

Die Schlussanträge des Generalanwaltes *Bot* vom 17. 12. 2009 in den Rechtssachen C-203/08 und C-258/08 lesen sich wie eine sektorenübergreifende Kampfansage an die ausschreibungsfreie Vergabe von Ausschließlichkeitsrechten für Dienstleistungskonzessionen vom Glücksspielbereich bis zum kommunalen Wasserversorgungsmonopol:

Dienstleistungserbringer die Zulassung zu erteilen, der ihnen am geeignetsten erscheint, alle diese Auflagen zu erfüllen.“ Kann ein wirklich tragfähiger Grund gegen einen Ausschreibungswettbewerb um die beste öffentliche Aufgabenerfüllung nicht nachgewiesen und damit eine ausschreibungsfreie Verleihung nicht gerechtfertigt werden, stellt sich die Folgefrage, wie ein

praktischen Wirksamkeit wie hinsichtlich des Verbotes öffentlich-rechtlicher Untersagungsverfahren durchschlagen.

Den nationalen Behörden verbleibt allenfalls hinsichtlich des „Wie“ der Verfahrensorganisation einer Rücknahme der alten unionsrechtswidrigen Konzessionsvergabe und anschließenden transparenten, diskriminierungsfreien und wettbewerbs-offenen Konzessionsneuverteilung ein gewisser „Restspielraum“ unter strikter Wahrung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes. Kein Ermessensspielraum steht den mitgliedstaatlichen Behörden dagegen hinsichtlich der Mindestschutzvorgabe der *Placanica*-Entscheidung des Gerichtshofs zu, „in jedem Fall“ gegen nicht zugelassene Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten *keine Sanktionen* zu erlassen, bis ein transparentes, diskriminierungsfreies und wettbewerbsoffenes Konzessionsvergabeverfahren durchgeführt worden ist. Verhängen nationale Behörden dem widersprechende Sanktionen, wie insbesondere sofort vollziehbare Untersagungsverfügungen, so verstoßen sie offenkundig

## Verstöße gegen das unionsrechtliche Ausschreibungsgebot bei der Verleihung von Ausschließlichkeitsrechten für Dienstleistungen ...



Verstoß gegen das unionsrechtliche Transparenz- und Ausschreibungsgebot bei der Verleihung von Ausschließlichkeitsrechten in den unterschiedlichen Dienstleistungssektoren zu sanktionieren ist.

In seiner *Placanica*-Entscheidung (verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Slg. 2007, I-1932, Rdnr. 63) stellt der Gerichtshof

... können die Mitgliedstaaten teuer zu stehen kommen!

die unionsrechtswidrig nicht berücksichtigten Wirtschaftsteilnehmer unter den Schutz des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes sowie die Mindestschutzvorgabe, „in jedem Fall“ gegen nicht zugelassene Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten zumindest bis zum Abschluss einer unionsrechtskonformen Ausschreibung keine Sanktionen zu verhängen. Bis zu einer Rücknahme und anschließenden transparenten, diskriminierungsfreien und wettbewerbs-offenen Konzessionsneuverteilung dürfen die mitgliedstaatlichen Behörden gegen nicht zugelassene Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten, deren Angebot die nicht zulassungsgebundenen Rechts- und Schutzvorschriften grundsätzlich einhält, keine – auf die fehlende Zulassung gestützten – Sanktionen, wie insbesondere sofort vollziehbare Untersagungsverfügungen, erlassen. Gleichmaßen muss das Sanktionsverbot auch wettbewerbsrechtlich durchschlagen, wenn die Monopolinhaber in wettbewerbsrechtlichen Verfahren vor Zivilgerichten die Durchsetzung des unionsrechtswidrig – nicht transparent, nicht diskriminierungsfrei und nicht wettbewerbs-offen – konzessionierten Monopols zu verfolgen versuchen. Die Verletzung der Unionsrechtsgrundsätze darf nicht in wettbewerbsrechtlichen Verfahren vor Zivilgerichten aufrechterhalten werden. Vielmehr muss das unionsrechtliche Sanktionsverbot hier mit der gleichen

und erheblich, also „hinreichend qualifiziert“, gegen ihre – subjektiv bieterschützende – unionsrechtliche Verpflichtung und setzen sich damit der unionsrechtlichen Staatshaftung aus. Im Falle einer Nichtbeachtung der *Placanica*-Mindestschutzvorgabe würde der Mitgliedstaat nämlich die Grenzen, die seinem Verfahrensgestaltungsermessens beim Vollzug des unionsrechtlichen Ausschreibungsgebotes gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschreiten. Die Schadenskalkulation (ggf. des entgangenen Gewinns) der unionsrechtswidrig übergangenen Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten, deren Angebot im Zielstaat die nicht zulassungsgebundenen Rechts- und Schutzvorschriften einhält, muss dabei dem „effet utile“ der unionsrechtlichen Staatshaftung gerecht werden. Das kann teuer werden!

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig,  
LL.M. (LSE), Universität Bonn

„192. Art. 49 EG ist dahin auszulegen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung und das aus ihm folgende Transparenzgebot auch im Bereich der Glücksspiele im Rahmen eines Systems der Zulassung eines einzigen Wirtschaftsteilnehmers gelten. Art. 49 EG steht nationalen Rechtsvorschriften entgegen, die eine Verlängerung der Zulassung des einzigen zugelassenen Betreibers ohne eine Ausschreibung vorsehen, sofern diese Verlängerung nicht einem wesentlichen Interesse im Sinne der Art. 45 EG und 46 EG oder einem in der Rechtsprechung anerkannten zwingenden Erfordernis des Allgemeininteresses und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht.“

Den Einwand der niederländischen Regierung, dass die damit bewirkte Öffnung des Wettbewerbs um den Markt dieselben nachteiligen Folgen wie der Wettbewerb auf dem Markt zeitige, weist Generalanwalt *Bot* in Rdnr. 163 mit dem schlagenden – sektorenübergreifenden – Argument zurück, „dass ein solcher [Ausschreibungs-] Wettbewerb die zuständigen Behörden in die Lage versetzen könnte, demjenigen