heiligen gewisse polytheistische Elemente beibehalten hat – sowohl Geld als auch Glücksspielen gegenüber weniger kritisch eingestellt ist.<sup>306</sup> Die unmittelbaren religiösen Grundlagen für die gesellschaftliche Missbilligung mögen verblasst sein; doch sind die Grundlagen nach wie vor wirkmächtig als Wurzeln aktueller Mentalitäten und Anschauungen, die auch in einer Moderne weniger mit dem Religiösen und Magischen

---

<sup>302</sup> *Manow*, Religion und Sozialstaat (Fn. 300), S. 31 ff.

<sup>303</sup> Auch im Koran ist Glücksspiel explizit untersagt, staatliche Lotterien gibt es in muslimischen Staaten nicht: *Rosenthal*, Gambling in Islam, 1975.

<sup>304</sup> *Binde*, Gambling and Religion: Histories of Concord and Conflict, *Journal of Gambling Issues* 20 (2007), 145.

<sup>305</sup> *Deutschmann*, Die Verheißung des absoluten Reichtums: Zur religiösen Natur des Kapitalismus, 2. Aufl. 2001; locus classicus: zunächst *Simmel*, Philosophie des Geldes [1900], 1989, sodann *Benjamin*, Kapitalismus als Religion, in: *ders.*, Fragmente, Autobiographische Schriften. Gesammelte Schriften Bd. VI, 1991, S. 100 ff. Dazu die Sammlung von *Baecker* (Hrsg.), Kapitalismus als Religion, 2003; weitere umfangr. Nachweise in *Haltern*, Geld und Recht, in: Bauer u.a. (Hrsg.), Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, FS Reiner Schmidt, 2006, S. 693 ff.

<sup>306</sup> Vgl. *Binde*, Gambling and Religion (Fn. 304), S. 154: "Popular Roman Catholicism in traditional southern Italy had, through the cult of local saints, a polytheistic character, and local belief systems included various forms of magic, sorcery, and witchcraft, as well as beliefs in spirits and non-Christian supernatural beings. These beliefs were so tightly integrated in the worldview of the common people that the Church, despite attempts to do so, was unable to suppress them. Thus, the religion that in southern Italy was associated with lottery gambling was in fact a polytheistic and animistic system of beliefs, transmitted from generation to generation mainly through oral tradition, and therefore liable to be subject to local variations and innovations." Vgl. auch *Lutter*, Märkte für Träume (Fn. 83), S. 109 ff.; *ders.*, Konkurrenten auf dem Markt für Hoffnung: Religiöse Wurzeln der gesellschaftlichen Problematisierung von Glücksspielen, *Soziale Probleme* 22 (2011), 28 ff.

der Vormoderne gebrochen haben als uns lieb wäre.<sup>307</sup> Aktuelle Studien zur öffentlichen Meinung über nationale Glücksspielregulierungen bestätigen dies.<sup>308</sup>

**217** Eine Regelung, die diese historisch gewachsenen, religiös grundierten und soziologisch-empirisch nachweisbaren Parameter ignoriert und sie dem ökonomisch begründeten Liberalisierungsprozess überlässt, wäre ein radikaler Bruch mit lange währenden und tief verwurzelten Einstellungen und Traditionen. Dafür mag Anlass bestehen, wenn man davon ausgeht, dass diese Einstellungen die verstreuten Ruinen einer atavistischen Anschauung sind. Der Eingriff des Rechts wäre dann eine zugleich reformierende und klarstellende Maßnahme, die die Mentalitäten, Wertevorstellungen und sittlichen Anschauungen der Bevölkerung zwar außer Acht lässt, dies aber mit dem Ziel, sie zu ändern, den Zeitumständen anzupassen und deutlich zu machen, dass die religiösen Geister der Vergangenheit angehören und der Ratio des Marktes Platz gemacht haben. Eine derartige juristische Intervention würde konform gehen mit der Fortschrittsnarration, die das Recht von sich selbst erzählt: Das Recht realisiert das Vernünftige im Politischen. Man findet diesen Fortschritt in der Vernunft in allen denkbaren Bereichen: Die Wissenschaften werden von falschen Glaubenssätzen befreit, die Natur wird gezähmt, wirtschaftliche Produktion wird rationalisiert, und seit Freud wird auch der Mensch einer Vernunfttherapie unterzogen. Das rechtlich gesteuerte Politische ist nur eine von vielen Instanzen des Fortschritts in der Vernunft. Der größere philosophische Kontext hierfür ist derjenige, der sich als Archimedischer Punkt in der Auffassung *Hans Blumenbergs* findet, wonach die Authentizität der Neuzeit auf einem radikalen Bruch mit der Vergangenheit, mithin auf einem eigenen Selbstverständnis beruht. Die Moderne ist ein sich selbst hervorbringendes Zeitalter.<sup>309</sup>

**218** An dieser Erzählung sind mehrere Fragezeichen anzubringen, schon allein deshalb, weil man der Selbstbeschreibung eines Systems in den seltensten Fällen Glauben schenken kann. In philosophischer Hinsicht steht längst fest, dass der Bruch der Moderne mit der Vergangenheit bei weitem nicht so radikal war wie angenommen. Konzepte und vor allem Bedeutungen sind durch die Aufklärung hindurchgereicht worden, ohne dass sie an Überzeugungskraft verloren haben. Nicht nur Werte, auch begriffliche Konstellationen sind Erbe des Christentums; die Trennung von Staat und Kirche hat nicht dazu geführt, dass diese obsolet geworden sind, sondern hat erst den Raum dafür geschaffen, dass sie aus der Religion in das Politische migrieren

---

<sup>307</sup> Kahn, *Out of Eden: Adam and Eve and the Problem of Evil*, 2007; Haltern, Notwendigkeit und Umriss einer Kulturtheorie des Rechts, in: Dreier/Hilgendorf (Hrsg.), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, ARSP-Beiheft Bd. 113 (2008), 2008, S. 193 ff.

<sup>308</sup> Pöysti, Comparing the Attitudes of Recreational Gamblers From Finland and France Toward National Gambling Policies: A Qualitative Analysis, *Journal of Gambling Issues* 29 (2014), 1; Amey, People's Participation in, and Attitudes Towards Gambling 1985–2005, 2005 (<http://www.dia.govt.nz>).

<sup>309</sup> Blumenberg, *Die Legitimität der Neuzeit*, 3. Aufl. 1997.

konnten.<sup>310</sup> Dort spielen sie eine elementare, häufig steuernde Rolle. Es dürfte auch demokratisch problematisch sein, darüber hinwegzugehen. Dies gilt umso mehr, als die entscheidenden Impulse aus Europa kamen und die Union hier wiederum das Klischee bedient, sich mit Demokratie schwer, mit rationalem Expertenmanagement aber leicht zu tun. Die Fokussierung auf ökonomische Ratio, die die Tiefenschichten von Regulierungen nicht einmal erwähnt, bestätigt diese Vorurteile und erinnert an eine modernistische Hybris, die dem lokalen Wissen und Wollen weder Raum noch Berechtigung einräumt.<sup>311</sup>

e) *Ambivalenz der gesellschaftlichen Werte (2):*

*Spannung und Träume zwischen Individualismus und Kollektivität*

**219** Den Schritt von den Ursprüngen der gesellschaftlichen Einstellung zur gesellschaftlichen Funktion macht wiederum die Soziologie. Sie wendet sich der Frage zu, warum trotz einer empirisch untermauerbaren sozialen Missbilligung des Glücksspiels<sup>312</sup> legale Glücksspielmärkte, insbesondere Lotteriemärkte, eingerichtet werden. Die Erklärung besteht darin, dass das Lottospiel eine Ventilfunktion besitzt, über die sich gesellschaftsstrukturell induzierte Frustrations- und Spannungszustände entladen.

**220** Zwar sind die Prinzipien des Glücksspiels den Prinzipien, die eine Gesellschaft stabilisiert, zunächst einmal genau entgegengestellt. Die routinisierten Mechanismen, die die Grundlage einer stabilen Sozialordnung sind, operieren gegen das Prinzip des Zufalls. Will man Sicherheit und Vorhersehbarkeit herstellen, muss man gesellschaftliche Unberechenbarkeit – also Zufall – so weit wie möglich eliminieren; dies gilt insbesondere in Gesellschaften wie den modernen, die Konformität und die Notwendigkeit von Routine prämiieren.<sup>313</sup> Gleichwohl erfüllt das Lottospiel insoweit eine stabilisie-

---

<sup>310</sup> Dies ist ein Gedanke, den Carl Schmitt popularisiert, allerdings auch mit Normativität versehen hat. Dies dürfte hoch problematisch sein. Ohne diese Normativität: locus classicus: *Kantorowicz*, Die zwei Körper des Königs: Eine Studie zur politischen Theologie des Mittelalters, 1992; *ders.*, *Mysterien des Staates: Eine absolutistische Vorstellung und ihre Ursprünge im Spätmittelalter*, in: *ders.*, *Götter in Uniform. Studien zur Entwicklung des abendländischen Königtums*, 1998, S. 263 ff.; außerdem *Hebe-kus/Matala de Mazza/Koschorke* (Hrsg.), *Das Politische*, 2003; *Koschorke/Lüdemann/Frank/Matala de Mazza*, *Der fiktive Staat. Konstruktionen des politischen Körpers in der Geschichte Europas*, 2007; *dies.*, *Des Kaisers neue Kleider. Über das Imaginäre politischer Herrschaft*, 2002; *Kahn*, *The Reign of Law*, 1997; *Manow*, *Im Schatten des Königs. Die politische Anatomie demokratischer Repräsentation*, 2008; *Agamben*, *Homo sacer*, 2002; *Wolf*, *Die Sorge des Souveräns: Eine Diskursgeschichte des Opfers*, 2004; *Haltern*, *Was bedeutet Souveränität?*, 2007; *ders.*, *Erklärungsnotstand des Liberalismus. Warum Rechtswissenschaft keine Wissenschaft der Politik ist*, in: *Senn/Puskas* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?*, ARSP-Beiheft 115 (2007), 145.

<sup>311</sup> *Scott*, *Seeing Like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*, 1998.

<sup>312</sup> *Orford/Griffiths/Wardle/Sproston/Erens*, *Negative Public Attitudes Towards Gambling: Findings from the 2007 British Gambling Prevalence Survey Using a New Attitude Scale*, *International Gambling Studies* 9 (2009), 39; *Pöysti*, *Comparing the Attitudes of Recreational Gamblers* (Fn. 308), 1 (3).

<sup>313</sup> *Bloch*, *The Sociology of Gambling*, *American Journal of Sociology* 57 (1951), 215 (217).

rende Funktion für die Gesellschaft, als es Spannungen auf der sozialen Ebene reduziert. Diese Spannungen resultieren aus Konflikten, die durch das Aufeinandertreffen der protestantisch-kapitalistischen Arbeitsethik einerseits und den Wirklichkeitserfahrungen der Akteure im System andererseits entstehen.<sup>314</sup> Sie sind mannigfach. Erstens steht, wie von Smith über Marx und Freud bis zu Weber viele wussten<sup>315</sup>, die psychologische Persönlichkeit manchen Anforderungen der protestantischen Ethik – Asketizismus und Selbstdisziplin – entgegen. Zweitens geht die automatische Verknüpfung von Fleiß und ökonomischem Erfolg fehl, da einerseits auch trotz harter Arbeit und Sparsamkeit die Ansammlung von materiellem Wohlstand unmöglich ist und andererseits sich Wohlstand auch ohne Fleiß einstellen kann.<sup>316</sup> Drittens ist das Wirtschaftssystem selbst in sich inkohärent: Sparzwang einerseits kollidiert mit Konsumzwang andererseits; Besonnenheit einerseits kollidiert mit risikoreicher Innovationskraft. Viertens schließlich vertragen sich kapitalistische Wertorientierungen nicht durchgehend mit außerökonomischen Wertorientierungen. Marktwerte wie rationales Selbstinteresse und Wettbewerb vertragen sich schwer mit christlichen Werten wie Brüderlichkeit und Demut; unpersönliche Marktbeziehungen stoßen sich an persönlichen Sozialbeziehungen. Gesellschaft und Gemeinschaft reiben sich<sup>317</sup>, und die Spannungen verwandeln sich in Konflikte, wenn sich, wie häufig, die Sphären überlappen.<sup>318</sup>

**221** Diese kulturellen Spannungen, zwischen denen Individuen diszipliniert und kontrolliert handeln, gleichzeitig aber flexibel, unternehmerisch und risikobereit sein sollen, lassen sich nicht auflösen, wohl aber dämpfen. Das Glücksspiel ist eine solche Institution, die als Sicherheitsventil eine Katharsiswirkung entfaltet.<sup>319</sup> Es ist einerseits Kompensation von Eintönigkeit, da es Abwechslung und Nervenkitzel verschafft. Es ist andererseits eine Form des Protestes gegen den gesellschaftlichen Primat der Rationalität: Das Glücksspiel steht für die Missachtung des rationalen und meritokratischen Prinzips. Durch die Konterkarierung der gesellschaftlichen Norm bietet es eine Ventilfunktion, den Stress der gesellschaftlichen Spannungen in gesellschaftlich akzeptabler Weise abzuarbeiten.<sup>320</sup>

---

<sup>314</sup> Zum Ganzen *Devereux*, *Gambling and the Social Structure* (Fn. 220).

<sup>315</sup> *Smith*, *Der Wohlstand der Nationen* [1776], 1981; *Marx*, *Das Kapital* [1867], 1962, 245 ff.; *Freud*, *Das Unbehagen in der Kultur*, 1931; *Weber*, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie* [1920/21], 1988.

<sup>316</sup> Etwa *Neckel/Dröge*, *Die Verdienste und ihr Preis: Leistung in der Marktgesellschaft*, in: Honneth (Hrsg.), *Befreiung aus der Mündigkeit: Paradoxien des gegenwärtigen Kapitalismus*, 2003, 93.

<sup>317</sup> *Tönnies*, *Gemeinschaft und Gesellschaft* [1887], 1969.

<sup>318</sup> Etwa *Schimank/Volkman*, *Die Ökonomisierung der Gesellschaft*, in: Maurer (Hrsg.), *Handbuch der Wirtschaftssoziologie*, 2008, 382.

<sup>319</sup> *Devereux*, *Gambling and the Social Structure* (Fn. 220).

<sup>320</sup> *Frey*, *Gambling: A Sociological Review*, *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 474 (1984), 107 (109).

222 Die gesellschaftliche Funktion des Lotteriespiels ist also eine dialektische. Indem es die hegemonialen gesellschaftlichen, hier vor allem ökonomischen und marktethischen Normen ignoriert, stabilisiert es zugleich exakt diese Normen. Das Missverhältnis zwischen kulturell definierter Erfolgsnorm und tatsächlich verfügbarer Mittelverfügbarkeit wird zwar nicht aufgelöst, aber aufgeweicht durch das mit dem Spiel verbundene Versprechen, durch einen glücklichen Zufall materiellen Wohlstand und damit Freiheit von Zwängen zu erreichen.

223 Die erste Pointe besteht dann darin, dass – wie bereits die Metapher des Ventils nahelegt – ein je nach sozialem Kontext eingrenzbarer und sich über die Zeit auspendelnder Gleichgewichtszustand zwischen Druck und Überdruck existiert. Die nationale Regulierung des Glücksspiels zeigt im Allgemeinen diesen Gleichgewichtszustand an. Die Regulierung dient dem Spannungsausgleich und reagiert quasi seismisch auf die sozialen und kulturellen Bedeutungen von Markt und Nicht-Markt. Eingriffe in diesen Zustand sind natürlich nicht unmöglich, zumal gesellschaftlicher Spielraum entsteht. Doch wäre wichtig, diese Zusammenhänge in die Regulierungsrevision mit einzubeziehen. Eine allein auf Marktunvollkommenheiten und auf die unmittelbar an der Transaktion Beteiligten abstellender Zugang verfehlt das Eigentliche – nämlich die kulturelle Basis und gesellschaftliche Funktion.

224 Die zweite Pointe besteht darin, dass die „gute“ Regulierung wohl in der Mitte liegt. Ein völliges Verbot des Spiels würde die gesellschaftliche Ventilfunktion vereiteln. Eine völlige Liberalisierung würde die gesellschaftlich konsentierten Werte konterkarieren und damit die Gesellschaft als solche destabilisieren. Exakt dies hat der große Soziologe *Talcott Parsons* in seinem Grundlagenwerk zum „Sozialen System“ festgestellt:

„On the one hand gambling performs important functions for large classes in the population, very similar to those of magic, as a kind of acting out tensions which are symbolically at least associated with the economic sphere. On the other hand the values and sentiments which in one connection justify or rationalize the objections to gambling play a highly significant role in the general value system, and full permissiveness to gambling could not be allowed without undermining these values in other important spheres.“<sup>321</sup>

### 3. Legitimes Ziel und Beschränkungen der Rechtfertigungsmöglichkeit

225 Dass es sich um ein legitimes Regulierungsziel handelt, die Effekte der gerade beschriebenen sozialen Einbettung zu bewahren und zu schützen, dürfte vor dem Hintergrund der Aussagen der Verträge zum Schutz nationaler Identität und kultureller Vielfalt der Mitgliedstaaten nicht zu bezweifeln sein. Der EuGH hat sich ohnehin be-

---

<sup>321</sup> *Parsons, The Social System, 1968, S. 307.*

reits aufgeschlossen gezeigt, indem er die Kategorie der soziokulturellen Präferenzen umstandslos den Mitgliedstaaten öffnete und bereits ohne entsprechende mitgliedstaatliche Argumentation bestimmte Konsequenzen aus ihrer Einschlägigkeit gezogen hat – der breite Ermessens- und Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten ist die vielleicht augenfälligste (vgl. zur Haltung des EuGH Rn. 141 ff.).

**226** Die Tatsache, dass die hier aufgezeigten Leistungen des Veranstaltungsmonopols nicht ausdrücklich in § 1 GlüStV gelistet sind, kann hieran nichts ändern. *Erstens* finden sich in den Zielsetzungen so gut wie aller Regulierungen keine Hinweise auf die gesellschaftlichen Konsequenzen. Die Regelungen zum britischen Pint oder zum deutschen Reinheitsgebot enthalten keinen Abschnitt dazu, dass es sich um Gegenstände nationaler Identifikation handelt; Apothekenregelungen sprechen nicht von der ästhetischen und lebensweltlichen Wirklichkeit der Kunden; Normen zur Pasta sinnieren nicht über Konsumprodukte als Kristallisationspunkt politischer Gemeinschaft. Sogar wichtige und wichtigste Normen machen ihre gesellschaftliche und politische Bedeutung nicht explizit. Art. 8 GG verliert kein Wort über die funktionale Wertigkeit von Versammlungen und Demonstrationen in der Demokratie. Gleichwohl wird diese Dimension nicht angezweifelt, und die Gerichte berücksichtigen sie und entscheiden Fälle auf ihrer Grundlage.

**227** *Zweitens* handelt es sich um Wirkungen und Effekte, die per se selten sozialtherapeutisch oder quasi-kybernetisch planbar sind. Sie sind ihrem Wesen nach anders geartet als konkret-bezifferbare Ziele, ohne dass sie dadurch an Wertigkeit verlören. Das Gegenteil dürfte der Fall sein. Die Konflikte, die sich zwischen Mitgliedstaats- und Unionsregulierungen ergeben, sind fast immer in der Dimension der gesellschaftlichen Wirkung angesiedelt und besitzen häufig eine diffuse Natur. Gerade hieraus aber ergibt sich das Spannungsverhältnis, das sich in die Frage übersetzen lässt, wo der Markt und das Ökonomische enden und die Vorstellungen darüber, wie wir eigentlich leben wollen, die Oberhand gewinnen.

**228** *Drittens* kann man die Erwägungen dazu, warum die Mitgliedstaaten diese Dimension in Brüssel und Luxemburg so selten vortragen (oben Rn. 119), auf die vorliegende Konstellation übertragen. Parlamentarier sind keine Soziologen oder Philosophen; auch sie fühlen sich dort argumentativ besser aufgehoben, wo Statistiken angeführt, Umfragen in Auftrag gegeben, Zahlen bis auf drei Ziffern hinter dem Komma angegeben und Policy-Begründungen greifbarer Art aufgeschrieben werden können. Fragen nationaler Identität, gesellschaftlicher Inklusion, unhinterfragbar geltender Lebenswelten und gesellschaftlicher Legitimität sind nicht nur schwerer „wissenschaftlich“ nachweisbar (auch aus dem genannten wissenschaftsneidischen Reflex heraus), sondern auch schwerer formulierbar. „Unpräzise“ oder „wolkige“ gesellschaftstheoretische Wirkungsargumente sind leichter uminterpretierbar und angreifbarer als harte Policy-Argumente; nackte Zahlen lassen sich leichter akzeptieren als deren Kontexte. Kein Parlament, kein Parlamentsausschuss und kein Parlamentarier will sich ver-

meidbarer Kritik aussetzen oder gar lächerlich machen. Zudem lässt sich parlamentarischer Konsens umso effizienter organisieren, je „kleiner“, greifbarer und nachzählbarer das Argument ist. Trotzdem ist allen deutlich, dass sich hinter der Zahl ein Kontext verbirgt, der entscheidend ist, und dass Policy in eine Narration eingebettet ist, die für die Gesellschaft und damit für die Gesetzgebung ausschlaggebend ist.

**229** *Viertens* wäre es ein Fehler zu glauben, dass sich die Ziele oder Funktionen der Maßnahme kohärent identifizieren ließen, auch wenn sie bezifferbar und als Policy formuliert sind. Die Suche nach einheitlicher und kohärenter Zielsetzung ist immer problematisch, denn sie ignoriert die Möglichkeit von Konflikten zwischen Ministerien oder unterschiedlichen Gewalten. Der Zweck einer Maßnahme mag zum Beispiel darin liegen, einen Kompromiss zwischen unterschiedlichen Zielauffassungen herbeizuführen; er mag auch absichtlich widersprüchlich sein, etwa um verschiedene Seiten zu befrieden oder im politischen Prozess Zeit zu gewinnen. Ein Gericht, das sich ausschließlich auf das Auffinden eines kohärenten Zieles konzentriert, daran die Prüfung des Grundsatzes des mildesten Mittels ausrichtet und Maßnahmen, die diesem Maßstab nicht gerecht werden, für nichtig erklärt, unterschätzt die Komplexität politischer Prozesse und unterminiert sie.

**230** *Fünftens* schließlich ist all dies gerichtlich anerkannt. In Bereichen, die der EuGH als integrationsrelevant identifiziert, rückt er von der Zielsuche ab und weist die Motivargumentation sogar als von vornherein unzulässig zurück; besonders augenfällig ist dies bei der Definition dessen, was genau ein Hemmnis für den innerunionalen Handel darstellt (oben Rn. 122 ff.). Dort, wo es aus Sicht der Integration zählt, spielen (auch noch so indirekte, potentielle und m.a.W. diffuse<sup>322</sup>) Wirkungen die entscheidende Rolle. Der Grund liegt in der Anerkennung, dass Ziele häufig nicht das Entscheidende sind, sondern dass Wirkungen, seien noch so diffus, die „Wahrheit“ der Regulierung häufig besser ausdrücken und damit der Norm ihren eigentlichen Sinn verleihen. Es ist ein Gebot der Logik, Fairness und Waffengleichheit, diese Erkenntnis nicht zu relativieren, nur weil es hier um Interessen der Mitgliedstaaten statt der Union geht.

**231** Die Konsequenz einer erfolgreichen Berufung auf die soziokulturellen Präferenzen ist zum einen ein reduzierter Kontrollmaßstab bei der gerichtlichen Überprüfung (vgl. bereits Rn. 66 ff.). Nicht nur bei den zu verfolgenden Zielen, dem zu wählenden Schutzniveau und dem dafür einzurichtenden Schutzsystem besitzen die Mitgliedstaaten weite Spielräume. Auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne begnügt sich dann mit verringerter Tiefe und Dichte (vgl. oben Rn. 69).

---

<sup>322</sup> Vgl. Urteil *Dassonville*, Rs. 8/74, EU:C:1974:82, Rz. 5: „Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen.“



**232** Dabei wird der EuGH nicht von seinen Kohärenzanforderungen abweichen. Insbesondere bleibt die Kontextualisierung auch nicht ohne Einfluss auf die Frage der horizontalen Kohärenz. Hierbei geht es um die Frage, ob die Regulierung eines bestimmten Glücksspielsektors nicht durch gegenläufige Maßnahmen und Entscheidungen in anderen Bereichen der mitgliedstaatlichen Glücksspielpolitik konterkariert wird.<sup>323</sup> Dabei erkennt der EuGH grundsätzlich die Befugnis der Mitgliedstaaten zu sektoralen Differenzierungen an und stellt im Wesentlichen auf die Funktions- und Zwecktauglichkeit der jeweiligen sektoralen Regelung ab.<sup>324</sup> Judiziert hat der EuGH dies im Hinblick auf das Ziel der Suchtprävention: Indizien dafür, dass die Funktionstauglichkeit nicht mehr gegeben ist, liegen dann vor, wenn ein Mitgliedstaat sich im Hinblick auf bestimmte Glücksspielarten für eine besonders strenge Regelung wie etwa ein Staatsmonopol entscheidet, gleichzeitig aber andere Glücksspielarten, denen ein höheres Suchtpotential innewohnt, weniger streng reguliert und einer auf Expansion gerichteten Glücksspielpolitik unterwirft.<sup>325</sup> Die Kommission meint, dies sei durch die strenge Regulierung von Lotterierprodukten mit geringem Suchtpotential einerseits und die weniger strenge Regulierung von anderen Glücksspielformen (Sportwetten, Automaten Spiele) andererseits der Fall<sup>326</sup> und wird in dieser Auffassung von rechtswissenschaftlichen Auftragsgutachten unterstützt.<sup>327</sup>

**233** Bereits im engeren dogmatischen Zusammenhang ist dies bezweifelbar: Da Glücksspielsucht nicht exogen, sondern endogen ist – wie etwa das Bundesverfassungsgericht anerkannt hat<sup>328</sup> und oben (Rn. 92) ausgeführt wurde – und damit eng mit dem verfügbaren Angebot zusammenhängt, kann das geringe Suchtpotential bei Lotto und das noch mäßige bis mittlere Suchtpotential bei anderen Lotterierprodukten gerade dadurch erklärt werden, dass die Regulierung streng ist. Sucht und Regulierung sind keine voneinander unabhängig operierenden Größen, bei denen die Regulierungsform einer objektiv von vornherein feststellbaren Suchtpotentialgröße folgt: Dies ist ein Missverständnis, das auf zu einfach gedachter Pseudo-Wissenschaftlichkeit beruht. Suchtpotential und Regulierung stehen vielmehr in einem inneren Zusammenhang und operieren wie kommunizierende Röhren (vgl. bereits oben Rn. 92).<sup>329</sup> Eine

---

<sup>323</sup> Urteil *Carmen Media*, Rs. C-46/08, EU:C:2010:505, Rz. 62 ff.; Urteil *Markus Stoß u.a.*, verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, EU:C:2007:602, Rz 95 ff.

<sup>324</sup> Urteil *Carmen Media*, Rs. C-46/08, EU:C:2010:505, Rz. 63; Urteil *Markus Stoß u.a.*, verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, EU:C:2007:602, Rz 96. Dazu statt vieler *Streinz/Michl*, in: *Streinz/Liesching/Hambach*, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, Art. 34 ff. AEUV Rn. 91 ff.; *Dietlein*, in: *ders./Hecker/Ruttig*, Glücksspielrecht – Kommentar, 2. Aufl. 2013, Einführung Rn. 48 ff.

<sup>325</sup> Ebd.

<sup>326</sup> EU PILOT 7625/15/GRWO (Fn. 13), S. 5.

<sup>327</sup> *Jarass*, EU-rechtliche Probleme (Fn. 98), S. 40 ff.

<sup>328</sup> BVerfG, Beschluss v. 14.10.2008 – 1 BvR 928/08 –, ZfWG 2008, 351 (354).

<sup>329</sup> Vgl. statt vieler *Meyer/Hayer*, Das Gefährdungspotential von Lotterien und Sportwetten – Eine Untersuchung von Spielern aus Versorgungseinrichtungen. Abschlussbericht an das Ministerium für Ar-

laxe Regulierung mit der Konsequenz einer allgemeinen und ständigen Verfügbarkeit von Lotto- und Lotterierprodukten wird das problematische und pathologische Spielverhalten ankurbeln.

**234** Der größere dogmatische Zusammenhang freilich streut nicht nur Zweifel an der Einschätzung der Kommission, und lässt den deutschen Regulierungsansatz als vom Prognose- und Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers gedeckt erscheinen, sondern bestätigt in viel stärkerem Maße den deutschen Ansatz. Dies liegt insbesondere an der Interdependenz von Rechtfertigungen, die auf Marktunvollkommenheiten abstellen, und Rechtfertigungen, die soziokulturelle Präferenzen in den Mittelpunkt stellen: Die beiden Linien der Rechtfertigung sind nicht unabhängig voneinander, sondern verstärken sich gegenseitig.

**235** Zum einen fragt das Kohärenzerfordernis danach, ob der Staat es mit der Verfolgung seines Zieles „ernst meint“<sup>330</sup> – eine Art „Ehrlichkeitstest“ –, und ob er es in geeigneter Weise fördert – eine Art „Inkompetenztest“.<sup>331</sup> Beide Tests vermag die deutsche Lotto- und Lotterieregulierung zu bestehen. Wenn es nicht nur um Marktunvollkommenheiten wie Spielsucht und Begleitkriminalität geht, sondern um soziokulturelle Besonderheiten, weitet sich der Blick auf die historischen, kulturellen und gesellschaftlichen Zusammenhänge. Das Veranstaltungsmonopol reiht sich in die Genealogie der deutschen Glücksspielregulierung harmonisch ein. Es nimmt die religiös grundierten, sittlichen Maßstäbe der Gesellschaft ernst. Es sorgt für gesellschaftliche Integrationskraft und stellt zugleich ein Ventil für den Ausgleich normativer Spannungen in der modernen Wertewelt dar. Vor allem durch die Gemeinwohldienlichkeit sichert es die gesellschaftliche Legitimität des Lotto- und Lotteriespiels, so dass all diese Funktionen trotz der sozialen Ambivalenz des Glücksspiels aufrechterhalten werden können. Eine andere Form der Lotto- und Glücksspielveranstaltung würde all diese Errungenschaften preisgeben. Inkompetenz lässt sich daher dem deutschen Gesetzgeber nicht vorwerfen, im Gegenteil: Er hält kompetent die Stellung gegen eine verengte Perspektive, die nur auf die Marktmöglichkeiten starrt und dem Ökonomischen eine – so ganz unverdiente – Vorrangstellung gegenüber allen anderen gesellschaftlichen Belangen einräumt.

**236** Vor diesem Hintergrund ist die deutsche Lotto- und Lotterieregulierung als Monopol weder unehrlich noch inkompetent. Sie tut genau, was sie tun soll: Sie bekämpft wirksam Spielsucht und Begleitkriminalität, erreicht gesellschaftliche Legitimität und Integration, berücksichtigt religiöse und sittliche Genealogie, stellt ein soziales Ventil zur Verfügung und sichert so die Art und Qualität des Lebens, die unter Berücksichti-

---

beit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen und an die Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. KG, Mai 2005, S. 37 ff. u.ö. m.w.Nachw.

<sup>330</sup> *Streinz/Michl*, in: *Streinz/Liesching/Hambach*, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, Art. 34 ff. AEUV Rn. 79.

<sup>331</sup> *Haltern*, in: *Frankfurter Kommentar zum EUV/AEUV*, 2016, i.E., Art. 36 AEUV Rn. 79.

gung der deutschen Besonderheiten mitgliedstaatlich-lokal am angemessensten erscheint.

**237** Zum anderen besitzt der horizontale Kohärenztest eine Gleichheitskomponente, die auch bei regelungstechnischer Trennung danach fragt, ob im Wesentlichen Gleiches auch gleich behandelt wird.<sup>332</sup> Kontextualisiert man die Glücksspielregulierung dergestalt, dass der gesellschaftliche Zusammenhang sichtbar wird, unterscheiden sich Lotto- und Lotteriespiele aber in wesentlichen Gesichtspunkten von anderen Glücksspielprodukten. Die soziokulturelle Kontextualisierung bestätigt insoweit Ergebnisse des Bundeskartellamts in anderem Zusammenhang<sup>333</sup>, nach dem die Glücksspiele ihrer Form nach nicht austauschbar sind, sondern sich in wesentlichen Gesichtspunkten unterscheiden. Dies gilt nicht nur in kartellrechtlicher, sondern auch und gerade in soziokultureller Hinsicht.

**238** Dies trifft erstens auf die Gemeinwohlkoppelung zu, die praktisch ausschließlich beim Lotteriespiel gewährleistet war. Die anderen Glücksspiele waren in der langen Genealogie des deutschen Glücksspielangebots nie in der Hand des Staates vereinigt. Ihre Gemeinwohlbindung war – soweit sie überhaupt gegeben war – stark gelockert und daher nie in der Lage, ein auch nur annähernd vergleichbares Maß an gesellschaftlicher Legitimität bereitzustellen. Dementsprechend unterscheidet sich auch die soziale Akzeptanz des Lotteriespiels von derjenigen anderer Glücksspiele. Während das Lotteriespiel, insbesondere das Lottospiel, historisch streckenweise gar nicht als „Glücksspiel“ verstanden wurde (vgl. oben Rn. 167 f.) und der „gute Zweck“ das gesellschaftlich Dubiose auf lange Sicht zu verdrängen vermochte, gilt dies nicht für andere Glücksspiele. Spielcasinos, Spielhallen und Automatenspiele sind sämtlich durch den klassischen „Glücksspiel-Makel“ gekennzeichnet, in dem sich in säkularisierter Form der sittliche Zweifel manifestiert, den die Gesellschaft gegenüber diesen Glücksspielformen hegt. Sie alle sind deutlich mit „prädatorenhafter“ statt „wohlwollender“ Bedeutung belegt und widersprechen den grundlegenden sozialen Werten von Leistung, Arbeitsethik und gerechter Entlohnung in nachdrücklicher Weise. Ausdruck dieser sozialen Marginalisierung ist die räumliche Marginalisierung, die sich in den Spielorten zeigt. Eine lebensweltliche Integration in alltagsbezogene Routinen findet dort, anders als im Lotteriespiel, nicht statt; statt durch harmonische und selbstverständliche Eingliederung zeichnen sich diese Bereiche eher durch spannungs- und vertrauensverlustbeladene Ausgrenzung aus. Ein gemeinschaftliches Spielen findet nur im Lotteriebereich, nicht in anderen Formen des Glücksspiels statt, was

---

<sup>332</sup> Vgl. wiederum *Streinz/Michl*, in: *Streinz/Liesching/Hambach*, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, Art. 34 ff. AEUV Rn. 79 ff. unter argumentativer Bezugnahme auf Urteil Hartlauer, Rs. C-169/07, EU:C:2009:141, Rz. 55 ff.

<sup>333</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 23.8.2006, B 10 – 92713 – Kc – 148/05. Vgl. dazu statt vieler *Kolb*, Die Veranstaltung von Glücksspielen: Eine Bestandsaufnahme und Überprüfung der bestehenden Veranstaltungsbeschränkungen für Private in der Bundesrepublik Deutschland anhand verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Grundsätze, 2009, 212 ff.

zu zusätzlicher Vereinzelung beiträgt. Die klinische Psychologie vermag Auskunft zu geben über Schamzustände und Vertuschungshandlungen, die das Gegenteil der Verhaltensweise beim Lotteriespiel sind. Auch zu Pferde- und Sportwetten bestehen große Unterschiede. Diese beinhalten zum einen nicht den egalitären Effekt, den das Lotto zur Verfügung stellt, da sich der Wettvorgang angeblich durch ein besonderes, Experten zugängliches Sonderwissen definiert. Zum anderen fehlt es auch hier an einer lebensweltlichen Integration in Alltagsroutinen und den gemeinschaftlichen Aspekten des Lotteriespiels. Eine Gemeinwohlkoppelung, die annähernd mit derjenigen des Lotteriespiels vergleichbar wäre, ist nicht vorhanden. Auch die Klientel ist unterschiedlich; Studien haben ergeben, dass die Spieler von herkömmlichen Lotterieförmern generell etwas besser ausgebildet sind.<sup>334</sup>

**239** Das Lotto- und Lotteriespiel steht vor diesem Hintergrund einzigartig da; es unterscheidet sich massiv von anderen Formen des Glücksspiels. Dadurch wird auch die gleichheitsrechtliche Frage des horizontalen Kohärenzgebots beantwortet, ob wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich behandelt wird. Was wesentlich ungleich ist, darf – oder muss – auch wesentlich ungleich behandelt werden.

## **D. FAZIT**

**240** Der EuGH ist bei der Eröffnung vielerlei legitimer Gründe für die Regulierung des Glücksspiels im Allgemeinen und des Lotteriespiels im Besonderen nicht „großzügig“, sondern reagiert angemessen auf den juristischen Makrokontext von Grundfreiheit und Ausnahmeregel: Dieser mandatiert die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, sich auf eine große Bandbreite von Rechtfertigungsgründen berufen zu können. Im Bereich der Grundfreiheit selbst ist zunächst die Nähe zur Bereichsausnahme zu konstatieren. Durch die Herausnahme der Glücksspielregulierung aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit (gegen die Vorstellungen der Kommission) haben die Mitgliedstaaten (und das Europäische Parlament) ihren deutlichen Willen bekundet, die volle Bandbreite an Rechtfertigungen unter dem Primärrecht einschließlich der „zwingenden Erfordernisse“ einschlägig sein zu lassen. Sodann ist die grundlegende Ratio der Verkehrsfreiheiten für die Glücksspielregulierung nicht einschlägig; im Gegenteil verkehren sich Vor- und Nachteile. In den Worten des Generalanwalts: „Die Umrahmung der Befugnisse der Mitgliedstaaten im Bereich der Glücks- und Geldspiele bezweckt daher nicht die Verwirklichung eines Gemeinsamen Marktes und die

---

<sup>334</sup> *Short/Penney/Mazmanian/Jamieson*, Lottery Ticket and Instant Win Ticket Gambling: Exploring the Distinctions, *Journal of Gambling Issues* 30 (2015), 6.

Liberalisierung dieses Tätigkeitsbereichs.“<sup>335</sup> Eine Chiffre für diese Tatsache sind die auch vom EuGH anerkannte „besondere Natur“ des Glücksspiels und seiner Regulierung sowie der „sehr spezifische Markt für Glücksspiele“. Um keine totalisierende, sondern eine differenzierende Lösung zu ermöglichen, sind die Verkehrsfreiheiten gleichwohl einschlägig zu halten; dies tut auch der EuGH in ständiger Rechtsprechung. Um der Schieflage der Ratio aber zu begegnen, ist im Gegenzug der Radius der Rechtfertigungsmöglichkeit möglichst groß zu ziehen.

**241** Dies geschieht in der Rechtsprechung des EuGH dadurch, dass er sowohl mitgliedstaatliche Argumente, die sich auf das Vorhandensein von Marktunvollkommenheiten beziehen, als auch solche, die auf die soziokulturellen Präferenzen der Mitgliedstaaten abheben, als legitime Regulierungszwecke anerkennt. Bislang lag der Schwerpunkt auf ersteren. Die Rechtfertigung gelingt. Erstens nämlich besteht bei herkömmlichen Lotterien durchaus eine relevante Suchtgefahr, wie sich etwa anhand der „Systemscheine“ zeigen lässt. Zweitens sind die verhältnismäßig geringe Suchtgefahren nicht unabhängig von der langen Regulierungsgeschichte, sondern gerade eine Resultante der strengen Regulierung: Suchtpotentiale sind endogen, nicht exogen, so dass eine Lockerung auch negative Auswirkungen auf die Suchtpotentiale hätte. Drittens sind Lotterien nicht gleichbedeutend mit dem langsamdrehenden „6 aus 49“, sondern umfassen auch schnelldrehende Lotterien wie „Quicky“ oder mit hohen Jackpots ausgestattete Lotterien wie „Eurojackpot“, die weitaus suchtfährlicher sind. Viertens besitzen die Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des EuGH im Glücksspielbereich einen weiten Ermessensspielraum bei der Schaffung eines Monopols. Fünftens sind Lotterien aufgrund der Tatsache, dass das Ereignis, auf das gewettet wird, und die Abwicklung des Spielvorgangs in einer Hand liegen, besonders manipulationsanfällig. Damit sind die in § 1 GlüStV geschützten öffentlichen Güter, die der EuGH als legitime Schutzgüter in gefestigter Rechtsprechung als legitim anerkennt, tatsächlich bedroht. Das Veranstaltungsmonopol ist auch geeignet, diesen Gefahren zu begegnen; insbesondere konterkarieren andere Lösungsmodelle in anderen Sektoren des Glücksspielrechts nicht die für die Lotterien gewählte Lösung. Sie ist auch erforderlich, insbesondere im Hinblick auf den weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten und der v.a. aus der fehlgehenden Verkehrsfreiheitsratio resultierenden Notwendigkeit, den Rechtfertigungsrahmen möglichst weit zu ziehen.

**242** Dennoch gerät die Rechtfertigung unter Berufung auf Marktunvollkommenheiten wie Sucht- und Kriminalitätsbekämpfung in ein Licht des Irrealen, was insbesondere an der medialen Aufbereitung der Suchtgeneigtheit des Lottospiels liegt. Es ist daher von großer Bedeutung, die Rechtfertigung auch auf jene Aspekte zu lenken, die keine geringere Rolle als zähl- und bezifferbare Prävalenzen spielen. Der EuGH hat diese Kategorie selbst als Kategorie der „soziokulturellen“ Präferenzen gekennzeichnet und mit dem Verweis auf die „sittlichen, religiösen und kulturellen“ Erwägungen der Mit-

---

<sup>335</sup> Urteil Liga Portuguesa, Rs. C-42/07, Schlussanträge GA Bot v. 14.10.2008, EU:C:2008:560, Rz. 249.

gliedstaaten die Einladung für eine Argumentation ausgesprochen, welche sich nicht auf Marktunvollkommenheiten beschränkt. Die Berufung auf die Kategorie der soziokulturellen Präferenzen rückt Erwägungen in den Vordergrund, die sich zwar weniger beziffern und quantifizieren lassen als ausrechenbare Marktunvollkommenheiten, aber an Relevanz diesen mindestens ebenbürtig sind. Sie nehmen Bezug auf Vorstellungen des guten und richtigen Lebens innerhalb einer politischen Gemeinschaft, auf Grenzen des Ökonomischen, auf gemeinsame Werte und die Notwendigkeit politischer statt wirtschaftlicher Entscheidungsfindung. Sie deklinieren im Bereich der Rechtfertigung eine Diskussion durch, die im Hinblick auf die Europäische Union an vielen Stellen – vom Akademisch-Disziplinären bis zum Gesellschaftlichen – geführt wird und den Graben zwischen dem Wirtschaftlichen und dem Sozialen zum Thema hat. Dass diese Kategorie der soziokulturellen Präferenzen noch nicht differenziert durchjudiziert wurde, hat mehrere Gründe, deren wichtigster der sein dürfte, dass sie in Luxemburg – wohl vor dem Hintergrund milieuspezifischer Berührungspunkte von Juristen, Ministerialbeamten und Parlamentariern – noch nicht ausreichend vorgebracht wurde. Der EuGH jedoch zeigt sich ihr gegenüber offen; seine Einladung zur Argumentation gilt es nun anzunehmen.

- 243** Die Zeichen stehen deshalb günstig, weil es kaum einen Bereich gibt, in dem die soziale Einbettung eines Marktes und seiner Regulierung derart deutlich auf der Hand liegt wie im Lotteriebereich. Nicht nur handelt es sich um einen (in den Worten des EuGH) nicht-traditionellen Markt, in dem die Ratio der Verkehrsfreiheiten unanwendbar ist, sondern die soziokulturelle Dimension der Regulierung und ihrer Materie ist offenkundig. Dies lässt sich an mehreren Umständen verdeutlichen.
- 244** Erstens lässt die lange Regulierungsgenealogie den Schluss zu, dass die monopolartige Veranstaltungsform, gekoppelt mit einem so deutlichen wie intensiven Gemeinwohlkonnex, keineswegs nur aus Gründen der Bekämpfung von Marktunvollkommenheiten wie Spielsucht und Kriminalität gewählt wurde, sondern vielmehr zu einer gesellschaftlichen Legitimation geführt hat, die das Lotteriespiel aus dem Kreis der Glücksspiele heraustreten lässt und imaginativ zu einer Art freiwilligen Steuer mit Spannungsbonus hat werden lassen. Die Teilnahme am Lotteriespiel ist in Deutschland kein marktrationales Konsumverhalten, sondern eine Tätigkeit, die Gemeinwohldienliches finanzieren will und insofern einen Legitimationszusammenhang herstellt, der demjenigen der Steuer – die ein Preis für Modernität, Schutz, Zivilisation und Wohlstand ist – in vielerlei Hinsicht gleicht. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung diesen Gemeinwohlkonnex für bedeutsam erklärt und nur für den Fall, dass er für reine Marktaktivitäten des Staates missbraucht wird, gebremst: Gemeinsam mit anderen Erwägungen ist die Finanzierung uneigennütziger oder im Allgemeininteresse liegender Tätigkeiten ein Teil der sachlichen Rechtfertigung. Dieser wichtige Legitimationszusammenhang, der weit in die Geschichte der deutschen Lotterieregulierung zurückreicht, würde durch eine allein auf Markterwägungen gestützte Freigabe zerstört.

- 245** Zweitens hat sich das Lotteriespiel in seiner Inszenierung und Choreographie längst – als moderne Variante des vormodernen „magischen Denkens“ – zu einem Kristallisationspunkt gesellschaftlicher Integration entwickelt. Es ist zu einem Kulturgut geworden, um das herum sich diverse Identitätsvorstellungen – von der politischen über die nationale bis zur kulturellen Identität – gebildet haben. Auch dies widerspricht deutlich der fehlerhaften Vorstellung, man könne das Universum des Lotteriespiels und seiner Regulierung rein ökonomisch ausmessen; denn Märkte schaffen aufgrund ihrer Negation von Individualität und Historizität weder Identität noch Gedächtnis, sondern lediglich gedächtnislose Platzhalter für Konsuminteressen. Das Liquide des Marktes ist der Radiziertheit der Lottoinszenierung und ihrer Folgen deutlich entgegengesetzt. Man kann ersteres dem letzteren vorziehen, doch bedarf es hierfür einer politischen und gesellschaftlich diskutierten Entscheidung, nicht einer administrativen oder judikativen, an Marktunvollkommenheiten orientierten Deziision.
- 246** Drittens ist das Lotteriespiel – wiederum im Gegensatz zu anderen Formen des Glücksspiels – in unhinterfragt geltende Lebenswelten des Alltags integriert. Diese Einbettung in Rituale des Alltags ist seiner monopolartigen Organisation geschuldet und schafft Vertrauen, gesellschaftliche Integration, soziale Kohäsion sowie eine spezifische Form der egalitären Inklusion. Ein Nebeneffekt ist die Vermeidung der sonst feststellbaren glücksspielspezifischen Alterität der Spielumwelt, so dass auch hier ein Grund für das geringe Suchtpotential zu finden ist. Eine Freisetzung des Lotteriespiels aus diesen Zusammenhängen würde diese Einbettung zerstören und alle aus ihr resultierenden Vorteile unterminieren.
- 247** Viertens reagiert die Lotterieregulierung in erster Linie auf eine den christlichen Wertvorstellungen geschuldete gesellschaftliche Konstellation von sozialen Annahmen über das Glücksspiel. Insbesondere die Überbetonung materieller Ziele, verbunden mit der zufälligen, aleatorischen Verteilung von leistungsfrei erreichbaren Gewinnen und sozialem Status widerspricht den Werten der methodischen Lebensführung, der Spar- und Genügsamkeit, der Entsagung, dem Fleiß, der Selbstdisziplin und dem leistungsorientierten Streben sowie der Besonnen- und Nüchternheit. Gerade im lutherisch geprägten Deutschland kam es zu einer Reibung mit Idealen wie dem asketischen Leben, in dem Vermögenszuwachs lediglich ein sekundäres Zeichen der Auserwähltheit sein konnte. Die Irrationalität des Glücksspiels bedrohte nach der Säkularisierung zudem die protestantisch beeinflusste Arbeitsethik, welche Rationalitätsaversion als archaisches Überbleibsel vormodernen und damit dem aufkommenden Industriezeitalter zuwiderlaufenden Denkens geißelte. Diese gesellschaftliche Ambivalenz gegenüber rein materialistischen Zielen, die individuellen Hedonismus temperiert, sowie bürgerliche Tugenden wie Fleiß, Disziplin und Sparsamkeit prägen noch heute die öffentliche Meinung zu Glücksspielen und damit die Legitimationskraft marktbeschränkender staatlicher Regulierung. Ein auf ökonomischen Erwägungen basierender administrativer oder judikativer Eingriff durch das Recht wäre ein radikaler Bruch mit lange währenden und tief verwurzelten Einstellungen und Tradi-

tionen, der zudem das Demokratieproblem europäischer Integration in besonderer Deutlichkeit neu konfigurieren würde.

- 248** Fünftens schließlich besitzt das Lotteriespiel eine soziale Ventilfunktion, über die sich gesellschaftsstrukturell induzierte Frustrations- und Spannungszustände entladen. Die sich widersprechenden Anforderungen, die die moderne Gesellschaft an ihre Mitglieder stellt, lassen sich zwar nicht auflösen, wohl aber in ihrer Wirkung dämpfen. Das Lotteriespiel entfaltet insoweit einen Katharsiseffekt, der in einer kontrollierten Konterkarierung gesellschaftlicher Normen besteht: Indem soziale Normen eingeebnet ignoriert werden können, werden sie insgesamt stabilisiert. Diese Dialektik führt im Ergebnis dazu, dass eine gute, gesellschaftlich differenzierte Lösung weder im Verbot noch in der gänzlichen Freigabe des Lotteriespiels bestehen kann. Die feine Linie, die hier zu ziehen ist, kann nur in engen Grenzen von Luxemburg kontrolliert werden.
- 249** Alle fünf Gesichtspunkte sind ohne weiteres unter die vom EuGH selbst eröffnete Kategorie der „sittlichen, religiösen und kulturellen Erwägungen“ subsumierbar. Sie kontextualisieren die deutsche Lotterieregulierung weit über das hinaus, was in der Kategorie der Marktunvollkommenheiten überhaupt sichtbar wird, und vermögen so der Regulierung eine Plausibilität zu verleihen, die in Inhalt und Form glaubwürdiger und einsichtiger ist als die Beschränkung auf marktaffine Aspekte der Regulierung. Lotterieregulierung ist im Wesen etwas kategorial Anderes als eine Verpackungsnorm für Schokoriegel. Diese historische, imaginative, gesellschaftliche und sittliche Dimension wird aus der Invisibilität geborgen und in einen Begründungszusammenhang versetzt, der dem deutschen Veranstaltungsmonopol seine Rechtfertigung verleiht.
- 250** Die dogmatische Folge dieser Argumentation besteht in einer veränderten Textur der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Im Hinblick auf die Notwendigkeit geht es nicht länger um den wissenschaftlichen Nachweis einer Bedrohung, sondern um die Plausibilisierung der Bedrohung, die aufgrund der zu befürchtenden sozialen Konsequenzen ohne weiteres geleistet werden kann und beim EuGH zudem auf Respekt vor den mitgliedstaatlichen Eigentümlichkeiten tief verwurzelter, moralisch begründeter und institutionell und historisch pfadabhängiger Wertentscheidungen stößt. Im Hinblick auf die Geeignetheit und die Erforderlichkeit gesteht der EuGH den Mitgliedstaaten zudem außergewöhnlich weite, aber gerechtfertigte Prärogativen zu. Insbesondere in Bezug auf die im Kohärenzgebot enthaltenen Ehrlichkeits- und Inkompetenztests zeigt sich, dass der auf soziale Zusammenhänge geweitete Blick das deutsche Veranstaltungsmonopol als sowohl ehrlich als auch kompetent erscheinen lässt: Es tut genau, was es soll, indem es – neben dem Ziel der Bekämpfung von Spielsucht, Kriminalität und Schwarzmärkten – gesellschaftliche Kohäsion und Legitimität erreicht, die reiche sittliche und religiöse Regulierungsgenealogie berücksichtigt, ein soziales Ventil zur Verfügung stellt und die Art und Qualität dessen, was sich die Deutschen als gutes Leben vorstellen, unter Berücksichtigung der lokalen Besonderheiten am an-



gemessensten sicherstellt. Im Ergebnis wird das Lotterieveranstaltungsmonopol durch die Zusammenschau der Linien einer auf Marktunvollkommenheiten und einer auf soziokulturelle Präferenzen abstellenden Argumentation viel plausibler; die Erwägungen ergänzen sich in harmonischer Weise und lassen das Monopol unionsrechtlich abgesichert erscheinen.

**251** Die Judizierung dieser Argumente gäbe den Mitgliedstaaten Gelegenheit, gesellschaftlich höchst relevante Aspekte der Integration, Legitimität und Wertegebundenheit des Lotteriespiels vorzutragen und damit die Monopolregelung einsichtiger zu erklären; sie gäbe dem EuGH Gelegenheit, die Grenzen des Ökonomischen in der europäischen Integration anzusprechen und jedenfalls für einen Teilbereich – das Glücksspielrecht – festzulegen. Die Kontexte hierfür sind gut: Der Bereich der Glücksspielregulierung ist ein deutlich abgegrenzter Bereich, der besonderen Regeln unterliegt, welche sich ohnehin mit der „traditionellen“ Natur von Markt und Wettbewerb nicht vertragen. Eine Festlegung in diesem Bereich könnte also auch auf diesen Bereich beschränkt werden, so dass zunächst die Konsequenzen und Reaktionen abgewartet werden könnten: Ein Versuchsballon in geschützter Atmosphäre. Anlass gäbe es genug: Die starrsinnige Liberalisierungslogik der Kommission im Glücksspielbereich ist nur die Spitze des Eisbergs einer gesamtgesellschaftlichen Diskussion darüber, wo der Markt endet und Fragen des guten und richtigen Lebens beginnen. Thema ist in breitester Form der Zuschnitt und die Legitimität europäischer Integration. Heruntergebrochen spielt hier natürlich auch eine Rolle, wie erstens mit den Kompetenzen von Union und Mitgliedstaat umzugehen ist; wie zweitens nationale Identität geschützt werden kann; wie drittens der Grundsatz der Subsidiarität mit Leben erfüllt werden kann; und viertens welcher Governance-Modus der europäischen Institutionen der angemessene ist. Dies betrifft einmal mehr die Europäische Kommission, die sich als rationaler Manager mit unanfechtbarer Expertise geriert, daran wohl auch glaubt, zugleich aber als genuin politischer Akteur zunehmend selbstbewusst die europäische Bühne bespielt. Die Erfahrungen der Griechenlandkrise und der Flüchtlingskrise, in denen die Kommission im Vergleich zur Entscheidungsmacht der Mitgliedstaaten recht macht- und ratlos daneben stand, darf nicht dazu führen, dass sie im Binnenmarkt ein Kompensationsgeschäft anstrengt. Gerade hier kommt es darauf an, dass die eigentlich wichtigen Erwägungen – wer sind wir, wo wollen wir hin und wie wollen wir leben? – im demokratischen politischen Prozess überleben und nicht durch Forumwechsel und juristische, aber dekontextualisierte Argumente an die Wand gespielt werden.