

Costa-Urteil: Europäischer Gerichtshof verschärft Anforderungen an die Vergabe von Glücksspielkonzessionen

Mit dem am 16. Februar 2012 verkündeten Urteil in den verbundenen Rechtssachen *Costa* u.a. (Rs. C-72/10 und C-77/10) hat der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) die europarechtlichen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Vergabe von Glücksspielkonzessionen konkretisiert und verschärft. Die Ausführungen des Gerichtshofs sind daher insbesondere für die EU-Mitgliedstaaten interessant, die Glücksspielkonzessionen neu vergeben wollen (wie etwa Deutschland) oder vergeben haben.

Der EuGH damit seine Rechtsprechung, hier insbesondere sein Urteil in der Rechtssache *Engelmann* (Rs. C-64/08) bestätigt. Entsprechend der bisherigen EuGH-Rechtsprechung muss die Konzessionsvergabe transparent sein, d.h. „auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, damit der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden“. Eine Vergabe „unter der Hand“ ist unzulässig. Alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer müssen „auf der Grundlage sämtlicher einschlägiger Informationen an Ausschreibungen teilnehmen können“. Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens müssen „klar, genau und eindeutig formuliert“ sein. Negative Auswirkungen müssen für die Bewerber bestimmt und vorhersehbar sein.

Aus der vom EuGH geforderten Öffnung für den Wettbewerb und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgt, dass etablierte Konzessionsinhaber keine unzulässigen Wettbewerbsvorteile gegenüber den Newcomern haben dürfen (wie etwa durch einseitig

geltende Abstandsvorschriften). Die etablierten Konzessionäre und die Zulassungsbehörde können sich insbesondere nicht auf „Kontinuität, finanzielle Stabilität und angemessene Renditen aus den getätigten Investitionen“ berufen.

Auch fordert der EuGH eine umfassende gerichtliche Kontrolle. Es muss insbesondere eine gerichtliche Nachprüfung möglich sein, ob die Vergabe unparteiisch durchgeführt worden ist. Für ausgeschlossene Wirtschaftsteilnehmer muss es einen äquivalenten und effektiven Rechtsschutz geben.

1. Sachverhalt

Dem *Costa*-Urteil liegt die Vergabe von Glücksspielkonzessionen in Italien zugrunde (die bereits Gegenstand mehrerer EuGH-Urteile war, vgl. die Urteile in den Rechtssachen *Zenatti*, *Gambelli* und *Placanica* sowie das Vertragsverletzungsverfahren Kommission/Italien, Rs. C-260/04).

Ausgangsverfahren waren zwei Strafsachen, in denen die für den britischen Buchmacher Stanley International Betting Ltd (Stanley) tätige Sportwettenvermittler wegen unerlaubter Wetttätigkeit angeklagt worden waren. Den Datenübertragungszentren für Stanley betreibenden Herren Costa und Cifone wurde dabei vorgeworfen, Sportwetten ohne die erforderliche Konzession und polizeiliche Genehmigung (für die eine Konzession Voraussetzung ist) vermittelt zu haben.

Die ursprüngliche Konzessionsvergabe in Italien im Jahr 1999 war europarechtswidrig, da u. a. börsennotierte Kapitalgesellschaften ausgeschlossen waren. Um die Europarechtskonformität herzustellen, erfolgten daher 2006 mit dem Dekret Bersani eine Neuregelung sowie eine Neuausschreibung. Alte Konzessionsinhaber wurden jedoch insbesondere durch Abstandsregelungen geschützt. Die Ausschreibungsbedingungen für die neu vergebenen Konzessionen waren von dem Buchmacher Stanley nicht zu erfüllen. Er reichte daher Klage beim Verwaltungsgericht (Tribunale amministrativo

regionale del Lazio) ein.

2. Rechtsausführungen des EuGH

Entsprechend seiner bisherigen Rechtsprechung hält der EuGH fest, dass strafrechtliche Sanktionen nicht verhängt werden dürfen. Dies gelte auch nach der Neuausschreibung zur Behebung des bisherigen Unionsrechtsverstoßes, soweit diese Ausschreibung und die Vergabe neuer Konzessionen den rechtswidrigen Ausschluss von der früheren Ausschreibung nicht wirksam behoben habe.

Interessanter sind die Ausführungen des EuGH zu den europarechtlichen Anforderungen an eine Konzessionsvergabe. Der EuGH verweist darauf, dass es für die rechtswidrig von der Konzessionsvergabe ausgeschlossenen Wirtschaftsteilnehmern einen effektiven Rechtsschutz geben müsse (Rn. 51). Dieser dürfe nicht weniger günstig ausgestaltet sein als für entsprechende Sachverhalte innerstaatlicher Art (Äquivalenzgrundsatz) und die Ausübung der Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz).

Zwar könne bei einer europarechtswidrigen Konzessionsvergabe auch eine Ausschreibung neuer Konzessionen (neben einer kompletten Neuvergabe) eine europarechtlich zulässige Lösung sein. Allerdings müssten dann die bislang rechtswidrig ausgeschlossenen Wirtschaftsteilnehmer auf dem Markt unter den gleichen Voraussetzungen wie die bestehenden Betreiber tätig werden können (Rn. 52 unter Hinweis auf Rn. 63 des Placania-Urteils). Den bisherigen Konzessionsinhabern, die sich auf dem Markt bereits etablieren konnten, dürften daher keine zusätzlichen Wettbewerbsvorteile eingeräumt werden (Rn. 53). Ansonsten werde der rechtswidrige Ausschluss aufrechterhalten und verstärkt. Dies stelle eine weitere Verletzung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit dar und verstoße gegen den Gleichbehandlungs- und Effektivitätsgrundsatz.

Neben den Grundfreiheiten hat die die Konzessionen vergebende Behörde den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das daraus folgende Transparenzgebot zu beachten (Rn. 54). Dem entsprechend muss die Behörde zur Erfüllung des Transparenzerfordernisses „einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherstellen, der eine Öffnung der Konzessionen für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind“ (Rn. 55, bestätigt in Rn. 72).

Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgt, dass alle potenziellen Bieter die gleichen Chancen haben, und impliziert somit, dass sie denselben Bedingungen unterliegen (Rn. 57). Dies gilt nach Ansicht des EuGH umso mehr, wenn die Verletzung des Unionsrechts für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer eine Ungleichbehandlung zur Folge hatte. Die italienische Regelung, dass ein Mindestabstand zu den bereits vorhandenen Konzessionären einzuhalten ist, schützt die von den bereits etablierten Betreibern erworbenen Geschäftspositionen zum Nachteil der neuen Konzessionäre. Diese müssen sich an Orten niederlassen, die geschäftlich weniger interessant sind (Rn. 58). Eine solche Maßnahme bedeutet somit eine Diskriminierung der von der Ausschreibung von 1999 ausgeschlossenen Wirtschaftsteilnehmer. Diese Ungleichbehandlung kann nicht durch „Kontinuität, finanzielle Stabilität und angemessene Renditen aus den getätigten Investitionen“ gerechtfertigt werden, da es sich hierbei nicht um zwingende Gründe des Allgemeininteresses handelt (Rn. 59). Mit dem Argument einer Verringerung der Gelegenheit zum Spiel, als Rechtfertigung grundsätzlich anerkannt (Rn. 61), kann angesichts der expansiven Politik im italienischen Glücksspielsektor die Ungleichbehandlung nicht begründet werden (Rn. 62). Auch das Argument der Kriminalitätsbekämpfung kann nur dann vorgebracht werden, wenn die eingesetzten Mittel kohärent und systematisch sind (Rn. 63 unter Verweis auf Rn. 48 und 53 des Placanica-Urteils). Dies scheidet hier schon daran, da die

Mindestabstandsregelung nur für neuen Konzessionäre und nicht für die bereits etablierten gilt (Rn. 64).

Im Folgenden befasst sich der EuGH mit den durch das Dekret Bersani neu eingeführten Beschränkungen. So sind der Entzug der Konzession und der Verfall der für die Konzession gestellten finanziellen Sicherheit vorgesehen, wenn gegen den Konzessionär ein Strafverfahren eingeleitet wird oder dieser über Server im Ausland Glücksspiele anbietet (Rn. 67). Diese Tatbestände beschränken in der Praxis auch den Zugang zur Konzession. Insoweit stellt ein Hindernis für eine Konzessionserteilung an den Buchmacher Stanley auch eine Beschränkung der Tätigkeiten der Herren Costa und Cifone dar (Rn. 68).

Diese die Grundfreiheiten einschränkende Beschränkungen müssen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Der EuGH bestätigt hierbei noch einmal seine strengen Transparenzanforderungen. Diese sollen gewährleisten, dass „alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer auf der Grundlage sämtlicher einschlägiger Informationen an Ausschreibungen teilnehmen können, und die Gefahr von Günstlingswirtschaft oder von willkürlichen Entscheidungen der Vergabestelle ausschließen“ (Rn. 73). Alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens müssen demnach „klar, genau und eindeutig formuliert“ sein. Zum Einen sollen dadurch alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genaue Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können. Zum Anderen soll dem Ermessen der konzessionserteilenden Stelle Grenzen gesetzt werden. Der Grundsatz der Rechtssicherheit gebietet im Übrigen, dass Rechtsvorschriften vor allem dann, wenn sie nachteilige Folgen haben können, klar, bestimmt und in ihren Auswirkungen voraussehbar sind (Rn. 74).

Insbesondere, soweit hinsichtlich der Sanktionen auf „sonstige Straftatbestände, die geeignet sind, die vom Vertrauen getragenen Beziehungen mit der AAMS (italienische

Glücksspielbehörde) zu zerrütten“, Bezug genommen wird, äußert der EuGH gravierende Zweifel an der Bestimmtheit, überlässt die Überprüfung jedoch dem vorlegenden Gericht (Rn. 79). Nach Ansicht des EuGH kann ein Ausschluss vom Markt durch Entzug der Konzession auch nur dann als dem Ziel der Bekämpfung der Kriminalität angemessen betrachtet werden, wenn er auf einer rechtskräftigen Verurteilung wegen einer hinreichend schweren Straftat beruht (Rn. 81).

Hinsichtlich der weiteren Konzessionentziehungsmöglichkeit, die in Art. 23 Abs. 3 des von dem Konzessionsbewerber zu unterzeichnenden Mustervertrags vorgesehen ist, verweist der EuGH auf die zwei völlig unterschiedlichen Auslegungen durch den Generalanwalt (Rn. 87). Dieser Bestimmung fehle es daher ersichtlich an Klarheit. Im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens seien zwar nationale Vorschriften von den nationalen Gerichten auszulegen. Unionsrecht verlange jedoch, dass die Bedingungen und Modalitäten eines Vergabeverfahrens klar, genau und eindeutig formuliert seien, was bei dieser Regelung nicht der Fall sei (Rn. 89). Stanley könne nicht vorgeworfen werden, auf eine Bewerbung um eine Konzession angesichts fehlender Rechtssicherheit verzichtet zu haben, solange hinsichtlich der Vereinbarkeit seiner Arbeitsweise mit den Bestimmungen des bei der Vergabe der Konzession zu unterzeichnenden Vertrags Unklarheit bestand (Rn. 90). Soweit ein solcher Wirtschaftsteilnehmer von der im Urteil *Placanica* u. a. beanstandeten vorherigen Ausschreibung unionsrechtswidrig ausgeschlossen war, ist davon auszugehen, dass dieser Ausschluss durch die neue Ausschreibung nicht wirksam behoben wurde.