

Gericht: Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt Vergabesenat
Entscheidungsdatum: 17.06.2016
Aktenzeichen: 7 Verg 2/16
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle: 
Normen: § 99 Abs 1 aF GWB, § 102 aF GWB, EWGRL 50/92, EGRL 18/2004

**Vergabenachprüfungsverfahren: Abgrenzung zwischen
Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession**

Orientierungssatz

1. Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist nicht nach Maßgabe des § 102 GWB a.F. eröffnet, wenn eine vergebene Dienstleistung eine Dienstleistungskonzession zum Gegenstand hat.(Rn.62)
2. Für die Anwendung des GWB-Vergaberechts kommt es in erster Linie auf den objektiv durch Auslegung zu ermittelnden materiellen Gehalt des Rechtsverhältnisses an. Ist eine Vergabestelle im Rahmen ihrer Ausschreibung rechtsirrig davon ausgegangen, dass die betreffende Auftragsvergabe dem Kartellvergaberecht unterfällt, kann dies nicht zuständigkeitsbegründend wirken. Die Rechtswegzuständigkeit ist allein nach der wahren Rechtsnatur des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses zu bestimmen. Ein Wahlrecht des Auftraggebers zwischen Dienstleistungskonzession einerseits und Dienstleistungsauftrag andererseits besteht nicht.(Rn.67)
3. Die Dienstleistungskonzession wird - im Unterschied zu einem Dienstleistungsauftrag - durch ein Dreiecksverhältnis zwischen Auftraggeber, Leistungserbringer/Konzessionär und Nutzer gekennzeichnet. Der Unternehmer trägt das wirtschaftliche Risiko seiner Leistung und erhält seine Vergütung in erster Linie durch eine Zahlung vom Nutzer der Dienstleistungen. Im Falle eines vergaberechtlich relevanten Dienstleistungsauftrages liegt hingegen in der Regel nur eine bilaterale Beziehung zwischen Auftraggeber und Unternehmer vor (vgl. Vergabekammer Ansbach, 2. August 2006, 21.VK-3194-22/06).(Rn.76)
4. Bei einem Vertrag über Dienstleistungen genügt in der Regel der Umstand, dass eine unmittelbare Entgeltzahlung des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragnehmer nicht erfolgt, sondern der Auftragnehmer das Recht erhält, Entgelte von Dritten zu erheben, jedenfalls dann, um den betreffenden Vertrag als Dienstleistungskonzession einzuordnen, wenn auch das vom öffentlichen Auftraggeber eingegangene Betriebsrisiko vom Auftragnehmer zu einem erheblichen Teil übernommen wird (vgl. EuGH, 10. September 2009, C-206/08).(Rn.81)

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Leipzig, 2. März 2016, 2 VK LSA 41/2015, Beschluss

Tenor

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt vom 2. März 2016 mit Ausnahme der Kostenentscheidung aufgehoben.

Die Sache wird gemäß § 17 a Abs. 2 S. 1 GVG an das Landgericht Magdeburg verwiesen.

Gründe

A.

- 1 Die Antragstellerin wendet sich mit einem Nachprüfungsverfahren gegen die Interimsvergabe von Dienstleistungen im Bereich der Straßenreinigung zu Los 5 - Beseitigung von Ölverunreinigungen auf Verkehrsflächen im Zuständigkeitsbereich der Antragsgegnerin betreffend den Landkreis M., S. Kreis, B. Kreis und Stadt H. -, den der Antragsgegner im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb an einen Bieter befristet auf den Zeitraum vom 01. Januar bis 31. Dezember 2016 vergeben hat.
- 2 Der Antragsgegner beabsichtigt die Neuvergabe von Dienstleistungen zur Beseitigung von Öls Spuren auf Verkehrsflächen in ihrem Zuständigkeitsbereich, aufgeteilt in sieben Gebietslose zu einem geschätzten Gesamtauftragswert von 2,3 Millionen Euro mit einer Vertragslaufzeit 2016 und 2017.
- 3 Hierzu hatte er am 11. August 2015 im Supplement zum Amtsblatt der EU zunächst eine Vergabe im Offenen Verfahren bekannt gemacht. Gemäß Abschnitt II Ziffer 1.1. der Bekanntmachung war Gegenstand der Ausschreibung die Beseitigung von Öl, Kraft- und anderen Schadstoffen sowie kontaminierten Schadstoffen nach Unfällen und Havarien mit sofortiger Wiederherstellung der gefahrlosen Nutzbarkeit auf Verkehrsflächen der Bundesautobahnen, Bundes-, Landes- und Kreisstraßen im Zuständigkeitsbereich des Antragsgegners, unterteilt in einzelne Landkreise (Los 1 bis 5) sowie zwei Autobahnabschnitte (Los 6 bis 7). Die Antragstellerin rügte bereits das offene Vergabeverfahren mit Schreiben vom 07. September 2015 gegenüber dem Antragsgegner und leitete mit Antragsschrift vom 08. September 2015 hierzu die weiterhin vor der 2. Vergabekammer anhängigen Nachprüfungsverfahren zu den Geschäftsnummern 2 VK LSA 16/15 - 22/15 ein. Nachdem innerhalb der Ausschreibungsfrist keine Angebote eingegangen waren, hob der Antragsgegner das offene Vergabeverfahren auf.
- 4 Mit Bekanntmachung vom 25. September 2015 teilte er mit, dass er nunmehr beabsichtige, die Aufträge für die Lose im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gemäß § 3 Abs. 4 a EG VOL/A unter Beibehaltung der ursprünglichen Auftragsbedingungen zu vergeben. Die von dem Antragsgegner angekündigte Verfahrensweise rügte die An-

tragstellerin mit Schreiben vom 05. Oktober 2015 ebenfalls und machte mit ihrer Rüge geltend, dass auch der neuen Ausschreibung nach wie vor rechtswidrige Vergabebedingungen zugrunde liegen würden. Unter dem 06. Oktober 2015 versandte der Antragsgegner gleichwohl die Vergabeunterlagen an die Antragstellerin und an 18 weitere Firmen und forderte diese zur Angebotsabgabe ab. Als Termin für den Ablauf der Angebotsfrist war der 20. Oktober 2015 benannt.

- 5 Unter Ziffer 12.1 der Ausschreibungsbestimmungen ist der Preis als alleiniges Wertungskriterium vorgesehen, über den die Angebotswertung erfolgen sollte. Die als Anlage beigefügten weiteren besonderen Vertragsbedingungen enthalten zudem spezielle Anforderungen an den Bieter: Dieser muss seine Leistungsbereitschaft rund um die Uhr ohne Einschränkungen sicherstellen können und außerdem eine besondere Kennzeichnung der Einsatzfahrzeuge und Arbeitsgerätschaften entsprechend der RSA (Richtlinie für die Sicherung von Arbeitsstellen an Straßen) vorweisen sowie die Ausstattung der Maschinen mit einem gültigen Gütezeichen bzw. einer gleichwertigen Zertifizierung gewährleisten. Außerdem sehen die weiteren besonderen Vertragsbedingungen eine Übernahme der Haftung für Schäden vor, die auf die Reinigungsleistungen zurückgehen. Der Auftragnehmer muss sich verpflichten, sämtliche Schäden auf seine Kosten zu beseitigen, und hat insoweit eine entsprechende Haftpflichtversicherung nachzuweisen. In der Ausführungsbeschreibung heißt es hierzu unter Ziffer 5):
- 6 „Der Auftragnehmer haftet im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen für alle Schäden, die auf unsachgemäße Arbeitsweise oder auf mangelnde Absicherung der Gefahrenstelle während seiner Tätigkeit vor Ort zurückzuführen sind. Des weiteren haftet er für Schäden, die nach der Beseitigung der Ölverunreinigungen entstehen. Soweit diese auf unsachgemäße Arbeiten zurückzuführen sind. Der Auftragnehmer stellt den Auftraggeber von allen Ansprüchen Dritter frei.“
- 7 Zur Abrechnung und Bezahlung ist in den weiteren besonderen Vertragsbedingungen Folgendes ausgeführt:
- 8 „Grundsätzlich tritt die Landesstraßenbaubehörde ihre Forderungen an den Auftragnehmer ab. Die Abrechnung erfolgt direkt zwischen Auftragnehmer und Verursacher. Hierfür ist als Anlage eine Abtretungserklärung als Muster beigelegt.“
- 9 In Ausnahmefällen, wenn der Verursacher nicht ermittelbar ist, hat die Abrechnung zwischen dem Auftragnehmer und der Landesbaubehörde zu erfolgen.“
- 10 In der Ausführungsbeschreibung wird diese Abrechnungs- und Vergütungsregelung erneut aufgegriffen und unter Ziffer 6.1 bestimmt, dass der Antragsgegner seine Forderungen an den Auftragnehmer abtritt und die Abrechnung für den Regelfall direkt zwischen

Auftragnehmer und Verursacher erfolgen sollte. Nur in Ausnahmefällen, wenn der Verursacher nicht ermittelbar ist, sollte der Auftragnehmer direkt mit dem Antragsgegner abrechnen können. Den Vergabeunterlagen war insoweit ein Vordruck einer Abtretungserklärung beigelegt.

- 11 In der Ausführungsbeschreibung ist unter Ziffer 6.3 zu den Mengenangaben überdies Folgendes bestimmt:
- 12 „Die im Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen sind aus den Auftragsmengen der letzten Aufträge abgeleitet. Der AN hat keinen Anspruch auf Erfüllung der im Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen. Auch eine erhebliche Unter- und Überschreitung der angegebenen Mengen rechtfertigt keine Anpassung der im Leistungsverzeichnis angegebenen Einzelpreise. Der AN hat dies bei der Angebotsabgabe zu beachten und in die entsprechenden Positionen einzukalkulieren.“
- 13 Den Vergabeunterlagen lagen ferner im Hinblick auf §§ 10, 12 und 13 des Landesvergabegesetzes Erklärungsvordrucke zur Tariftreue und Entgeltgleichheit, zum Nachunternehmerinsatz und über die Beachtung der Kernarbeitsnormen der internationalen Arbeitsorganisation bei.
- 14 Wegen der Einzelheiten der Ausschreibung nimmt der Senat auf die EU-Aufforderung zur Angebotsabgabe des Antragsgegners vom 05. Oktober 2015 nebst deren Anlagen Bezug.
- 15 Innerhalb der Angebotsfrist ging nur für das Los 5 ein Angebot der Firma U. GmbH ein.
- 16 Auf die erste Rüge der Antragstellerin vom 05. Oktober 2015 erwiderte der Antragsgegner mit Schreiben vom 09. Oktober 2015. Daraufhin rügte die Antragstellerin unter dem 11. Oktober 2015 erneut verschiedene formelle Vergaberechtsverstöße des neuen Ausschreibungsverfahrens. Neben der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnehmerwettbewerb und der für unangemessen kurz gehaltenen Angebotsfrist beanstandete sie insbesondere das Fehlen von Mindestabnahmemengen und die daraus resultierende unangemessene und für einen Dienstleistungsvertrag untypische Risikoverteilung. Der Ausschreibung würden rechtswidrige Zuschlagskriterien zugrunde liegen, da sie dem Auftragnehmer ein ungewöhnlich hohes Wagnis sowie die Verpflichtung zur Mischkalkulation auferlegen würde, was aber für eine Dienstleistungskonzession kennzeichnend sei. Zugleich erklärte sie ihr Interesse, an dem neu ausgeschriebenen Vergabeverfahren teilzunehmen. Der Antragsgegner half auch diesen Rügen in seiner Stellungnahme vom 15. Oktober 2015 nicht ab. Bereits unter dem 14. Oktober 2015 hatte die Antragstellerin ei-

nen Nachprüfungsantrag vor der 2. Vergabekammer (Geschäftsnummer 2 VK LSA 33 - 39/15 Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt) gestellt.

- 17 Da der bisherige Dienstleistungsvertrag zur Straßenreinigung bereits zum 31. Dezember 2015 auslief, wegen der anhängigen Nachprüfungsverfahren allerdings ein Zuschlagsverbot bestand und andererseits für den Antragsgegner ein vertragloser Zustand mit Blick auf die ihm obliegenden Straßenverkehrssicherungspflichten nicht hinnehmbar war, entschloss sich der Antragsgegner am 29. Oktober 2015, eine Interimsvergabe für alle Lose zum 01. Januar 2016 zu veranlassen. Wegen der anhängigen Nachprüfungsverfahren und des erforderlichen Vorlaufs für Vorbereitung sowie Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung erachtete er dabei einen Interimszeitraum von einem Jahr als angemessen. In seiner Grundsatzentscheidung zur Interimsvergabe vom 29. Oktober 2015 hatte er zu Los 5 besonders hervorgehoben, dass bereits ein Bieter ein wertbares Angebot im Rahmen des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb gemäß § 3 Abs. 4 lit. a EG VOL/A abgegeben habe und insofern ein schutzwürdiges Interesse an einer Auftragsvergabe bestünde.
- 18 Wegen der Einzelheiten nimmt der Senat auf den Aktenvermerk vom 29. Oktober 2015 zur Grundsatzentscheidung des Antragsgegners - Blatt 178 der Verfahrensakte der Vergabekammer - Bezug.
- 19 Am 13. November 2015 fand hierzu mit der Firma U. ... GmbH als einzige Bieterin zu Los 5 ein Verhandlungsgespräch statt, bei dem verschiedene Einzelpositionen der Ausschreibung erörtert wurden. Der Bieter erklärte sich darin bereit, die Reinigungsleistungen als Interimslösung für einen Interimszeitraum von einem Jahr auf der Basis seines Angebotes vom 19. Oktober 2015 und den darin zugrunde liegenden Ausschreibungsbedingungen zu erbringen. Außerdem legten die Beteiligten fest, dass die Abtretungserklärung der Auftraggeberin weiterhin Bestandteil der Ausschreibung bleiben und bei bekannten Verursachern gelten sollte.
- 20 Nachdem der Antragsgegner der Antragstellerin mit Schreiben vom 06. November 2015 mitgeteilt hatte, dass für die Lose 1 bis 4 und 6 bis 7 keine Angebote eingegangen seien und eine Interimsvergabe vorbereitet werde, stellte die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag bezüglich der Lose 1 bis 4 und 6 bis 7 in Fortsetzungsfeststellungsanträge um.
- 21 Mit Schreiben vom 24. November 2015 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin sodann mit, dass das Los 5 nicht mehr Gegenstand der Interimsvergabe sei, da aufgrund des „positiven Interesses“ eines Bieters mit einem wertbaren Angebot der Zuschlag für eine Interimsvergabe bereits im Rahmen des Verhandlungsverfahrens zur Gewährleistung der Verkehrssicherheit erfolgt sei. Im Übrigen forderte er die Antragstellerin auf, ein Angebot für eine Interimsvergabe der übrigen Lose 1 bis 4 und 6 bis 7 bis zum 09. De-

zember 2015 abzugeben. Insoweit wies er darauf hin, dass im Rahmen der Interimsvergabe Anpassungen wie folgt vorgenommen würden: Der Leistungszeitraum beschränke sich vom 01. Januar bis 31. Dezember 2016, das Los 5 werde ausgenommen, jeder Bieter könne nunmehr für mehr als ein Los ein Angebot abgeben, auf die Abtretung der Forderungen durch die Landesbaubehörde an den Auftragnehmer werde verzichtet.

- 22 Die Antragstellerin rügte die beabsichtigte Verfahrensweise mit Schreiben vom 24. und 25. November 2015. Insbesondere beanstandete sie die Interimsvergabe von Los 5 und meinte, dass es sich hierbei um eine rechtswidrige de-facto-Vergabe handle. Sie forderte den Antragsgegner deshalb zur unverzüglichen Abhilfe der gerügten Verfahrensverstöße auf. Dieser erbat mit E-Mail vom gleichen Tage zunächst eine kurzfristige Verlängerung der ihm gesetzten Stellungnahmefrist. Mit Schreiben vom 25. November 2015 (Blatt 186 der Verfahrensakte der Vergabekammer) erteilte der Antragsgegner der Firma U. ... GmbH sodann auf der Grundlage deren Angebots vom 19. Oktober 2015 und im Ergebnis des Aufklärungsgesprächs vom 13. November 2015 mit der schriftlichen Erklärung vom 19. November 2015 den Zuschlag für Los 5 als Interimsvergabe mit einem Leistungszeitraum vom 01. Januar 2016 bis 31. Dezember 2016. Gegenüber der Antragstellerin verteidigte er die Interimsvergabe von Los 5 mit Schreiben vom 26. November 2015 und lehnte eine Abhilfe ab.
- 23 Die Antragstellerin bewarb sich unter dem 07. Dezember 2015 für die Interimsvergabe aller übrigen Lose.
- 24 Mit ihrem am 26. November 2015 bei der Vergabekammer eingegangenen Nachprüfungsantrag hat sich die Antragstellerin gegen die Interimsvergabe von Los 5 gewandt und insoweit die Ansicht vertreten, dass zu Los 5 kein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren durchgeführt worden sei, vielmehr liege eine rechtswidrige de-facto-Vergabe vor. Hierdurch würde gegen die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und Gleichbehandlung aus § 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB verstoßen werden. Ferner habe die Vergabestelle das Zuschlagsverbot nach § 115 Abs. 1 GWB, das sich aus den anhängigen Nachprüfungsverfahren zu den Geschäftszeichen 2 VK 16/15 bis 22/15 vom 08. September 2015 sowie den Geschäftszeichen 2 VK 33/15 bis 39/15 vom 14. Oktober 2015 ergeben würde, missachtet, was bereits zur Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages führe. Da der Antragsgegner die Dringlichkeit des Verfahrens letztlich selbst verschuldet habe, könne er damit aber nun nicht die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb rechtfertigen. Sie ist der Meinung gewesen, dass es Sache des Antragsgegners gewesen wäre, die voraussichtliche Zeitdauer eines Nachprüfungsverfahrens zuvor einzukalkulieren. Es könne hingegen nicht sein, dass die durch das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer naturgemäß eintretende zeitliche Verzögerung eine interimswise, freihändige de-facto-Vergabe als Sofortmaßnahme rechtfertigen könnte, da das gesamte Nachprüfungsrecht anderenfalls ad absurdum geführt würde. Außerdem sei nicht einzusehen, dass der Antragsgegner hinsichtlich der beabsichtigten Interimsvergabe der Lose 1 bis 4 und 6 bis 7 eine Leistungsanfrage bei verschiedenen Anbietern durchführe, während er dies bei Los 5 anders handhabt und dieses Los sogleich an den einzigen bisherigen Bieter direkt ver gebe. Außerdem versto-

ße die De-facto-Vergabe gegen weitere Rechte der Antragstellerin, die sie als sonstige Ansprüche nach § 104 Abs. 2 GWB geltend machen könne. So erhalte der begünstigte Zuschlagsdestinär durch das Vorgehen des Antragsgegners eine rechtswidrige Beihilfe, die zurückgefordert werden müsse. Die vergaberechtswidrige Beauftragung des Wettbewerbers verstoße überdies gegen Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 GG, was aufgrund der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte aber auch in einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis zu berücksichtigen sei. Zu den sonstigen Ansprüchen im Sinne des § 104 Abs. 2 GWB würden schließlich auch Ansprüche nach dem UWG zählen. Im Streitfall wäre das Wettbewerbsverbot nach §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG unter dem Gesichtspunkt des Ausnutzens eines fremden Rechtsbruches zu beachten. Schließlich ergebe sich die Nichtigkeit des zugrundeliegenden Auftrages aus § 138 Abs. 1 BGB aufgrund kollusiven Zusammenwirkens des Auftraggebers mit dem Bieter unter bewusster Umgehung vergaberechtlicher Vorschriften. Als weiterer Unwirksamkeitsgrund komme § 58 Abs. 1 VwVfG in Betracht. Durch die de-facto-Vergabe sei ein öffentlich-rechtlicher Vertrag begründet worden, der der Zustimmung der Antragstellerin als in ihren Rechten betroffene Dritte bedürfe. Da die Antragstellerin ihre Zustimmung versagt habe, seien die Rechtswirkungen des Vertrages entfallen. Außerdem lasse die Ausschreibung des Antragsgegners eine nach § 20 VOL/A ordnungsgemäße Dokumentation des Vergabeverfahrens vermissen.

- 25 Was die Zuständigkeit der angerufenen Vergabekammer anbelangt, hat die Antragstellerin die Ansicht vertreten, dass der Rechtsweg zu den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen eröffnet sei, denn der Antragsgegner habe einen Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben, der zwingend dem Vierten Teil des GWB unterfalle und nach den Regelungen der EG VOL/A zu vergeben sei. Eine Dienstleistungskonzession liege dagegen hier nicht vor. Ausgangspunkt für die rechtliche Einordnung müsse nämlich stets die öffentliche Bekanntmachung bilden. In dieser habe der Antragsgegner aber einen Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben und damit sein Leistungsbestimmungsrecht ausgeübt. An den Text der Bekanntmachung sei der Antragsgegner gebunden und könne diesen insbesondere auch nicht wiederum durch nachrangige Vertragsunterlagen korrigieren. Ein Fehler im Bekanntmachungstext könne allenfalls durch eine weitere ausdrückliche Veröffentlichung einer Berichtigung der Ausschreibung in den Pflichtmedien korrigiert werden, was hier jedoch unterblieben sei. Es möge zwar sein, dass der ausgeschriebene Auftrag Elemente einer Dienstleistungskonzession enthalte. So habe der Antragsgegner insbesondere bei seiner Ausschreibung nicht für eine angemessene Risikoverteilung Sorge getragen. Der Auftragnehmer werde nämlich mit erheblichen Risiken belastet, was unter anderem darin zum Ausdruck gekommen sei, dass keine Mindestabnahmemengen vorgesehen seien. Gerade mit Blick auf den hohen Personaleinsatz, der bei der geforderten 24-h-Rufbereitschaft einzukalkulieren sei, erscheine die Angabe einer Mindestabnahmemenge aber dringend geboten. Soweit der Antragsgegner dem Auftragnehmer damit ungewöhnliche Wagnisse aufbürden würde, sei dies bei einem Dienstleistungsauftrag zwar grundsätzlich unzulässig. Diese Risikoverlagerung führe im Streitfall aber noch nicht dazu, von einer Dienstleistungskonzession auszugehen. Selbst wenn man eine Dienstleistungskonzession annehmen wollte, sei diese hier aber zumindest mit Elementen des Dienstleistungsauftrages „infiziert“. In diesem Fall müsse es jedoch dabei bleiben, dass ein einheitlicher Auftrag insgesamt auszuschreiben sei, was sich nach neuer Rechtslage nunmehr ausdrücklich aus § 111 Abs. 2 Nr. 1 GWB n. F. ergebe. Außerdem dürfe nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Vergabebedingungen erhebliche Direktzahlungen des Antragsgegners für den Fall, dass der Schädiger nicht ermittelbar sei, vor-

sehen würden. Wie aus den Haushaltsplänen von Bund und Land ersichtlich hätten Bund und Länder für diese Direktzahlungen namhafte Zahlungsbeträge einkalkuliert, was aber ebenfalls für eine Einordnung als Dienstleistungsauftrag sprechen würde. Sie ist darüber hinaus der Meinung gewesen, dass die Vorgaben der bis zum 18. April 2016 in nationales Recht umzusetzenden Vergaberichtlinie RL 2014/23/EU schon jetzt Vorwirkungen dahingehend entfalten würden, dass die derzeitige Regelungslücke durch einen Gleichlauf des Rechtsschutzes von Dienstleistungsaufträgen einerseits und Dienstleistungskonzessionen andererseits interessengerecht zu schließen sei und § 102 GWB - im Vorgriff auf die Umsetzung der Richtlinie - zumindest analog auch auf Dienstleistungskonzessionen angewandt werden müsse. Der Umstand, dass die VOL/B ausweislich des Ausschreibungstextes in den Vertrag habe einbezogen werden sollen, stünde ebenfalls der Annahme einer Dienstleistungskonzession entgegen. Dadurch, dass die Antragsgegnerin veröffentlicht habe, sowohl die VOL/B als auch die ZVB/VOL-StB in den Vertrag einzubeziehen wollen, habe sie sich in Richtung eines Dienstleistungsauftrages gebunden.

- 26 Die Antragstellerin hat vor der Vergabekammer - bezogen auf Los 5 - beantragt,
- 27 1. festzustellen, dass die Antragstellerin durch die De-Facto-Vergabe der Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Beseitigung von Ölverunreinigungen auf Verkehrsflächen im Zuständigkeitsbereich der Landesstraßenbaubehörde Sachsen-Anhalt ab 01. Januar 2016 zu Los 5 (LK M. ... (...), S. Kreis (...), B. Kreis (...) und Stadt H. (... nur bis OD - St. ...) in ihren Rechten verletzt wird;
- 28 2. festzustellen, dass tatsächliche Beauftragungen im Bereich von Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Beseitigung von Ölverunreinigungen auf Verkehrsflächen im Zuständigkeitsbereich der Landesstraßenbaubehörde Sachsen-Anhalt ab 01. Januar 2016 zu Los 5 (LK M. ... (...), S. Kreis (...), B. ... Kreis (...) und Stadt H. (... nur bis OD - St. ...) ohne ein gemeinschaftskonformes Auswahlverfahren rechtswidrig sind und die Antragstellerin gemäß § 97 Abs. 7 GWB in ihren Rechten verletzen;
- 29 3. zur Durchsetzung der rechtlichen Verpflichtungen gemäß § 115 Abs. 1 GWB, wonach ein Zuschlag nicht erteilt werden darf, ein Zwangsgeld in Höhe von zumindest 1.000,- Euro und höchstens 10 Millionen Euro anzudrohen.
- 30 Der Antragsgegner hat beantragt,
- 31 den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

- 32 Er ist der Meinung gewesen, dass der Antragstellerin bereits die nach § 107 Abs. 2 GWB erforderliche Antragsbefugnis fehle, da sie sich bislang noch gar nicht an dem Vergabeverfahren beteiligt und ein Angebot abgegeben habe. Selbst wenn aber ein Angebot der Antragstellerin vorliegen würde, habe diese keineswegs über reelle Chancen auf einen Zuschlag verfügt, denn das Lohngefüge in Bayern liege deutlich höher als in Sachsen-Anhalt und die Antragstellerin habe in der Region bislang noch keine eigenen Standorte vorgehalten. Der Nachprüfungsantrag sei im Übrigen unbegründet, da er bei der Interimsvergabe von Los 5 die maßgeblichen vergaberechtlichen Bestimmungen durchaus gewahrt habe. Insbesondere sei die Einleitung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb gemäß § 3 Abs. 4 d EG VOL/A zulässig gewesen, nachdem das zuvor betriebene offene Verfahren mangels Eingang von Angeboten gescheitert gewesen sei. Um die Verkehrssicherheit des in seinem Zuständigkeitsbereich fallenden Straßennetzes gewährleisten zu können und den gesetzlichen Straßenverkehrssicherungspflichten zu entsprechen, habe er die lückenlose Bereithaltung der Straßenreinigungsdienste auch über den 01. Januar 2016 hinaus sicherstellen müssen. Aufgrund des bevorstehenden Ablaufs des alten Dienstleistungsauftrages zum 31. Dezember 2015 und wegen des bestehenden Zuschlagsverbotes aus § 115 GWB im Hinblick auf die anhängigen Nachprüfungsverfahren habe er sich zur Vermeidung eines vertragslosen Zustandes deshalb veranlasst gesehen, eine Interimsvergabe vorzubereiten. Bezogen auf das Los 5 habe jedoch die Besonderheit bestanden, dass für dieses Los im Rahmen des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nach § 3 Abs. 4 a EG VOL/A ein wertbares Angebot der Firma U. ... GmbH vorgelegen habe. Für diesen Bieter habe deshalb ein besonders schutzwürdiges Interesse an einer Auftragsvergabe bestanden. Die interimswise Beauftragung dieses Bieters habe sich im Ergebnis als das mildere Mittel dargestellt, um den Primärrechtsschutz der Antragstellerin nicht gänzlich zu unterlaufen. Einen Interimszeitraum von einem Jahr habe er dabei nach Lage der Dinge als angemessen ansehen dürfen. Zu Unrecht beanstandete die Antragstellerin überdies, dass er mit der Interimsvergabe gegen ein Zuschlagsverbot aus § 115 GWB verstoßen habe. Denn in dem hier streitbefangenen Interimsvergabeverfahren sei zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung selbst noch kein Nachprüfungsantrag der Antragstellerin anhängig gewesen. Schließlich treffe es auch nicht zu, dass er die besondere Dringlichkeit der Angelegenheit letztlich selbst verschuldet habe. Aber auch ungeachtet dessen, sei im Rahmen des § 3 Abs. 4 lit. d und lit. g EG VOL/A anerkannt, dass der Dringlichkeit für eine freihändige Vergabe oder für ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung im Bereich der Daseinsvorsorge nicht entgegengehalten werden könne, dass die Gründe für diese Zeitnot in der Sphäre des Auftraggebers liegen würden. Selbst ein - zwischen den Beteiligten streitiges - Verschulden des Antragsgegners könne die Aufrechterhaltung eines vertragslosen Zustandes im Bereich der Ölspurbeseitigung nicht zu Lasten der Verkehrsteilnehmer rechtfertigen. Sonstige Ansprüche der Antragstellerin nach § 104 Abs. 2 GWB seien weder hinreichend dargetan noch ersichtlich.
- 33 In dem ebenfalls das Los 5 betreffenden vorangegangenen Nachprüfungsverfahren 2 VK LSA 33/15 hat die 2. Vergabekammer mit Beschluss vom 21. Dezember 2015 den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als unzulässig verworfen. Auf die hiergegen erhobene sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat der Senat den Beschluss aufgehoben und die Sache gemäß § 17 a Abs. 2 S. 1 GVG an das Landgericht Magdeburg verwiesen.

- 34 In dem hier anhängigen Vergabenachprüfungsverfahren hat die 2. Vergabekammer mit Beschluss vom 02. März 2016 den die Interimsvergabe des Loses 5 betreffenden Nachprüfungsantrag gleichfalls als unzulässig verworfen und zur Begründung im wesentlichen ausgeführt, dass die beabsichtigte Vergabe nicht der vergaberechtlichen Nachprüfung unterliege. Denn der hier relevante Beschaffungsvorgang sei als Dienstleistungskonzession einzuordnen und nicht als Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 Abs. 1, Abs. 4 GWB. Für eine Dienstleistungskonzession sei kennzeichnend, dass die Gegenleistung für die geschuldeten Dienste in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistung auf eigene Verantwortung und überwiegend auf eigenes Risiko bestünde, sei es ohne oder zuzüglich der Zahlung eines Preises. Dabei sei anhand rein objektiver Kriterien zu bestimmen, in welche Kategorie der Beschaffungsvorgang einzuordnen sei. Nicht maßgeblich sei hingegen, wie die Auftraggeberin die Leistungen in ihrer Bekanntmachung bezeichnet habe. Denn anderenfalls könnte sich der Auftraggeber dem Vergaberecht schon dadurch entziehen, dass er einen objektiv vorliegenden Dienstleistungsauftrag fälschlich als eine Dienstleistungskonzession bekannt gebe. Die Zuständigkeitsregelung des § 102 GWB unterliege jedoch nicht der Disposition des Auftraggebers.
- 35 Im Streitfall bilde ein gewichtiges Indiz für die Annahme einer Dienstleistungskonzession, dass der Auftragnehmer im Regelfall keine direkte Entgeltzahlung von dem Auftraggeber erhalten solle, sondern die Entgelte aufgrund der Abtretung bei den Schädigern selbst einziehen müsse. Dass für den Ausnahmefall, dass der Schadensverursacher nicht ermittelbar sei, eine direkte Abrechnung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vorgesehen sei, stünde der Einordnung als Konzession nicht schon entgegen, denn nach der Ausführungsbeschreibung trage diese Fallkonstellation ausdrücklich nur Ausnahmecharakter und könne schon deshalb nicht wesentlich ins Gewicht fallen. Die Antragsgegnerin habe hier zudem nicht bloß zivilrechtliche Vergütungsansprüche an den Auftragnehmer abgetreten, sondern diesem damit zugleich das Recht zur Ausführung hoheitlicher Tätigkeiten verliehen und die Befugnis übertragen, die Leistungen gegenüber Dritten zu verwerten. Bei der Interimsvergabe zu Los 5 bestünde insoweit die gleiche Sachlage wie in dem vorangegangenen Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, denn in dem Bietergespräch vom 13. November 2015 sei zur Interimsvergabe eindeutig festgelegt worden, dass die Abtretung Bestandteil der Ausschreibung bleiben und in den Fällen bekannter Schadensverursacher gelten sollte. Soweit in dem Schreiben vom 24. November 2015 ausgeführt worden sei, dass der Antragsgegner auf die Abtretung der Forderungen verzichte, habe sich diese Äußerung ausdrücklich nicht auf Los 5 bezogen. Auch die Tatsache, dass in dem Zuschlagsschreiben eine Auftragssumme bezeichnet worden sei, könne nicht etwa als Beleg für Direktzahlungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer dienen. Die Angabe des Auftragswertes habe lediglich als Vergleichswert fungiert. Ebenso wie bei dem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb werde der Ausführende ausweislich der Ausführungsbeschreibung auch bei der Interimsvergabe mit einer Vielzahl von Risiken belastet, wobei das Risiko einer nicht vollständigen Deckung der Betriebsausgaben sowie das Risiko der Haftung für ein Fehlverhalten bei der Erbringung der Dienstleistungen besonders hervor zu heben seien. Für den Ausführenden sei nicht absehbar, ob die im Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen zutreffen oder eine wesentliche Unter- oder Überschreitung eintreten könnten. Insoweit habe er aber das Nachfragerisiko in vollem Umfang zu tragen und andererseits erhebliche Inves-

titionen für die Anschaffung von Maschinen und Gerätschaften und die Vorhaltung von Personal zu leisten, um die 24-h-Rufbereitschaft und die Erreichbarkeit der Einsatzorte innerhalb der vorgegebenen Reaktionszeiten sicher stellen zu können. Außerdem habe der Auftraggeber das Haftungsrisiko vollständig auf den Ausführenden delegiert, der diesen von Schadensersatzansprüchen Dritter im Innenverhältnis frei zu stellen habe. Dass in dem Bekanntmachungstext auf die VOL/A Bezug genommen worden sei, stünde der Einordnung - entgegen der Ansicht der Antragstellerin - nicht entgegen. Denn zu beachten sei, dass die Leistungsbeschreibung sowie die besonderen Vergabebedingungen in jedem Fall Vorrang genießen würden. Die darin vorgesehenen Zahlungsmodalitäten stünden überdies im Einklang mit § 271 a BGB. Im Ergebnis könne die Vergabekammer hier dahin gestellt sein lassen, ob die Richtlinie 2014/23/EU vom 26. Februar 2014 bereits vor ihrer Umsetzung in nationales Recht Vorwirkungen in dem Sinne entfalten könne, dass die Vergabekammern schon jetzt entsprechend § 102 GWB für die Nachprüfung von Dienstleistungskonzessionen zuständig sein müssten. Denn selbst wenn dies der Fall sei, wäre die Vergabekammer hier gleichwohl nicht nach Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2014/23/EU berufen, über den Nachprüfungsantrag zu entscheiden, da der auf ein Jahr befristete Interimsauftrag den Schwellenwert von 5,186 Millionen Euro nicht erreiche. Da die Vergabekammer selbst nicht gemäß § 17 a Abs. 2 S. 1 GVG befugt sei, den Rechtsstreit an den zuständigen Rechtsweg zu verweisen, habe sie den Nachprüfungsantrag als unzulässig verwerfen müssen.

- 36 Gegen diesen, der Antragstellerin am 07. März 2016 zugestellten Beschluss hat diese mit einem am 09. März 2016 bei dem Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz sofortige Beschwerde eingelegt.
- 37 Sie beanstandet, dass die 2. Vergabekammer zu Unrecht eine Dienstleistungskonzession angenommen habe. Eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts gebiete hier vielmehr, den Nachprüfungsantrag zumindest teilweise als nach § 102 GWB statthaft anzusehen, soweit sie rügen würde, dass ein nach Maßgabe der §§ 97 ff GWB gestaltetes Vergabeverfahren gar nicht stattgefunden habe. Für die rechtliche Einordnung maßgeblich sei allein die Bekanntmachung des Antragsgegners, darin sei jedoch ausdrücklich ein Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben worden. An den Wortlaut seiner Vergabebekanntmachung sei der Antragsgegner aber gebunden. Von dem Wortlaut der Bekanntmachung hätte er sich allenfalls unter sehr engen Voraussetzungen durch die Veröffentlichung der Berichtigung des Bekanntmachungstextes in einem Pflichtmedium befreien können, was hier jedoch unterblieben sei. Der Antragsgegner selbst sei im Übrigen in dem bisherigen Verfahren davon ausgegangen, keine Dienstleistungskonzession ausgeschrieben zu haben. Über seinen in der Bekanntmachung zum Ausdruck gebrachten Willen, einen Dienstleistungsauftrag förmlich auszuschreiben, habe sich aber auch die Vergabekammer nicht hinwegsetzen dürfen. Denn das Leistungsbestimmungsrecht der Auftraggeberin sei in jedem Fall vorrangig. Nur innerhalb dieser Grenzen könne die Vergabekammer das gewählte Vergabeverfahren überprüfen. Darüber hinaus könne hier nicht die Rede davon sein könne, dass der Antragsgegner das gesamte Betriebsrisiko auf die Ausführenden abgewälzt habe. Kernangriffspunkt ihrer eigenen Rügen bleibe zwar, dass in den Ausschreibungsunterlagen für einen Dienstleistungsauftrag rechtswidrige Risikoverlagerungen auf den Ausführenden vorgesehen seien. Ein Ausfall- und Inkassorisiko bestünde hingegen nicht, wie schon der Antragsgegner selbst wiederholt her-

vorgehoben habe. Soweit eine Risikoverlagerung stattgefunden habe, könne dieser deshalb nicht ein so erhebliches Gewicht beigemessen werden, dass dies die Annahme einer Dienstleistungskonzession rechtfertigen könne. Insbesondere sei der Investitionsaufwand nicht höher als bei jedem anderen Dienstleistungsauftrag. Auch seien die Ausführungen der Vergabekammer zum Kalkulationsrisiko nicht zutreffend, denn der Antragsgegner habe das Leistungsverzeichnis ja gerade auf der Basis der abgerechneten Mengen und Massen der letzten Jahre erstellt. Dem Ausführenden sollte im Übrigen ein direkter Zahlungsanspruch gegen den Antragsgegner zustehen, ohne dass er irgendwelche Risiken tragen solle, wie sich aus dem Vergabevermerk des Antragsgegners ergebe. Darin sei festgehalten worden, dass der Leistungszeitraum für die Interimsvergabe aus wirtschaftlichen Gründen deshalb auf ein Jahr bemessen worden sei, damit sich die Investitionen der Auftragnehmer rechnen könnten. Außerdem habe die Vergabekammer bei ihrer Entscheidung verkannt, dass mit der erfüllungshalber erfolgten Abtretung der Haftungsansprüche gegen die Schädiger noch nicht eine zivilrechtliche Erfüllung eingetreten sei, die Abtretung habe vielmehr ausschließlich der vereinfachten Abwicklung des Schadensfalls gedient, der Antragsgegner sei hingegen Zahlungsverpflichteter gegenüber dem Auftragnehmer geblieben. Darüber hinaus spreche hier aber auch vieles dafür, dass die generell verpflichtende Vorausabtretung der Forderungen ohnehin wegen Verstoßes gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz zivilrechtlich unwirksam sei. Die Vergabekammer habe schließlich nicht ausreichend gewürdigt, dass der Antragsgegner in dem Bekanntmachungstext bezüglich der Zahlungsbedingungen auf die VOL/B verwiesen habe. Durch die Einbeziehung der VOL/B habe sich die Antragsgegnerin selbst in Richtung einer Direktzahlung gebunden, was aber die Annahme einer Dienstleistungskonzession geradezu ausschließe. Schließlich stelle auch die Übernahme des Haftungsrisikos kein eine Dienstleistungskonzession kennzeichnendes Merkmal dar.

- 38 Darüber hinaus spreche gegen eine Dienstleistungskonzession, dass der Ausführende den Auftraggeber zumindest in dem Fall, dass ein Schädiger nicht ermittelbar sei, direkt in Anspruch nehmen könne. Im Rahmen der insoweit gebotenen Einzelfallprüfung dürfe nicht unberücksichtigt bleiben, dass die „Ausgleichszahlungen“ des Auftraggebers keineswegs nur einen geringen Entgeltanteil ausmachen würden. Jedenfalls habe es dem Antragsgegner obliegen, den Anteil an Direktzahlungen darzulegen und zu beweisen. Die Haushaltspläne von Bund und Länder würden dagegen belegen, dass sowohl der Bund als auch das Land jeweils mit erheblichen Direktzahlungen an die ausführenden Unternehmen kalkulieren würden. Im Hinblick auf diese „Ausgleichszahlungen“ sei aber von einem ausschreibungspflichtigen Dienstleistungsauftragsteil auszugehen, der schon für sich genommen bereits oberhalb des Schwellenwertes liegen würde und von dem nicht ausschreibungspflichtigen Teil sachlich nicht zu trennen sei. Der Auftrag sei dann aber nach den Vorschriften zu vergeben, denen der Hauptgegenstand des Auftrages zuzuordnen sei.
- 39 Selbst wenn jedoch im Streitfall eine Dienstleistungskonzession vorliegen würde, müsste hier aber - im Hinblick auf die bis zum 18. April 2016 in nationales Recht zu integrierenden Vorgaben der Richtlinie 2014/23/EU - zumindest eine entsprechende Anwendung des § 102 GWB in Erwägung gezogen werden, wie auch schon das Oberlandesgericht Frankfurt in seinem Beschluss vom 10. November 2015 (Geschäftsnummer 11 Verg 8/15) ausgeführt habe. Dabei dürfe im Streitfall davon ausgegangen werden, dass der

für eine Dienstleistungskonzession maßgebliche Schwellenwert gemäß Art. 8 Abs. 1 RL 2014/23/ EU in Höhe von 5,186 Millionen Euro - bezogen auf zwei Jahre einschließlich der Verlängerungsoption - überschritten sei.

- 40 Sie meint zudem, dass die Vergabe der Straßenreinigungsleistungen im Wege einer Dienstleistungskonzession dem Umgehungsverbot des § 14 KonzVgV widerstreite und schon aus diesem Grunde unzulässig sei. Daneben würde sich aber auch aus dem hier ebenfalls anwendbaren Kreislaufabfallwirtschaftsgesetz eine Verbotsnorm ergeben.
- 41 Im Übrigen trägt sie vor, dass sie auch weiterhin Interesse an der Übernahme des Auftrages hätte und sich im Falle eines ordnungsgemäßen Verfahrens auch tatsächliche Zuschlagschancen ausrechnen könnte. Sie meint, dass sie durch ihre Rügen und auch die Abgabe von Angeboten für die Interimsvergabe zu den Losen 1 bis 4, 6 bis 7 mit Schreiben vom 16. Dezember 2015 ihr Interesse an dem Auftrag ausreichend bekundet habe. Sie habe nur deshalb noch kein Angebot im hier anhängigen Vergabeverfahren zu Los 5 abgegeben, weil dieses an so schwerwiegenden Mängeln leide, dass es ohnehin von Amts wegen aufgehoben werden müsse.
- 42 Sie meint zudem, dass die Antragsgegnerin unabhängig von der Frage, ob ein Dienstleistungsauftrag oder eine Dienstleistungskonzession vorliegen würde, eine Direktvergabe im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nicht hätte durchführen dürfen. Sie bleibt dabei, dass die Ausschreibung - sowohl bezogen auf einen Dienstleistungsauftrag als auch auf eine Dienstleistungskonzession - insgesamt rechtswidrig sei, wobei sie an ihren bisher erhobenen Rügen festhält. Hervorzuheben sei insbesondere, dass eine De-Facto-Vergabe ohne gemeinschaftskonforme Ausschreibung per se rechtswidrig sei. Außerdem könne nicht hingenommen werden, dass der Antragsgegner das aus den anhängigen Nachprüfungsverfahren vom 08. September 2015 (2 VK LSA 16/15 bis 22/15) und vom 14. Oktober 2015 (2 VK LSA 33/15 bis 39/15) resultierende Zuschlagsverbot missachtet habe. Es ginge schließlich auch nicht an, dass eine selbstverschuldete Dringlichkeit eine De-Facto-Vergabe ohne vorangegangenen Teilnahmewettbewerb rechtfertigen könnte.
- 43 Die Antragstellerin beantragt,
- 44 1. den Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt vom 02. März 2016 (2 VK LSA 41/15) aufzuheben;
- 45 2. gemäß § 123 S. 2 GWB festzustellen, dass die bereits mit Dritten abgesprochene rechtswidrige De-facto-Vergabe im Bereich von Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Beseitigung von Ölverunreinigungen auf Verkehrsflächen im Zuständigkeitsbereich der Landesstraßenbaubehörde Sachsen-Anhalt ab dem

01. Januar 2016 bezogen auf das Los 5 (LK M. ... (...), S. Kreis (...), B. Kreis (...)
und Stadt H. ... nur bis OD-St. ...) gemäß § 101 b GWB unwirksam ist und die An-
tragstellerin in ihren Rechten verletzt;

- 46 3. gemäß § 123 S. 2 GWB festzustellen, dass tatsächliche Beauftragungen im Be-
reich von Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Beseitigung von Ölver-
unreinigungen auf Verkehrsflächen im Gebiet der Antragsgegnerin ohne ein ge-
meinschaftskonformes Auswahlverfahren rechtswidrig sind und die Antragstelle-
rin gemäß § 97 Abs. 7 GWB in ihren Rechten verletzen;
- 47 4 a). dem Antragsgegner gemäß § 123 S.2 GWB bei Fortbestehen der Verga-
beabsicht zu Los 5 (Beseitigung von Ölverunreinigungen auf Verkehrsflächen
im Zuständigkeitsbereich der Landesstraßenbaubehörde Sachsen-Anhalt (LK
M. ... (...), S. Kreis (...), B. ... Kreis (...)) und Stadt H. ... nur bis OD-St. ...) aufzuge-
ben, ein gemeinschaftskonformes Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der
Rechtsauffassung des erkennenden Senats durchzuführen;
- 48 4 b). gemäß § 123 S. 2 1. Alt. GWB festzustellen, dass der Antragsgegner bei
Fortbestehen der Absicht, die streitgegenständlichen Dienstleistungen an Drit-
te zu beauftragen, hierzu unverzüglich nach Bestandskraft der Entscheidung des
Senats eine Bekanntmachung zu veröffentlichen hat, die einen Leistungsbeginn,
der in das Ermessen des Senats gestellt wird, vorsieht;
- 49 5. weiter hilfsweise unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zu-
rückverweisung die Vergabekammer gemäß § 123 GWB zu verpflichten, unter
Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Vergabesenats über die Sache er-
neut zu entscheiden;
- 50 6. hilfsweise gemäß § 123 S. 3 GWB festzustellen, dass die Antragstellerin durch
die vergaberechtswidrigen Unterlagen betreffend Los 5 in ihren Rechten verletzt
werde;
- 51 7. weiter hilfsweise gemäß § 17 a Abs. 2 GVG unter Aufhebung der angefochte-
nen Entscheidung den Rechtsstreit an das zuständige ordentliche Gericht (Land-
gericht Magdeburg), höchsthilfsweise an das zuständige Verwaltungsgericht, zu
verweisen.
- 52 Der Antragsgegner beantragt,

- 54 Er verteidigt den angefochtenen Beschluss der 2. Vergabekammer und vertritt insoweit die Ansicht, dass diese zu Recht unter Zugrundelegung objektiver Bewertungsmaßstäbe eine Dienstleistungskonzession angenommen und deshalb den Rechtsweg zu den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen verneint habe. In der obergerichtlichen Rechtsprechung werde eine analoge Anwendung des § 102 GWB zwar kontrovers diskutiert. Die Voraussetzungen einer Analogie seien jedoch zu verneinen. Vielmehr sei das vorliegende Verfahren über eine Dienstleistungskonzession an das zuständige Landgericht zu verweisen. Wie die zweite Vergabekammer zutreffend ausgeführt habe, sei hier von einer Dienstleistungskonzession auszugehen. Es treffe zwar zu, dass der Ausführende kein Ausfall- bzw. Insolvenzrisiko im Hinblick auf seine Entgeltforderungen zu tragen haben werde, weil er entweder einen zahlungskräftigen Kfz-Haftpflichtversicherer oder aber in dem Ausnahmefall, dass ein Schädiger nicht ermittelbar sei, den Antragsgegner selbst auf Zahlung in Anspruch nehmen könne. Ungeachtet dessen sei jedoch nicht zu verkennen, dass der Ausführende mit einem sehr hohen Kalkulations- und Betriebsrisiko belastet werde. So könnten die kalkulatorischen Grundannahmen, insbesondere die Anzahl der Reinigungseinsätze, die örtliche Belegenheit der Verunreinigung, das tageszeitliche Auftreten der Unfallereignisse sowie Art und Umfang der Verschmutzung nur sehr grob und mit großen Unsicherheitsfaktoren geschätzt werden. Der Ausführende habe dementsprechend das volle Risiko zu tragen, ob der Vertrag für ihn überhaupt wirtschaftlich auskömmlich sei und er mit den durch die Dienstleistungskonzession erwirtschafteten Erträgen die hohen Investitionsaufwendungen und betrieblichen Kosten abdecken könne. Hierbei sei ferner zu berücksichtigen, dass die Vergabebedingungen weder ein Nachverhandeln der Preise noch eine Ausgleichszahlung für den Fall vorsehen würden, dass er den tatsächlichen Kostenaufwand nicht erwirtschaften könne. Außerdem werde der Ausführende dem vollen Haftungsrisiko bezüglich der Einhaltung der straßenbaulichen Verkehrssicherungspflichten ausgesetzt, denn er müsse den Antragsgegner im Innenverhältnis von etwaigen Schadensersatzansprüchen Dritter vollständig frei stellen. Dieses Haftungsrisiko bestünde in gleicher Weise für die Absicherung der Arbeitsstelle an den Straßen, die sich nach der RSA 95-Richtlinie für die Sicherung von Arbeitsstellen an Straßen richte. Was die Schadensvorfälle mit unbekanntem Verursacher anbelange, für die er gegenüber dem Auftragnehmer einzustehen habe, behauptet er, dass diese am Gesamtaufkommen der Reinigungseinsätze in der Vergangenheit einen Anteil von rund 20 % bis 22 % ausgemacht hätten, wobei es sich in der Regel um kleinere Schadensvorfälle mit Verunreinigungen geringeren Ausmaßes gehandelt habe.
- 55 Wegen des weitergehenden Sachvortrages der Beteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

B.

I.

- 56 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig. Sie ist insbesondere nach § 116 Abs. 1 GWB in der bis zum 17. April 2016 gültigen Fassung (im Folgenden: a.F.) statthaft. Danach unterliegen alle Endentscheidungen der Vergabekammer der sofortigen Beschwerde. Mit Endentscheidung ist dabei die Entscheidung der Vergabekammer gemeint, mit der diese die erste Instanz des Nachprüfungsverfahrens abschließt. Eine die erste Instanz in diesem Sinne abschließende Endentscheidung stellt aber auch die Verwerfung des Nachprüfungsantrages als offensichtlich unzulässig dar; auch diese Entscheidungsart unterliegt dementsprechend der sofortigen Beschwerde nach § 116 Abs. 1 GWB a.F. (vgl. OLG Jena VergabeR 2015, 783; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Januar 2000, Verg 2/00 zitiert nach juris). Das Rechtsmittel ist im Übrigen auch form- und fristgerecht nach § 117 GWB in der bis zum 17. April 2016 gültigen Fassung eingelegt worden.

II.

- 57 Die zulässige sofortige Beschwerde bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg.
- 58 Das Verfahren beurteilt sich nach dem bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17. Februar 2016 (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, BGBl. I, S. 203 ff) gültigen, bisherigen Recht, da es einschließlich des Nachprüfungsverfahrens vor dem 18. April 2016 begonnen worden ist (§ 186 Abs. 2 GWB in der seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17. Februar 2016 gültigen Fassung).
- 59 Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist danach unzulässig. Der Vergabesenat ist weder für die Entscheidung über die anhängigen Anträge zu 1) bis 5) noch für den auf Feststellung einer Rechtsverletzung nach § 123 S. 3 GWB a.F. gerichteten Hilfsantrag zu 6) sachlich zuständig. Wie die Vergabekammer zutreffend festgestellt hat, ist der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen nicht nach Maßgabe des § 102 GWB a.F. eröffnet, denn die von dem Antragsgegner interimswise bereits vergebene Dienstleistung im Bereich der Straßenreinigung zur Beseitigung von Öl, Kraft- und anderen Schadstoffen nach Unfällen und Havarien auf Verkehrsflächen betreffend Los 5 hat eine Dienstleistungskonzession zum Gegenstand. Das streitbefangene Beschaffungsvorhaben ist dementsprechend nicht auf einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1, Abs. 4 GWB a.F. gerichtet mit der Folge, dass dessen Vergabe grundsätzlich nicht Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemäß §§ 102 ff GWB a.F. sein kann (vgl. BGHZ 188, 200 ff; BGH NZBau 2012, 586; BGH NZBau 2012, 248; OLG Jena VergabeR 2015, 783; OLG Karlsruhe NZBau 2015, 506; OLG Celle VergabeR 2015, 50; OLG Celle VergabeR 2015,

44; Kus in Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, 3. Aufl. Rdn. 5 zu § 102 GWB; Summa in Heiermann/Zeiss, jurisPK-Vergaberecht, 4. Aufl., 2013, Rdn. 10 zu § 102 GWB; Reidt in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Aufl., Rdn. 18 zu § 102 GWB).

- 60 1. Durch § 102 GWB a.F. wird ein eigenständiger, ausschließlicher Rechtsweg für den Primärrechtsschutz in Vergabesachen begründet (vgl. Kus in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 3. Aufl., Rdn. 10 zu § 102 GWB). Der vergaberechtlichen Nachprüfung nach dem Vierten Teil des GWB unterliegen insoweit öffentliche Aufträge, welche die maßgeblichen Schwellenwerte übersteigen, §§ 99, 100, 102 ff, 127 GWB a.F. in Verbindung mit § 2 VgV.
- 61 Öffentliche Aufträge sind nach § 99 Abs. 1 GWB a.F. entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 98 GWB a.F. mit Unternehmern über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, ferner Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen. § 99 Abs. 4 GWB a.F. ist insoweit als Auffangtatbestand konzipiert, der solche Dienstleistungen erfassen sollte, die weder Lieferungen noch Bauleistungen darstellten (vgl. BGH NZ-Bau 2012, 248).
- 62 Nicht zu den öffentlichen Aufträgen im Sinne des § 99 GWB a.F. zählten nach bisheriger Rechtslage dagegen Dienstleistungskonzessionen, weil diese in der Vorschrift nicht erwähnt sind. Zu Dienstleistungskonzessionen hatte der Gesetzgeber des GWB in der bis zum 18. April 2016 gültigen Fassung keine ausdrückliche Regelung getroffen, durch die diese in den Anwendungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen einbezogen werden konnten. Auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen war das Gesetz vielmehr grundsätzlich nicht anzuwenden. Das ergibt sich mit hinreichender Deutlichkeit daraus, dass das Gesetz Baukonzessionen ausdrücklich in den Anwendungsbereich des Gesetzes einbezogen hat (§ 99 Abs. 6 GWB a.F.) und in den Gesetzgebungsmaterialien durch positive Erklärung ergänzend klargestellt worden ist, dass das Gesetz nicht auf Dienstleistungskonzessionen anzuwenden sein soll (vgl. BT-Drucks. 16/10117 S. 17). Wird aber in den Gesetzgebungsmaterialien positiv zum Ausdruck gebracht, dass das geplante Gesetz auf einen bestimmten Gegenstand nicht anzuwenden ist, ist dem bei der Auslegung besonderes Gewicht beizumessen (vgl. BGHZ 188, 200 ff; BGH NZBau 2012, 248).
- 63 2. Entscheidend für die Zuständigkeit des Vergabesenates ist somit, ob der zwischen dem Antragsgegner und der Firma U. ... im Wege der Direktvergabe geschlossene Vertrag einen Dienstleistungsauftrag oder eine Dienstleistungskonzession zum Inhalt hat.
- 64 In Anlehnung an die Grundsätze, die die Rechtsprechung für die Bestimmung des Rechtsweges entwickelt hat, kommt es dabei auf die wahre Rechtsnatur des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses und des Anspruches an (Gemeinsamer Senat der Obers-

ten Gerichtshöhe des Bundes, Beschluss vom 10. Juli 1987, GmSOB 1/88, BGHZ 108, 284, 286; BGH NZBau 2012, 586).

- 65 Die hier beanstandete Interimsvergabe hat danach eine Dienstleistungskonzession und nicht den Abschluss eines Dienstleistungsauftrages zum Gegenstand.
- 66 a) Die Antragstellerin kann hierbei nicht mit Erfolg einwenden, das Nachprüfungsverfahren sei schon deshalb gemäß § 102 GWB a.F. eröffnet, weil sich der Antragsgegner zunächst zur Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens, nämlich eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb entschlossen und dies öffentlich bekannt gegeben hatte. Dass in dem Bekanntmachungstext von einem öffentlichen Auftrag die Rede ist, vermag den Rechtsweg zu den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen jedenfalls noch nicht zu begründen. Allein hierdurch wird das streitbefangene Ausschreibungsverfahren des Antragsgegners noch nicht dem Vergaberechtsregime unterstellt und einer Nachprüfung durch die Vergabekammer und den Vergabesenat unterworfen.
- 67 Mit Recht hat die Vergabekammer in dem angefochtenen Beschluss vielmehr ausgeführt, dass es für die Anwendung des GWB-Vergaberechts in erster Linie auf den objektiv durch Auslegung zu ermittelnden materiellen Gehalt des Rechtsverhältnisses ankommt. Denn nach dem eindeutigen Wortlaut der die Zulässigkeit des Rechtsweges regelnden Vorschrift des § 102 GWB a.F. ist für die Eröffnung der vergaberechtlichen Nachprüfung maßgebend, ob ein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 GWB a.F. vorliegt, nicht jedoch, ob und mit welchem Inhalt eine europaweite Ausschreibung erfolgt ist. Von einer bestimmten Förmlichkeit des Vergabeverfahrens und seiner Einleitung ist als Grundlage für die Anwendung des GWB-Vergaberechts vielmehr nicht die Rede (vgl. BGHZ 162, 116). Selbst wenn die Vergabestelle mithin zunächst im Rahmen ihrer Ausschreibung - wie hier - rechtsirrig davon ausgegangen ist, dass die betreffende Auftragsvergabe dem Kartellvergaberecht unterfällt, etwa weil sie nicht erkannt hat, dass es um eine Dienstleistungskonzession geht, kann dies - entgegen der Ansicht der Antragstellerin - jedoch nicht zuständigkeitsbegründend wirken. Denn die Vergabenachprüfungsinstanzen können weder durch eine Angabe in der Bekanntmachung noch durch Parteivereinbarung sachlich zuständig werden (vgl. OLG Düsseldorf VergabeR 2005, 652; OLG Düsseldorf VergabeR 2005, 90 ff; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. März 2004, VII Verg 74/03 zitiert nach juris; OLG Stuttgart NZBau 2003, 340; Vergabekammer Nordbayern, Beschluss vom 02. August 2006, 21. VK-3194-22/06 zitiert nach juris; Schweda in Langen/Bunte, Kartellrecht, Band I, 12. Aufl., Bearbeitung 2014, Rdn. 6 zu § 102 GWB; Reidt in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Aufl., Rdn. 18 zu § 102 GWB; Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, 3. Aufl., Rdn. 601 zu § 99 GWB). Die Rechtswegzuständigkeit steht nicht zur Disposition der Parteien, diese ist vielmehr allein nach der wahren Rechtsnatur des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses zu bestimmen. Das heißt hier danach, ob tatsächlich eine Dienstleistungskonzession vorliegt oder aber ein Dienstleistungsauftrag. Ein Wahlrecht des Auftraggebers zwischen Dienstleistungskonzession einerseits und Dienstleistungsauftrag andererseits besteht hingegen nicht (vgl. Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, 3. Aufl. Rdn. 553 zu § 99 GWB). Anderenfalls könnte die Vergabestelle - wie die Vergabekammer zu Recht in dem angefochte-

nen Beschluss ausgeführt hat - im umgekehrten Fall bei Vorliegen eines Dienstleistungsauftrages ohne weiteres durch Bezeichnung des Beschaffungsvorhabens als Dienstleistungskonzession in ihrer Bekanntmachung diesen dem Vergaberechtsregime entziehen. Dass im Vergabeverfahrensrecht ein materielles Verständnis vorherrscht und es dementsprechend auf den materiellen Gehalt des angestrebten Vertrages ankommen muss und nicht auf die Leistungsbezeichnung bzw. -bestimmung durch den ausschreibenden Auftraggeber, zeigt sich schließlich gerade in den Rechtsprechungsgrundsätzen zur de facto Vergabe: Danach unterliegen nämlich auch solche Beschlüsse des öffentlichen Auftraggebers der Nachprüfung, die gerade darauf ausgerichtet sind, kein öffentliches Vergabeverfahren einzuleiten, wenn dieser Direktvergabe nach materiellem Verständnis ein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 GWB a.F. zugrunde liegt (vgl. BGHZ 162, 116 = BGH VergabeR 2005, 328). In ähnlicher Weise belegen die Fälle, in denen der Schwellenwert nach § 2 VgV nicht erreicht wird, dass für die Frage der Rechtswegzuständigkeit nicht allein auf den Bekanntmachungstext abzustellen ist. Auch in diesen Fällen verhält es sich anerkanntermaßen nicht so, dass allein aufgrund der in den Ausschreibungsunterlagen von dem Auftraggeber gewählten Bezeichnung ein Vergabenachprüfungsverfahren eröffnet bliebe. Wird der Schwellenwert nicht erreicht, bleibt es dem Auftraggeber zwar unbenommen, trotzdem europaweit auszuschreiben. Das GWB-Nachprüfungsverfahren gilt hierfür hingegen nicht (vgl. OLG Düsseldorf BauR 2004, 305; OLG Stuttgart NZBau 2003, 340; Schweda in Langen/Bunte, Kartellrecht, Band I, 12. Aufl., Bearbeitung 2014, Rdn. 6 zu § 102 GWB; Kus in Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, 3. Aufl., Rdn. 12 zu § 102 GWB; Reidt in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Aufl., Rdn. 18 zu § 102 GWB).

- 68 Soweit die Antragstellerin hingegen meint, der Antragsgegner sei an seine Vergabebekanntmachung gebunden und müsse sich dementsprechend auch einer vergaberechtlichen Nachprüfung nach § 102 GWB unterziehen, geht sie fehl. Die von der Antragstellerin angenommene Selbstbindung der Vergabestelle kann zwar dazu führen, dass diese sich im weiteren Verlauf des Verfahrens an die für eine europaweite Ausschreibung geltenden Verfahrensbestimmungen zu halten hat. Hieraus kann jedoch nicht auch abgeleitet werden, dass ein an sich nicht vorgesehenes Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer und dem Vergabesenat eröffnet wird. Eine etwaige Selbstbindung des öffentlichen Auftraggebers beschränkt sich allenfalls auf sein eigenes Verhalten, vermag jedoch nicht eine vom Gesetzgeber nicht vorgesehene Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens nach §§ 102 ff GWB zu begründen (vgl. OLG Stuttgart NZBau 2003, 340; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. März 2004, VII Verg 74/03 zitiert nach juris; Schweda in Lange/Bunte, Kartellrecht, Band I, Rdn. 6 zu § 102 GWB m.w.N.).
- 69 Es trifft auch nicht zu, dass die Vergabekammer durch eine objektive Feststellung des materiell-rechtlichen Gehalts der ausgeschriebenen Leistung einseitig in das Bestimmungsrecht des Auftraggebers eingegriffen und ihre eigene rechtliche Prüfungskompetenz überschritten hat. Die Antragstellerin kann zur Stützung ihrer Rechtsansicht insbesondere nicht auf den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 10. März 2014 (Geschäftsnummer VII Verg 11/14, VergabeR 2014, 621) verweisen, denn dieser Entscheidung liegt eine andere Fallkonstellation zugrunde. In dem dortigen Verfahren hatte die Vergabekammer in Überschreitung ihrer Entscheidungsbefugnis die ausschreibende Behörde unter Fristsetzung zur Einleitung eines bestimmten neuen Vergabeverfahrens verpflichtet. Wie der Antragsgegner in seiner Beschwerdeerwiderung zutreffend ausgeführt hat, hat die Ver-

gabekammer hier indessen das ausgeschriebene Beschaffungsverfahren lediglich einer rechtlichen Bewertung anhand von objektiven Auslegungskriterien unterzogen und im Ergebnis als Dienstleistungskonzession eingeordnet, es hat den Auftraggeber hingegen nicht etwa zu einem im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht vorgesehenen und zugelassenen Verhalten verpflichten wollen.

- 70 b) Wie die Vergabekammer in dem angefochtenen Beschluss zutreffend ausgeführt hat, stellt sich der aus der Leistungsbeschreibung ergebende Vertragsgegenstand der Direktvergabe von Los 5 als Dienstleistungskonzession dar.
- 71 aa) Da das GWB in der hier anzuwendenden alten Fassung den Begriff der Dienstleistungskonzession bisher nicht definiert hat (siehe nunmehr § 105 GWB n.F.), muss insoweit auf das Gemeinschaftsrecht zurückgegriffen werden. Die Frage, ob ein Vorgang als Dienstleistungskonzession oder aber als öffentlicher Dienstleistungsauftrag einzustufen ist, hat sich dementsprechend bislang ausschließlich nach Unionsrecht beurteilt (vgl. EuGH, Urteil vom 10. November 2011, C-348/10, NZBau 2012, 183; BGHZ 188, 200; OLG Celle VergabeR 2015, 44; OLG Brandenburg VergabeR 2010, 699). In den Richtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates 2004/17/EG und 2004/18/EG sind Dienstleistungskonzessionen übereinstimmend als Verträge definiert, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung von Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zu ihrer Nutzung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Der Unterschied zwischen einem Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession liegt mithin im wesentlichen in der Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung, wie aus Art. 1 Abs. 2 lit. a und d) und Abs. 3 der Richtlinie 2004/17/EG hervor geht. Der Dienstleistungsauftrag umfasst eine Gegenleistung, die vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar an den Dienstleistungserbringer gezahlt wird, während im Fall einer Dienstleistungskonzession die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung besteht, sei es ohne oder zuzüglich der Zahlung eines Preises (vgl. EuGH VergabeR 2012, 164).
- 72 Unter einer Dienstleistungskonzession versteht man danach eine vertragliche Konstruktion, die sich von einem Dienstleistungsauftrag dadurch unterscheidet, dass der Konzessionär das zeitweilige Recht zur Nutzung der ihm übertragenen Dienstleistung enthält und gegebenenfalls die zusätzliche Zahlung eines Preises vorgesehen ist. Der Begriff der Zuzahlung eines Preises ist dabei unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten weit zu verstehen; es kommt lediglich darauf an, dass der Konzessionär zusätzlich zum Verwertungsrecht geldwerte Zuwendungen erhält (vgl. BGHZ 188, 200).
- 73 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union ist für die Dienstleistungskonzession ferner charakteristisch, dass der Konzessionär bei der Verwertung der ihm übertragenen Leistung in der Weise den allgemeinen Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt ist, dass er das damit einhergehende Betriebsrisiko ganz oder zumindest zu einem wesentlichen Teil übernimmt. Die fehlende Übertragung des mit der Er-

bringung der Dienstleistungen verbundenen Risikos auf den Dienstleistungserbringer weist dagegen darauf hin, dass es sich bei dem betreffenden Vorgang um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag handelt und nicht um eine Dienstleistungskonzession (vgl. EuGH, VergabeR 2012, 164; EuGH VergabeR 2010, 48 - WAZV Gotha). Unter dem Begriff des Betriebsrisikos ist das Risiko zu verstehen, das sich im Risiko der Konkurrenz durch andere Wirtschaftsteilnehmer, dem Risiko eines Ungleichgewichts zwischen Angebot und Nachfrage, dem Risiko der Zahlungsunfähigkeit der dritten Nutzer, dem Risiko einer nicht vollständigen Deckung der Betriebsausgaben durch die Einnahmen und dem Risiko der Haftung für einen Schaden im Zusammenhang mit einem Fehlverhalten bei der Erbringung der Dienstleistung äußern kann (vgl. EuGH VergabeR 2012, 164 m.w.N.). Zwar kann das wirtschaftliche Betriebsrisiko wegen der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung der Dienstleistung von Beginn an erheblich eingeschränkt sein; für die Einordnung als Dienstleistungskonzession ist jedoch erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber das auf ihm lastende Betriebsrisiko vollständig oder zumindest zu einem wesentlichen Teil auf den Konzessionär überträgt (vgl. EuGH VergabeR 2012, 164).

- 74 Die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union zur Abgrenzung von Dienstleistungskonzessionen einerseits und öffentlichen Dienstleistungsaufträgen andererseits ist für die nationalen Gesetzgeber und Gerichte dabei in dem Maße verbindlich, als dadurch positiv die materielle Reichweite der Richtlinien 2004/17/EG bzw. 2004/18/EG konkretisiert worden ist. Verträge dürfen nicht entgegen dieser Rechtsprechung als Dienstleistungskonzessionen eingeordnet und dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entzogen werden, wenn der Konzessionär das Betriebsrisiko nur zu einem unwesentlichen Teil übernimmt (vgl. BGHZ 188, 200).
- 75 Diese Begriffsbestimmung entspricht im wesentlichen auch der Legaldefinition, wie sie in der bereits geltenden, aber erst zum 18.04.2016 in deutsches Recht in § 105 GWB n.F. umgesetzten Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU vorgesehen ist. Die Konzessionsrichtlinie beschreibt in ihrem Art. 5 Nr. 1b) als „Dienstleistungskonzession“ einen entgeltlichen, schriftlich geschlossenen Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Buchstabe a) bestehen, wobei die Gegenleistung entweder allein im dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht. Mit der Vergabe einer (...) Dienstleistungskonzession geht auf den Konzessionsnehmer das Betriebsrisiko (...) für die Verwertung der Dienstleistungen über, wobei es sich um ein Nachfrage- und/oder ein Angebotsrisiko handeln kann. Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionsnehmer getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für (...) die Erbringung der Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind, wieder erwirtschaftet werden können. Der Teil des auf den Konzessionsnehmer übergegangenen Risikos umfasst es, den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt zu sein, so dass potentiell geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht rein nominell oder vernachlässigbar sind.“

- 76 Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Dienstleistungskonzession - im Unterschied zu einem Dienstleistungsauftrag im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG bzw. der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge - durch ein Dreiecksverhältnis zwischen Auftraggeber, Leistungserbringer/Konzessionär und Nutzer gekennzeichnet wird (vgl. VK Nordbayern, Beschluss vom 02. August 2006, 21 VK-3194-22/06 zitiert nach juris; Zeiss in Heiermann/Zeiss/jurisPK-Vergaberecht, 4. Aufl., 2013, Rdn. 246 zu § 99 GWB). Der Unternehmer trägt das wirtschaftliche Risiko seiner Leistung und erhält seine Vergütung in erster Linie durch eine Zahlung vom Nutzer der Dienstleistungen. Im Falle eines vergaberechtlich relevanten Dienstleistungsauftrages liegt hingegen in der Regel nur eine bilaterale Beziehung zwischen Auftraggeber und Unternehmer vor (vgl. VK Nordbayern, Beschluss vom 02. August 2006, 21 VK-3194-22/06 zitiert nach juris; Zeiss in Heiermann/Zeiss/jurisPK-Vergaberecht, 4. Aufl., 2013, Rdn. 246 zu § 99 GWB).
- 77 Ob und inwiefern der Konzessionär bei der Verwertung der ihm übertragenen Leistung tatsächlich den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt ist und das Betriebsrisiko ganz oder zumindest zu einem wesentlichen Teil übernimmt, hängt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes von den jeweiligen Umständen des konkreten Einzelfalls ab. Die Beantwortung dieser Frage ist folgerichtig in die Hände des nationalen Richters gelegt (vgl. EuGH VergabeR 2010, 48 Rdn. 78, WAZV Gotha, BGHZ 188, 200). Bei der insoweit erforderlichen Gesamtbetrachtung aller Umstände sollen insbesondere die in Bezug auf den Vertragsgegenstand herrschenden Marktverhältnisse und die vertraglichen Vereinbarungen in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen sein, die beide ganz unterschiedlich gestaltet sein können (vgl. BGHZ 188, 200; OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 02949).
- 78 bb) Unter Zugrundelegung dieser Prüfungsmaßstäbe ist der Senat aber zu der Überzeugung gelangt, dass die hier streitbefangene Interimsvergabe von Los 5 - ungeachtet des Wortlautes der Bekanntmachung des Antragsgegners - tatsächlich eine Dienstleistungskonzession zum Gegenstand hat.
- 79 (1) Ausweislich der ursprünglichen Vergabebedingungen und der Ausführungsbeschreibung, die auch der Interimsvergabe zugrunde lagen, soll der die Straßenreinigung ausführende Unternehmer als Gegenleistung für die Ölspurbeseitigung im Regelfall keine Vergütungszahlung von dem Antragsgegner erhalten. Die weiteren besonderen Vergabebedingungen sehen vielmehr eine direkte Abrechnung zwischen Auftragnehmer und Ölspurverursacher vor. Zu diesem Zweck tritt der Antragsgegner seine Forderungen gegen den Schadensverursacher mit einem den Ausschreibungsunterlagen beigelegten Abtretungsformular im Voraus an den Auftragnehmer ab.
- 80 Diese Regelungen zur Forderungszession sind auch für die Interimsvergabe von Los 5 maßgeblich geblieben. Aus der Grundsatzentscheidung des Antragsgegners vom 29. Oktober 2015, die dieser der Antragstellerin mit E-Mail-Schreiben vom 24. November 2015

bekannt gegeben hat, geht zwar hervor, dass für die ebenfalls beabsichtigte Interimsvergabe der weiteren Lose 1 bis 4) und 6 bis 7) mit einem Interimsleistungszeitraum vom 01. Januar bis 31. Dezember 2016 verschiedene Anpassungen der Vergabebedingungen vorgenommen werden sollten. So sollte unter anderem auf die Abtretung der Forderungen durch die Landesbaubehörde an den Auftraggeber verzichtet werden. Diese Festlegungen bezogen sich allerdings ausdrücklich nur auf die Interimsvergabe zu den Losen 1 bis 4 und 6 bis 7, für die bislang kein wertbares Angebot eingegangen war. Das Los 5 war hiervon indessen ausdrücklich ausgenommen worden. Hinsichtlich des Loses 5 war vielmehr bestimmt, dass die Abtretungserklärung auch im Rahmen der vorgesehenen Interimsvergabe an den einzigen Bieter Bestandteil der Ausschreibung verbleiben sollte, wie sich insbesondere aus dem Protokoll über das Verhandlungsgespräch mit dem Bieter vom 13. November 2015 unmissverständlich ergibt.

- 81 Durch die Forderungszession wird dem Auftragnehmer das Recht zur kommerziellen Verwertung der erbrachten Reinigungsleistung eingeräumt. Die vertragliche Gestaltung zielt nämlich darauf ab, dass der Auftragnehmer seine Entgeltforderung für die Straßenreinigung direkt gegenüber dem Verursacher der Ölspur bzw. dessen Kfz-Haftpflichtversicherer einzieht, dem die Ölspurbeseitigung im Hinblick auf dessen Schadensersatzhaftung als Schädiger und der von ihm nach § 249 Abs. 1 BGB geschuldeten Wiederherstellung des status quo ante im Ergebnis zugute kommt. Der Auftragnehmer soll mithin dadurch vergütet werden, dass er von den Ölspurverursachern im eigenen Namen und auf eigene Rechnung privatrechtliche Entgelte erhebt. Zu Recht hat die Vergabekammer darauf verwiesen, dass dies ein gewichtiges Indiz für die Annahme einer Dienstleistungskonzession darstellt. Denn bei einem Vertrag über Dienstleistungen genügt in der Regel der Umstand, dass eine unmittelbare Entgeltzahlung des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragnehmer nicht erfolgt, sondern der Auftragnehmer das Recht erhält, Entgelte von Dritten zu erheben, jedenfalls dann, um den betreffenden Vertrag als Dienstleistungskonzession einzuordnen, wenn auch das vom öffentlichen Auftraggeber eingegangene Betriebsrisiko vom Auftragnehmer zu einem erheblichen Teil übernommen wird (vgl. EuGH NZBau 2009, 729). Dies ist hier der Fall, wie noch auszuführen ist.
- 82 Der Senat verkennt nicht, dass der Begriff der Entgeltlichkeit, der für den Dienstleistungsauftrag nach § 99 Abs. 1 GWB kennzeichnend ist, weit zu verstehen ist und nicht auf die Zahlung eines Geldbetrages beschränkt sein muss (vgl. BGH, Beschluss vom 08. Februar 2011, X ZB 4/10 zitiert nach juris; OLG Celle VergabeR 2015, 50). Durch die Forderungszession hat der Auftragnehmer vom Auftraggeber überdies durchaus einen geldwerten Vorteil empfangen. Die Vorausabtretung stellt hier allerdings im Ergebnis lediglich das rechtstechnische Instrument dar, um dem Auftragnehmer die wirtschaftliche Verwertung der von ihm erbrachten Straßenreinigungsleistungen gegenüber dem Dritten zu ermöglichen. Durch die Zession wird dem Auftragnehmer die Inkasso-Befugnis an die Hand gegeben, im Außenverhältnis gegenüber den Verursachern der Ölschäden im eigenen Namen und auf eigene Rechnung direkt vorzugehen und die Entgeltforderung einzuziehen. Dem Auftragnehmer obliegt hierbei das Risiko, seinen Anspruch in der geltend gemachten Höhe gegen den Haftpflichtversicherer durchzusetzen und dessen Einwendungen gegen Kostenansätze und abgerechnete Leistungspositionen ggf. in Rechtsstreitigkeiten zu begegnen. Falls der Auftragnehmer seine Forderungen gegenüber den Haftpflichtversicherern der Schädiger nicht in vollem Umfang durchsetzen kann, gibt es da-

für nach den Vertragsbedingungen keine Ausgleichszahlungen, worauf der Antragsgegner in diesem Zusammenhang zutreffend verwiesen hat.

- 83 Wie bereits ausgeführt, erfüllt bei einem Vertrag über Dienstleistungen aber gerade der Umstand, dass eine unmittelbare Entgeltzahlung des öffentlichen Auftraggebers nicht vorgesehen ist, sondern der Auftragnehmer das Recht erhält, Entgelte von Dritten zu erheben, das Erfordernis einer Dienstleistungskonzession (vgl. EuGH VergabeR 2012, 164; EuGH VergabeR 2011, 430).
- 84 (2) Dass der Auftragnehmer in Ausnahmefällen, wenn der Schädiger nicht ermittelbar ist, den Auftraggeber auf Zahlung in Anspruch nehmen kann, führt zu keiner abweichenden Beurteilung.
- 85 Soll - wie im Streitfall - neben dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung zusätzlich ein Preis gezahlt werden, kann allerdings, da die Zahlung eines Preises für einen der Pflicht zur Ausschreibung unterliegenden öffentlichen Dienstleistungsauftrag charakteristisch ist, je nach den Umständen des Einzelfalles zweifelhaft erscheinen, ob der Vertrag trotz dieser Zuzahlung noch als Dienstleistungskonzession einzustufen oder nicht etwa als öffentlicher Dienstleistungsauftrag zu bewerten ist. Ist eine Zuzahlung vorgesehen, kann der Vertrag jedenfalls dann nicht als Dienstleistungskonzession vom Anwendungsbereich des vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausgenommen werden, wenn die zusätzliche Vergütung ein solches Gewicht einnimmt, dass ihr bei wertender Betrachtung kein bloßer Zuschusscharakter mehr beigemessen werden kann, sondern sich gerade darin zeigt, dass die aus der Erbringung der Dienstleistung möglichen Einkünfte allein ein Entgelt darstellen würden, das weitab von einer äquivalenten Gegenleistung läge (vgl. BGHZ 188, 200; BGH NZBau 2011, 175). Unschädlich soll hingegen sein, wenn der öffentliche Auftraggeber nur unwesentliche Zuzahlungen an den Konzessionär leistet (vgl. BGHZ 188, 200; BGH NZBau 2011, 175; OLG Brandenburg VergabeR 2010, 699; Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, 3. Aufl., Rdn. 583 zu § 99 GWB).
- 86 Wann eine Zuzahlung des Auftraggebers im vorgenannten Sinne im Vordergrund steht und überwiegt, lässt sich wegen der Unterschiedlichkeit der möglichen Fallgestaltungen ebenso wenig durch eine rechnerische Quote einheitlich festlegen, wie sich auch sonst jede schematische Lösung verbietet. Es bedarf auch insoweit stets einer alle Umstände des Einzelfalles einbeziehender Gesamtschau (vgl. BGHZ 188, 200).
- 87 Im Streitfall ist danach aber nicht davon auszugehen, dass die Entgeltzahlungen des Auftraggebers im Falle unbekannter Schadensverursacher einen wesentlichen Teil der Gegenleistungen im Verhältnis zum Gesamtauftragsaufkommen ausmachen und diesen

deshalb ein gegenüber der Nutzung der Dienstleistung gleichwertiger Entgeltcharakter beizumessen ist.

- 88 Ausweislich der Ausführungsbeschreibung und der zugrunde liegenden weiteren besonderen Vertragsbedingungen soll der öffentliche Auftraggeber nur „ausnahmsweise“ für die Fälle eintreten, in denen im Ergebnis kein Schadensverursacher ermittelt und haftbar gemacht werden kann, um insoweit eine Wirtschaftlichkeitslücke zu schließen. Den Vergabeunterlagen kann hierzu entnommen werden, dass die Zuzahlung der Auftraggeberin an den die Straßenreinigung ausführenden Unternehmer Ausnahmecharakter tragen soll. Denn die direkte Abrechnung zwischen dem Auftragnehmer und dem Antragsgegner wird in den besonderen weiteren Vertragsbedingungen ausdrücklich als Ausnahmefall bezeichnet und auf die bestimmte Fallkonstellation beschränkt, dass ein Verursacher nicht ermittelbar ist. Im Regelfall stehen die Unfallbeteiligten eines Verkehrsunfalls bzw. einer Havarie als Schadensverursacher hingegen fest und können über ihre Kfz-Haftpflichtversicherung auf Ersatz der Reinigungskosten in Anspruch genommen werden. Dass eine Ölverunreinigung auf der Straßenoberfläche verbleibt, ohne dass der Verursacher - beispielsweise aufgrund von Unfallflucht - zuvor ermittelt werden kann, kommt in der Praxis dagegen deutlich seltener vor, so dass davon ausgegangen werden darf, dass eine direkte Entgeltzahlung des Auftraggebers einen weitaus geringeren Anteil am Gesamtaufkommen der Auftragnehmer ausmachen wird. Anhaltspunkte dafür, dass die Einnahmen des Unternehmers aus den zusätzlich von dem Auftraggeber gezahlten Entgelten die Einnahmen aus der Verwertung der Dienstleistung durch direkte Inanspruchnahme der Schädiger übersteigen würden, ergeben sich jedenfalls weder aus dem Akteninhalt noch dem sonstigen Vortrag der Parteien. Der Antragsgegner hat hierzu vielmehr schlüssig vorgetragen, dass er im Jahr 2014 bei 22,6 % der Einsätze wegen unbekannten Verursachern eintreten musste, im Jahr 2015 belief sich der Anteil der Direktzahlungen auf 20,8 %, wobei es sich bei diesen Einsätzen im Regelfall um Schadensfälle kleineren Ausmaßes handelte, die unbemerkt geblieben sind und keinen größeren Reinigungsaufwand erforderten, was plausibel erscheint. Der Senat sieht keinen Anlass, diese vom Antragsgegner statistisch für 2014 und 2015 erhobenen Daten in Zweifel zu ziehen, zumal die Antragstellerin die Richtigkeit des Zahlenwerks auch nicht mit Substanz angegriffen hat. Er vermag danach aber nicht zu erkennen, dass der Auftragnehmer seine hohen Investitionskosten mit Hilfe dieser Ausgleichszahlungen des Auftraggebers in vollem Umfang amortisieren kann.
- 89 Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang auf die Haushaltspläne des Bundes (Kapitel 1210 Titel 52116 und 52126) und des Landes (Kapitel 1409 Titel 52162) verweist und aus den darin für die Straßenreinigung eingestellten Ausgaben schließt, dass die Direktzahlungen an den Leistungserbringer einen hohen sechsstelligen Betrag ausmachen würden, woraus sich ergebe, dass sie von besonderem Gewicht sein müssten, überzeugt dieser Einwand nicht. Die Haushaltspläne sind für die hier streitige Frage nach dem Umfang der Direktzahlungen von dem Auftraggeber an den Leistungserbringer für den Fall, dass der Schadensverursacher unbekannt bleibt, wenig aussagekräftig. Dass die in den jeweiligen Haushaltsplänen aufgeführten Reinigungskosten ausschließlich die Beseitigung von Ölverunreinigungen auf Verkehrsflächen betreffen und diese Ausgabenposition überdies speziell nur die hier in Rede stehenden Direktzahlungen des Antragsgegners an die Leistungserbringer für den Ausnahmefall abbilden, dass ein Schadensver-

ursacher nicht ermittelbar ist, kann jedenfalls ausgeschlossen werden. Die in den Haushaltsplänen aufgeführte Ausgabenposition beziehen sich ersichtlich auf sämtliche prognostizierten Reinigungsaufwendungen für das gesamte Straßen- und auch Wegenetz auf Bund- bzw. Länderebene und enthalten dabei voraussichtlich auch diejenigen Kosten, die der Auftraggeber im Folgenden wiederum von den ermittelten Schadensverursacher erstattet verlangen kann. Nach dem in dem Parallelverfahren 7 Verg 1/16 von dem Antragsgegner zur Akte gereichten und vom Senat verwerteten Auszug aus dem Leistungsheft für den Straßenbetriebsdienst auf Bundesfernstraßen umfasst die Leistungspositionsguppe 4 „Reinigung“ ein breites Spektrum an Reinigungsleistungen auf den Bundesfernstraßen, von denen die Beseitigung verkehrsbehindernder oder -gefährdenden Verschmutzungen auf den Verkehrsflächen aber nur ein Teilaspekt darstellt. Anhand der in die Haushaltspläne eingestellten Daten kann danach aber im Ergebnis nicht verlässlich eingeschätzt werden, wie hoch gerade der Anteil der Direktabrechnungen zwischen dem Auftraggeber und den Leistungserbringern für den Fall unbekannter Schadensverursacher bezogen auf das Los 5 in der Vergangenheit gewesen ist.

- 90 (3) Signifikantes Unterscheidungsmerkmal zwischen Dienstleistungsvertrag einerseits und Dienstleistungskonzession andererseits ist darüber hinaus, dass bei der Konzession das ganz überwiegende wirtschaftliche Risiko aus der Erbringung der Leistung auf den Unternehmer übertragen wird. Nicht erforderlich ist hingegen, dass er das gesamte Risiko trägt. Die Übernahme eines eingeschränkten Betriebsrisikos reicht für die Annahme einer Dienstleistungskonzession vielmehr grundsätzlich aus (vgl. OLG Celle VergabeR 2015, 50; OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 02949; Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, 3. Aufl., Rdn. 583 zu § 99 GWB). Auch dieses Merkmal hat die Vergabekammer hier zu Recht angenommen.
- 91 Die Antragstellerin hat den Gesichtspunkt der Risikoverlagerung im Übrigen selbst wiederholt mit ihrem Nachprüfungsantrag gerügt und insoweit geltend gemacht, dass Kernangriffspunkt des Nachprüfungsverfahrens bleibe, dass in der Ausschreibung die Wagnisse und Risiken in unangemessener und für einen Dienstleistungsauftrag unzulässiger Weise auf den Bieter verlagert würden, insbesondere weil keine Mindestabnahmemengen definiert seien. Soweit sie ausführt, dass die Ausschreibung ungewöhnlich hohe Wagnisse und die Verpflichtung zu einer rechtswidrigen Mischkalkulation enthalte, pflichtet der Senat ihr darin bei. Nach den Ausschreibungsunterlagen hat der Auftragnehmer das Betriebsrisiko zu einem wesentlichen Teil zu tragen.
- 92 Die Antragstellerin wendet allerdings zu Recht ein, dass das Risiko, dass der Auftragnehmer mit seinen Entgeltforderungen wegen Insolvenz der Ölspurverursacher komplett ausfallen könnte, vernachlässigt werden kann. Das liegt aber nicht etwa daran, dass das Bonitäts- und Insolvenzrisiko aufgrund der besonderen Vertragsgestaltung bei dem Auftraggeber verbleiben soll, sondern in erster Linie an der besonderen Haftungskonstellation, in denen die Reinigungseinsätze im Allgemeinen ausgelöst werden. Denn für den Ölspurverursacher steht in der Regel dessen liquider Kfz-Haftpflichtversicherer ein, bei dem eine Insolvenz aber nicht zu befürchten sein wird. Da ein liquider Schuldner zur Verfügung steht, fällt das Ausfallrisiko bereits aus diesem Grunde nicht wesentlich ins Ge-

wicht. Im Hinblick darauf ist es aber auch nicht von ausschlaggebender Bedeutung, ob die Schadensersatzforderungen des Auftraggebers an Erfüllung statt oder aber nur erfüllungshalber (entsprechend § 364 Abs. 2 BGB) an den Auftragnehmer im Voraus abgetreten werden sollen. Nach den Ausschreibungsunterlagen spricht aus der Sicht eines verständigen Bieters allerdings einiges dafür, dass die Abtretung der Schadensersatzforderungen gegen die Verursacher der Ölsuren gemäß § 364 BGB an Erfüllung statt erfolgen sollte. Aus den Vergabebedingungen geht jedenfalls nicht hervor, dass die Forderungszession nur erfüllungshalber gewollt war und der Auftragnehmer daneben noch auf den Auftraggeber zugreifen kann. Aber ungeachtet dessen wäre der Auftragnehmer auch bei einer Leistung erfüllungshalber verpflichtet, zunächst mit verkehrserforderlicher Sorgfalt in erster Linie Befriedigung aus der abgetretenen Forderung zu suchen. Der Antragsgegner hat in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, dass auch bei Annahme potenter Schuldner in Gestalt der Kfz-Haftpflichtversicherer Streitigkeiten über den Umfang der abgerechneten Reinigungskosten entstehen können. Das Risiko, seinen Entgeltanspruch hinsichtlich der Reinigungskosten in voller Höhe durchsetzen zu können, trägt der Auftragnehmer danach aber auch dann, wenn die Forderungen nur erfüllungshalber im Voraus abgetreten werden sollten.

- 93 Zutreffend ist ebenfalls, dass der ausführende Reinigungsunternehmer auch nicht in den Fällen, in den der Schadensverursacher ausnahmsweise unerkannt bleibt, mit seinen Zahlungsansprüchen ausfallen wird. Denn in diesen Ausnahmefällen tritt der Antragsgegner ein und übernimmt die Zahlung der Reinigungskosten. Durch die Übernahme der Ausfallhaftung in den Fällen, in denen ein Schädiger nicht ermittelt werden kann, wird das betriebswirtschaftliche Risiko indessen keineswegs schon zu einem wesentlichen Teil ausgeglichen und etwaige Mindererlöse vollständig kompensiert.
- 94 Das Betriebsrisiko gilt gemäß Art. 5 S. 3 der Richtlinie 2014/2/EU als vom Konzessionsnehmer getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb oder die Erbringung der Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind, wieder erwirtschaftet werden können (vgl. Braun, zustimmende Anmerkung zu OLG Jena, Beschluss vom 22. Juli 2015, 2 Verg 2/15, VergabeR 2015, 793, 794). So liegen die Dinge aber auch hier.
- 95 Den Auftragnehmern wird im Streitfall nämlich insbesondere das Risiko aufgebürdet, dass die aus der Inanspruchnahme ihrer Reinigungsleistungen erzielten Erlöse die hohen Investitionsaufwendungen für die Aufnahme der Tätigkeit und die Kosten für die Erbringung der Dienstleistung nicht hinreichend abdecken können, was die Antragstellerin so auch selbst in ihrem Nachprüfungsantrag gerügt hat. Da weder die Anzahl der Einsätze anhand einer festen Größe zuverlässig eingeschätzt werden kann, noch Mindestabnahmemengen verbindlich festgelegt werden, bleibt ungewiss, ob der Auftragnehmer zumindest seine Investitionskosten erwirtschaften kann. Der Auftragnehmer ist insofern den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt.

96 Der von dem Auftragnehmer während der Vertragslaufzeit erzielbare Verwertungserlös ist sowohl von der Anzahl der Reinigungseinsätze als auch der Art und dem Umfang der Reinigungsleistungen je nach Unfallstelle abhängig. Weder für eine auskömmliche Menge an Reinigungseinsätzen in dem Streckenabschnitt des Loses 5 noch für deren Umfang steht dagegen der Antragsgegner ein. In der auch für die Interimsvergabe gültigen Ausführungsbeschreibung ist vielmehr unter Ziffer 6.3 ausdrücklich ausgeführt, dass der Auftragnehmer keinen Anspruch auf Erfüllung der im Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen habe und dass selbst eine erhebliche Unter- oder Überschreitung der angegebenen Mengen keine Anpassung der im Leistungsverzeichnis aufgeführten Preise rechtfertige. Er trägt bei der Preisbemessung danach das volle Kalkulationsrisiko. Ungeachtet dieser Unwägbarkeiten hat er bei Ausführung des Auftrages in dem Streckenabschnitt einen hohen Kostenbedarf abzudecken. Denn für die Beschaffung und Bereithaltung der für die Beseitigung von Ölverunreinigungen erforderlichen Spezialgerätschaften und Maschinen, die er für die Einsätze in seinem Maschinenpark vorhalten muss, hat er zunächst einen hohen Sachkostenanteil aufzubringen. Hinzu kommt, dass er seinen Betriebsstandort innerhalb des Loses so einrichten muss, dass er die jeweiligen Unfallstellen innerhalb der nach den Vergabebedingungen geforderten Reaktionszeiten (90 Minuten bei Bundes- und Landstraßen) direkt anfahren kann. Zu Recht hat die Vergabekammer ferner hervorgehoben, dass der Ausführende aufgrund der geforderten 24-Stunden-Rufbereitschaft einen festen Personalstamm an den jeweiligen Standorten im Schichtdienst vorhalten muss, was mit einem hohen Personalbedarf und erheblichen Personalkosten verbunden sein wird. Der Auftragnehmer, der die Anzahl und das Reinigungsvolumen der Einsätze nicht abzuschätzen vermag, läuft bei der Kalkulation seiner Preise daher Gefahr, dass er seiner Preisbemessung nicht zutreffende Annahmen zugrunde gelegt hat und diese deshalb nicht aufgeht, was zur Folge haben kann, dass die aus den abgeforderten Reinigungseinsätzen erwirtschafteten Erträge für ihn nicht auskömmlich sind und er daraus insbesondere nicht den hohen Personal- und Sachkostenanteil für die Aufrechterhaltung seines Betriebes finanzieren kann. So kann es sein, dass die von ihm selbst hereinzuholenden Entgelte die anfallenden betrieblichen Kosten nicht decken, weil die seiner Entgeltkalkulation zugrunde gelegten Mengen an Ölspurbeseitigungen tatsächlich nicht in dem prognostizierten Umfang anfallen oder sich während der Vertragslaufzeit die wirtschaftlichen Verhältnisse verändern und unvorhergesehene Kosten auftreten. Die Folgen von hinter den Gewinnerwartungen zurückbleibenden Erlösen - ggf. auch von Verlusten - trägt insoweit allein der jeweilige Auftragnehmer. Nachverhandlungen der Preiseinsätze und deren nachträgliche Neufestsetzung für abgelaufene Zeiträume sind nach dem Inhalt der auch der Interimsvergabe des Loses 5 zugrunde liegenden Ausschreibung nämlich ausdrücklich ausgeschlossen worden. Der Auftragnehmer hat seine Leistungserbringung an das wechselnde Einsatzaufkommen und die sich daraus ergebenden wechselnden Leistungsanforderungen vielmehr selbst jeweils anzupassen. Es können sich dabei Erlösrisiken verwirklichen, die mit der Entwicklung der Einsatzzahlen im Einsatzbereich oder aber einer Erhöhung der Kostenstruktur zusammenhängen. Ihn trifft das volle finanzielle Wagnis einer hinreichenden Auslastung des kostenintensiven Geschäftsbetriebs, für den er eine gewisse Anzahl an festen Mitarbeitern und eine entsprechende technische Betriebsausstattung vorhalten muss.

97 Nach der Vertragsgestaltung liegen die mit den Schwankungen beim Aufkommen an Reinigungsfällen in dem von Los 5 umfassten Streckenabschnitt und mit der Beibehaltung der

Entgelte zusammenhängenden wirtschaftlichen Risiken nach alledem im wesentlichen beim Auftragnehmer, der den Unwägbarkeiten des Marktes insoweit ausgesetzt ist.

- 98 Ausweislich der weiteren besonderen Vertragsbedingungen, die auch für die hier streitbefangene Interimsvergabe des Loses 5 gelten sollten, trägt der Auftragnehmer überdies das komplette Haftungsrisiko. Gemäß Ziffer 5 der Ausführungsbeschreibung soll er im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen für alle Schäden haften, die auf eine unsachgemäße Arbeitsweise oder auf eine mangelnde Absicherung der Gefahrenstellen während der Reinigungstätigkeit zurückgehen. Des weiteren hat er für alle Schäden einzustehen, die nach der Beseitigung der Ölverunreinigungen entstehen, sofern sie auf unsachgemäße Arbeiten zurückgehen. Er hat den Auftraggeber hierbei im Innenverhältnis von allen Schadensersatzansprüchen Dritter frei zu stellen. Hierdurch werden ihm letztlich die Haftungsfolgen aus der umfassenden Verkehrssicherungspflicht des Auftraggebers, die diesem als Straßenbaulastträger für die Absicherung der Unfallstellen und die Ausführung der Reinigungsarbeiten im Hinblick auf einen verkehrssicheren Zustand der Straßen obliegt, übertragen.
- 99 Eine solche Risikoverlagerung auf den Auftragnehmer ist aber ebenfalls kennzeichnend für eine Dienstleistungskonzession.
- 100 c) Die Zuständigkeit der Nachprüfungsinstanzen des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der bis zum 18. April 2016 gültigen Fassung folgt hier schließlich auch nicht daraus, dass die angekündigte Beschaffung von Straßenreinigungsleistungen im Wege einer Dienstleistungskonzession per se gesetzeswidrig wäre und deshalb nur aufgrund eines öffentlichen Auftrages erfolgen dürfte. Es besteht keine öffentlich-rechtliche Regelung, die für die Vergabe von Straßenreinigungsleistungen die Wahl einer Dienstleistungskonzession von vornherein verbieten würde. Die Vergabe der Straßenreinigungsleistungen im Wege einer Dienstleistungskonzession widerstreitet nicht gesetzlichen Vorgaben und ist dementsprechend auch nicht aufgrund einer gesetzlichen Regelung untersagt (vgl. anders hinsichtlich einer Abfallentsorgungsleistung gemäß § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG a.F.: BGH, Beschluss vom 18. Juni 2012, X ZB 9/11, VergabeR 2012, 839).
- 101 Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang auf die zum 18. April 2016 in Kraft getretene Vorschrift des § 14 KonzVGV verweist und insoweit meint, dass dem Antragsgegner aufgrund des darin geregelten Umgehungsverbotes die Wahl einer Dienstleistungskonzession von vornherein verwehrt sei, überzeugt dies nicht. Ein inhaltliches Eingehen auf diese Verbotsnorm erübrigt sich hier bereits, denn die Konzessionsvergabeverordnung ist auf das hier schon vor dem 18. April 2016 anhängige Nachprüfungsverfahren nicht anwendbar (§ 186 Abs. 2 GWB in der seit dem 18. April 2016 gültigen neuen Fassung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes).

- 102 Ohne Erfolg verweist die Antragstellerin zuletzt auf die Normen des Kreislaufwirtschaftsgesetzes. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin stehen auch die Regelungen des Kreislaufabfallwirtschaftsgesetzes (hier: § 22 KrWG) der Annahme einer Dienstleistungskonzession im Ergebnis nicht entgegen. § 22 KrWG gilt nämlich nur dann, wenn der zur Abfallverwertung und -beseitigung Verpflichtete einen Dritten beauftragt. Um Abfallverwertung und -beseitigung geht es bei der Ölspurbeseitigung indessen nicht. Ausweislich Ziffer 4.5 der Ausführungsbeschreibung soll der Auftragnehmer zwar sicherstellen, dass die anfallenden gefährlichen Abfälle entweder auf direktem Wege einem zertifizierten Entsorgungsfachbetrieb zugeführt oder bei ihm in einem baurechtlich oder BImSchG-genehmigten Zwischenlager (zur Zusammenstellung transportfähiger Größen) bis zum endgültigen Abtransport zum Entsorger gelagert werden. Aufgaben der Abfallverwertung und -beseitigung sind jedoch nicht Gegenstand der Ausschreibung gewesen. Auch unter Gesichtspunkten des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts begegnet es danach aber letztlich keinen grundsätzlichen Bedenken, die Straßenreinigungsleistungen im Wege einer Dienstleistungskonzession zu vergeben.
- 103 3. Die der bisherigen Rechtslage zugrunde liegende gesetzgeberische Entscheidung, Dienstleistungskonzessionen vom Geltungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auszunehmen, kann schließlich auch nicht, worauf allerdings die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde hinaus möchte, durch eine analoge Anwendung der §§ 102 ff. GWB a.F. mit der Begründung revidiert werden, dass - im Vorgriff auf die bis zum 18. April 2016 in nationales Recht umzusetzenden Vorgaben der Richtlinie 2014/23/EU - eben nur die vergaberechtlichen Bestimmungen einen hinreichend effektiven Primärrechtsschutz garantieren könnten.
- 104 a) In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird zwar die Rechtsansicht vertreten, dass bei Vorliegen einer Dienstleistungskonzession - im Vorgriff auf die Umsetzung der bis zum 18. April 2016 in nationales Recht zu integrierenden Vorgaben der Richtlinie 2014/23/EU in nationales Recht - auch schon für die vor Inkrafttreten des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes vom 17. Februar 2016 eingeleiteten Altverfahren eine entsprechende Anwendung von § 102 GWB a.F. sachgerecht erscheine (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 10. November 2015, 11 Verg 8/15 zitiert nach juris unter Bezugnahme auf OLG Düsseldorf Beschluss vom 02. März 2011, VII Verg 48/10, NZBau 2011, 244; OLG München, Beschluss vom 22. Juni 2011, Verg 6/11, VergabeR 2011, 848); die derzeitige Regelungslücke sei durch einen Gleichlauf des Rechtsschutzes von Dienstleistungsaufträgen und Dienstleistungskonzessionen interessengerecht zu schließen. Dies gelte insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass eine Abgrenzung zwischen Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession sowie Direktvergabe oft nur schwer zu ziehen sei und eine Zersplitterung der Nachprüfung im Interesse der Rechtssuchenden soweit wie möglich vermieden werden sollte (vgl. OLG Frankfurt a.a.O.).
- 105 b) Diese Rechtsansicht überzeugt indessen schon deshalb nicht, weil für eine analoge Anwendung des § 102 GWB a.F. auf Dienstleistungskonzessionen auch im Vorgriff auf die Umsetzung der Richtlinie 2014/23/EU in nationales Recht kein Raum verblieben ist.

- 106 Die analoge Anwendung einer Vorschrift setzt voraus, dass diese analogfähig ist, eine planwidrige Regelungslücke vorliegt und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Sachverhalt vergleichbar ist, den der Gesetzgeber bereits in einem bestimmten Sinne geregelt hat, so dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer an denselben Grundsätzen ausgerichteten Interessenabwägung zu den gleichen Ergebnissen gelangt (vgl. OLG Düsseldorf NZBau 2011, 244).
- 107 Hier indessen fehlt es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Der nationale Gesetzgeber hatte nach der bislang, d.h. vor Inkrafttreten des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes vom 17. Februar 2016 gültigen Rechtslage die Dienstleistungskonzession bewusst vom Anwendungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausgenommen. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, ergibt sich dies mit hinreichender Deutlichkeit daraus, dass das Gesetz lediglich Baukonzessionen ausdrücklich in den Anwendungsbereich des Gesetzes einbezogen hat (§ 99 Abs. 6 GWB), und in den Gesetzgebungsmaterialien hierzu demgegenüber durch positive Erklärung ergänzend klargestellt worden ist, dass das Gesetz auf Dienstleistungskonzessionen nicht anzuwenden sei (vgl. BT-Drucks. 16/10117 S. 17). Wird aber in den Gesetzgebungsmaterialien positiv zum Ausdruck gebracht, dass das geplante Gesetz bei einem bestimmten Gegenstand nicht gelten soll, kann nicht von einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzesvorhabens ausgegangen werden. Dass der nationale Gesetzgeber ein entsprechendes Rechtsschutzinstrumentarium für diesen Bereich nicht vorgesehen hat, ist vielmehr grundsätzlich hinzunehmen (vgl. BGH NZBau 2012, 248; BGHZ 188, 200 ff.). Ein wirksamer Rechtsschutz, den schon das Grundgesetz gebietet, wird hierdurch im Übrigen auch nicht ausgeschlossen (vgl. BGH NZBau 2012, 248).
- 108 Dementsprechend hatte der Bundesgerichtshof in den zu einer Dienstleistungskonzession ergangenen Beschlüssen vom 23. Januar 2011 (X ZB 5/11, NZBau 2012, 248), vom 18. Juni 2012 (X ZB 9/11, VergabeR 2012, 839) und vom 08. Februar 2011 (X ZB 4/11, BGHZ 188, 200) ebenfalls nicht offen gelassen, ob die dort streitgegenständlichen Dienstleistungen im Wege einer Dienstleistungskonzession oder aber eines Dienstleistungsauftrages vergeben worden sind, weil für ihn eine analoge Anwendung des § 102 GWB a.F. nicht in Betracht gekommen ist. In seiner Entscheidung vom 23. Januar 2012 (X ZB 5/11, Rettungsdienstleistungen II) hat er vielmehr für Rettungsdienstleistungen ausdrücklich hervor gehoben, dass das Vergabenachprüfungsverfahren nach § 102 GWB a.F. zur rechtlichen Überprüfung von Dienstleistungskonzessionen gerade nicht eröffnet sei.
- 109 Soweit das Oberlandesgericht Düsseldorf in der von der Antragstellerin ebenfalls in Bezug genommenen Entscheidung vom 02. März 2011 (VII Verg 48/10, NZBau 2011, 244) und daran anschließend das Oberlandesgericht München in dem Beschluss vom 22. Juni 2011 (Verg 6/11, NZBau 2011, 701) gleichwohl eine Regelungslücke und hierauf gestützt eine analoge Anwendung des § 102 GWB a.F. bejaht haben, haben sie dies mit der besonderen Regelungsmaterie der dort einschlägigen Personennahverkehr VO (EG)

1370/2007 vom 03. Dezember 2009 begründet und insoweit ausgeführt, dass infolge des Inkrafttretens des Art. 5 Abs. 7 VO (EG) 1370/2007 vom 03. Dezember 2009 für die Nachprüfung sonstiger der VO unterfallende Dienstleistungsaufträge im Sinne des Art. 3 Abs. 1 VO (also einschließlich Dienstleistungskonzessionen) nachträglich eine Regelungslücke entstanden sei, für deren Schließung die vergleichbare Vorschrift des § 102 GWB heranzuziehen sei (vgl. OLG Düsseldorf NZBau 2011, 244; OLG München VergabeR 2011, 848). Dies würde in gleicher Weise für den Beschaffungsvorgang gelten, der der Entscheidung des Oberlandesgericht Frankfurt vom 10. November 2015 (Geschäftsnummer 11 Verg 8/15) zugrunde gelegen hat. Denn auch dort sind dem VO (EG) 1370/2007 unterfallende Busverkehrsdienstleistungen ausgeschrieben worden.

- 110 Im vorliegenden Fall ist Art. 5 Abs. 7 VO (EG) 1370/2007 vom 03. Dezember 2009 jedoch nicht einschlägig. Auch eine vergleichbare Interessenlage liegt hier nicht vor, so dass die Ausführungen des OLG Düsseldorf aus dessen Beschluss vom 02. März 2011 (VII Verg 48/10) und auch des OLG München (Beschluss vom 22. Juni 2011, Verg 6/11, NZBau 2011, 701) auf den Streitfall nicht zu übertragen sind.
- 111 Darüber hinaus kann hier aber auch schon deshalb nicht im Vorgriff auf die Geltung der Richtlinie 2014/23/EU offen bleiben, ob die streitgegenständlichen Reinigungsleistungen im Wege einer Dienstleistungskonzession oder aber eines Dienstleistungsauftrages vergeben werden sollen, weil der für eine Dienstleistungskonzession maßgebliche Schwellenwert, der nach Art. 8 Abs. 1 RL 2014/23/EU bei 5,186 Millionen Euro liegt, nach dem Auftragswert für die Interimsvergabe zu Los 5 nicht überschritten ist. Aus den Vergabeunterlagen der Antragsgegnerin, insbesondere dem EU-Vergabevermerk geht hervor, dass der Gesamtauftragswert für alle sieben Lose ursprünglich bei ca. 2,3 Millionen Euro ohne Umsatzsteuer liegt. Dies aber bleibt unterhalb des Schwellenwertes für eine unter die Richtlinie 2014/23/EU fallende Dienstleistungskonzession. Dies gilt erst Recht für eine auf Los 5 beschränkte und bis zum 31. Dezember 2016 befristete Interimsvergabe, wie auch schon die Vergabekammer in dem angefochtenen Beschluss zutreffend festgestellt hat. Da die hier streitbefangene Dienstleistungskonzession damit gar nicht von dem Geltungsbereich der Richtlinie 2014/23/EU erfasst wird, kann schon aus diesem Grunde nicht mit deren Vorwirkung argumentiert werden.
- 112 4. Ein Nachprüfungsverfahren ist hier schließlich auch nicht kraft unmittelbarer Anwendung der Richtlinienbestimmungen der RL 2014/23/EU bzw. einer hierauf gerichteten richtlinienkonformen Auslegung eröffnet gewesen. Denn eine Verpflichtung der Gerichte zur unmittelbaren Anwendung der Vergaberichtlinie besteht im allgemeinen nicht bereits mit der Verabschiedung der Richtlinie, sondern setzt den Ablauf der Umsetzungsfrist voraus (vgl. Egger, Europäisches Vergaberecht, § 2 Erster Teil, Rdn. 382), was hier aber erst zum 18. April 2016 der Fall gewesen ist. Zu diesem Zeitpunkt war das Nachprüfungsverfahren indessen bereits eingeleitet. Anderenfalls würde die Umsetzungsfrist nämlich ihre eigentliche Bedeutung verlieren. Außerdem muss die betreffende Regelung klar und bestimmt sowie unbedingt gefasst sein. Den Mitgliedstaaten darf mithin kein allzu großer Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung der Richtlinie verbleiben (vgl. BGH, Urteil vom

05. Februar 1998, I ZR 211/95, BGHZ 18, 55 ff; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. November 2014, Verg 0/14; OLG Schleswig VergabeR 2015, 768).

- 113 Art. 189 Abs. 3 EGV räumt den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Richtlinien ein Ermessen ein, das in erster Linie vom Gesetzgeber ausgeübt werden muss. Die (insoweit subsidiäre) Verpflichtung der Gerichte zur richtlinienkonformen Auslegung der innerstaatlichen Gesetze setzt grundsätzlich erst dann ein, wenn der Gesetzgeber bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist nicht tätig geworden ist und der Inhalt der Richtlinie insgesamt oder im angewendeten Bereich eindeutig ist (vgl. BGHZ 138, 55-66, Rn. 45). Diese Voraussetzungen liegen hier indessen nicht vor. Vor Ablauf der Umsetzungsfrist ist hier das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17. Februar 2016 (BGBl. I, 203 ff) in Kraft getreten, das nach der Überleitungsbestimmung in § 186 Abs. 2 GWB n.F. allerdings auf Vergabeverfahren, die vor dem 18. April 2016 begonnen haben, einschließlich der sich an diese anschließenden Nachprüfungsverfahren sowie am 18. April 2016 anhängiger Nachprüfungsverfahren, ausdrücklich keine Anwendung findet.

III.

- 114 Für die Überprüfung der hier interimweise vergebenen Dienstleistungskonzession ist nach alledem der Rechtsweg zu den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen nach § 102 GWB a.F. nicht gegeben, auch wenn der öffentliche Auftraggeber bei Vorliegen einer Dienstleistungskonzession gleichwohl dazu verpflichtet ist, die Regeln des Vertrags über die Arbeitsweise der EU, insbesondere die Artikel 49 AEUV und 56 AEUV sowie die daraus abzuleitende Transparenzpflicht zu beachten, wenn ein grenzüberschreitendes Interesse besteht (vgl. EuGH, Urteil vom 10.3.2011 - C-274/09 - Juris Rdn. 49; OLG Karlsruhe NZBau 2015, 506; OLG Celle, Beschluss vom 23. Februar 2016, 13 U 148/15, IBRS 2016, 0745).
- 115 Das anhängige Nachprüfungsverfahren ist dementsprechend - auf den Hilfsantrag der Antragstellerin hin - gemäß § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG an das sachlich und örtlich (§§ 12, 17, 18 ZPO) zuständige Landgericht Magdeburg zu verweisen gewesen.
- 116 Welcher Rechtsweg für Streitigkeiten aus der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen eröffnet ist, ergibt sich aus denselben Grundsätzen, die für die Bestimmung des Rechtswegs bei Streitigkeiten aus der Vergabe öffentlicher Aufträge mit einem die Schwellenwerte der Vergabeverordnung unterschreitenden Volumen gelten. Die Bestimmung des Rechtsweges richtet sich daher in erster Linie danach, ob das streitige Rechtsverhältnis dem öffentlichen oder dem bürgerlichen Rechtszug zuzuordnen ist. Für die Zuordnung ist nicht das Ziel, sondern die Rechtsform staatlichen Handelns maßgeblich. Ist diese privatrechtlich, so ist es grundsätzlich auch die betreffende Streitigkeit; dagegen ist prinzipiell der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn sich das staatliche Handeln in den Bah-

nen des öffentlichen Rechts vollzieht (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Januar 2012, X ZB 5/11, NZBau 2012, 248 ff).

- 117 Wird die Dienstleistungskonzession - wie hier - in den Formen des Privatrechts vergeben, sind für die vergaberechtliche Nachprüfung die ordentlichen Gerichte zuständig (vgl. BGH NZBau 2012, 248 ff). Die Beauftragung von Reinigungsdienstleistungen auf öffentlichen Straßenflächen an den Auftragnehmer geschieht in der Regel in der Form eines Werkvertrages nach §§ 631 ff BGB. Der Verweisung des Rechtsstreites an das zuständige Landgericht steht hier auch nicht etwa § 17 Abs. 5 GVG entgegen. Denn diese Vorschrift setzt ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung eines Gerichts im Sinne des Art. 92 GVG voraus und ist im Übrigen auch nur dann einschlägig, wenn das Erstgericht über die Zulässigkeit des Rechtsweges vorab durch Beschluss entschieden hat (vgl. BGH NZBau 2012, 248, 252).
- 118 Die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Magdeburg folgt dabei aus §§ 12, 17, 18 ZPO, da der Antragsgegner den Sitz seiner Behörde und damit seinen allgemeinen Gerichtsstand in Magdeburg unterhält.
- 119 Unterliegt das streitbefangene Ausschreibungsverfahren nach alledem nicht dem Vergaberechtsregime, kommt eine Überprüfung der von der Antragstellerin geltend gemachten Vergaberechtsverstöße nicht in Betracht. Ob die landes-, bundes- und europarechtlichen Voraussetzungen bei der Vergabe der Dienstleistungskonzession gewahrt sind, hat vielmehr das insoweit zuständige ordentliche Gericht zu entscheiden.

IV.

- 120 Das weitere Vorbringen der Antragstellerin aus deren nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsatz vom 09. Juni 2016 hat der Senat zur Kenntnis genommen. Die ergänzenden Ausführungen der Antragstellerin haben dem Senat indessen keine Veranlassung gegeben, die geschlossene mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.

V.

- 121 1. Im Hinblick auf die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin ist die erneut beantragte Gewährung einer nochmaligen Akteneinsicht nach §§ 120 Abs. 2, 111 GWB nicht in Betracht gekommen (vgl. BayObLG, Beschluss vom 12. Dezember 2001, Verg 19/01 zitiert nach juris m.w.N.).

- 122 2. Der Senat kann im Ergebnis dahin gestellt sein lassen, ob er als Beschwerdegericht überhaupt nach § 119 GWB a.F. befugt ist, den Kreis der Verfahrensbeteiligten in der Beschwerdeinstanz durch Beiladung der Firma U. ... GmbH unter den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 109 GWB zu erweitern (vgl. zum Meinungsstand: Röwekamp in Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, 3. Aufl., Rdn. 2 ff). Eine Beiladung der Firma U. ... GmbH nach § 109 GWB ist hier nämlich auch schon im Hinblick auf die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages und der beabsichtigten Verweisung nicht in Betracht gekommen.
- 123 3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners ist für notwendig zu erklären (§ 128 Abs. 4 S. 3 GWB). Denn der zu beurteilende Sachverhalt ist nicht so einfach gelagert, dass der Antragsgegner selbst in der Lage gewesen wäre, ihn ohne Rechtsbeistand zu erfassen und die zur Rechtswahrung nötigen Schlüsse zu ziehen (vgl. BGH VergabeR 2007, 59; OLG Frankfurt, Beschluss vom 10. November 2015, 11 Verg 8/15 zitiert nach juris; OLG Brandenburg, Beschluss vom 12. Januar 2010, Verg W 7/09, VergabeR 2010, 699).
- 124 4. Über die im Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten ist nicht zu entscheiden. Sie sind vielmehr als Teil der Kosten zu behandeln, die bei dem Gericht erwachsen, an das der Rechtsstreit verwiesen wird (§ 17 b Abs. 2 S. 1 GVG). Dies gilt zwar nicht für die Kosten, die im Verfahren vor der Vergabekammer entstanden sind, da diese nicht in einem gerichtlichen Verfahren entstanden sind. Der Antragstellerin fallen diese Mehrkosten hier jedoch entsprechend § 17 b Abs. 2 S. 2 GVG zur Last. § 17 b Abs. 2 S. 2 GVG schreibt insoweit zwingend vor, dass dem Antragsteller selbst dann die entstandenen Mehrkosten aufzuerlegen sind, wenn er in der Hauptsache obsiegt. Deshalb ist der Beschluss der Vergabekammer nur im Ausspruch zur Hauptsache aufzuheben, nicht jedoch hinsichtlich der Kostenentscheidung (vgl. OLG Karlsruhe NZBau 2015, 506, 509).
- 125 5. Die Voraussetzungen für die beantragte Vorlage der Rechtssache an den EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV liegen hier nicht vor. Denn die streitige Frage, ob bei dem hier in Rede stehenden Beschaffungsvorhaben nach dem Inhalt der auch für die Interimsvergabe geltenden Ausschreibung das volle Betriebsrisiko des öffentlichen Auftraggebers bzw. ein wesentlicher Teil hiervon auf den Auftragnehmer übertragen werden soll und damit eine Dienstleistungskonzession vorliegt, hat nicht der Europäische Gerichtshof, sondern allein das nationale Gericht zu beurteilen. Es ist nämlich allein Sache des nationalen Gerichts zu prüfen, ob der Vorgang bei Berücksichtigung seiner gesamten Merkmale als Dienstleistungskonzession oder öffentlicher Dienstleistungsauftrag einzustufen ist. Ausschließlich das nationale Gericht ist in der Lage, die Bestimmungen seines nationalen Rechts auszulegen sowie den Anteil des Risikos zu bewerten, den der Auftragnehmer aufgrund der nationalen Rechtsvorschriften und der einschlägigen Vertragsbestimmungen tatsächlich übernimmt (vgl. EuGH, Urteil vom 10. November

2011, C- 348/10, Rdn. 57, VergabeR 2012, 164; EuGH, VergabeR 2010, 48 Rdn.78, WAZV Gotha; BGHZ 188, 200).

- 126 6. Auch eine Divergenzvorlage an den Bundesgerichtshof nach § 124 Abs. 2 GWB kommt im Streitfall nicht in Betracht. Soweit der Senat eine analoge Anwendung des § 102 GWB a.F. auf Dienstleistungskonzessionen verneint, hat eine entscheidungserhebliche Divergenz zur Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Frankfurt (Beschluss vom 10. November 2015, 11 Verg 8/15 zitiert nach juris) und der Oberlandesgerichte Düsseldorf (Beschluss vom 02. März 2011, VII Verg 48/10, VergabeR 2011, 471) und München (Beschluss vom 22. Juni 2011, Verg 6/11 VergabeR 2011, 848) nicht vorgelegen mit der Folge, dass der Senat selbst eine Entscheidung über den Rechtsweg treffen konnte.
- 127 Den in Bezug genommenen Entscheidungen der Oberlandesgerichte Düsseldorf, München und auch Frankfurt hatte eine europaweite Direktvergabe im Personennahverkehr (Busverkehrsdienstleistungen) zugrunde gelegen und die analoge Anwendung des § 102 GWB wurde im wesentlichen aus einer infolge Inkrafttretens des Art. 5 Abs. 7 VO (EG) 1370/2007 am 03. Dezember 2009 nachträglich eingetretenen Rechtsschutzlücke hergeleitet. Die Rechtslage ist mit der hier streitbefangenen Beauftragung von Reinigungsdienstleistungen indessen nicht ohne weiteres vergleichbar.
- 128 Soweit sich der Senat von der Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 10. November 2015 (Geschäftsnummer 11 Verg 8/15) abgrenzt und einen Vorgriff auf die bis zum 18. April 2016 in nationales Recht zu integrierenden Vorgaben der Richtlinie 2014/23/EU verneint, ist zusätzlich zu beachten gewesen, dass eine Eröffnung der Nachprüfung analog § 102 GWB a.F. hier auch schon deshalb ausscheiden müsste, weil das Auftragsvolumen der in Rede stehenden Interimsvergabe einer Dienstleistungskonzession zu Los 5 ausweislich der Angaben der Auftraggeberin in ihrem Vergabevermerk den nach Art. 8 Abs. 1 RL 2014/23/EG maßgeblichen Schwellenwert von 5,186 Millionen Euro ersichtlich nicht überschreitet.
- 129 7. Die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof ist nicht nach § 17 a Abs. 4 S. 4 GVG zuzulassen gewesen, weil der Rechtsfrage weder eine grundsätzliche Bedeutung beizumessen ist, zu der höchstgerichtliche Rechtsprechung bislang noch nicht vorliegt, noch der Senat von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes abgewichen ist (§ 17 a Abs. 4 S. 5 GVG). Der Beschluss des Senats hängt im wesentlichen von einer in erster Linie dem Tatrichter obliegenden Würdigung der Umstände des konkreten Einzelfalles, nämlich hier einer Bewertung der vertraglichen Risiken ab, was einer verallgemeinernden, der Revisionszulassung rechtfertigenden Betrachtungsweise aber nur sehr eingeschränkt zugänglich ist. Der Senat hat auch keine klärungsbedürftige Rechtsfrage zu entscheiden, deren Auftreten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu erwarten ist und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an einer einheitlicheren Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt. Wie bereits ausgeführt, liegt auch kein zulassungsrelevanter Divergenzfall vor. Der Senat hat sich bei der Prüfung der Merkmale ei-

ner Dienstleistungskonzession vielmehr im Rahmen der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und des EuGH bewegt.