

Oberlandesgericht Düsseldorf Vergabesenat – 23. Januar 2019 – Verg 22/18

ECLI: ECLI:DE:OLGD:2019:0123.VERG22.18.00 Beschluss

§ 105 GWB, § 24 GlüStVtr NW, § 1 KonzVgV

Tenor:

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Rheinland, Kammer in Köln, vom 12.03.2018 (VK K - 2/18 - L) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Antragstellerin auferlegt.

Gründe:

A.

- 1 Die Antragstellerin betreibt auf der Grundlage einer gewerberechtlichen Erlaubnis vom 24.06.2008 gemäß § 33i GewO a.F. am Standort T. in T. 1 eine Spielhalle. In derselben Straße befindet sich unter der Hausnummer... mit einem Abstand von weniger als 350 m die Spielhalle der Beigeladenen.
- 2 Am 26.06.2017 beantragte die Antragstellerin die Erteilung einer - aufgrund gesetzlicher Neuregelung nunmehr erforderlichen - glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach Maßgabe des § 24 Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) i.V.m. § 16 des nordrhein-westfälischen Gesetzes zur Ausführung des Glücksspielstaatsvertrags (AG GlüStV NRW). Auch die Beigeladene stellte einen entsprechenden Antrag,
- 3 Mit Rücksicht auf § 16 Abs. 3 Satz 1, 2. Halbs. AG GlüStV, wonach ein Mindestabstand von 350 Metern Luftlinie zu einer anderen Spielhalle nicht unterschritten werden soll, führte die Antragsgegnerin zwischen der Antragstellerin und der Beigeladenen ein Auswahlverfahren durch, dem sie die Kriterien des Merkblatts „Verfahrenshinweise zur Erteilung der Erlaubnisse nach §§ 24 GlüStV, 16 AG GlüStV NRW“ zugrunde legte; das Merkblatt wurde den jeweiligen Antragstellern übermittelt.
- 4 Mit Bescheid vom 13.11.2017 lehnte die Antragsgegnerin die von der Antragstellerin beantragte Erlaubnis ab; u.a. verwies sie auf Mängel des eingereichten Sozialkonzepts, welches zu den Erlaubnisvoraussetzungen gehört. Hiergegen erhob die Antragstellerin Klage zum Verwaltungsgericht Aachen (VG Aachen - 3 K 5765/17).

- 5 Zudem rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 16.11.2017 die Versagung der Erlaubnis, machte Verstöße gegen das Vergaberecht geltend, das anzuwenden sei, weil es sich bei der Genehmigungserteilung um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession handle, und beantragte erneut die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis.
- 6 Mit Auswahlentscheidung vom 18.12.2018 erteilte die Antragsgegnerin der Beigeladenen die glücksspielrechtliche Erlaubnis zum weiteren Betrieb ihrer Spielhalle am Standort T. in T. 1. Mit Schreiben vom 22.12.2017 wies sie die Rüge der Antragstellerin als unstatthaft zurück und lehnte den Erlaubnisantrag der Antragstellerin für den Standort T. aufgrund der zugunsten der Beigeladenen getroffenen Auswahlentscheidung erneut ab.
- 7 Am 04.01.2018 brachte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag an, mit dem sie die Auffassung vertrat, bei der Erlaubnis nach § 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW i.V.m. § 24 Abs. 1 GlüStV, eine Spielhalle zu errichten und zu betreiben, handle es sich um eine Dienstleistungskonzession im Sinne des § 105 GWB mit der Folge, dass die Erlaubnis nur in einem Vergabeverfahren nach dem vierten Teil des GWB und der Konzessionsvergabeverordnung vergeben werden dürfe.
- 8 Wegen des Vorbringens der Verfahrensbeteiligten im Verfahren vor der Vergabekammer wird auf die Darstellung im angefochtenen Beschluss Bezug genommen.
- 9 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 10 festzustellen, dass die von der Antragsgegnerin für den Standort T., T.1, an die Beigeladene vergebene Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle unwirksam ist und die Antragstellerin durch die Direktvergabe in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist,
- 11 die Antragsgegnerin zu verpflichten, ein Vergabeverfahren nach der KonzVgV über die Vergabe der Konzession zum Betrieb von Spielhallen in T.1 unter Einhaltung der vergaberechtlichen Vorgaben durchzuführen.
- 12 Die Antragsgegnerin hat beantragt,
- 13 den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.
- 14 Sie hält den Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen nicht für statthaft. Diese Auffassung hat auch die Beigeladene geteilt und hat beantragt,
- 15 die Anträge abzuweisen.

- 16 Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag als unstatthaft zurückgewiesen und ausgeführt, bei der Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle handle es sich nicht um eine öffentliche Dienstleistungskonzession gemäß § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Eine Dienstleistungskonzession setze eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe voraus, die der Konzessionsgeber mittels der Leistung des Konzessionsnehmers erfüllt. Das Glücksspiel insgesamt sei zwar in § 1 Abs. 2 AG GlüStV NRW als öffentliche Aufgabe definiert. Das Bereitstellen von Spielhallen habe der Landesgesetzgeber aber ersichtlich nicht als staatliche Aufgabe angesehen. Auch liege kein Vertrag im Sinne des § 105 Abs. 1 GWB vor, da wechselseitige Verpflichtungen sowie ein gewisser Spielraum beim Aushandeln von Vertragsbedingungen fehlten. Eine Vorlage zum EuGH zur Auslegung des Begriffs der Dienstleistungskonzession in Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU sei wegen der Unmissverständlichkeit der Erwägungsgründe der Richtlinie nicht geboten. Überdies sei zu bezweifeln, dass der Schwellenwert von 5.225.000 Euro erreicht sei. Schließlich fehle es an einer für die Antragsbefugnis erforderlichen Darlegung der Antragstellerin dazu, dass sie bei Durchführung eines Vergabeverfahrens Chancen auf den Zuschlag habe.
- 17 Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf den angefochtenen Beschluss verwiesen.
- 18 Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin, mit der sie ihr Vorbringen vor der Vergabekammer wiederholt und vertieft.
- 19 Die Antragstellerin ist der Auffassung, die Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebots auch durch die Errichtung und den Betrieb von Spielhallen sei seit dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 15.11.2011 eine öffentliche Aufgabe, wie sich u.a. aus § 1 Nr. 2 GlüStV und § 1 Abs. 2 AG GlüStV NRW ergebe. Die von den Bundesländern gewünschte Beschränkung der Grundfreiheiten im Bereich Lotterien, Sportwetten und Spielbanken erfordere, um das Staatsmonopol unionsrechtlich rechtfertigen zu können, das Ziel der Suchtprävention und -hilfe über alle Glücksspielarten kohärent und tatsächlich zu verfolgen und aus diesem Grund durch Beschaffungsmaßnahmen sicherzustellen, dass ein legales, d.h. insbesondere staatlich überwachtes Automatenglücksspiel angeboten wird. Hierdurch solle im Sinne einer Maßnahme zur Abwehr von von Dritten ausgehender Gefahren dem illegalen Glücksspiel, insbesondere im Internet, entgegen gewirkt werden.
- 20 Das Erfordernis rechtlich durchsetzbarer, wechselseitig bindender Verpflichtungen sei erfüllt, da die Anforderungen an den Spielhallenbetrieb im Konzessionsverfahren anhand des Sozialkonzepts konsensual und rechtlich verbindlich festgelegt würden. Eine Betriebspflicht sei nicht zu fordern. Ein solches Erfordernis lasse sich weder aus der Konzessionsvergaberichtlinie, insbesondere Art. 5 Nr. 1 Buchst. a der Richtlinie 2014/23/ EU,

noch aus der Rechtsprechung des EuGH ableiten. Im Bereich der Spielhallen stelle der Konzessionsgeber durch starke Anreize und Sanktionsmechanismen sicher, dass der Konzessionsnehmer den Betrieb aufrecht erhält und damit eine öffentliche Aufgabe erfüllt. Die gegenteilige Rechtsauffassung der Vergabekammer könne nicht ohne eine entsprechende einschränkende Auslegung des Begriffs der Dienstleistungskonzession durch den EuGH vertreten werden.

- 21 Im Unterschied zu einer einfachen gewerberechtlichen Erlaubnis müsse der Erlaubnisgeber aufgrund der Mindestabstandsregeln eine Auswahl zwischen verschiedenen Bietern vornehmen; insoweit bestehe Wettbewerb. Der erfolgreiche Bieter erhalte ein ausschließliches Recht, in einem nicht unwesentlichen Teil des Stadtgebiets von ca. 38,5 ha eine Spielhalle zu betreiben.
- 22 Ein die Rechte der Antragstellerin verletzender Vergaberechtsfehler bestehe aufgrund der unterlassenen Veröffentlichung der Konzessionsvergabeabsicht gemäß § 151 Satz 1 GWB i.V.m. § 19 KonzVgV und aufgrund der Direktvergabe der Spielhallenkonzession unter Verstoß gegen die Verpflichtung der Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin, Konzessionen gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren zu vergeben.
- 23 Der Schwellenwert sei erreicht, da die einzelne glücksspielrechtliche Erlaubnis als Los einer Konzession im Sinne der KonzVgV anzusehen sei. Maßgeblich sei überdies der Spieleinsatz in den Geldautomaten, der auch bei einer einzelnen Konzession unter Berücksichtigung dessen, dass eine Erlaubnis für einen mehrjährigen Spielhallenbetrieb erteilt wird, den Schwellenwert übersteige.
- 24 Die von der Antragsgegnerin vorgenommene Auswahlentscheidung zwischen ihr und der Beigeladenen sei, wie sie näher darlegt, in mehrerlei Hinsicht fehlerhaft.
- 25 Die Antragstellerin beantragt,
- 26 den Beschluss der Vergabekammer Rheinland - Spruchkörper Köln - vom 12.03.2018 zu Az. VK K - 2/18 - L aufzuheben,
- 27 festzustellen, dass die von der Antragsgegnerin für den Standort T., T.1 an die I. Q. GmbH & Co. KG vergebene Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle unwirksam ist und die Antragstellerin durch die Direktvergabe in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist,

28 die Antragsgegnerin zu verpflichten, ein Vergabeverfahren nach der KonzVgV über die Vergabe der Konzession zum Betrieb von Spielhallen in Stolberg unter Einhaltung der vergaberechtlichen Vorgaben durchzuführen.

29 Die Antragsgegnerin beantragt,

30 die sofortige Beschwerde der Beschwerdeführerin zurückzuweisen.

31 Sie verteidigt, ebenso wie die Beigeladene, den angefochtenen Beschluss.

32 Die Beigeladene beantragt,

33 die Anträge abzuweisen.

34 Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze nebst Anlagen, die Akten der Vergabekammer und die beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Antragsgegnerin Bezug genommen.

B.

35 Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist nicht begründet. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag als unstatthaft erachtet.

I.

36 Gemäß § 155 GWB unterliegt - unbeschadet der Prüfungsmöglichkeiten von Aufsichtsbehörden - die Vergabe öffentlicher Aufträge und von Konzessionen der Nachprüfung durch die Vergabekammern. Bei der Erteilung einer Erlaubnis gemäß § 24 Abs. 1 GlüStV i.V.m. § 16 Abs. 2 AG GlüStV für die Errichtung und den Betrieb einer Spielhalle handelt es sich weder um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags noch um die Vergabe einer Konzession, so dass weder der vierte Teil des GWB und die Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (KonzVgV) Anwendung finden noch der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen eröffnet ist. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sind die Voraussetzungen einer - hier allein in Betracht kommenden - Dienstleistungskonzession gemäß § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht erfüllt.

37 § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB definiert Dienstleistungskonzessionen als entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von

Bauleistungen nach § 105 Abs. 1 Nr. 1 GWB bestehen; dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung. Im Unterschied zum öffentlichen Auftrag gemäß § 103 Abs. 1 GWB geht das Betriebsrisiko für die Verwertung der Dienstleistungen, das ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein kann, auf den Konzessionsnehmer über (§ 105 Abs. 2 GWB).

- 38 1. Die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis für den Betrieb einer Spielhalle erfüllt nicht das Tatbestandsmerkmal des Betrauens eines Unternehmens mit einer Dienstleistung. Der Erlaubnisgeber beschafft durch die Erlaubniserteilung keine Dienstleistung, die ihm zugute kommt.
- 39 a) Ein solcher Beschaffungsbezug ist notwendiges Merkmal einer Dienstleistungskonzession. Während der Senat diese Frage bislang offen gelassen hat (s. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.03.2012, VII-Verg 37/11, juris Rn. 55), bejahen das OLG München und das KG Berlin das Erfordernis eines Beschaffungsbezuges (s. OLG München, Beschluss v. 19.01.2012, Verg 17/11 - Bierlieferungsvertrag, juris Rn. 32; Beschluss v. 25.03.2011, Verg 4/11 - Breitbandnetz, juris Rn. 39 ff.; KG Berlin, Urteil v. 22.01.2015, 2 U 14/14 Kart - Veranstaltungsstätte, juris Rn. 13 mwN). Auch das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen hat - speziell zur Frage, ob die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis als Dienstleistungskonzession dem Vergaberecht unterfällt - entschieden, dass dies einen Beschaffungsvorgang voraussetzt, bei dem der Betrieb dem Erlaubnisgeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt (OVG Münster, Beschluss v. 08.06.2017, 4 B 307/17, juris Rn. 77 ff. mwN).
- 40 Dem schließt der Senat sich an. Zur unionsrechtskonformen Auslegung des § 105 GWB, der nunmehr in Umsetzung der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (Richtlinie 2014/23/EU) die Dienstleistungskonzession regelt und deren Art. 5 Nr. 1 nachgebildet ist, sind die Erwägungsgründe der Richtlinie heranzuziehen. Diese bestätigen ausdrücklich das Erfordernis eines Beschaffungsbezugs in Abgrenzung zu bloßen Gestattungen, Genehmigungen und Lizenzen. Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2014/23/EU definiert als Ziel von Konzessionen die Beschaffung von Bau- oder Dienstleistungen durch eine Konzession, wobei die Verträge nicht notwendigerweise einen Eigentumsübergang auf den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber vorsehen müssen, den öffentlichen Auftraggebern oder Auftraggebern jedoch stets der Nutzen der betreffenden Bau- oder Dienstleistungen zusteht. Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2014/23/EU stellt darüber hinaus klar, dass bestimmte Handlungen der Mitgliedsstaaten wie die Erteilung von Genehmigungen und Lizenzen, durch die der Mitgliedsstaat oder eine seiner Behörden die Bedingungen für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit festlegt - einschließlich der Bedingung der Durchführung einer bestimmten Tätigkeit -, die üblicherweise auf Antrag des Wirtschaftsteilnehmers und

nicht vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber erteilt wird und bei der der Wirtschaftsteilnehmer das Recht hat, sich von der Erbringung von Bau- und Dienstleistungen zurückzuziehen, nicht als Konzessionen gelten.

- 41 Eine Beschaffung für den öffentlichen Auftraggeber setzt voraus, dass die Leistung, die Gegenstand des Auftrags ist, im unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des öffentlichen Auftraggebers ausgeführt wird und ihm unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt (EuGH, Urteil v. 25.03.2010, C-451/08, juris Rn. 54, 58). Hierbei kann ein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang auch dann vorliegen, wenn die Gegenleistung dem öffentlichen Auftraggeber zwar nicht unmittelbar zufließt, diese ihn jedoch bei der Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben, etwa der Daseinsvorsorge, unterstützt (OLG München, Beschluss v. 15.03.2011, Verg 4/11 - Breitbandnetz, juris Rn. 40; Beschluss v. 19.01.2012, Verg 17/11 - Bierlieferungsvertrag, juris Rn. 32). In diesen Fällen erbringt der Private die Dienstleistung anstelle der öffentlichen Hand unter ihrer Aufsicht (KG Berlin, Urteil v. 22.01.2015, 2 U 14/14 Kart. Veranstaltungsstätte, juris Rn. 13 mwN).
- 42 b) Das Errichten und Betreiben von Spielhallen ist nach dem hier maßgeblichen Recht des Landes Nordrhein-Westfalen keine öffentliche Aufgabe, die der Erlaubnisnehmer anstelle der öffentlichen Hand erbringt und die in dieser Weise dem Erlaubnisgeber oder dem Land Nordrhein-Westfalen wirtschaftlich zugute kommt. Weder der Glücksspielstaatsvertrag noch das Ausführungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen weisen die Errichtung und den Betrieb von Spielhallen dem Land oder den Kommunen als öffentliche Aufgabe zu. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist dies insbesondere nicht aus der Überschrift des § 1 des AG GlüStV NRW „Ziele, Glücksspiel als öffentliche Aufgabe“ und der Regelung in § 1 Abs. 2 der Norm herzuleiten, wonach zur Erreichung der in § 1 Abs. 1 genannten Ziele das Land Nordrhein-Westfalen die Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebots ebenso wie die Sicherstellung der wissenschaftlichen Forschung zur Vermeidung und Abwehr von Suchtgefahren durch Glücksspiele, die Suchtprävention und -hilfe sowie die Glücksspielaufsicht als öffentliche Aufgaben wahrnimmt. Die Errichtung und der Betrieb von Spielhallen gehört, wie eine Auslegung der Norm nach Wortlaut, Gesetzeszusammenhang, Gesetzeshistorie sowie Sinn und Zweck ergibt, nicht zu diesen öffentlichen Aufgaben.
- 43 aa) Der Wortlaut des § 1 AG GlüStV NRW lässt, offen, welche Formen von Glücksspiel hiervon umfasst sind.
- 44 bb) Die Zusammenschau mit den Bestimmungen des GlüStV und den weiteren Regelungen des AG GlüStV NRW zeigt auf, dass es sich bei dem Angebot des Glücksspiels in Spielhallen nicht um eine öffentliche Aufgabe im Sinne des § 1 Abs. 2 AG GlüStV handelt, dies vielmehr originär privaten Betreibern überlassen bleibt.

- 45 § 1 Satz 1 Nr. 2 GlüStV definiert als Ziele des Staatsvertrags u.a., durch ein begrenztes, eine geeignete Alternative zum nicht erlaubten Glücksspiel darstellendes Glücksspielangebot den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken sowie der Entwicklung und Ausbreitung von unerlaubten Glücksspielen in Schwarzmärkten entgegenzuwirken. Eine entsprechende Regelung findet sich in § 1 Nr. 2 AG GlüStV NRW.
- 46 Um diese Ziele zu erreichen, sind gemäß § 1 Satz 2 GlüStV differenzierte Maßnahmen für die einzelnen Glücksspielformen vorgesehen, um deren spezifischen Sucht-, Betrugs-, Manipulations- und Kriminalitätsgefährdungspotentialen Rechnung zu tragen.
- 47 Dem trägt das AG GlüStV NRW Rechnung, indem es für die einzelnen Glücksspielformen unterschiedliche Regelungen trifft und teils die Veranstaltung und Durchführung des Glücksspiels ausschließlich durch die öffentliche Hand oder von dieser kontrollierte Gesellschaften zulässt, teils die Erteilung von Konzessionen vorsieht, teils eine glücksspielrechtliche Erlaubnis als ausreichend erachtet. Der erstgenannte Fall - Veranstaltung und Durchführung von Glücksspiel durch die öffentliche Hand oder von dieser kontrollierte Gesellschaften (§§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 Satz 1 AG GlüStV NRW) – betrifft, wie § 2 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 AG GlüStV aufzeigen, die Glücksspielformen Lotterien (sog. große Lotterien in Abgrenzung zu kleinen Lotterien mit geringerem Gefährdungspotential gemäß § 14 AG GlüStV NRW), Ausspielungen und Sportwetten. Der zweitgenannte Fall - die Erteilung glücksspielrechtlicher Konzessionen - betrifft Sportwetten im Rahmen der befristeten Experimentierklausel des § 10a GlüStV. Eine schlichte Erlaubniserteilung, die ebenso wie im Fall von Konzessionen (s. §§ 4a ff. GlüStV) - auch an nicht von der öffentlichen Hand kontrollierte Gesellschaften erfolgen darf, ist u.a. für die Errichtung und den Betrieb von Spielhallen vorgesehen (s. § 16 AG GlüStV).
- 48 Die Unterscheidung zwischen der öffentlichen Aufgabe, Glücksspiele zu veranstalten und durchzuführen einerseits und der bloßen Genehmigung der Errichtung und des Betriebs von Spielhallen andererseits verdeutlicht auch § 3 Abs. 1 Satz 2 AG GlüStV NRW, wonach von der Regelung des § 3 Abs. 1 Satz 1 AG GlüStV - Veranstaltung und Durchführung von Glücksspiel durch die öffentliche Hand oder von dieser kontrollierte Gesellschaften §§ 10a und 24 GlüStV - letzterer regelt das Erlaubnisfordernis für Spielhallen - unberührt bleiben.
- 49 cc) Dieses Verständnis wird durch die Gesetzgebungshistorie und Sinn und Zweck der Regelungen zu Spielhallen bestätigt. Die Aufnahme dieser Regelungen in den Glücksspielstaatsvertrag und nachfolgend das Ausführungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen erfolgte aufgrund des Gesetzes zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland (Erster GlüÄndStV). Sie bezweckte, wie die Gesetzesmaterialien unmissverständlich belegen, nicht die Sicherstellung eines ausreichenden Angebots an Automatenglücksspiel in Spielhallen, sondern erfolgte aufgrund

unionsrechtlicher Bedenken gegen das staatliche Wettmonopol, die sich aus der Entwicklung anderer, vom Glücksspielvertrag bislang nicht erfasster Bereiche wie dem gewerblichen Automatenspiel ergeben haben. Mit Blick hierauf war es das Ziel des nationalen Gesetzgebers, mit dem Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland kohärente Regelungen im Bereich des Glücksspielrechts zu schaffen (s. LT-Drs. 16/17, S. 1).

- 50 Hieraus folgt entgegen dem Verständnis der Antragstellerin jedoch nicht die Notwendigkeit, Glücksspielleistungen insgesamt als öffentliche Aufgabe mit dem Ziel der Suchtprävention und -hilfe zu definieren und aus Gründen der Kohärenz auch das Automatenglücksspiel in Spielhallen einzubeziehen. Das Unionsrecht belässt den Mitgliedsstaaten mit Blick auf die zwischen ihnen bestehenden beträchtlichen sittlichen, religiösen und kulturellen Unterschiede bei der Regelung der Glücksspiele ein weites Ermessen bei der Bestimmung des ihnen am geeignetsten erscheinenden Niveaus des Schutzes der Verbraucher und der Sozialordnung (EuGH, Urteil v. 08.09.2016, C-225/15 - Domenico Politano, juris, Rn. 39, mwN; OVG NRW, aaO juris Rn. 84 f.). Die Richtlinie 2014/23/EU beschränkt nicht das Recht der Mitgliedsstaaten ein, im Einklang mit dem Unionsrecht zu entscheiden, auf welche Weise - einschließlich durch Genehmigungen - der Spiel- und Wettbetrieb organisiert und kontrolliert wird (s. Erwägungsgrund 35).
- 51 Auch im Übrigen hat der Landesgesetzgeber keine Veranlassung gesehen, die Errichtung und den Betrieb von Spielhallen in die öffentliche Aufgabe der Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebots einzubeziehen. Im Gesetzgebungsverfahren wurde konstatiert, dass ein signifikanter Anstieg des Angebots an Spielgeräten und Spielhallen zu verzeichnen war. Diese waren nahezu flächendeckend vorhanden und verfügten zumeist über weiträumige Öffnungszeiten. So waren in Deutschland ca. 212.000 Gewinnspielgeräte aufgestellt (ifo-Institut für Wirtschaftsforschung, Wirtschaftsentwicklung Unterhaltungsautomaten 2009 und Ausblick 2010, München 2010), von denen die Mehrzahl in Spielhallen vorgehalten wurde. Laut den Ergebnissen der sog. Trümper-Studie des Arbeitskreises gegen Sucht e.V. (Stand 01.01.2010) verteilten sich auf Nordrhein-Westfalen 37.649 Spielgeräte in Spielhallen an 2.522 Spielhallenstandorten. Für den Zeitraum von 2006 bis 2010 ergab sich damit eine Zunahme der Geldspielgeräte in Spielhallen um 42,66 % (s. LT-Drs. 16/17, S. 43).
- 52 Zweck der Regelungen in § 24 GlüStV und 16 AG GlüStV NRW ist mithin die Regulierung des vorhandenen Bestandes an Spielhallen. Im Vordergrund stehen hier die Voraussetzungen für eine Erlaubniserteilung, insbesondere das Verbot der Mehrfachkonzessionen und die äußere Gestaltung der Spielhalle (s. LT-Drs. 16/17, S. 2 u.).
- 53 dd) Die weiteren Argumente der Antragstellerin sind rechtlich unerheblich. Die von der Antragstellerin für ihre Auffassung in Bezug genommene Äußerung der Landesdirektion T.2,

das geltende Recht sehe keine Reduzierung der Spielhallen für T.2 vor, lässt keine Rückschlüsse auf das Verständnis der Staatsvertragsparteien und des Landesgesetzgebers in Nordrhein-Westfalen zu. Gleiches gilt für die Begründung der Versagungsverfügung vom 13.11.2017. Überdies ist der Sachvortrag der Antragstellerin, der Beschaffungscharakter der Erlaubniserteilung mit dem Ziel der Verpflichtung zur Bereitstellung eines Glücksspielangebots sei daraus erkennbar, dass die Antragsgegnerin mit Versagungsverfügung vom 13.11.2017 bemängelt habe, dass das Konzept der Antragstellerin vorsah, Personen unter 21 Jahren den Zutritt nicht zu gestatten, unzutreffend. Dem Bescheid vom 13.11.2017 ist lediglich zu entnehmen, dass die Antragsgegnerin das vorgelegte Informationskonzept nach § 7 GlüStV betreffend Aufklärungspflichten als unzureichend erachtete und ausführte, es fehle an der Angabe konkreter Maßnahmen, wie die Antragstellerin das von ihr verfolgte Konzept bei der Gruppe der 18-21jährigen Personen umsetzen wolle.

- 54 2. Die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis ist des Weiteren kein Vertrag im Sinne des § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB.
- 55 a) Sowohl nach nationalem als auch dem unionsrechtlichen Verständnis setzt ein Vertrag voraus, dass die Parteien - hier der Konzessionsgeber und das Unternehmen - wechselseitig bindende und einklagbare Verpflichtungen eingehen.
- 56 Wie bereits ausgeführt, unterscheidet Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2014/23/EU zwischen der Erteilung von Genehmigungen und Lizenzen einerseits, die üblicherweise auf Antrag des Wirtschaftsteilnehmers erteilt werden und bei denen der Wirtschaftsteilnehmer das Recht hat, sich von der Erbringung der Leistungen zurückzuziehen, und Konzessionen andererseits. Im Gegensatz zu Genehmigungen und Lizenzen enthalten Konzessionen wechselseitig bindende Verpflichtungen, denen zufolge die Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen bestimmten Anforderungen entsprechen muss, die vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber festgesetzt werden und rechtlich durchsetzbar sind (Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2014/23/EU).
- 57 Diese Ausführungen greifen die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf (s. EuGH, Urteil v. 25.03.2010, C-451/08 - Müller, betr. Baukonzessionen). Hiernach sind öffentliche Aufträge (Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18/EU) entgeltliche Verträge (EuGH aaO, juris Rn. 45). Der entgeltliche Charakter des Vertrags impliziert, dass der öffentliche Auftraggeber, der einen öffentlichen Bauauftrag vergeben hat, gemäß diesem Auftrag eine Leistung gegen eine Gegenleistung erhält. Die Leistung besteht in der Erbringung der Bauleistungen, die der öffentliche Auftraggeber erhalten möchte (EuGH aaO, juris Rn. 48). Der Auftragnehmer muss direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Erbringung der Leistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, übernehmen, und es muss sich um eine

nach den im nationalen Recht geregelten Modalitäten einklagbare Verpflichtung handeln (EuGH aaO, juris Rn. 62, 63), wobei die Leistung die vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse zum Gegenstand haben muss (EuGH aaO, juris Rn. 69).

- 58 Das Merkmal einer einklagbaren Erfüllungsverpflichtung als notwendiger Bestandteil eines öffentlichen Auftrags entspricht auch der nationalen Rechtsprechung (s. BGH, Beschluss v. 01.02.2005, X ZB 27/04, juris Rn. 23; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 22.11.2006, VII-Verg 38/06, juris Rn. 18; s. auch Beschluss v. 28.03.2012, VII-Verg 37/11, juris Rn. 55; Beschluss v. 11.07.2018, juris Rn. 36 ff. mwN) und dem Verständnis in der Literatur (bezogen auf Konzessionen s. Dicks in: Kulartz / Kus / Portz / Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 105 GWB Rn. 4 ff. mwN; Burgi / Dreher, Beck’scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 105 GWB Rn. 40 mwN; Ganske in: Reidt / Stickler / Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 105 GWB Rn. 35 ff. 41 ff.; zum notwendigen Beschaffungscharakter s. Dicks in: Kulartz / Kus / Portz / Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 105 GWB Rn. 10 ff. mwN; Wollenschläger in Burgi / Dreher, Beck’scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 105 GWB Rn. 36 ff.; Ganske in: Reidt / Stickler / Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 105 GWB Rn. 26 ff. mwN; Wagner in Heiermann / Zeiss / Summa, jurisPK Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 105 GWB Rn. 59 ff. mwN, s. auch Rn. 68.1).
- 59 b) Die Erteilung der glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach §§ 24 GlüStV, 16 AG GlüStV NRW führt in ihrer von den Staatsvertragsparteien und dem Landesgesetzgeber gewählten Ausgestaltung nicht zu rechtlich durchsetzbaren, bindenden Verpflichtungen, denen zufolge die Erbringung einer Dienstleistung bestimmten Anforderungen entsprechen muss. Vielmehr beschränkt sich die Behörde bei der Erlaubniserteilung auf eine reine einseitige Gestattung für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit, die durch ordnungsrechtliche Anforderungen im Sinne der Suchtprävention näher eingeschränkt wird und aus deren Erbringung sich der Wirtschaftsteilnehmer von sich aus zurückziehen darf (OVG NRW, Beschluss v. 08.06.2017, 4 B 307/17, juris Rn. 77 ff.). So ist die Erlaubniserteilung zwar von verschiedenen Voraussetzungen abhängig, darunter der Erstellung eines Sozialkonzepts (§§ 6 GlüStV, 4 Abs. 1 Nr. 4 AG GlüStV). Die Verpflichtung des Spielhallenbetreibers, die Spielhalle entsprechend den Anforderungen der Behörde zu führen und beispielsweise die im Sozialkonzept vorgeschlagenen Aufklärungs-, Beratungs- und Vermittlungsleistungen im Zusammenhang mit der Suchtprävention und -hilfe zu erbringen, ist jedoch davon abhängig, dass der Erlaubnisnehmer von der Erlaubnis Gebrauch macht. Hierfür mag, wie die Antragstellerin geltend macht, ein starker wirtschaftlicher Anreiz bestehen, gleichwohl fehlt es einer rechtlich durchsetzbaren, einklagbaren Verpflichtung hierzu.
- 60 Der darüber hinaus von der Antragstellerin angeführte Umstand, dass es im Zuge der Ausdünnung des Spielhallenangebots infolge der Mindestabstandsregelungen zu Wettbewerb

zwischen Wirtschaftsteilnehmern kommen kann und die Behörde eine Auswahlentscheidung treffen muss, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Zwar ist die Auswahl unter den interessierten Wirtschaftsteilnehmern notwendiges Merkmal eines öffentlichen Auftrags (Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18/EU; EuGH, Urteil v. 02.06.2016, C-410/14 - Dr. Falk Pharma, juris Rn. 42; Urteil v. 01.03.2018, C-9/17 - Tirkonnen, juris Rn. 41). Dies rechtfertigt jedoch nicht den Umkehrschluss, dass in jedem Fall einer Auswahlentscheidung ein öffentlicher Auftrag oder eine Konzession vergeben wird.

II.

- 61 Es besteht keine Veranlassung, die Sache gemäß § 179 Abs. 2 GWB dem Bundesgerichtshof vorzulegen. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin besteht keine Divergenz zu der von ihr zitierten Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg (Beschluss v. 01.11.2017, 1 Verg 2/17).
- 62 Das Hanseatische OLG Hamburg beschränkt seine Ausführungen dazu, dass es sich bei der Erlaubnis zum Betrieb der Hamburger Spielbank um eine Konzession im Sinne von § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB handelt, ausdrücklich auf Spielbanken nach dem Recht des Landes Hamburg und verweist im Übrigen darauf, dass die Erwägungen des OVG NRW zur Erteilung einer Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle nach nordrhein-westfälischem Landesrecht, denen es sich nachfolgend anschließt, auf die Konzessionierung einer Spielbank nicht übertragbar sind, da Spielhallen und Spielbank sich nicht nur in der Art ihres Betriebs unterscheiden, sondern auch erheblich voneinander abweichenden Regelungen unterliegen (Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Beschluss v. 01. 11.2017, 1 Verg 2/17, juris Rn. 41).

III.

- 63 Entgegen der Auffassung der Antragstellerin bedarf es des Weiteren keines Vorabentscheidungsersuchens gemäß § 267 AEUV an den Europäischen Gerichtshof dazu, ob die Bestimmungen der Richtlinie 2014/23/EU so auszulegen sind, dass sie einer Verwaltungspraxis entgegenstehen, Konzessionen für die Errichtung und den Betrieb von Spielhallen ohne Konzessionsbekanntmachung, ohne zur Verfügung gestellte Konzessionsunterlagen und ohne Zuschlagsbekanntmachung zu vergeben.'
- 64 Die Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens kann gemäß Art. 267 AEUV geboten sein, wenn es um die Auslegung und Gültigkeit primären und sekundären Unionsrechts geht. Weitere Voraussetzung gemäß Art. 267 Abs. 2 AEUV ist, dass das nationale Gericht die zu stellende Frage für entscheidungserheblich hält, wobei diese Frage einer Einschätzungsprärogative des nationalen Gerichts unterliegt. Ausnahmen von der

Vorlagepflicht kommen in Betracht, wenn die Vorlagefrage vom EuGH bereits entschieden worden ist oder sich eine gesicherte Rechtsprechung des EuGH auch in anderen Verfahrensarten entwickelt hat. Nach der sog. „Acte clair“-Theorie ist darüber hinaus keine Pflicht zur Vorlage gegeben, wenn die richtige Anwendung des EU-Rechts derart offenkundig ist, dass für vernünftige Zweifel kein Raum mehr besteht (EuGH, Urteil v. 06.10.1982, C-283/81 - Cilfit, Rn. 12-16).

- 65 Entscheidungserheblich ist hier die Frage, ob es sich bei der glücksspielrechtlichen Erlaubniserteilung um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession im Sinne des § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB handelt und damit der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen eröffnet ist. Wird diese Frage verneint, fehlt die Befugnis der Vergabenachprüfungsinstanzen, über etwaige Rechtsverstöße innerhalb des Erlaubniserteilungsverfahrens zu befinden (s. auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 31.10.2018, VII-Verg 37/18; BA 23 ff.).
- 66 Hinsichtlich der Frage, nach welchen Kriterien das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession im Sinne des Art. 5 Nr. 1 der Richtlinie 2014/23/EU und damit des ihm nachgebildeten § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB zu beurteilen ist, geben die Erwägungsgründe der Richtlinie Auskunft, die die Rechtsprechung des EuGH, insbesondere in der Sache N. (Urteil v. 25.03.2010, C-451/08), aufgreifen und ausdrücklich auch auf Dienstleistungskonzessionen beziehen. Mithin bestehen im Sinne eines „acte clair“ keine Zweifel an der richtigen Anwendung des Unionsrechts.
- 67 Die in diesem Zusammenhang darüber hinaus vorzunehmende Auslegung des nationalen Rechts, so des GlüStV und des AG GlüStV NRW, obliegt dem nationalen Gericht.

IV.

- 68 Da es bereits an der Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags fehlt, bedarf es keiner Entscheidung, ob der Schwellenwert erreicht ist und die Antragstellerin ihre Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2 GWB hinreichend dargetan hat.

V.

- 69 Dem Akteneinsichtsgesuch der Antragstellerin vom 26.03.2018 ist nicht zu entsprechen. Die beantragte Akteneinsicht ist zur Durchsetzung der subjektiven Rechte der Antragstellerin nicht erforderlich (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 05.07.2018, VII-Verg 28/17 mwN). Sämtliche dem Senat vorliegenden Aktenbestandteile sind der Antragstellerin bekannt. Auf die Verfügung vom 30.07.2018 wird Bezug genommen.

- 70 Ebenso wenig ist auf Antrag der Antragstellerin vom 10.09.2018 der Verwaltungsvorgang beizuziehen, „der die Vergabe der streitgegenständlichen Konzession an die Beigeladene betrifft“. Entscheidungserheblich ist Frage, ob es sich bei der Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis gemäß § 24 GlüStV i.V.m. § 16 AG GlüStV um eine Dienstleistungskonzession gemäß § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB handelt und damit der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen eröffnet ist. Hierfür ist der die Erlaubniserteilung an die Beigeladene betreffende Verwaltungsvorgang ohne Belang.

VI.

- 71 Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 175 Abs. 2, 78 Satz 2, 1. Alt. Satz 1 GWB. Es entspricht der Billigkeit, dass die Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen zu tragen hat, weil diese sich durch eigenen inhaltlichen Vortrag und Antragstellung am Verfahren beteiligt hat (s. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 10.05.2012, VII-Verg 5/12, juris Rn. 7 f.).