

Es gibt sie noch, die Dinosaurier öffentlicher Monopole. In so unterschiedlichen Sektoren wie der kommunalen Wasserversorgung oder den Glücksspielmärkten sind die Rechtsgrundlagen und historisch-regulatorischen Gründe zwar sehr vielfältig. Gemeinsam sind den letzten öffentlichen

Monopolen die deutsche Arbeitsvermittlungsmonopole befinden. Das vorliegende OLG München hatte einen Rechtsstreit zu entscheiden, in dem es auf die Wirksamkeit eines Vertrages zur Vermittlung einer Führungskraft ankam (§ 134 BGB i.V.m. § 13 AFG a.F.). Das OLG München legte

zieren. Dass eine kohärente Ausrichtung am Ziel der Bekämpfung der Spielsucht auch gegenwärtig nicht erkennbar und damit ein Monopolregulierungsmissbrauch i. S. von Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EG zu bejahen ist, belegen die Feststellungen des von den Ländern eingesetzten Fachbeirates Spielsucht (<http://www.fachbeirat-gluecksspielsucht.hessen.de> unter Aktuelles/Jahresbericht 2008, S. 15 ff.): „Für Deutschland fehlt – im Gegensatz zu vielen europäischen Nachbarländern – eine aussagefähige repräsentative epidemiologische Studie zur Verbreitung des problematischen und pathologischen Glücksspiels.“ Im Jahresbericht 2008 (S. 13 f.) kritisiert der Fachbeirat Spielsucht vehement die – im Vergleich zum staatlichen Lottonomonopol – viel zu liberale Erlaubnisregulierung der höchst suchtgefährdenden Automatenglücksspiele nach §§ 33c ff. GewO.

In dem die Dienstleistungsfreiheit betreffenden Urteil vom 8. 9. 2009 in der Rs. C-42/07 (*Liga Portuguesa*) hat der Gerichtshof in Rdnr. 61 das Kohärenzerfordernis betont. Maßgeblich ist, ob eine

Monopolregulierung zur Glücksspielsuchtbekämpfung „tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“. Dieser Kohärenztest gilt bereits seit dem Urteil *Höfner und Elser* aus dem Jahr

1991 im Rahmen der Monopolmissbrauchskontrolle nach Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EG. Den letzten öffentlichen Dinosauriern bleibt dann noch die Zuflucht in die Höhle des rechtfertigenden Art. 86 Abs. 2 EG. Deren Eingang hat das sehr lesenswerte Urteil *Höfner und Elser* aber für kurzbeinige Dinosaurier hoch gebaut, und die echten Dinosaurier sind bekanntlich auch wegen ihrer mangelnden Beweglichkeit ausgestorben.

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.
(LSE), Direktor am Zentrum für
Europäische Integrationsforschung,
Universität Bonn

Marktmachtmissbrauch durch Monopolversagen – der Urteilsklassiker *Höfner und Elser* als Bedrohung der letzten öffentlichen Dinosaurier



Dinosauriern jedenfalls ihre Beharrungskräfte wider Evolutionsnotwendigkeiten – ganz gleich, ob die „Besonderheitendoktrin“ gegen eine wettbewerbsoffene, diskriminierungsfreie und europaweite Ausschreibung der Wasserversorgungsmonopole („Wettbewerb um den Markt vergiftet die Brunnen“) oder gegen die Öffnung des Glücksspielstaatsvertrages in Stellung gebracht wird („Wettbewerb im Markt schwächt die staatliche Spielsuchtbekämpfung“). Der Semantik von „Besonderheitendoktrin“ und Daseinsvorsorge steht das EG-Wettbewerbsrecht nüchtern gegenüber, indem es dazu anhält, die tatsächlichen Effekte zu überprüfen, etwa im Hinblick auf eine missbräuchliche „Einschränkung des Absatzes“ (Art. 82 lit. b EG).

Der Gerichtshof hat den Aspekt inkohärenter, ungeeigneter und damit unverhältnismäßiger mitgliedstaatlicher Monopolregulierung für einen Marktmachtmissbrauch i. S. des Art. 82 EG in seinem Urteil in der Rs. C-41/90 (*Höfner und Elser*, Slg. 1991, I-1979) herausgearbeitet. Der Gerichtshof musste hier im Wege einer Vorabentschei-

dem Gerichtshof die Frage vor, ob das einer öffentlich-rechtlichen Anstalt für Arbeit vorbehaltene Monopol der Vermittlung von Führungskräften unter Berücksichtigung des Art. 86 Abs. 2 EG (Art. 90 Abs. 2 EWG-Vertrag a.F.) eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung i. S. von Art. 82 EG (Art. 86 EWG-Vertrag a.F.) darstellt. Der Gerichtshof antwortete: „Eine öffentlich-rechtliche Anstalt für Arbeit, die Arbeitsvermittlung betreibt, unterliegt dem Verbot des Art. 86 EWG-Vertrag [Art. 82 EG], soweit die Anwendung dieser Vorschrift nicht die Erfüllung der ihr übertragenen besonderen Aufgaben verhindert. Ein Mitgliedstaat, der einer solchen Anstalt ein Arbeitsvermittlungsmonopol eingeräumt hat, verstößt gegen Art. 90 Abs. 1 EWG-Vertrag [Art. 86 Abs. 1 EG], wenn er eine Lage schafft, in der die Anstalt zwangsläufig gegen Art. 86 EWG-Vertrag [Art. 82 EG] verstoßen muss. Dies gilt insbesondere, wenn ... die öffentlich-rechtliche Anstalt für Arbeit offenkundig nicht in der Lage [ist], die Nachfrage auf dem Markt nach solchen Leistungen zu befriedigen.“ (Slg. 1991, I-1979, Rdnr. 34).

Der Missbrauchstatbestand ist demnach erfüllt, wenn ein Monopol aufrechterhalten wird, das nicht in der Lage ist, die mit der Monopolstellung gesetzlich verbundenen Aufgaben auch tatsächlich zu erfüllen. Ebenso wenig wie sich Vorstände börsennotierter Aktiengesellschaften in die Schlangen in alten Arbeitsämtern einreihen, gelingt es heute den staatlichen Glücksspielmonopolen, den Spieltrieb zu unterdrücken und die Spielsucht zu redu-

Seit *Höfner und Elser* gilt im Rahmen der Monopolmissbrauchskontrolle der Kohärenztest