

„Ja, ich möchte beinah behaupten: es sei besser nach Regeln zu irren,
als zu irren, wenn uns die Willkür unserer Natur hin und her treibt [...].“

*Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832)*¹

Einleitung

Durch die Vergabe einer Dienstleistungskonzession kann die öffentliche Hand ein privates Unternehmen mit der Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen betrauen. Dies ermöglicht die Erfüllung staatlicher Aufgaben unter Akquise privater Finanzmittel und privaten Fachwissens.² Als Gegenleistung für die Dienstleistung überträgt der Konzessionsgeber das Recht zur Verwertung der Dienstleistung und die darin liegende Erwerbschance auf das Unternehmen, welches als Konzessionsnehmer das Betriebsrisiko für die Verwertung übernimmt.³ So kann jede vom Staat erbrachte Dienstleistung außerhalb der Eingriffsverwaltung grundsätzlich konzessioniert werden, solange die Leistungserbringung durch deren Nutzung refinanziert werden kann.⁴

Dienstleistungskonzessionsverträge kommen in einer Vielzahl unterschiedlicher Lebenssachverhalte und innerhalb eines breiten Spektrums staatlicher oder kommunaler Wirtschaft in Betracht.⁵ Benötigt beispielsweise eine Kommune Fahrgastunterstände für den öffentlichen Nahverkehr oder WC-Anlagen im öffentlichen Bereich, kann sie diese in Form einer

¹ *Erpenbeck*, Wahrheit/Irrtum, Goethe-Handbuch, 1998, S. 1117.

² *Bungenberg/Schelhaas* in BeckOK Vergaberecht, 32. Edition, § 105 GWB, Rn. 55.

³ EuGH, C-358/00, ECLI:EU:C:2002:317, Rn. 13 – Buchhändler-Vereinigung; *Opitz*, NVwZ 2014, 753 (756).

⁴ *Burgi*, NZBau 2005, 610 (611).

⁵ Wie bspw. im Bereich der Hausmüllentsorgung, der Trinkwasser- und Abwasserversorgung, bei Verkehrsleistungen im öffentlichen (Schienen-)Personennahverkehr oder Leistungen der Notfallrettung, weiterhin bei der Gestaltung kommunaler Online-Angebote, der Essensversorgung in Ganztageschulen oder dem Betrieb von öffentlichen Parkplätzen. *Bungenberg/Schelhaas* in BeckOK Vergaberecht, 32. Edition, § 105 GWB, Rn. 56 f.; *Wollenschläger* in Beck'scher Vergaberechtskommentar I, 4. Aufl. 2022, § 105 GWB, Rn. 110; *Braun*, NZBau 2019, 622 (623); *Burgi*, NZBau 2005, 610 (611).

Dienstleistungskonzession beschaffen, indem sie das Recht auf Außenwerbung vergibt.⁶ Die Dienstleistungskonzession muss dafür so ausgestaltet werden, dass ein privates Unternehmen als Konzessionsnehmer auf eigene Kosten Fahrgastunterstände oder WC-Anlagen als Träger von Werbeflächen aufstellt und instand hält. Als Gegenleistung erhält der Konzessionsnehmer das Recht zur Verwertung durch die Vermietung der Werbeflächen oder durch die Erhebung von Gebühren für die Benutzung der Toilettenanlagen. Das Betriebsrisiko der Verwertung trägt der Konzessionsnehmer.

In Deutschland gibt es eine Zweiteilung des Vergaberechts in Oberschwellenbereich und Unterschwellenbereich. Die Grenze bilden die europäischen Schwellenwerte.⁷ Bis ins Jahr 2014 waren bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, deren Wert oberhalb des europäischen Schwellenwertes liegt, lediglich vergaberechtliche Grundsätze der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz zu beachten, welche der EuGH hauptsächlich aus dem primärrechtlichen Diskriminierungsverbot ableitete.⁸ Mit Erlass der Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe (KonzVRL)⁹ wurden diese Grundsätze erstmals in konkrete Anforderungen an die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen kodifiziert.¹⁰ Die Vorgaben der KonzVRL wurden national durch §§ 148-154 des Gesetzes gegen

⁶ VK Sachsen, 1/SVK/087-02, IBRRS 2002, 1949.

⁷ Seit dem 01.01.2024 gelten die folgenden Schwellenwerte: Liefer- und Dienstleistungen für oberste und obere Bundesbehörden 143.000 €, Liefer- und Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber 221.000 €, Liefer- und Dienstleistungen im Sektorenbereich und im Bereich Verteidigung und Sicherheit 443.000 €, Soziale und andere besondere Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber 750.000 €, Soziale und andere besondere Dienstleistungen für Sektorenauftraggeber 1.000.000 €, Bauaufträge 5.538.000 €, Konzessionen 5.538.000 €. Die Wertgrenzen werden gemäß den Vorgaben des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) der Welthandelsorganisation regelmäßig festgelegt.

⁸ Vgl. im Einzelnen Abschnitt A. unter Ziff. 2.1.2.; Die Herleitung des primärrechtlichen Vergaberegimes aus den Grundfreiheiten, welche gem. Art. 26 Absatz 2 AEUV der Verwirklichung des Binnenmarktes dienen, bedingt eine Anwendungsvoraussetzung der durch den EuGH entwickelten primärvergaberechtlichen Vorgaben: sowohl oberhalb als auch unterhalb der Schwellenwerte ist im konkreten Sachverhalt für die Anwendung des Vergabeprimärrechts eine Binnenmarktrelevanz der Vergabe in Form eines grenzüberschreitenden Interesses erforderlich, EuGH, C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487, Rn. 17 – Co.Na.Me.; EuGH, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736, Rn. 28 – Belgacom; EuGH, C-50/14, ECLI:EU:C:2016:56, Rn. 42 – CASTA u.a.; *Siegel* in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht IV, 4. Aufl. 2022, 2. Teil Haushaltsvergaberecht, Rn. 9; *Siegel*, NZBau 2019, 353 (354); *Prieß/Simonis*, NZBau 2015, 731 (731).

⁹ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. 2014 L 94, 28.03.2014, S. 1.

¹⁰ *Knauff/Badenhausen*, NZBau 2014, 395 (395).

Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)¹¹ und durch die Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (KonzVgV)¹² umgesetzt. Die KonzVRL sowie die Regelungen im GWB und der KonzVgV sind nach ihrem Wortlaut jedoch lediglich für Vergaben von Konzessionen anwendbar, deren Wert den derzeitigen europäischen Schwellenwert für Konzessionsvergaben von 5.538.000 € überschreitet.¹³

Über 90% der Gesamtzahl der in Deutschland jährlich durchgeführten Vergabeverfahren betreffen aber Leistungen mit einem Wert unterhalb der europäischen Schwellenwerte. Ihr Finanzvolumen umfasst ca. 75% des Gesamtvolumens zwischen 280 und 360 Milliarden €. ¹⁴ Im Unterschwellenbereich ist die Vergabe von Dienst- und Lieferleistungsaufträgen¹⁵ einfachrechtlich in der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)¹⁶ bzw. dem ersten Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A)¹⁷ geregelt. Für die Vergabe von Baukonzessionen gilt die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A).¹⁸ Vergleichbare geschriebene Regelungen für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen existieren im Unterschwellenbereich hingegen nicht.

¹¹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 26.06.2013, BGBl. 2013 I, S. 1750, berichtigt S. 3245, FNA 703-5, zuletzt geändert durch Art. 25 Postrechtsmodernisierungsgesetz vom 15.7.2024, BGBl. 2024 I, Nr. 23619.

¹² Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeordnung – KonzVgV) vom 12.04.2016, BGBl. 2016 I, S. 624, 683, FNA 703-5-7, zuletzt geändert durch Art. 6 Gesetz zur Verlängerung befristeter Regelungen im Arbeitsförderungsrecht und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/2102 über den barrierefreien Zugang zu den Websites und mobilen Anwendungen öffentlicher Stellen vom 10.07.2018, BGBl. 2018 I, S. 1117.

¹³ Vgl. näher Abschnitt A. unter Ziff. 2.1.1.2. und 2.3.2.

¹⁴ Schlaglichter der Wirtschaftspolitik, Monatsbericht 09/2017, Die Reform des Unterschwellenvergaberechts 2017, abgerufen am 21.06.2023 unter https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Monatsbericht/Monatsbericht-Themen/2017-09-unterschwellenvergaberecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

¹⁵ Vgl. zum Begriff der Dienstleistungskonzession in Abgrenzung zum öffentlichen Dienstleistungsauftrag Abschnitt A. unter Ziff. 1.

¹⁶ Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO) vom 02.02.2017, BAnz AT vom 07.02.2017 BI, S. 2, berichtigt durch BAnz AT 08.02.2017 B1.

¹⁷ Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) - Teil A Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (VOL/A) vom 20.11.2009, BAnz. 196a, berichtigt 2010, S. 755, zuletzt geändert durch Unterschwellenvergabeordnung vom 02.02.2017, BAnz AT 07.02.2017 B1.

¹⁸ Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A (VOB/A), Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen, Ausgabe 2019, BAnz AT 19.02.2019 B2, S. 3.

Durch den hohen europäischen Schwellenwert von 5.538.000 € gelangt im Konzessionsvergaberecht der Bereich unterhalb des europäischen Schwellenwertes zu einer großen praktischen Bedeutung. Dienstleistungskonzessionsverträge sind oft langfristige und aufgrund ihres Kernelements der Übertragung des Betriebsrisikos an den Konzessionsnehmer sehr komplexe Vereinbarungen.¹⁹ Vor diesem Hintergrund verwundert es umso mehr, dass der Unterschwellenbereich der Dienstleistungskonzessionsvergabe nach wie vor durch eine formell und materiell inkohärente Rechtslage geprägt ist.²⁰ Konkrete Vorgaben, wie die Vergabe einer Dienstleistungskonzession im Unterschwellenbereich auszugestalten ist, suchen Konzessionsgeber im geschriebenen Recht – abgesehen von vereinzelt landesrechtlichen Regelungen – vergebens. Bei der Dienstleistungskonzessionsvergabe unterhalb des europäischen Schwellenwertes wird vielmehr alles, was über primär- und verfassungsrechtlich zu gewährleistende Mindeststandards an Transparenz, Wettbewerb, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung hinausgeht, vornehmlich durch die Rechtsprechung ausgestaltet.²¹

Diese unscharfen Grenzen stellen die öffentliche Hand vor eine erhebliche Rechtsunsicherheit bei der Gestaltung des Vergabeverfahrens und ermöglichen Vergaben im (vermeintlich) rechtsfreien Raum. Die Gewährung von Rechtssicherheit ist nach *Radbruch* die erste Aufgabe des Rechts.²² Es überrascht daher nicht, dass der diesbezügliche Missstand bei der unterschwelligen Dienstleistungskonzessionsvergabe zu der Forderung nach einheitlichen Verfahrens- und Auswahlgrundlagen führt.²³

¹⁹ Erwägungsgrund Nr. 68 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe (Konzessionsvergaberichtlinie – KonzVRL), ABl. L 94, 28.03.2014, S. 1.

²⁰ Vgl. auch *Siegel*, NZBau 2019, 353 (358).

²¹ *Braun*, NZBau 2019, 622 (624).

²² Vgl. *Radbruch/Zweigert*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl. 1969, S. 35; *Radbruch*, *Der Mensch im Recht*, 3. Aufl. 1969, S. 108 f.

²³ Die Problematik ist Gegenstand der aktuellen Diskussion im Vergaberecht. Es wird kritisiert, dass, während anfängliche Unsicherheiten im neuen GWB Konzessionsvergaberecht durch die Rechtsprechung zunehmend beantwortet würden, im Bereich der nicht vom GWB erfassten Konzessionsvergaben noch weitreichend offene Fragen bestünden, insbesondere nach dem Einfluss vergaberechtlicher Standards auf das Verfahren. Die Klärung des zulässigen Rechtswegs sei ebenfalls bis heute drängend, *Eisentraut*, *Veranstaltungsbericht 4. Berliner Konzessionsrechtstage*, abgerufen am 27.06.2023 unter <https://refubium.fu-berlin.de/bitstream/handle/fub188/25270/Eisentraut%2C%20NZBau%202019%2C%20Heft%204%20-%20Tagungsbericht%204.%20Berliner%20Konzessionsrechtstage.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; vgl. auch *Braun*, NZBau 2019, 622 (623).

Hier setzt die vorliegende Dissertation an und soll eine größere Rechtsicherheit herstellen. Ziel der Arbeit ist es, die einschlägigen primär- und verfassungsrechtlichen Vorgaben in einheitlich anwendbare Verfahrensanforderungen für die Vergabe einer Dienstleistungskonzession im Unterschwellenbereich zu konkretisieren. Dabei konzentriert sich die Arbeit auf Dienstleistungskonzessionen, die in Vertragsform vergeben werden.²⁴

Im Ersten Teil der Arbeit werden die rechtlichen Anforderungen an die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen untersucht. Es erfolgt zunächst eine Bestandsaufnahme, in welcher der Begriff der Dienstleistungskonzession definiert und der bestehende Rechtsrahmen für unterschwellige Dienstleistungskonzessionsvergaben dargestellt wird (Abschnitt A.). In einem zweiten Abschnitt sollen konkrete Vorgaben für die Verfahrensausgestaltung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen entwickelt werden (Abschnitt B.). Die Arbeit fokussiert sich dafür auf besonders wettbewerbsrelevante Aspekte des Vergabeverfahrens: die Ausschreibungspflicht bei sog. Inhouse-Vergaben, die Wahl der Verfahrensart, die Bekanntmachung, die Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie die Auswahlentscheidung und deren Mitteilung.

Der Zweite Teil der Arbeit nimmt die gerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Vergaben von Dienstleistungskonzessionen im Unterschwellenbereich in den Blick. Da so gut wie keine einfachrechtlichen Regelwerke für die unterschwellige Dienstleistungskonzessionsvergabe existieren, ist eine einheitliche Spruchpraxis in der Rechtsprechung zur Ausgestaltung von Verfahrensanforderungen von besonderer Bedeutung. Vor diesem Hintergrund wird untersucht, ob die unterschwellige Vergabe von Dienstleistungskonzessionen dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen ist und welcher Rechtsweg rechtsschutzsuchenden Bietern bei Streitigkeiten über Dienstleistungskonzessionsvergaben im Unterschwellenbereich eröffnet ist.

²⁴ So unterschiedlich wie die Bereiche staatlicher Leistungserbringung, in denen Dienstleistungskonzessionen in Betracht kommen, sind auch die möglichen Handlungsformen des Konzessionsgebers, der im Rahmen seines gesetzlichen Einkaufs- und Beauftragungsermessens das Vergaberecht durch die Wahl der Handlungsform zur Anwendung bringen kann oder nicht. Wählt der Konzessionsgeber eine Beauftragung durch Beleihung, Satzung oder Gesetz, ist das förmliche Konzessionsvergaberecht nicht anwendbar, *Braun*, NZBau 2019, 622 (623 f.). Strittig ist, ob die Beauftragung durch einen Verwaltungsakt als vergaberechtlich relevante Dienstleistungskonzession einzuordnen ist. Dies im Ergebnis bejahend *Saager*, Der Verwaltungsakt als Handlungsform der Auftrags- und Konzessionsvergabe, 2017; a. A.: *Braun*, NZBau 2019, 622 (623 f.).

Schließlich werden die Ergebnisse der Arbeit in einem Fazit zusammengefasst und in einem Ausblick der Handlungsbedarf mit Blick auf rechtspolitische Überlegungen formuliert.

Erster Teil: Rechtliche Anforderungen für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im Unterschwellenbereich

Abschnitt A. Bestandsaufnahme

1. Begriff der Dienstleistungskonzession

Zu Beginn der Arbeit ist der dieser Untersuchung zugrunde gelegte Begriff einer Dienstleistungskonzession zu definieren.

1.1. Legaldefinition der Dienstleistungskonzession

Eine Legaldefinition der Dienstleistungskonzession findet sich in § 105 Absatz 1 Nr. 2 GWB. Danach handelt es sich um einen entgeltlichen Vertrag zwischen einem oder mehreren Konzessionsgeber(n) und einem oder mehreren Unternehmen als Konzessionsnehmer(n), mit welchem diese(r) durch den Konzessionsgeber mit der Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen betraut wird bzw. werden.²⁵ Die Definition der Dienstleistungskonzession in § 105 Absatz 1 Nr. 2 GWB stimmt inhaltlich mit Art. 5 Nr. 1 der KonzVRL überein. Bau- und Dienstleistungskonzession unterscheiden sich nur anhand des Gegenstands der Leistung.²⁶

1.1.1. Entgeltlicher Vertrag

Während die Gegenleistung für die Erbringung eines öffentlichen Auftrages im Sinne des § 103 GWB in Form eines Entgelts direkt an den Auftragnehmer gezahlt wird, besteht sie im Fall einer Dienstleistungskonzession gemäß § 105 Absatz 1 Nr. 2 GWB in dem Recht zur Verwertung der eigenen Dienstleistung.²⁷ Die Entgeltlichkeit des Konzessionsvertrages liegt in der Übertragung dieses Verwertungsrechts und der darin liegenden Erwerbchance, wobei kein weiterer geldwerter Vorteil wie die Zuführung von Endnutzern erforderlich ist.²⁸ Zusätzlich

²⁵ Im Folgenden wird zur besseren Lesbarkeit jeweils von einem Konzessionsgeber und einem Konzessionsnehmer ausgegangen.

²⁶ *Friton/Stein* in Pünder/Schellenberg Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 7.

²⁷ EuGH, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605, Rn. 40 – Parking Brixen; EuGH, C-382/05, ECLI:EU:C:2007:445, Rn. 34 – Kommission/Italien; EuGH, C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540, Rn. 51 – Eurawasser.

²⁸ *Opitz*, NVwZ 2014, 753 (756).

kann an den Konzessionsnehmer die Zahlung eines Entgelts erfolgen. Dies ist jedoch nicht verpflichtend.

1.1.2. Beschaffungselement

Mit dem entgeltlichen Vertrag wird der Konzessionsnehmer mit der Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen betraut. Das Erfordernis der Betrauung bringt zunächst eine Rechtsunsicherheit mit sich.²⁹ Im europäischen Sekundärrecht ist der Begriff der Betrauung nicht eindeutig definiert.³⁰ Voraussetzung für eine Dienstleistungskonzession ist gemäß Art. 5 Nr. 1 lit. b) KonzVRL und gemäß § 105 Absatz 1 Nr. 2 GWB das „betrauen“ eines Unternehmens mit der Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen. Während sich in § 105 Absatz 1 Nr. 1 GWB die Formulierung „betrauen“ auch in Bezug auf die Baukonzession findet, wird für das Vorliegen einer Baukonzession in Art. 5 Nr. 1 lit. a) KonzVRL die „Beauftragung“ eines Unternehmens mit dem Erbringen von Bauleistungen gefordert. Diese sprachliche Unterscheidung in Art. 5 Nr. 1 KonzVRL erfolgt jedoch in anderen Sprachfassungen der KonzVRL nicht.³¹ Die damit aus Art. 5 Nr. 1 KonzVRL folgende Austauschbarkeit des Betrauungsbegriffs mit dem Begriff der Beauftragung legt den Schluss nahe, dass es sich bei dem Erfordernis einer Betrauung nicht um ein eigenständiges Konzessionsmerkmal handelt, sondern die Formulierung an das Erfordernis eines Beschaffungselements anknüpft.³² Ziel von Konzessionsverträgen ist die Beschaffung von Bau- oder Dienstleistungen durch entgeltlichen

²⁹ *Knauff/Badenhausen*, NZBau 2014, 395 (396).

³⁰ Nach Auffassung von *Knauff* ist im Bereich des EU-Rechts der Begriff der Betrauung funktional zu bestimmen. Die Betrauung zielt darauf ab, die Zuweisung einer klar definierten Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse an ein konkretes Unternehmen zu gewährleisten und bringt eine politische Entscheidung des jeweiligen Mitgliedstaats hinsichtlich der Versorgung der Bevölkerung mit den betreffenden Leistungen zum Ausdruck, welche der Markt andernfalls nicht oder nur unzureichend zur Verfügung stellt, *Knauff* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 106 AEUV, Rn. 65 ff.

³¹ Bspw. wird in der englischen Sprachfassung zwei Mal der Begriff „*entrust*“ und in der französischen Fassung zwei Mal der Begriff „*confier*“ verwendet. Vgl. auch *Goede/Stoye/Stolz*, Handbuch des Vergaberechts, 2. Aufl. 2021, Kapitel 12, Rn. 24.

³² *Bungenberg/Schelhaas* in BeckOK Vergaberecht, 32. Edition, § 105 GWB, Rn. 17; *Braun* in Müller-Wrede GWB Vergaberecht, 2. Aufl. 2023, § 105 Rn. 24; *Goede/Stoye/Stolz*, Handbuch des Vergaberechts, 2. Aufl. 2021, Kapitel 12, Rn. 24; *Braun*, NZBau 2019, 622 (624); *Krönke*, NVwZ 2016, 568 (568); *Goldbrunner*, Vergaber 2016, 365 (366).

Vertrag.³³ Die Betrauung erfolgt in Form eines entgeltlichen Vertrags über eine solche Beschaffung als notwendiges Merkmal des Dienstleistungskonzessionsvertrages.³⁴

Es ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen ein Beschaffungselement angenommen werden kann.³⁵ Der EuGH hat für Baukonzessionen in der Rechtssache *Helmut Müller* Fallgruppen entwickelt, bei deren Vorliegen eine Beschaffung bejaht wird.³⁶ Erforderlich ist nach dem EuGH der Erhalt einer vertraglichen Leistung oder die Befriedigung eines unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses des Konzessionsgebers.³⁷

Der Konzessionsnehmer leistet bei einer Dienstleistungskonzession nicht an den Konzessionsgeber, sondern an Dritte. Der Konzessionsgeber erhält somit grundsätzlich keine Leistung vom Konzessionsnehmer, sodass die erste Fallgruppe des EuGHs ausscheidet.³⁸ In Betracht kommt aber eine Beschaffung in Form der zweiten Fallgruppe, nämlich durch Befriedigung eines unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses des Konzessionsgebers. Der Konzessionsgeber kann die Dienstleistung „für sich selbst oder für Endnutzer“ erwerben.³⁹ Ihm muss aber grundsätzlich der Nutzen der konzessionsgegenständlichen Leistung zustehen.⁴⁰ Erwirbt der Konzessionsgeber die Leistung für Dritte, verpflichtet sich der Konzessionsnehmer ihm gegenüber einklagbar zur Leistung an die Endnutzer am Markt.⁴¹ In dieser einklagbaren Hauptleistungspflicht zur Erbringung der Dienstleistung liegt das unmittelbare wirtschaftliche Interesse des Konzessionsgebers, das das Vorliegen einer Beschaffung begründet.⁴² Die bindende und rechtlich

³³ Erwägungsgrund Nr. 11 der KonzVRL.

³⁴ *Siegel*, NVwZ 2016, 1672 (1673); *Opitz*, NVwZ 2014, 753 (756).

³⁵ *Mohr* in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht III, 4. Aufl. 2022, § 105 GWB, Rn. 68.

³⁶ EuGH, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 – *Helmut Müller*; vgl. näher *Bungenberg/Schelhaas* in BeckOK Vergaberecht, 32. Edition, § 105 GWB, Rn. 18f.

³⁷ EuGH, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, Rn. 54, 57 – *Helmut Müller*.

³⁸ *Opitz*, NVwZ 2014, 753 (757).

³⁹ Erwägungsgrund Nr. 16 der KonzVRL.

⁴⁰ Erwägungsgrund Nr. 11 der KonzVRL.

⁴¹ *Friton/Stein* in Pünder/Schellenberg Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 22.

⁴² OLG Celle, 13 Berg 3/18, NZBau 2019, 268, Rn. 12; *Bungenberg/Schelhaas* in BeckOK Vergaberecht, 32. Edition, § 105 GWB, Rn. 17; *Friton/Stein* in Pünder/Schellenberg Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 22; *Mösinger*, NZBau 2015, 545 (546).

durchsetzbare⁴³ Leistungsverpflichtung des Konzessionsnehmers ist damit konstitutiv für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession.⁴⁴

Das wirtschaftliche Interesse des Konzessionsgebers kann entweder mittelbar oder unmittelbar vorliegen. Ein Beschaffungsvorgang ist auch gegeben, wenn die Gegenleistung dem öffentlichen Auftraggeber zwar nicht unmittelbar zufließt, diese ihn jedoch bei der Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben unterstützt.⁴⁵

Teilweise wird für die Annahme eines wirtschaftlichen Interesses einschränkend gefordert, dass der Konzessionsgeber durch die Konzession die Erfüllung einer spezifischen öffentlichen Pflichtaufgabe der Daseinsvorsorge überträgt.⁴⁶ Die Dienstleistungskonzession als „*modernes Instrument staatlicher Verantwortungsteilung*“⁴⁷ erfordere die Erfüllung einer dem Staat obliegenden Pflichtaufgabe.⁴⁸ Dabei sei nicht ausreichend, dass die Tätigkeit in irgendeiner Weise im öffentlichen Interesse liegt.⁴⁹ Allerdings hat der EuGH bereits im Jahr 1998 im Hinblick auf öffentliche Aufträge verdeutlicht, dass eine Unterscheidung zwischen Aufträgen, die ein öffentlicher Auftraggeber vergibt, um seine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben zu erfüllen, und Aufträgen ohne Zusammenhang mit diesen Aufgaben bereits aus Gründen der Rechtssicherheit nicht erfolgen darf.⁵⁰ Diese Feststellung lässt sich auf die vergleichbare Fragestellung bei der Konzessionsvergabe übertragen.⁵¹ Nach Erwägungsgrund Nr. 68 Satz 1 der KonzVRL sind Konzessionen „*in der Regel langfristige, komplexe Vereinbarungen, bei denen der Konzessionsnehmer Verantwortlichkeiten und Risiken übernimmt, die üblicherweise vom*

⁴³ Erwägungsgrund Nr. 14 der KonzVRL.

⁴⁴ *Opitz*, NVwZ 2014, 753 (756 f.).

⁴⁵ OLG Dresden, Verg 5/19, BeckRS 2019, 35274, Rn. 46; OLG Düsseldorf, VII-Verg 22/18, NZBau 2019, 605, Rn. 32; VK Südbayern, Z3-3-3194-1-15-03/15, ZfBR 2015, 713; OLG München, Verg 4/11, NZBau 2011, 380 (382).

⁴⁶ *Classen*, VergabeR 2016, 13 (20); *Würfel*, NZBau 2012, 752 (753).

⁴⁷ *Hattig/Ruhland*, NZBau 2005, 626 (626).

⁴⁸ VK Rheinland, VK K 2/18, IBRRS 2019, 2674; KG Berlin, 2 U 14/14 Kart, NZBau 2015, 323; *Hövelberndt*, NZBau 2010, 599 (599, 604).

⁴⁹ OLG München, Verg 17/11, IBRRS 2012, 0471; *Diemon-Wies*, VergabeR 2016, 162 (163).

⁵⁰ EuGH, C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4, Rn. 32, 34 – Mannesmann Anlagenbau Austria u.a./Strohal Rotationsdruck.

⁵¹ *Mohr* in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht III, 4. Aufl. 2022, § 105 GWB, Rn. 65.