BayObLG, Beschluss v. 16.10.2026 – Verg 5/26 e

Titel:

Vergabe von Festzelt-Standplätzen auf dem Münchener Oktoberfest 2026 keine Dienstleistungskonzession

Normenketten:

Konzessionsvergabe-RL Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1, Art. 5 Nr. 1 lit. b
GWB § 105 Abs. 1 Nr. 2
AEUV Art. 106 Abs. 2
KonzVgV § 14

Leitsätze:

1. Bei Zulassungsverträgen für Festzelt-Standplätze auf dem Münchener Oktoberfest 2026 handelt es sich nicht um entgeltliche Verträge, mit denen ein Konzessionsgeber Unternehmen mit der Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen betraut, und somit nicht um Dienstleistungskonzessionen im Sinne des § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB und Art. 5 Nr. 1 lit. b Konzessionsvergabe-RL. (Rn. 30) (redaktioneller Leitsatz)
2. Die Stadt München hat an der Dienstleistung, deren Ausführung in den Zulassungsverträgen iVm den Betriebsvorschriften geregelt ist, kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse. Weder wurde eine Betriebspflicht vereinbart noch ergibt sich ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Stadt München aus sonstigen Umständen. Es fehlt deshalb am erforderlichen Beschaffungsbezug. (Rn. 30) (redaktioneller Leitsatz)
3. Der für die Annahme einer Dienstleistungskonzession erforderliche Beschaffungsbezug setzt zwar nicht die Übertragung einer dem öffentlichen Auftraggeber obliegenden Aufgabe voraus, aber einen spezifischen Bezug zu einer – unter Umständen freiwillig übernommenen Aufgabe – des öffentlichen Auftraggebers. Die Dienstleistung muss einen solchen Bezug zu einer Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers haben, dass deren Erbringung für ihn von unmittelbarem wirtschaftlichem Interesse ist. (Rn. 48) (redaktioneller Leitsatz)
4. Die Gestaltung der Zulassungsverträge, die keine Betriebspflicht der Festzeltbetreiber regeln, ist eine zulässige Vertragsgestaltung und keine Umgehung, da sich weder aus den Verträgen noch aus den sonstigen Umständen ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Stadt München an der Dienstleistung ableiten lässt. (Rn. 122 – 128) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Dienstleistungskonzession, Beschaffungsbezug, Betriebspflicht, öffentliche Einrichtung, Vergaberechtsweg, Umgehungsverbot, Vergabe, Erbringung der Dienstleistung, unmittelbares wirtschaftliches Interesse, Münchener Oktoberfest 2026, Festzelt-Standplätze, Zulassungsverträge, Nichtvereinbarung einer Betriebspflicht

Vorinstanzen:

BayObLG, Beschluss vom 18.06.2026 – Verg 5/26 e
Vergabekammer München, Beschluss vom 21.05.2026 – 3194.Z3-3_01-26-21

Tenor

I. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 21. Mai 2026, Az. 3194.Z3-3_01-26-21, wird zurückgewiesen.

II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie des Verfahrens auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.

Bei der Kostenentscheidung der Vergabekammer hat es sein Bewenden.

III. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf bis zu 1.000.000,00 € festgesetzt.

Gründe

I.

1
Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist die Zuteilung bzw. Vergabe von zwei Standplätzen für Brauereien bzw. sonstige gastronomische Großbetriebe auf dem Oktoberfest 2026, die nicht nach dem 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) erfolgte, sondern auf der Grundlage des vom Stadtrat beschlossenen Bewertungssystems.

2
Nach dem Leitfaden für die Bewerbung für das Oktoberfest 2026 (Anlage BF 7) gibt es 13 Bewertungskriterien, die auszugsweise wie folgt lauten:

Nr. 1 Vertragserfüllung

Hier wird bewertet, wie die Bewerber*in ihre vertraglichen Verpflichtungen erfüllt. Maßgeblich sind hier unter anderem die Zahl der Oktoberfest- und / oder Oide Wiesn – Zulassungen ohne Beanstandungen und die Einhaltung der Betriebsvorschriften.

…

Nr. 4 Durchführung

Hier wird bewertet, wie und mit welchem Engagement die Bewerber*in ihr Geschäft betreibt und für eine ordnungsgemäße Abwicklung sorgt, insb. auf dem Oktoberfest (z. B. Erreichbarkeit, Rückmeldungen zu den Tests der Beschallungsanlage, Rekommandieren, Erscheinungsbild Betreiber u. Personal, Gewährleisten von Sauberkeit und Sicherheit des Geschäfts, Fahrpausen, Fahrdauer, Umgang mit Unfällen; Beiträge des Bewerbers zu Verbraucher-, Familien- und Behindertenfreundlichkeit (gemäß DIN 18040 (Barrierefreiheit) etc.).

Nachweis kann eine kurze Beschreibung (auch Stichpunkte) sein, in der die Bewerber*in darstellt wie sie sich von Mitbewerber*innen unterscheidet. Als Belege können Fotos, Rechnungen, Skizzen oder ähnliches vorgelegt werden. Unter anderem kann hier auch die Preisgestaltung berücksichtigt werden.

Hinweis: Das Referat für Arbeit und Wirtschaft bewertet hier auch eigene Erkenntnisse über den Umgang mit Unfällen, die persönliche Anwesenheit, die Gewährleistung der Sauberkeit des Geschäfts usw.

3
Für das vom 19. September bis zum 4. Oktober 2026 stattfindende Oktoberfest, das die Antragsgegnerin veranstaltet, wurden 14 gastronomische Großbetriebe (unterteilt in sieben Brauereizelte, zwei Schützenzelte und fünf sonstige gastronomische Großbetriebe) zugelassen.

4
Mit den ausgewählten Bewerbern schließt die Antragsgegnerin Verträge ab, in denen ihre Vertragspartner, bei denen es sich entweder um eine Brauerei (Anlage BF 3) oder um einen gastronomischen Großbetrieb (Anlage BF 4) handelt, als „Vertragsnehmer“ bezeichnet werden. Beide Musterverträge enthalten jeweils auszugsweise folgende Regelungen:

„§ 2

Platzgeld/ Umsatzpacht

2.1. Die Vertragsnehmer*in zahlt an die Stadt für die Zeit vom 19.09.-04.10.2026 eine Umsatzpacht, mindestens aber die Mindestpacht.“

…

2.3. Die Vertragsnehmer*in zahlt an die Stadt eine Umsatzpacht von 7,8% der während der Zeit vom 19.09.-04.10.2026 auf dem Platz getätigten Umsätze zzgl. der gesetzl. MwSt., mindestens jedoch die nach Ziff. 2.2. geschuldete Mindestpacht.

§ 7

Betriebsvorschriften

Für den Betrieb des Wirtschaftszeltes gelten die Betriebsvorschriften (Betr.V) für das Oktoberfest 2026 und der Veranstaltungsbescheid des Kreisverwaltungsreferates sowie das Sicherheitskonzept für das Oktoberfest, und zwar insoweit, als sie auf den vorliegenden Vertrag anwendbar sind und in diesem nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist. Sie bilden einen wesentlichen Bestandteil dieses Vertrages und werden von der Vertragsnehmer*in bzw. Festwirt*in in allen Teilen ausdrücklich anerkannt. Den Anweisungen der Veranstalterin ist, im Falle von Gefahr im Verzug, zum Schutz von Leib und Leben, unverzüglich Folge zu leisten. Die Stadt ist berechtigt wegen jeder Zuwiderhandlung gegen die Betriebsvorschriften sowie gegen sonstige Bestimmungen in Verträgen zwischen Stadt und Festbezieher*innen eine Vertragsstrafe in Höhe eines von der Stadt nach billigem Ermessen festzusetzenden Betrages zu verlangen (§ 315BGB). Auf § 72 der Betriebsvorschriften wird verwiesen.

5
Die Betriebsvorschriften für das Oktoberfest 2026 (Anlage BF 5) enthalten auszugsweise insbesondere folgende Regelungen:

„§ 1 Öffnungszeiten / Ausschankzeiten / Musikzeiten

Das Oktoberfest 2026 beginnt am 19. September – 12 Uhr mittags – und endet am 4. Oktober mit dem Betriebsende. Eine Gewähr dafür, dass das Fest tatsächlich stattfindet, wird nicht übernommen und jede Verbindlichkeit wegen einer Sperrung der Zugänge, wegen eines etwaigen Ausfalles, einer Verkürzung oder Verlegung abgelehnt.“

A) gastronomische Großbetriebe (Festhallen):

	Öffnungszeiten	Ausschankzeiten	Musikzeiten
Eröffnungstag	09.00 Uhr – 23.30 Uhr	12.00 Uhr – 22.30 Uhr	12.00 Uhr – 22.30 Uhr
Werktage	10.00 Uhr – 23.30 Uhr	10.00 Uhr – 22.30 Uhr	11.00 Uhr – 22.30 Uhr
Samstag, Sonnund Feiertag	09.00 Uhr – 23.30 Uhr	09.00 Uhr – 22.30 Uhr	11.00 Uhr – 22.30 Uhr

B) …

§ 12 Beendigung des Aufbaues

Hochfahrgeschäfte, Riesenräder, Wasserbahnen, Geisterbahnen, Sonstige Fahrgeschäfte und Rundfahrgeschäfte müssen bis Dienstagabend vor Festbeginn betriebsfertig aufgestellt sein. Alle weiteren Geschäfte müssen bis Donnerstagabend vor Festbeginn betriebsfertig aufgestellt sein.

Begründete Verzögerungen beim Aufbau sind rechtzeitig beim TÜV Süd zu melden.

Bei Nichteinhaltung des Aufbautermins muss damit gerechnet werden, dass das Geschäft nicht mehr abgenommen wird und infolgedessen bei Beginn des Festes den Betrieb nicht aufnehmen darf. Das Referat für Arbeit und Wirtschaft wird vom TÜV Süd über die Nichteinhaltung des Aufbautermins unterrichtet. Bei der Entscheidung über die künftige Zulassung kann die unbegründete Nichteinhaltung des Aufbautermins eine ausschlaggebende Rolle spielen.

§ 26 Allgemeines / Anwesenheitspflicht/Gewerbepapiere

An den Tagen, an denen die Festbezieher*innen eine Warenlieferung erwarten, müssen sie oder eine bevollmächtigte Person ab 7 Uhr (Hinweis: Lieferzeitenende ist Montag bis Freitag 9.30 Uhr und Samstag, Sonntag und am Feiertag 8.30 Uhr) am Geschäft anwesend sein, um die Waren zügig entgegenzunehmen. Eine Warenlieferung mit motorisierten Fahrzeugen ist während der Betriebszeit der Veranstaltung nicht möglich. …

§ 33 Beanstandungen

Sollten Tatsachen vorliegen oder während der Veranstaltung bekannt werden, welche die Annahme rechtfertigen, dass ein Gewerbetreibender oder die mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragte Person die für den Betrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht mehr besitzt (insbesondere bei Verstoß gegen Vorschriften des Lebensmittel- und Hygienerechts, der Oktoberfestverordnung, der Betriebsvorschriften oder gegen im Rahmen der Veranstaltung erteilte Auflagen), muss der Gewerbetreibende damit rechnen, dass er vom Festplatz verwiesen und künftig nicht mehr zugelassen wird.

Festbezieher*innen, die durch ungerechtfertigtes Preisgebaren den Ruf des Festes schädigen, werden unbeschadet der öffentlichen beziehungsweise strafrechtlichen Würdigung – vom Referat für Arbeit und

Wirtschaft, Festleitung, erfasst. Die Zulassung von Personen, die in dieser Hinsicht schwerwiegend oder zum wiederholten Male beanstandet werden mussten, kann nicht mehr erfolgen.

Inhaber*innen von Lebensmittelbetrieben, deren Waren lebensmittelaufsichtlich mehrfach beanstandet werden, werden vom Bezug der Veranstaltung mindestens für ein Jahr ausgeschlossen. Bei wiederholter schwerwiegender Beanstandung oder bei besonders schwerwiegender einmaliger Beanstandung erfolgt dauernder Ausschluss von der Veranstaltung. Das gleiche gilt, wenn anlässlich von Probekäufen bei belegten Broten eine im Verhältnis zum Preis mangelhafte Einlage festgestellt wird.

§ 34 Vorzeitige Schließung

Geschäfte, die vor der allgemeinen offiziellen Schlussstunde aus triftigen Gründen schließen, sind verpflichtet, ausreichende Beleuchtung bis zur Schlussstunde beizubehalten. …

§ 51 Bierausschank

Bier darf nur mit vertraglicher Genehmigung und mit gaststättenrechtlicher Gestattung ausgeschenkt werden. Sofern eine Getränkeschankanlage verwendet wird, sind die hygienischen beziehungsweise technischen Vorschriften einzuhalten (vgl. § 49).

Das Oktoberfest ist das traditionelle Münchner Volksfest mit Münchner Gastlichkeit und Münchner Bier. Diese Tradition gilt es weiter zu wahren.

An Besucher*innen darf deshalb nur Münchner Bier der leistungsfähigen und bewährten Münchner Traditionsbrauereien (das sind derzeit: Augustinerbrauerei, Hacker-Pschorr-Brauerei, Löwenbrauerei, Paulanerbrauerei, Spatenbrauerei und Staatliches Hofbräuhaus), das dem Münchner Reinheitsgebot von 1487 und dem Deutschen Reinheitsgebot von 1906 entspricht, ausgeschenkt werden.

Das Festbier darf nur in Maßkrügen (1,0 l Gefäßen) und das Weißbier in 0,5 l Gefäßen (Weißbierglas) ausgeschenkt werden. …

§ 55 Schankmaß …

Die Festwirt*innen sind verantwortlich, dass ihre Schenkkellner*innen den Gästen das volle Schankmaß geben. Schenkkellner*innen, die wiederholt wegen schlechten Einschenkens beanstandet werden, dürfen während des Festes nicht mehr als Schenkkellner*innen eingesetzt werden, wenn dies von der Stadt angeordnet wird. Das Kreisverwaltungsreferat ist berechtigt, jederzeit entsprechende Einschankkontrollen durchzuführen.

Im Wiederholungsfall haben auch die Festbezieher*innen beziehungsweise die Wirtschaftspächter*innen damit zu rechnen, künftig nicht mehr als Festwirt*in zugelassen zu werden. …

§ 63 Reservierungen

Es gelten folgende Reservierungsbedingungen für gastronomische Betriebe mit Sitzplätzen:

(1) Grenzen für die Mindestverzehrhöhe (für Speisen einschließlich Getränke):

a) Festhallen (gastronomische Großbetriebe): alle Betriebe (mit Ausnahme Käfer, Weinzelt und Oide Wiesn Betriebe):

→ im Mittelschiff: 2 Maß Bier + ½ Hendl

→ in den Boxen und auf den Galerien: 2 Maß Bier + ½ Hendl + 18 Euro Verzehrgutschein

b) …

(2) Nebenkosten:

…

(3) Errichtung eines Onlineportals:

Der Festbetrieb (oder auch die jeweilige Vereinigung) hat ein Onlineportal einzurichten, auf dem Reservierungsgäste ihre Reservierung tauschen oder käuflich gegen die Konditionen der Ursprungsreservierung zur Verfügung stellen können (Übernahme der Ursprungsreservierung). …

(4) Einlösbarkeit von Gutscheinen

Die Mindestabnahmegutscheine, die in Zusammenhang mit Reservierungen erworben werden, müssen ihre Gültigkeit für die gesamte Dauer der Veranstaltung behalten. Die Festwirte müssen zusätzlich die Möglichkeit bieten, die nicht verbrauchten Gutscheine noch innerhalb einer angemessenen Frist, mindestens jedoch jeweils bis 31.10. in ihrem Lokal vollständig einzulösen oder den vollen Gutscheinbetrag zurückzuerstatten.

§ 72

Verstöße gegen die Betriebsvorschriften ziehen je nach Schwere des Falles Verwarnung, Sperre des Geschäftsbetriebes, Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes durch die Stadt auf Kosten der Festbezieher*innen, Wegweisung vom Platz sowie unter Umständen Strafanzeige nach sich.

Die Stadt ist berechtigt, neben den in vorstehendem Abs. 1 vorgesehenen Maßnahmen wegen jeder Zuwiderhandlung gegen die Betriebsvorschriften sowie gegen sonstige Bestimmungen in Verträgen zwischen Stadt und Festbeziehern eine Vertragsstrafe in Höhe eines von der Stadt nach billigem Ermessen festzusetzenden Betrages zu verlangen (§ 315BGB).

…

§ 74

…

Bei Verstößen gegen gesetzliche Bestimmungen, insbesondere gaststätten- oder gewerberechtlicher Art oder bei Vorliegen beziehungsweise bekannt werden von Gründen, aus denen sich die Unzuverlässigkeit eines Festbeziehers ergibt, kann je nach Schwere des Falls eine Verwarnung, zeitweise Schließung des Geschäftsbetriebes und (auch künftiger, dauernder) Ausschluss vom Oktoberfest erfolgen. Schadensersatzansprüche bleiben vorbehalten.

6
Die Betriebsvorschriften für das Oktoberfest 2026 waren Gegenstand der Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Wirtschaft am 28. April 2026 und der Stadtratssitzung vom 11. Mai 2026. Insoweit wird auf die Anlagen BF 5 und BF 10 Bezug genommen.

7
Die Antragstellerin betreibt einen gastronomischen Betrieb in München. Ende 2025 hat sie sich für das Oktoberfest 2026 als Festzeltbetreiberin auf zwei Standplätze beworben, den Standplatz des Paulaner Festzelts sowie des Festzelts Pschorr „Bräurosl“. Im Begleitschreiben vom 29. Dezember 2025 hat sie ausgeführt, der Betrieb der großen Festzelte sei eine europaweit auszuschreibende Dienstleistungskonzession, sie habe eine europaweite Ausschreibung aber nicht finden können und bewerbe sich daher „auf diesem Wege“. Vor der Entscheidung über die Zuteilung der Standplätze auf dem Oktoberfest 2026 hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 26. März 2026 gegenüber der Antragsgegnerin gerügt, dass die Zulassungsverträge für die Brauereifesthallen wie auch für die sonstigen gastronomischen Großbetriebe für das Oktoberfest 2026 unter Beachtung der Vorschriften der §§ 97 ff. GWB und der Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) europaweit ausgeschrieben werden müssten. Bei der Vergabe von Standplätzen auf dem Münchner Oktoberfest zum Betrieb der Festhallen und sonstiger gastronomischer Großbetriebe auf dem Oktoberfest handle es sich um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession nach § 105 Abs. 1 Nr. 2GWB. Grundlage der Vergabe sei der Abschluss eines Zulassungsvertrags, der die Rechte und Pflichten des jeweiligen Betreibers regle. Mit dem Zulassungsvertrag werde dem ausgewählten Bewerber eine Leistung – der Betrieb einer Festhalle – und damit ein Ausschnitt einer öffentlichen Aufgabe zur eigenverantwortlichen Erledigung übertragen. Bei der Veranstaltung eines Volksfests handle es sich um eine zum eigenen Wirkungskreis gehörende freiwillige Aufgabe der Gemeinde. Der Bewerber um einen Standplatz auf dem Münchner Oktoberfest zum Betrieb einer der Festhallen erhalte im Falle des Zuschlags das ausschließliche Recht zum Anbieten von Speisen, Getränken, Waren und Vergnügungen auf diesem Standplatz und refinanziere sich über die Einnahmen aus deren Vermarktung. Er habe die damit zusammenhängenden wirtschaftlichen Risiken zu tragen. Der bei dem Betrieb der großen Festhallen zu erzielende Umsatz liege deutlich über dem für Konzessionen geltenden Schwellenwert.

8
Nach Zurückweisung dieser Rüge am 2. April 2026 hat die Antragstellerin am 16. April 2026 einen Nachprüfungsantrag gestellt. Gegenstand dieses Antrags seien die Zulassungsverträge für das Oktoberfest 2026 für die Standplätze mit den Bezeichnungen „Paulaner Festzelt“ und „Schottenhamel-Festhalle“. An dem Standort „Pschorrbräu-Festhalle“ sei die Antragstellerin nicht mehr interessiert, stattdessen habe sie Interesse an dem wirtschaftlich lukrativeren Standort der „Schottenhamel-Festhalle“. Sie ist der Ansicht, der Vergaberechtsweg sei eröffnet. Die Vergabekammer Südbayern sei zuständig, obwohl streitig sei, ob Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens eine Konzession im Sinne des § 105GWB sei. Ihr Nachprüfungsantrag sei auch ansonsten zulässig und begründet. Denn die verfahrensgegenständlichen Zulassungsverträge unterlägen als Dienstleistungskonzession nach § 105 Abs. 1 Nr. 2GWB dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts nach §§ 97 ff. GWB. In der Definition der Dienstleistungskonzession in § 105 Abs. 1 Nr. 2GWB, Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU werde verlangt, dass der Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betraut werde. Dies sei bei der gebotenen wertenden Gesamtbetrachtung vorliegend anzunehmen. Die Antragsgegnerin nehme die Veranstaltung des Oktoberfests als eigene Aufgabe wahr, der sie nicht nachkäme, wenn sie nicht gewährleisten würde, dass der Betrieb der großen Festhallen, die das Oktoberfest charakterisierten, sichergestellt sei. Der Betrieb der großen Festhallen sei durch umfassende verbindliche Vorgaben reguliert und sei funktional, wirtschaftlich, organisatorisch und symbolisch in die von der Antragsgegnerin verantwortete Gesamtveranstaltung eingebunden. Die Umsatzpacht begründe ein eigenes wirtschaftliches Interesse der Antragsgegnerin am Betrieb der Festzelte. Der Einordnung als Konzession stehe nicht entgegen, dass die Festwirte die Festhallen eigenwirtschaftlich und in eigener Verantwortung betrieben. Ergänzend hat die Antragstellerin auf ein Rechtsgutachten von Prof. Dr. X Bezug genommen.

9
Die Antragstellerin hat beantragt,

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, die Zulassungsverträge für die Standorte „Paulaner-Festzelt“ und „Schottenhamel-Festhalle“ für das Oktoberfest 2026 ohne Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben aus §§ 97 ff. GWB abzuschließen.

2. Falls die Antragsgegnerin die streitgegenständlichen Verträge weiterhin abschließen will, hat sie dabei die Rechtsauffassung der Vergabekammer zu beachten.

10
Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise zurückzuweisen.

11
Die Beigeladene zu 1) hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

12
Die Beigeladene zu 2) hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen.

13
Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, der Nachprüfungsantrag sei schon deshalb unzulässig, weil für die von der Antragstellerin zur Überprüfung gestellte Zuteilung der Standplätze auf dem Oktoberfest der Vergaberechtsweg nicht eröffnet sei. Die Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession im Sinne des § 105 Abs. 1 Nr. 2GWB lägen nicht vor. Bei den mit den ausgewählten Bewerbern abzuschließenden Pachtverträgen über die Nutzung eines Standplatzes auf dem Oktoberfest handle es sich nicht um „entgeltliche Verträge“ im Sinne des Vergaberechts. Konstitutives Tatbestandsmerkmal einer Dienstleistungskonzession sei eine einklagbare (Hauptleistungs-)Verpflichtung. Sie, die Antragsgegnerin, beabsichtige nicht, zugelassene Bewerber auch vertraglich zu verpflichten, die ihnen zugeteilten Standplätze zu nutzen. Den Vertragsentwürfen in Verbindung mit den Betriebsvorschriften sei eine Betriebspflicht nicht, auch nicht konkludent, zu entnehmen. Eine starke Eigenmotivation der Festbezieher, vor allem der Festwirte, für den Betrieb sei nicht mit einer durch die Antragsgegnerin auferlegten,

einklagbaren Betriebspflicht gleichzusetzen. Darüber hinaus liege in der Zuteilung von Standplätzen auf dem Oktoberfest auch kein Beschaffungsvorgang, weil jedenfalls der Betrieb der Festhallen keine öffentliche Aufgabe der Antragsgegnerin sei. Sie beschränke sich auf die Organisation und Ausrichtung des Oktoberfests (als Ganzes), die Zuteilung der knappen Standplätze und die Ordnung des Nutzungsrahmens. Der Betrieb der Festzelte und der sonstigen Geschäfte auf dem Oktoberfest obliege dagegen den erfolgreichen Bewerbern in eigener Zuständigkeit. Zudem fehle es der Antragstellerin an der gemäß § 160 Abs. 2GWB erforderlichen Antragsbefugnis, weil ihr im Rahmen des geschilderten Auswahlverfahrens unter keinem denkbaren Gesichtspunkt ein Schaden entstanden sein könne bzw. zu entstehen drohe. Die Antragstellerin sei über die Ausschreibung der Standplätze auf dem Oktoberfest 2026 informiert und nicht gehindert gewesen, sich hieran zu beteiligen; darüber hinausreichende Vorteile einer europaweiten Ausschreibung habe sie nicht dargetan. Für den Standplatz des Paulaner Festzelts komme sie schon deshalb nicht in Frage, weil die Festhallen den leistungsfähigen und bewährten Münchner Traditionsbrauereien vorbehalten seien. Außerdem sei das Vorbringen der Antragstellerin präkludiert; § 160 Abs. 3 Satz 2GWB sei auf die vorliegende Konstellation nicht entsprechend anwendbar. Da die Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession im Sinne des § 105 Abs. 1 Nr. 2GWB nicht vorlägen, sei der Nachprüfungsantrag jedenfalls unbegründet.

14
Die Beigeladenen haben sich der Argumentation der Antragsgegnerin angeschlossen.

15
Die Beigeladene zu 1) führt insbesondere aus, die Möglichkeit zum Festhallenbetrieb sei keine öffentliche Aufgabe, die für die Antragsgegnerin erbracht werde. Diese sei als Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts keine Leistungsempfängerin der Festhallenbetreiber. Nutzer des Oktoberfests und Leistungsempfänger der Festhallenbetreiber seien die Münchner Gemeindeangehörigen sowie die ebenfalls von der erweiterten kommunalrechtlichen Widmung umfassten anderen Gäste aus Bayern, Deutschland und der Welt. Die Festhallenbetreiber unterstützten die Antragsgegnerin zudem auch nicht mittelbar bei der Erfüllung der ihr obliegenden öffentlichen Aufgaben. Es sei zwischen der Einrichtung der Veranstaltung als solcher und der Nutzung der Standplätze zum Aufbau und Betrieb der Festhallen zu unterscheiden. Die Antragstellerin äußere sich nicht dazu, in welchem Verhältnis die – in der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichts München stets bejahte – Einordnung des Münchner Oktoberfests als öffentliche Einrichtung im Sinne von Art. 21GO zu vermeintlichen Dienstleistungskonzessionen nach § 105 Abs. 1 Nr. 2GWB im Hinblick auf die einzelnen Festhallenplätze stehe. Es wäre widersinnig, die Betreiber von Festhallen kommunalrechtlich als Berechtigte der öffentlichen Einrichtung zu qualifizieren, sie aber gleichzeitig vergaberechtlich für die Erbringung der (Dienst)Leistung als verpflichtet anzusehen. Der Nachprüfungsantrag diene allein der Verfahrensbehinderung.

16
Auch die Beigeladene zu 2) ist der Ansicht, der Nachprüfungsantrag sei unstatthaft, weil der Vergaberechtsweg nicht eröffnet sei. Die Antragsgegnerin beabsichtigte nicht, eine Dienstleistungskonzession gemäß § 105 Abs. 1 Nr. 2GWB zu vergeben. Konstitutives Merkmal einer jeden Dienstleistungskonzession sei ein entgeltlicher Vertrag zwischen dem Konzessionsgeber und dem Konzessionsnehmer. Eine Konzession setze zwingend eine einklagbare Hauptleistungspflicht zur Erbringung einer Bau- oder Dienstleistung voraus. Daran fehle es vorliegend; die Antragsgegnerin habe sich – wie vorgetragen – bewusst gegen eine Betriebspflicht entschieden. Sie beschaffe durch die Zuteilung der Standplätze auch keine Dienstleistungen, die ihr zugutekämen. Ein Beschaffungsbezug, der notwendiges Merkmal einer Dienstleistungskonzession sei, sei nur dann anzunehmen, wenn die gegenständliche Leistung im unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des öffentlichen Auftraggebers ausgeführt werde und ihm unmittelbar wirtschaftlich zugutekomme. Abgesehen davon sei der Nachprüfungsantrag auch aus anderen Rechtsgründen unzulässig. Vor allem mangele es der Antragstellerin – unterstellt, der Rechtsweg zur Vergabekammer sei gegeben – an der Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2GWB. Schließlich habe die Antragstellerin – unterstellt, das Vergaberecht sei anwendbar – ihre Rügeobliegenheit gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1GWB missachtet, die bei erkannten (drohenden) De-facto-Vergaben bestehe.

17
Mit Beschluss vom 21. Mai 2026, der der Antragstellerin am selben Tag zugestellt worden ist, hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag als unzulässig verworfen. Das vergaberechtliche

Nachprüfungsverfahren sei nicht eröffnet. Es bestünden allerdings keine Zweifel an der Antragsbefugnis der Antragstellerin. Ein drohender Schaden im Sinne von § 160 Abs. 2 Satz 2GWB sei bereits dargetan, wenn der Vortrag des Antragstellers ergebe, dass er im Fall eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte als in dem beanstandeten Verfahren. Dies liege hier auf der Hand. Die Auswahlkriterien begünstigten seit langem auf dem Oktoberfest tätige Betriebe und benachteiligten Unternehmen wie die Antragstellerin, die dort erstmals einen gastronomischen Großbetrieb betreiben wollten. Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags stehe auch keine Rügepräklusion nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1GWB entgegen, wobei offenbleiben könne, ob überhaupt eine Rügeobliegenheit bestehe. Die streitgegenständliche Zulassung der gastronomischen Großbetriebe stelle zumindest unter Geltung der für das Oktoberfest 2026 vorgesehenen Zulassungsverträge keine Vergabe einer Dienstleistungskonzession nach § 105 Abs. 1 Nr. 2GWB dar. Für die Dienstleistungskonzession sei maßgeblich, dass die öffentliche Hand einem Konzessionär eine im Rahmen der Daseinsvorsorge bestehende Dienstleistung zur eigenverantwortlichen Durchführung übertrage. In der Definition der Dienstleistungskonzession in § 105 Abs. 1 Nr. 2GWB, Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) der RL 2014/23/EU werde verlangt, dass der Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betraut werde. Diese europarechtliche Regelung sei autonom, d. h. unabhängig von nationalen Rechtsbegriffen auszulegen. Eine Dienstleistungskonzession sei nicht allein deshalb ausgeschlossen, weil die Zulassung zum Oktoberfest in der Vergangenheit in Form einer Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung nach Art. 21GO erfolgt sei und die Festhallenbetreiber als Benutzer der öffentlichen Einrichtung „Oktoberfest“ angesehen worden seien. Ein Bewerber für einen gastronomischen Großbetrieb auf dem Oktoberfest erhalte im Falle der Auswahl durch die Antragsgegnerin das ausschließliche Recht zum Anbieten von Speisen, Getränken, Waren und Vergnügungen auf diesem Standplatz, refinanziere sich über die Einnahmen aus deren Vermarktung und habe die damit zusammenhängenden wirtschaftlichen Risiken zu tragen. Dass angesichts der Attraktivität des Oktoberfests kein nennenswertes unternehmerisches Risiko bestehe, sei unerheblich. Als weitere Voraussetzung sei in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Vergabe einer Dienstleistungskonzession i. S. v. § 105 Abs. 1 Nr. 2GWB wie bei allen öffentlichen Aufträgen zwingend einen Beschaffungsvorgang voraussetze. Dafür müsse die Leistung, die Gegenstand des Auftrags sei, im unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des öffentlichen Auftraggebers ausgeführt werden und ihm unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen (EuGH, Urt. v. 25. März 2010, C-451/08). Ein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang könne auch dann vorliegen, wenn die Gegenleistung dem öffentlichen Auftraggeber zwar nicht unmittelbar zufließe, diese ihn jedoch bei der Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben, etwa der Daseinsvorsorge, unterstütze (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Januar 2019, VII-Verg 22/18; OLG München, Beschluss vom 19. Januar 2012, Verg 17/11; Beschluss vom 15. März 2011, Verg 4/11). Ein Beschaffungsinteresse der Antragsgegnerin liege vor. Das Veranstalten des Oktoberfests sei eine zum eigenen Wirkungskreis gehörende freiwillige Aufgabe der Antragsgegnerin nach Art. 57 Abs. 1 Satz 1GO. Diese Aufgabe umfasse auch die Organisation, die Regelung und die Sicherstellung des Betriebs der streitgegenständlichen Festhallen. Ohne diese könne das Oktoberfest in seiner bekannten und von der Antragsgegnerin gewollten und geregelten Form nicht durchgeführt werden. Der Festzeltbetrieb sei wesentlicher Bestandteil des von der Antragsgegnerin verantworteten Veranstaltungskonzepts und werde von dieser durch umfassende verbindliche Vorgaben reguliert. Der Betrieb der großen Festhallen diene nicht allein privaten Erwerbszwecken der Betreiber, sondern auch der Umsetzung des von der Antragsgegnerin verantworteten Veranstaltungsangebots an die Allgemeinheit. Der Betrieb der großen Festhallen auf dem Oktoberfest sei nach den Regelungen der Antragsgegnerin nicht lediglich eine austauschbare private Gastronomienutzung auf städtischem Grund. Er sei funktional, wirtschaftlich und organisatorisch in die von der Antragsgegnerin verantwortete Gesamtveranstaltung eingebunden. Die Festhallen prägten das Erscheinungsbild, die Besucherlenkung, die Aufenthaltsqualität, die wirtschaftliche Tragfähigkeit und die öffentliche Wahrnehmung des Oktoberfests in einer Weise, die über eine schlichte Flächenüberlassung deutlich hinausgehe. Die Antragsgegnerin habe ein erhebliches Interesse daran, dass der Betrieb der Festzelte nach ihren – detaillierten – Regelungen ablaufe. Es gehe der Antragsgegnerin als Veranstalterin des Oktoberfestes nicht nur um den Abschluss eines bloßen Pachtvertrags und die Vereinnahmungen eines Pachtzinses, sondern in erster Linie um die Sicherstellung des traditionellen Volksfestcharakters des Oktoberfests. Dass die Antragsgegnerin keine Rechtspflicht treffe, das Oktoberfest zu veranstalten, sei für eine mögliche Einstufung als Dienstleistungskonzession nicht entscheidend. Dennoch würden mit den Zulassungsverträgen für die Brauereifesthallen und die gastronomischen Großbetriebe für das Oktoberfest 2026 keine Dienstleistungskonzessionen dadurch vergeben, dass den jeweiligen Festwirten und Betreibern ein Ausschnitt aus der öffentlichen Aufgabe der

Antragsgegnerin zur Ausrichtung des Oktoberfests zur eigenverantwortlichen Erledigung übertragen würde. Die Antragsgegnerin habe die Vertragsentwürfe für die Zulassung zum Oktoberfest 2026 und die Betriebsvorschriften so gestaltet, dass sie gegenüber den Festwirten keinen durchsetzbaren und gegebenenfalls gerichtlich einklagbaren Anspruch auf das Betreiben der gastronomischen Großbetriebe während der Öffnungszeiten des Oktoberfests habe. Auch für Dienstleistungskonzessionen nach § 105 Abs. 1 Nr. 2GWB gelte, dass ein entgeltlicher Vertrag nur dann vorliege, wenn sich der Auftragnehmer verpflichte, die vertragsgegenständliche Leistung gegen eine Gegenleistung zu erbringen. Der Gerichtshof der Europäischen Union habe vor Inkrafttreten der RL 2014/23/EU zu öffentlichen Baukonzessionen entschieden, dass ein entgeltlicher Vertrag nur dann vorliege, wenn sich der Auftragnehmer verpflichte, die vertragsgegenständliche Leistung gegen eine Gegenleistung zu erbringen (EuGH, Urt. v. 25. März 2010, C-451/08 – Helmut Müller). Weder durch die Zulassungsverträge noch durch die Betriebsvorschriften für das Oktoberfest 2026 werde ein einklagbarer Anspruch der Antragsgegnerin begründet. Auch wenn dies aufgrund der Lukrativität der Festhallen und des drohenden Reputationsverlusts der Brauereien und Festwirte ein theoretisches Szenario sein dürfte, wären die von der Antragsgegnerin ausgewählten Betreiber der gastronomischen Großbetriebe nach den Vertragsentwürfen für das Jahr 2026 berechtigt, die Festhallen entweder gar nicht oder nur zu wirtschaftlich besonders lukrativen Zeiten innerhalb der allgemeinen Öffnungszeiten zu betreiben. Der Antragsgegnerin stünde in diesem Fall lediglich entweder die vereinbarte Mindestpacht oder eine entsprechende Umsatzpacht aus den betriebenen Zeiträumen zu. Eine für die Antragsgegnerin einklagbare Verpflichtung dahingehend, dass die Festwirte und Brauereien die gastronomischen Großbetriebe während der gesamten Öffnungszeiten nach den Vorgaben der Antragsgegnerin betreiben müssten, ergebe sich nach der gebotenen Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont eines verständigen Bieters aus den aktuellen Vertragsentwürfen und Betriebsvorschriften nicht, insbesondere nicht aus der Regelung der allgemeinen Öffnungszeiten in Ziffer I § 1 der Betriebsvorschriften. Eine Regelung, die § 26 Abs. 1 der Betriebsvorschriften für das Oktoberfest im Jahr 2025 entspreche, enthielten die Betriebsvorschriften für 2026 nicht. In der langen Tradition des Oktoberfests habe es (außerhalb von Notfällen) noch nie Schließungen während der allgemeinen Öffnungszeiten gegeben. Vor diesem Hintergrund erkläre sich auch die Aussage des zuständigen Referenten der Antragsgegnerin in der Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Wirtschaft am 28. April 2026, der sich überzeugt gezeigt habe, dass kein Betreiber eines Festbetriebs seinen Standplatz nicht oder nur zu wirtschaftlich besonders lukrativen Zeiten nutzen werde. Da die Änderung der Vertragsentwürfe durch die Antragsgegnerin bewusst erfolgt und in der Öffentlichkeit diskutiert worden sei, bestehe auch kein übereinstimmendes Verständnis der Vertragspartner mehr, dass die Betreiber der Festbetriebe zu einem dauerhaften Betrieb während der von der Antragsgegnerin festgesetzten Öffnungszeiten verpflichtet seien. Auch eine konkludente Vereinbarung einer Betriebspflicht komme damit nicht in Betracht. Es reiche nicht aus, dass durch die Verträge und Betriebsvorschriften die Brauereien und Festwirte zu diversen Nebenpflichten einklagbar verpflichtet seien. Die vertragliche Verpflichtung müsse sich auf die Dienstleistungen beziehen, aufgrund derer der Schwellenwert nach § 106 Abs. 2 Nr. 4GWB überschritten werde. Der zur Bestimmung des Vertragswerts gemäß § 2 Abs. 3KonzVgV maßgebliche Umsatz werde ausschließlich durch den Betrieb der gastronomischen Großbetriebe erzielt, zu dem die Betreiber und Festwirte aber nicht vertraglich verpflichtet seien. Fehle es an einer einklagbaren Verpflichtung des Wirtschaftsteilnehmers, die Dienstleistungen zu erbringen, fehle es auch an einem Vertrag i. S. d. § 105 Abs. 1GWB. Daran sei festzuhalten. Andernfalls wäre eine rechtssichere Abgrenzung zwischen derartigen Zulassungen und der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nicht mehr möglich. Eine solche Abgrenzung sehe der Erwägungsgrund14 der RL 2014/23/EU aber ausdrücklich vor. Aus diesem Grund sei eine Konzession im vorliegenden Fall auch nicht ohne Weiteres deshalb zu bejahen, weil der Betrieb der Festzelte auf dem Oktoberfest so lukrativ sei und das Nichtbetreiben mit einem solchen Reputationsverlust verbunden wäre, dass nicht zu erwarten sei, dass die von der Stadt zugelassenen Brauereien und Festwirte die Festhallen entweder gar nicht oder nur zu wirtschaftlich besonders lukrativen Zeiten innerhalb der allgemeinen Öffnungszeiten betreiben. Der Verzicht auf eine einklagbare Hauptleistungspflicht gegen die Beigeladenen stelle nicht per se einen Umgehungstatbestand dar, dem durch eine Anwendung des Kartellvergaberechts begegnet werden müsste. Ob im vorliegenden Einzelfall ausnahmsweise doch eine Umgehung des 4. Teils des GWB i. S. d. § 14KonzVgV vorliege, weil – abgesehen von der Vermeidung eines EUweiten Vergabeverfahrens nach dem 4. Teil des GWB – kein nachvollziehbarer Grund ersichtlich sei, weshalb die Antragsgegnerin die in den vergangenen Jahren in den Verträgen und Betriebsvorschriften vorgesehene Pflicht zum dauerhaften Betrieb aller Festbetriebe nunmehr ausdrücklich nicht mehr vorsehe, gleichzeitig aber offenbar von einer faktischen Betriebspflicht der Festbetriebe ausgehe und aufgrund der

Lukrativität und des drohenden Reputationsverlusts auch nicht befürchten müsse, dass diese nicht erfüllt werde, könne die Vergabekammer ohne Durchführung eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267AEUV nicht entscheiden. Da die Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union mit einem erheblichen Risiko verbunden wäre, dass die streitbefangenen Standplätze auf dem Oktoberfest 2026 nicht besetzt werden könnten, was möglicherweise auch negative Auswirkungen auf die Durchführung des gesamten Fests haben könnte, sehe sie von einer Vorlage ab.

18
Gegen diesen Beschluss richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 3. Juni 2026, mit der die Antragstellerin zugleich beantragt hat, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern. Die Antragstellerin wendet sich gegen die Annahme der Vergabekammer, es liege keine Dienstleistungskonzession vor, weil die Antragsgegnerin aus den Verträgen für das Oktoberfest 2026 die bislang vorgesehene Regelung einer Betriebspflicht herausgenommen habe. Sie vertieft ihre bisherige Argumentation und rügt insbesondere, es sei bei zutreffender Auslegung der Verträge von einer Verpflichtung des Vertragsnehmers zum Betrieb des Festzeltes auszugehen. Die Herausnahme der Regelung zur Betriebspflicht sei allein in der Absicht der systematischen Umgehung des EU-Vergaberechts erfolgt und deshalb unbeachtlich. Eine Dienstleistungskonzession nach § 105 Abs. 1 Nr. 2GWB erfordere nach der gebotenen autonomen europarechtlichen Auslegung im Lichte des Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU keine einklagbare Hauptleistungspflicht. Die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache Müller (Urt. v. 25. März 2010 – C-451/08) sei auf die Definition der Dienstleistungskonzession nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU nicht einfach übertragbar. Jedenfalls sei die formale Regelung einer Betriebspflicht unter Berücksichtigung des Effektivitätsgrundsatzes und des Gebots, die Wirksamkeit des europäischen Rechts zu gewährleisten, dann nicht zu verlangen, wenn – wie im vorliegenden Fall – die ausgewählten Betreiber unabhängig von einer vertraglich geregelten Betriebspflicht zum tatsächlichen Betrieb angehalten seien (faktische Betriebspflicht), die Dienstleistung so lukrativ sei, dass ein Verzicht oder eine Einstellung des Betriebs objektiv von vornherein nicht zu erwarten sei, die Ausführung der Dienstleistung der einzige Grund für die Parteien sei, den Vertrag abzuschließen und dies von beiden Seiten angestrebt werde und auch beabsichtigt sei und ein gegenseitiger Vertrag vorliege, mit dem sich der Vertragsnehmer im Gegenzug zur Einräumung des Rechts zur Nutzung der Dienstleistung dazu verpflichte, diese unter Einhaltung bestimmter Anforderungen des Auftraggebers zu erbringen. Die Antragstellerin meint, über die Frage des Vorliegens eines entgeltlichen Vertrages im Sinne von § 105 Abs. 1 Nr. 2GWB und Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU hinausgehende Rechtsfragen der Zulässigkeit und Begründetheit ihres Nachprüfungsantrags seien nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens; vorsorglich tritt sie der Argumentation der Antragsgegnerin und der Beigeladenen entgegen. Es lägen insbesondere alle Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession vor, auch das Tatbestandsmerkmal der Betrauung. Eine Betrauung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU setze keine Übertragung einer Leistung voraus, die dem öffentlichen Auftraggeber als eigene (genuine) Aufgabe obliege. Es genüge vielmehr, wenn mit dem Vertrag eine dem Allgemeinwohl dienende wirtschaftliche Tätigkeit übertragen werde und für diese verbindliche Bedingungen in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universaler Zugang geregelt würden. Das treffe auf den Betrieb eines Festzeltes auf dem Oktoberfest nach den von der Antragsgegnerin vorgegebenen Betriebsvorschriften zu. Der Vertrag gehe weit über ein „reines Pachtverhältnis“ im Sinne des Erwägungsgrundes 15 RL 2014/23/EU hinaus. Gegen die Annahme, dass eine Dienstleistungskonzession nur bei Übertragung einer Dienstleistung vorliege, die der unmittelbaren Erfüllung einer eigenen Verwaltungsaufgabe diene, spreche auch die mit der RL 2014/23/EU verfolgte Zielsetzung, wie sie sich aus den Erwägungsgründen1, 4, 8 und 61 ergebe. Erforderlich aber auch ausreichend sei, dass die vertragsgegenständlichen Leistungen für den öffentlichen Auftraggeber von Nutzen seien. Der Betrieb der großen Festzelte unterstütze die Antragsgegnerin nicht nur bei der Erfüllung ihrer Aufgabe „Veranstaltung des Oktoberfests“. Vielmehr sei der Betrieb der großen Festzelte das wesentliche und zentrale Element der Veranstaltung. Der Festzeltbetrieb stehe im Bezug zur von der Antragsgegnerin wahrgenommenen Aufgabe der Veranstaltung des Oktoberfests und unterstütze sie nicht nur bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe, sondern ermögliche ihr diese überhaupt erst. Für den Fall, dass der Senat zur Ablehnung einer Dienstleistungskonzession tendieren sollte, beantragt die Antragstellerin hilfsweise eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union, wobei sie verschiedene Vorlagefragen formuliert. Nachdem der Senat mit Beschluss vom 18. Juni 2026 (BeckRS 2026, 12904; auszugsweise: NZBau 2026, 612) die

Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde abgelehnt und die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 25. Juni 2026 mitgeteilt hatte, die Pachtverträge mit den Beigeladenen über die streitgegenständlichen Standplätze auf dem Oktoberfest 2026 zwischenzeitlich abgeschlossen zu haben, hat die Antragstellerin ihren Antrag geändert. Der von ihr nunmehr verfolgte Fortsetzungsfeststellungsantrag sei zulässig und begründet. Ihr Feststellungsinteresse liege sowohl in der Wiederholungsgefahr als auch in der beabsichtigten Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen die Antragsgegnerin.

19
Die Antragstellerin beantragt,

I. Auf die sofortige Beschwerde „des Antragsgegners“ (sic) wird der Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 21. Mai 2026 (Gz.: 3194.Z3-3_01-26-21) aufgehoben.

II. Es wird festgestellt, dass die Antragsgegnerin durch die Vergabe der Zulassungsverträge für die Standorte „Paulaner-Festzelt“ und „Schottenhamel-Festhalle“ für das Oktoberfest 2026 ohne Beachtung der gesetzlichen Vorgaben aus §§ 97 ff. GWB die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt hat.

20
Die Antragstellerin beantragt ferner,

ihr Einsicht in die Akten der Vergabekammer und die Dokumentation des Vergabeverfahrens zu gewähren

sowie

die Anschlussbeschwerde der Beigeladenen zu 2) zurückzuweisen.

21
Die Antragsgegnerin und die Beigeladenen beantragen,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

22
Die Beigeladene zu 2) erhebt hilfsweise Anschlussbeschwerde für den Fall, dass die sofortige Beschwerde der Antragstellerin nicht zurückgewiesen wird.

23
Die Antragsgegnerin vertieft ihre bisherige Argumentation und wendet insbesondere ein, die Vergabekammer gehe irrtümlich von einem Beschaffungsinteresse der Antragsgegnerin aus, welches auch „die Organisation, die Regelung und die Sicherstellung des Betriebs der streitgegenständlichen Festhallen“ umfasse. Zwar könne das Oktoberfest ohne Festbeschicker nicht stattfinden. Der Betrieb der Festhallen sei jedoch keine Aufgabe der Antragsgegnerin, denn sie treffe schon keine Pflicht, das Oktoberfest (als Ganzes) zu veranstalten und damit erst recht keine Pflicht, für einen Festhallenbetrieb auf den streitgegenständlichen Standplätzen zu sorgen; sie habe sich der Aufgabe, auf den streitgegenständlichen Standplätzen für den Betrieb einer Festhalle zu sorgen, in der Vergangenheit zu keinem Zeitpunkt angenommen, noch beabsichtige sie dies; sie wäre kommunalwirtschaftlich gar nicht zum Betrieb der Festhallen berechtigt. Wie die Vergabekammer zutreffend festgestellt habe, liege eine Dienstleistungskonzession darüber hinaus nicht vor, weil es an dem weiteren, zwingenden Tatbestandsmerkmal eines „entgeltlichen Vertrags“ fehle. Nicht näher zu treten sei dagegen der Erwägung der Vergabekammer, es könne ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union geboten sein. Es liege keine Umgehung des Vergaberechts gemäß § 14KonzVgV vor, soweit eine einklagbare (Hauptleistungs-)Pflicht nicht vereinbart werde. Im Übrigen sei es – anders als durch die Vergabekammer unterstellt – auch nicht richtig, dass die Streichung der Betriebspflicht allein dem Zweck diene, nicht den Tatbestand einer Dienstleistungskonzession zu erfüllen. Die bisherige Regelung zur Betriebspflicht in § 26 Abs. 1 der Betriebsvorschriften a. F. habe auch eine durchgehende persönliche Anwesenheit des Betreibers erfordert und sei in der Vergangenheit häufig als zu weitgehend und nicht mehr zeitgemäß kritisiert worden. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer sei die Antragstellerin nicht antragsbefugt. Die Vergabekammer habe außerdem verkannt, dass die Antragstellerin mit ihrer Rüge nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1GWB präkludiert sei.

24

Die Beigeladenen unterstützen unter Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens die Argumentation der Antragsgegnerin.

25
Die Beigeladene zu 1) hält den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin in mehrfacher Hinsicht für unzulässig. Entgegen der Ansicht der Vergabekammer sei die Antragstellerin nicht antragsbefugt und außerdem präkludiert. Die verfahrensgegenständliche Zulassung der Beigeladenen stelle keine Vergabe einer Dienstleistungskonzession nach § 105 Abs. 1 Nr. 2GWB dar, sodass der Vergaberechtsweg nach § 156 Abs. 1GWB nicht eröffnet sei. Zutreffend habe die Vergabekammer darauf abgestellt, dass es auf der Grundlage der Zulassungsverträge und der dazugehörigen Betriebsvorschriften für das diesjährige Oktoberfest an der für die vergaberechtliche Einordnung als Dienstleistungskonzession zwingend erforderlichen einklagbaren Betriebspflicht der Festwirte fehle. Der Senat sei insoweit nicht zu einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union verpflichtet. Darüber hinaus liege bei der Zulassung der einzelnen Festhallenbetreiber – anders als die Vergabekammer unzutreffend unterstelle – schon kein Beschaffungsinteresse der Antragsgegnerin vor. Bei der Bewertung eines Beschaffungsinteresses sei zwar der Bezug der Leistung zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe in den Blick zu nehmen. Es gehe aber nicht darum, ob der Bezug der Leistung wichtig, prägend oder unverzichtbar für die öffentliche Aufgabe sei. Entscheidend sei allein, ob die Leistungserbringung zweckgerichtet zur Erfüllung dieser Aufgabe für den öffentlichen Auftraggeber erfolge. Aufgabe bzw. Interesse müssen sich auf die Erbringung der (Dienst-)Leistung selbst beziehen. Ein Beschaffungsbedarf bestehe erst dann, wenn der öffentliche Auftraggeber die Dienstleistung zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgabe ohne Beauftragung selbst – gesetzlich verpflichtet oder freiwillig – erfüllt hätte. Die Antragsgegnerin habe zu keinem Zeitpunkt die Absicht gehabt, auf dem Oktoberfest 2026 ein Bierzelt zu betreiben. Ihr Veranstalterinteresse an der Überwachung und Ordnung der Leistungserbringung durch die Festzelte reiche nicht aus, einen Beschaffungsvorgang in Bezug auf die Bierzelte anzunehmen. Dies gelte unabhängig davon, wie prägend die Festzelte für das Oktoberfest und wie detailliert die Betriebsvorschriften seien. Die im Rahmen des Festzeltbetriebs von den Festwirten erbrachten Dienstleistungen würden nicht für die Antragsgegnerin als Veranstalterin des Oktoberfests erbracht, sondern allein für die Besucher.

26
Auch die Beigeladene zu 2) ist der Ansicht, die Vergabekammer habe zu Unrecht die Antragsbefugnis der Antragstellerin bejaht und verkannt, dass sie ihre Rügeobliegenheit missachtet habe. Zutreffend habe die Vergabekammer aber entschieden, dass die Zuteilung der streitgegenständlichen Standplätze für die Zelte der Beigeladenen keine Dienstleistungskonzession darstelle. Anerkannt sei, dass eine Konzession eine einklagbare Hauptleistungspflicht zur Erbringung einer Bau- oder Dienstleistung voraussetze. Dafür spreche auch Erwägungsgrund14 der RL 2014/23/EU. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union bedürfe es insoweit nicht. Eine solche Betriebspflicht sei in den Verträgen über die Zulassung zum Oktoberfest 2026 und den dazugehörigen Betriebsvorschriften nicht enthalten. Darauf habe die Antragsgegnerin die zugelassenen Festbeschicker mit Übersendung der Zulassungsverträge ausdrücklich hingewiesen. Dass die Verträge keine Betriebspflicht enthielten, sei auch nicht – wie es die Vergabekammer allerdings erwäge – als Umgehungstatbestand gemäß § 14KonzVgV zu kritisieren. Letztlich komme es darauf rechtlich aber nicht an, da die Zuteilung der verfahrensgegenständlichen Standplätze keine Betrauung mit einer Dienstleistung und damit keine Beschaffung darstelle. Im Ausgangspunkt noch zutreffend stelle die Vergabekammer fest, dass die Vergabe einer Dienstleistungskonzession aufgrund der Merkmale „Betrauung“ (Art. 5 Nr. 1 Buchst. b] RL 2014/23/EU) und – noch deutlicher – „Beschaffung“ (Erwägungsgrund11 Satz 2 und Art. 1 Abs. 1 der RL 2014/23/EU) einen Beschaffungsvorgang voraussetze. Grundlegend falsch sei es allerdings, ein Beschaffungsinteresse der Antragsgegnerin in Bezug auf den Betrieb der gegenständlichen Festzelte für das Oktoberfest anzunehmen und dies damit zu begründen, dass der Betrieb der Festhallen ein zentraler Bestandteil des Gesamtkonzepts der Antragsgegnerin und für Funktion und Attraktivität des Oktoberfests und seine Tradition von überragender Bedeutung sei. Aus Erwägungsgrund68 der RL 2014/23/EU ergebe sich, dass der Konzessionär mit einer „üblicherweise“ in die „Verantwortung“ oder in die „Zuständigkeit“ des öffentlichen Auftraggebers fallenden „Aufgabe“ betraut werden müsse, um von einer Betrauung, von einer Beschaffung und damit von einer Dienstleistungskonzession sprechen zu können. Die im Wege einer Dienstleistungskonzession beschafften Dienstleistungen müssten dem öffentlichen Auftraggeber bei der Wahrnehmung seiner Verantwortlichkeiten bzw. Aufgaben von öffentlichem Interesse „unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen“. Eine bloße Nützlichkeit oder Zuträglichkeit für ein abstraktes öffentliches Interesse, wie es die Vergabekammer

angenommen habe, reiche nicht aus. Der Betrieb der Festhallen auf dem Münchner Oktoberfest sei keine Aufgabe der Antragsgegnerin, mit der die privaten Festhallenbetreiber konzessioniert bzw. betraut werden könnten, sondern obliege allein den im Zuteilungs- und Bewerbungsverfahren obsiegenden Bewerbern. Dies sei auch in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung um die Streitfälle im Kontext der Zulassung zum Oktoberfest seit Jahren Konsens. Die Vergabekammer habe ferner verkannt, dass die Antragsgegnerin die Festhallen nach Art. 87 Abs. 1GO nicht selbst betreiben dürfte. Die Beigeladene zu 2) beruft sich ergänzend auf Rechtsgutachten von Prof. Dr. Y.

27
Ergänzend wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 11. September 2026 Bezug genommen.

II.

28
Die zulässige Beschwerde der Antragstellerin hat in der Sache keinen Erfolg.

29
1. Die sofortige Beschwerde ist zulässig. Sie ist statthaft (§ 171 Abs. 1 Satz 1GWB) und in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden (§ 172 Abs. 1 bis 3GWB).

30
2. In der Sache hat die sofortige Beschwerde keinen Erfolg. Für den Fortsetzungsfeststellungsantrag der Antragstellerin ist der Rechtsweg zu den Nachprüfungsinstanzen nicht eröffnet. Bei den verfahrensgegenständlichen Zulassungsverträgen für die Standorte „Paulaner-Festzelt“ und „Schottenhamel-Festhalle“ für das Oktoberfest 2026 handelt es sich nicht um entgeltliche Verträge, mit denen ein Konzessionsgeber Unternehmen mit der Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen betraut, und somit nicht um Dienstleistungskonzessionen im Sinne des § 105 Abs. 1 Nr. 2GWB in der bis zum 30. Juni 2026 geltenden Fassung (im Folgenden a. F.). Die Antragsgegnerin hat an der Dienstleistung, deren Ausführung in den Zulassungsverträgen i. V. m. den Betriebsvorschriften geregelt ist, kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse. Weder wurde eine Betriebspflicht vereinbart noch ergibt sich ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Antragsgegnerin aus den sonstigen Umständen. Es fehlt deshalb am erforderlichen Beschaffungsbezug.

31
a) Das Nachprüfungsverfahren wird gemäß § 187 Abs. 2GWB nach dem Recht zu Ende geführt, das zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens galt. Die Antragstellerin hat ihren Nachprüfungsantrag auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 178 Satz 4, § 168 Abs. 2 Satz 2GWB umgestellt. Dieser Antrag ist – ebenso wie ihr ursprünglicher Antrag – mangels Eröffnung des Rechtswegs zu den Nachprüfungsinstanzen nicht statthaft. Nach § 155GWB unterliegen nur die Vergabe öffentlicher Aufträge und die Vergabe von Konzessionen der Nachprüfung durch die Vergabekammern.

32
Die Voraussetzungen einer hier allein in Betracht kommenden Dienstleistungskonzession nach § 105 Abs. 1 Nr. 2GWB a. F. liegen nicht vor. Dies führt zur Zurückweisung der sofortigen Beschwerde.

33
Eine Verweisung eines nicht statthaften Nachprüfungsantrags in entsprechender Anwendung des § 17aGVG ist zwar grundsätzlich möglich, sie kommt aber dann nicht in Betracht, wenn Gründe der Verfahrensökonomie und des effektiven Rechtsschutzes eine Verweisung nicht rechtfertigen (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2019, XIII ZB 119/19, NZBau 2020, 313 Rn. 16 ff.; OLG Celle, Beschluss vom 3. Januar 2024, 13 Verg 6/23, juris Rn. 51; OLG Rostock, Beschluss vom 21. November 2023, 17 Verg 3/23, NZBau 2024, 181 Rn. 32 f. [juris Rn. 72 f.]). Eine Verweisung des Verfahrens an das Verwaltungsgericht München würde dem Rechtsschutzbegehren der Antragstellerin nicht gerecht. Die Antragstellerin wendet sich nicht gegen die von der Antragsgegnerin im Rahmen des Art. 21GO vorgenommene Bewertung ihrer Bewerbung. Sie ist vielmehr der Auffassung, sie sei deshalb in ihren Rechten verletzt, weil die Antragsgegnerin die Zulassungsentscheidung nicht auf der Grundlage einer europaweiten Ausschreibung getroffen habe. Die Entscheidung hierüber wird abschließend vom Vergabesenat getroffen. Damit ist das Rechtsschutzbegehren der Antragstellerin erschöpft.

34
Mangels Statthaftigkeit des Fortsetzungsfeststellungsantrags ist der beschrittene Rechtsweg unzulässig. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession hier keine Frage der Begründetheit des Nachprüfungsantrags. Die Statthaftigkeit eines Nachprüfungsantrags wird vielmehr als Frage der Zulässigkeit angesehen (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 3. Januar 2024, 13 Verg 6/23, juris Rn. 50; OLG Rostock NZBau 2024, 181 Rn. 21, 32 [juris Rn. 61, 72]). Unbehelflich ist der Hinweis der Antragstellerin auf die Rechtsprechung zu sogenannten doppelrelevanten Tatsachen (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Oktober 2009, VIII ZB 42/08, BGHZ 183, 49 Rn. 14; OLG Frankfurt, Beschluss vom 31. Oktober 2022, 11 Verg 7/21, NZBau 2023, 688 Rn. 50 [juris Rn. 102]). Eine Beweiserhebung zu zuständigkeitsbegründenden Tatsachen steht hier nicht im Raum. Maßgebliche Beurteilungsgrundlage für die Frage, welcher Rechtsweg eröffnet ist, ist in ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Klagebegehren, mithin das der Klage erkennbar zugrunde liegende Rechtsschutzziel und die vom Kläger dafür vorgetragenen tatsächlichen Behauptungen (BGH, Beschluss vom 12. November 2024, VIII ZB 36/23, juris Rn. 12; BGHZ 183, 49 Rn. 13 jeweils m. w. N.). Der Bundesgerichtshof hat in Anwendung dieser Rechtsprechung entschieden, dass die rechtliche Bewertung, ob der Tatsachenvortrag des Klägers die behauptete Zulässigkeit des Zivilrechtswegs oder aber die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs ergibt, dem angerufenen Gericht obliegt, und zwar selbst dann, wenn die zuständigkeits- und die anspruchsbegründenden Tatsachen zusammenfallen. Auch dann ist eine lediglich „summarische“ Prüfung der Zuständigkeitsfrage nicht zulässig. Vielmehr muss sich die behauptete Zuständigkeit schlüssig aus dem Klagevorbringen ergeben; lediglich Beweise brauchen nicht erhoben zu werden. Dass eine Beweiserhebung in derartigen Fällen entbehrlich ist, folgt aus dem bereits vom Reichsgericht und nunmehr vom Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsatz, dass die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen im Rahmen des Zuständigkeitsstreits dann keines Beweises bedürfen, wenn sie gleichzeitig notwendige Tatbestandsmerkmale des Anspruchs selbst sind, wenn also die Bejahung des Anspruchs begrifflich diejenige der Zuständigkeit in sich schließt (sogenannte doppelrelevante Tatsachen). Dann ist für die Zuständigkeitsfrage die Richtigkeit des Klagevortrags zu unterstellen (BGHZ 183, 49 Rn. 14 m. w. N.). Der von der Antragstellerin vertretenen Ansicht, daraus folge, dass die Prüfung des Vorliegens der Dienstleistungskonzession als Anwendungsvoraussetzung des 4. Teils des GWB als sogenannte „doppelrelevante Tatsache“ nicht im Rahmen der Zulässigkeit, sondern in Rahmen der Begründetheit zu prüfen sei, folgt der Senat nicht. Im Streitfall geht es ausschließlich um die Bewertung unstreitiger Tatsachen (s. u. d]).

35
b) Die Beurteilung, ob es sich bei den streitgegenständlichen Zulassungsverträgen um die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen handelt, ist unter Beachtung folgender Grundsätze vorzunehmen:

36
Ob das Begehren der Antragstellerin vor die im 4. Teil des GWB vorgesehenen Nachprüfungsinstanzen gehört, bestimmt sich nach der wahren Natur des Rechtsverhältnisses und des Anspruchs (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Juni 2012, X ZB 9/11, NZBau 2012, 586 Rn. 10).

37
Der Begriff der Dienstleistungskonzession ist in Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU - in der deutschen Sprachfassung – definiert als ein entgeltlicher, schriftlich geschlossener 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 in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.

38
Dieser Begriff der Dienstleistungskonzession im Sinne des Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU, der in § 105 Abs. 1 Nr. 2GWB a. F. in nationales Recht umgesetzt worden ist, ist ein autonom auszulegender Begriff des Unionsrechts (vgl. EuGH, Urt. v. 10. November 2022, C-486/21 – Sharengo, NZBau 2023, 112 Rn. 57). Diese autonome und einheitliche Auslegung muss nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union unter Berücksichtigung des Kontexts der Bestimmung und des mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziels gefunden werden (vgl. EuGH, Urt. v. 10. Juli 2025, C-715/23 – Farmacija, NZBau 2025, 727 Rn. 47 m. w. N.).

39
c) Bei der gebotenen autonomen Auslegung dieser Definition in Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU unter Berücksichtigung verschiedener Sprachfassungen und der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist für die Annahme einer Dienstleistungskonzession nach § 105 Abs. 1 Nr. 2GWB a. F. erforderlich, dass die Dienstleistung einen spezifischen Bezug zu einer Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers aufweist und deshalb die Erbringung der Dienstleistung für ihn von unmittelbarem wirtschaftlichem Interesse ist. Ein Interesse an der Überwachung der Dienstleistungserbringung ist nicht ausreichend.

40
aa) Ausgangspunkt der Begriffsbestimmung der Dienstleistungskonzession ist das Erfordernis eines „Beschaffungsbezugs“. Denn der „Erwerb“ oder die „Beschaffung“ einer Dienstleistung im Wege der Konzession wird in der RL 2014/23/EU an verschiedenen Stellen angesprochen.

41
Durch den „Beschaffungsbezug“ unterscheidet sich die Vergabe einer Dienstleistungskonzession von der (bloßen) Verteilung von Nutzungsmöglichkeiten durch den öffentlichen Auftraggeber. Mit Blick auf die übergreifende Funktion des Vergaberechts als Rechtsrahmen für Beschaffung und Verteilung fällt nicht jede denkbare Verteilungsentscheidung des Staates bzw. der Kommunen im Rahmen des Konzessionswesens unter das Konzessionsvergaberegime (vgl. Mohr in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, GWB § 105 Rn. 64). Die Konzession ist mehr als ein freiheitsgewährender Gestattungsvertrag (Opitz NVwZ 2014, 753 [756]).

42
(1) Die Konzession wird in Art. 5 Nr. 1RL 2014/23/EU als entgeltlicher Vertrag definiert. Nach Erwägungsgrund11 ist Ziel solcher entgeltlicher Verträge die Beschaffung von Bau- und Dienstleistungen durch eine Konzession. Daraus ergibt sich das Erfordernis eines Beschaffungsbezugs. Dies gilt auch für die englische („The object of such contracts is the procurement of works or services by means of a concession, …“) und die französiche Sprachfassung („L’objet de ce type de contrats est l’acquisition de travaux ou la réalisation de services par voie de concession, …“). Der Ansicht, dieser Erwägungsgrund sei in der französischen Fassung erfolgs-, nicht beschaffungsbezogen formuliert und deshalb sei das Erfordernis eines Beschaffungsbezugs nicht eindeutig, folgt der Senat nicht. Ziel ist zwar die „réalisation“ von Dienstleistungen im Wege einer Konzession, gemeint ist damit aber das Erbringen von Dienstleistungen aufgrund eines entgeltlichen Vertrags.

43
Auch der nach der deutschen Sprachfassung des Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU erforderliche Akt des „Betrauens“ setzt einen Beschaffungsbezug voraus (vgl. Bungenberg/Schelhaas in BeckOK Vergaberecht, 40. Ed. 1. August 2024, GWB § 105 Rn. 17; Wollenschläger in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, GWB § 105 Rn. 38). Die Betrauung mit einer Dienstleistung geht über deren schlichte Veranlassung hinaus (vgl. Wollenschläger a. a. O.).

44
Die Argumentation der Antragstellerin, die es einerseits als die entscheidende Frage ansieht, ob der Vertragsnehmer der streitgegenständlichen Zulassungsverträge mit der Erbringung und Verwaltung einer Dienstleistung betraut wird (Schriftsatz vom 16. Juni 2026, Seite 5, Bl. 201 d. A.), und anderseits dem nur in der deutschen Sprachfassung verwendeten Begriff des „Betrauens“ keine eigenständige Bedeutung zumisst (Schriftsatz vom 12. August 2026, S. 6 ff., Bl. 308 ff. d. A.), sondern den Begriff als Synonym für Beauftragung ansieht (in diesem Sinne auch Mohr in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, § 105 Rn. 79; Bungenberg/Schelhaas in BeckOK Vergaberecht, GWB § 105 Rn. 16), spricht nicht gegen das Erfordernis eines Beschaffungsbezugs.

45
(2) Dieses Erfordernis folgt in der deutschen Sprachfassung ferner aus Art. 1 Abs. 1RL 2014/23/EU, wonach die Richtlinie für Verfahren von öffentlichen Auftraggebern zur Beschaffung im Wege von Konzessionen gilt (vgl. Mohr in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, GWB § 105 Rn. 64). Dem entsprechend heißt es in der englischen Sprachfassung „procedures for procurement“.

46

Der Einwand der Antragstellerin, dem Begriff der Beschaffung könne keine über die „Vergabe eines Konzessionsvertrags“ hinausgehende Bedeutung zukommen, weil er etwa in der französischen Sprachfassung nicht verwendet werde, erachtet der Senat im Ergebnis als nicht durchgreifend. Weichen die verschiedenen Sprachfassungen voneinander ab, muss die fragliche Vorschrift nach der allgemeinen Systematik und dem Zweck der Regelung ausgelegt werden, zu der sie gehört (EuGH, Urt. v. 18. Juni 2026, C-346/25, juris Rn. 43; Urt. v. 25. März 2010, C-451/08 – Helmut Müller, NZBau 2010, 321 Rn. 38). Nach der französischen Fassung enthält die RL 2014/23/EU Bestimmungen „applicables aux procédures de passation de contrats de concession par des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices“. Dem Begriff des Vergabeverfahrens („procédures de passation“) ist der Begriff der Beschaffung indes immanent. Auch Erwägungsgrund11 spricht in der französischen Sprachfassung für das Erfordernis einer Beschaffung (s. o. [1]). Im Übrigen dürfte die Argumentation der Antragstellerin nicht darauf abzielen, das Erfordernis eines Beschaffungsbezugs grundsätzlich in Frage zu stellen, sondern darauf, dass sich daraus nicht ableiten lasse, die Dienstleistung müsse zwingend zum Zweck der Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe vergeben werden (s. u.). Denn die Antragstellerin vertritt beispielsweise in ihrer sofortigen Beschwerde die Ansicht, von der RL 2014/23/EU würde die Beschaffung von Leistungen im Wege von Konzessionsverträgen erfasst, die für den öffentlichen Auftraggeber einen Nutzen hätten, die im öffentlichen Interesse lägen und für die er im öffentlichen Interesse verbindlich bestimmte Anforderungen vorgebe und an deren Ausführung aufgrund des hohen Wertes ein hohes Marktinteresse bestehe.

47
(3) Aus Erwägungsgrund15RL 2014/23/EU ergibt sich zudem, dass nicht alle Vereinbarungen, die das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers betreffen, öffentliche Bereiche oder Liegenschaften zu nutzen, als Dienstleistungskonzessionen im Sinne dieser Richtlinie gelten (vgl. EuGH, Urt. v. 14. Juli 2016, C-458/14 und C-67/15 – Promoimpresa, NZBau 2016, 775 Rn. 48). Danach sollen bestimmte Vereinbarungen, die das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers regeln, öffentliche Bereiche oder Ressourcen zu nutzen, wobei nur allgemeine Bedingungen für deren Nutzung festgelegt sind, ohne bestimmte Bau- oder Dienstleistungen zu beschaffen, nicht als Konzessionen gelten.

48
bb) Näherer Konkretisierung bedarf die Frage, welche Anforderungen an den für die Annahme einer Dienstleistungskonzession erforderlichen Beschaffungsbezug zu stellen sind. Dieser setzt zwar nicht die Übertragung einer dem öffentlichen Auftraggeber obliegenden Aufgabe voraus, aber einen spezifischen Bezug zu einer – unter Umständen freiwillig übernommenen Aufgabe – des öffentlichen Auftraggebers. Die Dienstleistung muss einen solchen Bezug zu einer Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers haben, dass deren Erbringung für ihn von unmittelbarem wirtschaftlichem Interesse ist.

49
(1) Nach Erwägungsgrund11RL 2014/23/EU steht den öffentlichen Auftraggebern oder den Auftraggebern stets der Nutzen der betreffenden Bau- oder Dienstleistung zu. Zur Auslegung des Begriffs des „Nutzens“, der nicht näher erläutert wird, kann auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zurückgegriffen werden, insbesondere auf das Urteil vom 25. März 2010 in der Rechtssache Helmut Müller (NZBau 2010, 321).

50
(a) Zu den Voraussetzungen eines öffentlichen Bauauftrags im Sinne der RL 2004/18/EG hat der Gerichtshof ausgeführt, die Leistung, die in der Erbringung der Bauleistungen bestehe, die der öffentliche Auftraggeber erhalten möchte, müsse „ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse für den öffentlichen Auftraggeber bedeuten“ (EuGH NZBau 2010, 321 – Helmut Müller Rn. 49). Dies hat er durch bestimmte Fallgruppen näher erläutert (Rn. 50 bis 52). Die bloße Ausübung von städtebaulichen Regelungszuständigkeiten im Hinblick auf die Verwirklichung des allgemeinen Interesses sei allerdings weder auf den Erhalt einer vertraglichen Leistung noch auf die Befriedigung des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses des öffentlichen Auftraggebers gerichtet (EuGH a. a. O. Rn. 57). Der Generalanwalt hatte in seinen Schlussanträgen vom 17. November 2009 neben dem öffentlichen Bauauftrag auch die öffentliche Baukonzession im Sinne der RL 2004/18/EG erwähnt und auf eine „unmittelbare Verbindung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den zu realisierenden Arbeiten oder Werken“ abgestellt (Rn. 73).

51

Unter Berufung auf die Rechtssache Helmut Müller hat der Gerichtshof der Europäischen Union auch für öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der RL 2004/18/EG gefordert, es sei zu prüfen, ob an den Verträgen für den öffentlichen Auftraggeber ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse bestehe (EuGH, Urt. v. 15. Juli 2010, C-271/08, NZBau 2010, 574 Rn. 75).

52
(b) Diese Rechtsprechung kann grundsätzlich auch zur Beantwortung der Frage herangezogen werden, ob eine Dienstleistungskonzession im Sinne des Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU vorliegt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Januar 2019, Verg 22/18, NZBau 2019, 605 Rn. 32 [juris Rn. 41]; Fandrey/Dicks in Röwekamp/Kus/Portz/Friton, GWB, 6. Aufl. 2026, § 105 Rn. 71; Bungenberg/Schelhaas in BeckOK Vergaberecht, GWB § 105 Rn. 21; Mohr in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, GWB § 105 Rn. 71; einschränkend Friton/Stein in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, GWB § 105 Rn. 20). Auch eine Dienstleistungskonzession liegt nur vor, wenn der öffentliche Auftraggeber an der Dienstleistung, die Gegenstand des entgeltlichen Vertrags ist, ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse hat.

53
(aa) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat hinsichtlich des Erfordernisses eines unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses nicht zwischen Bauleistungen (EuGH NZBau 2010, 321 – Helmut Müller Rn. 49 ff.) und Dienstleistungen (EuGH EuZW 2010, 659 Rn. 75) unterschieden. Bei der Konkretisierung dieses Kriteriums wird allerdings den Besonderheiten von Dienstleistungen im Vergleich zu Bauleistungen, die auf die Erstellung eines körperlichen Werks gerichtet sind, Rechnung zu tragen sein (vgl. Wollenschläger in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB § 105 Rn. 64; vgl. auch Friton/Stein in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 105 Rn. 21 f.). Die in der Rechtssache Helmut Müller genannten Fallgruppen sind nicht uneingeschränkt auf Dienstleistungen übertragbar, so kann etwa der öffentliche Auftraggeber Eigentümer eines Bauwerks werden (EuGH NZBau 2010, 321 – Helmut Müller Rn. 50), nicht aber einer Dienstleistung. Sowohl für Bauleistungen als auch für Dienstleistungen lässt sich jedoch prüfen, ob mit der Leistung des Auftragnehmers ein nur allgemeines Interesse oder ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers verwirklicht werden soll.

54
(bb) Den Unterschied zwischen einem Dienstleistungsauftrag (Art. 2 Abs. 1 Nr. 5RL 2014/24/EU) und einer Dienstleistungskonzession (Art. 5 Nr. 1 Buchst. b] RL 2014/23/EU) sieht der Gerichtshof der Europäischen Union in ständiger Rechtsprechung nur darin, dass dem Konzessionsnehmer ein Recht zur Verwertung der Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind, gewährt wird, wobei der Konzessionsnehmer im Rahmen des geschlossenen Vertrags über eine bestimmte wirtschaftliche Freiheit verfügt, um die Bedingungen, unter denen er die ihm übertragenen Dienstleistungen verwertet, festzulegen, und parallel dazu die mit der Verwertung dieser Dienstleistungen verbundenen Risiken übernimmt (EuGH, Urt. v. 9. Juli 2026, C-856/24, juris Rn. 31; NZBau 2023, 112 – Sharengo Rn. 60 m. w. N.). Dieser Unterschied in der Art der Gegenleistung steht indes einer Übertragung der Rechtsprechung in der Rechtssache Helmut Müller (NZBau 2010, 321) auf Dienstleistungskonzessionen nicht entgegen. Die Frage, ob die Dienstleistung für den öffentlichen Auftraggeber von (unmittelbarem wirtschaftlichem) Nutzen ist, betrifft die Dienstleistung, also die vom Konzessionsnehmer zu erbringende Leistung, und nicht die vom öffentlichen Auftraggeber zu erbringende Gegenleistung.

55
Dass die Dienstleistung, die Gegenstand der Konzession ist, auch Dritten zugutekommt, spricht nicht gegen das Erfordernis, dass die Dienstleistung für den öffentlichen Auftraggeber von unmittelbarem wirtschaftlichem Nutzen sein muss (vgl. Bungenberg/Schelhaas in BeckOK Vergaberecht, GWB § 105 Rn. 22; a. A. Opitz NVwZ 2014, 753 [757]). Fehl geht der Hinweis der Antragstellerin auf die Kommentierung von Wollenschläger (in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB § 105 Rn. 40), der zwar ausführt, es sei nicht erforderlich, dass die Dienstleistung dem Konzessionsgeber unmittelbar zugutekomme, es genüge „ein mittelbarer Nutzen durch die Leistung an Dritte“, aber unmittelbar im Anschluss auf das Erfordernis eines unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses verweist.

56
(cc) Der Einwand der Antragstellerin, das vom Gerichtshof der Europäischen Union entwickelte Erfordernis des „unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteils“ sei in den Erwägungsgründen der RL 2014/23/EU gerade nicht

aufgegriffen worden, greift nicht durch. Der Ansicht der Antragstellerin, dass in Erwägungsgrund11 bewusst eine offene Formulierung gewählt worden sei und es allein darauf ankomme, dass die vertragsgegenständliche Bau- oder Dienstleistung irgendeinen (mittelbaren oder unmittelbaren) Nutzen für den öffentlichen Auftraggeber habe, folgt der Senat nicht.

57
Eine Abkehr von den vom Gerichtshof der Europäischen Union unter Geltung der RL 2004/18/EG entwickelten Grundsätzen ist der RL 2014/23/EU nicht zu entnehmen. Der Gerichtshof hatte seine Argumentation auf den entgeltlichen Charakter des Vertrags gestützt (EuGH EuZW 2010, 659 Rn. 75; NZBau 2010, 321 – Helmut Müller Rn. 48). Auch in Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU wird die Dienstleistungskonzession als entgeltlicher Vertrag definiert (vgl. auch EuGH NZBau 2023, 112 – Sharengo Rn. 59). Die Unterschiede zwischen einem Auftrag und einer Konzession im Hinblick auf die Gegenleistung (EuGH a. a. O. Rn. 60) sind in diesem Zusammenhang irrelevant. Einer ausdrücklichen Erwähnung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union in den Erwägungsgründen bedurfte es nicht.

58
Entgegen der Ansicht der Antragstellerin spricht auch Satz 3 des Erwägungsgrunds 14 RL 2014/23/EU nicht dafür, dass der Richtliniengeber die Definition der Dienstleistungskonzession gerade nicht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache Helmut Müller (NZBau 2010, 321) ausrichten wollte. Dieser Erwägungsgrund betrifft die Abgrenzung zur Erteilung von Genehmigungen und Lizenzen. Im Gegensatz zu derartigen Handlungen der Mitgliedstaaten enthalten Konzessionsverträge nach Satz 3 dieses Erwägungsgrunds wechselseitig bindende Verpflichtungen, denen zufolge die Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen bestimmten Anforderungen entsprechend muss, die vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber festgelegt werden und rechtlich durchsetzbar sind. Daraus folgt jedoch nicht, dass es für die Annahme einer Dienstleistungskonzession ausreicht, wenn das „Wie“ der Ausführung der Dienstleistungen vertraglich verbindlich geregelt ist. Der Erwägungsgrund, nach dessen Satz 1 bestimmte Handlungen, durch die Bedingungen der Durchführung einer Wirtschaftstätigkeit festgelegt werden, bei der der Wirtschaftsteilnehmer das Recht hat, sich von der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen zurückzuziehen, nicht als Konzessionen gelten, spricht vielmehr für das Erfordernis eines Beschaffungsbezugs (vgl. OLG Düsseldorf NZBau 2019, 605 Rn. 31) bzw. einer einklagbaren Verpflichtung zur Erbringung der Dienstleistung.

59
(dd) Die Auffassung der Antragstellerin, die Entscheidung in der Rechtssache Helmut Müller (NZBau 2010, 321) sei vorliegend schon deshalb nicht einschlägig, weil die Definition in Art. 5RL 2014/23/EU – anders als in der RL 2004/18/EG – keine Bezugnahme auf die Definition des öffentlichen Bau- und Dienstleistungsauftrags enthält, teilt der Senat nicht.

60
In Art. 1 Abs. 4RL 2004/18/EG waren – nach Art. 17RL 2004/18/EG nicht von der Richtlinie erfasste – „Dienstleistungskonzessionen“ definiert als Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Der öffentliche Dienstleistungsauftrag war in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a) RL 2004/18/EG als ein entgeltlicher Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie beschrieben. Beide Elemente (entgeltlicher Vertrag sowie Unterschied bei der Gegenleistung) sind auch in der Legaldefinition des Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU enthalten. Eine im vorliegenden Kontext relevante Änderung ist mit der sprachlichen Umformulierung nicht verbunden. Neu ist lediglich der ausdrücklich normierte Übergang des Betriebsrisikos (Art. 5 Nr. 1 UAbs. 2 RL 2014/23/EU, Erwägungsgrund18RL 2014/23/EU). Hier kommt es aber entscheidend auf das Erfordernis des „entgeltlichen Vertrags“ an, das in Art. 5 Nr. 1 Buchst. a) und b) RL 2014/23/EU jeweils ausdrücklich als Tatbestandsmerkmal einer Konzession genannt wird. Insoweit ist eine wesentliche Änderung nicht erkennbar. Damit steht auch die Gesetzesbegründung zu § 105 Abs. 1GWB a. F. im Einklang, in der es heißt: „§ 105 Absatz 1 Nummer 1 regelt die Definition der Baukonzession und § 105 Absatz 1 Nummer 2 die Definition der Dienstleistungskonzession. Inhaltlich besteht weitestgehend Übereinstimmung mit der bislang in Artikel 1 Absatz 3 und Absatz 4 der RL 2004/18/EG und Artikel 1 Absatz 3 der RL 2004/17/EG enthaltenen Definition der Bau- und Dienstleistungskonzession. Nunmehr stellt Artikel 5 Nummer 1 der RL 2014/23/EU auch klar, dass es sich bei Bau- und Dienstleistungskonzessionen jeweils um entgeltliche Verträge handelt“ (BT-Drs. 18/6281 S. 75).

61
Fehl geht der von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung in diesem Zusammenhang geäußerte Einwand, die Rechtsprechung Helmut Müller (NZBau 2010, 321) sei „veraltet“. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat vielmehr in seinem – die Voraussetzungen eines öffentlichen Bauauftrags betreffenden – Urteil vom 17. Oktober 2024 (C-28/23 – NFŠ, NZBau 2025, 106), ausgeführt, der Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b) RL 2004/18/EG hinsichtlich der Ausführung eines Bauwerks gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen entspreche im Wesentlichen dem Inhalt von Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. c) der RL 2014/24/EU (Rn. 36) und der öffentliche Auftraggeber erhalte bei einem öffentlichen Bauauftrag eine Leistung, die in der Erbringung der von ihm gewünschten Bauleistungen bestehe und an der er ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse habe (Rn. 47); er hat ausdrücklich auf die Entscheidung Helmut Müller vom 25. März 2010 (NZBau 2010, 321) Bezug genommen (Rn. 49) und somit seine Rechtsprechung fortgeführt (in diesem Sinn auch Friton/Siebenhaar, jurisPR-Verg 3 Anm. 1 zu EuGH, Urt. v. 17. Oktober 2024, C-28/23).

62
(2) Die Entscheidung, ob ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers als Konzessionsgeber an der Dienstleistung vorliegt, bedarf einer wertenden Gesamtbetrachtung, bei der auch der Bezug der Leistung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben in den Blick zu nehmen ist (vgl. Wollenschläger in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB § 105 Rn. 48; Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, GWB § 105, Rn. 33). Insoweit geht der Senat – zugunsten der Antragstellerin – davon aus, dass ein Beschaffungsinteresse auch dann bejaht werden könnte, wenn der Vertrag keine einklagbare Verpflichtung zur Erbringung der Dienstleistung enthält. Eine Aussage, die einklagbare Verpflichtung zur Erbringung der Dienstleistung sei kein notwendiges Tatbestandsmerkmal einer Konzession, ist damit nicht verbunden. Denn dies ist im vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich, da es nicht nur an einer vertraglich vereinbarten Betriebspflicht fehlt, sondern auch an einem sich aus anderen Umständen ergebenden unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse der Antragsgegnerin am Betrieb der Festzelte.

63
(a) Dafür, dass bei der Beurteilung, ob ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers als Konzessionsgeber an der Dienstleistung vorliegt, auch der Bezug der Leistung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben in den Blick zu nehmen ist, spricht Satz 1 des Erwägungsgrunds 68 RL 2014/23/EU, wonach bei Konzessionen in der Regel der Konzessionsnehmer Verantwortlichkeiten und Risiken übernimmt, die üblicherweise vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber getragen werden und normalerweise in dessen Zuständigkeit fallen (vgl. auch Bungenberg/Schelhaas in BeckOK Vergaberecht, GWB § 105 Rn. 14; Wollenschläger in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB § 105 Rn. 81, Fn. 199). Die systematischen Einwände der Antragstellerin gegen die Berücksichtigung dieses Erwägungsgrunds bei der Auslegung des Begriffs der Dienstleistungskonzession überzeugen nicht. Zwar betrifft Erwägungsgrund68 die Ausgestaltung des Konzessionsvergabeverfahrens, in ihm kommt jedoch auch zum Ausdruck, welche Konstellation der Richtliniengeber als „Normalfall“ einer Konzession ansieht. Angesprochen wird nicht nur, dass die Verantwortlichkeiten und Risiken in der Regel vom Konzessionsnehmer übernommen werden, sondern – im Relativsatz – dass diese normalerweise in die Zuständigkeit des öffentlichen Auftraggebers fallen. Dass zur Auslegung eines Artikels einer Richtlinie nur die Erwägungsgründe herangezogen werden könnten, die sich unmittelbar auf diesen Artikel beziehen, findet in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union keine Stütze. Erwägungsgründe, die auch der Umsetzung des Art. 296 Abs. 2AEUV dienen, werden als Präambel mit dem Richtlinientext veröffentlicht, ohne dass eine genaue Zuordnung zu den einzelnen Artikeln oder Titeln des Normtextes erfolgen würde. Bei der Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht nur ihr Wortlaut, sondern auch ihr Zusammenhang und die Ziele zu berücksichtigen, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden. In diesem Sinne ist der verfügende Teil eines Unionsrechtsakts untrennbar mit seiner Begründung verbunden und erforderlichenfalls unter Berücksichtigung der Gründe auszulegen, die zu seinem Erlass geführt haben (vgl. EuGH, Urt. v. 7. Oktober 2010, C-162/09 – Lassal, NVwZ 2011, 32 Rn. 49). Der Ansicht der Antragstellerin, dass der Erwägungsgrund68 für die Begriffsbestimmung der Dienstleistungskonzession in Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU ohne Bedeutung sei, vermag der Senat somit nicht zu folgen.

64

(b) Ein Bezug zu Aufgaben der Gebietskörperschaften wird auch in Art. 2 Abs. 1RL 2014/23/EU hergestellt, wonach die Gebietskörperschaften wählen können, ob sie ihre Aufgaben von öffentlichem Interesse mit eigenen Mitteln oder in Zusammenarbeit mit anderen Körperschaften erfüllen oder sie Wirtschaftsteilnehmer damit betrauen. Zu Recht wendet die Antragstellerin allerdings ein, dass Art. 2 und Erwägungsgrund5RL 2014/23/EU den Begriff der Dienstleistungskonzession nicht definieren, sondern den Grundsatz der Verwaltungsautonomie betreffen. Gleichwohl sind die Regelungen bei der Auslegung der Richtlinie zu berücksichtigen.

65
Die Argumentation der Antragstellerin, der europäische Richtliniengeber habe (in Art. 1 Abs. 2RL 2014/24/EU) unmissverständlich klargestellt, dass der Erwerb oder die Beschaffung von Dienstleistungen durch einen öffentlichen Auftraggeber – in welcher Form auch immer – nicht zwingend einem öffentlichen Zweck dienen müsse, überzeugt in diesem Zusammenhang nicht. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat vielmehr in der Rechtssache Helmut Müller (NZBau 2010, 321) einen weit definierten Beschaffungszweck für die Annahme eines Bauauftrags nicht als ausreichend angesehen, sondern ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Auftraggebers an der Leistung gefordert (vgl. Röwekamp in Röwekamp/Kus/Portz/Friton, GWB, § 103 Rn. 27 ff.). Ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Auftraggebers an einer Leistung kann grundsätzlich auch dann vorliegen, wenn die Leistung keinem öffentlichen Zweck dient. Hier geht es aber um die speziellere Frage, unter welchen Voraussetzungen das zur Annahme einer Dienstleistungskonzession erforderliche unmittelbare wirtschaftliche Interesse des Auftraggebers an einer Dienstleistung anzunehmen ist, die in erster Linie gegenüber Dritten – hier den Festbesuchern – erbracht wird. Dabei ist – wie Satz 1 des Erwägungsgrunds 68 RL 2014/23/EU zeigt – der Bezug der Dienstleistung zu Aufgaben des Auftraggebers in den Blick zu nehmen.

66
Dem öffentlichen Auftraggeber kommt auch dann der „Nutzen“ der Dienstleistung im Sinne des Erwägungsgrunds 11 RL 2014/23/EU zu, wenn er mit Hilfe der Konzession eine eigene Aufgabe gegenüber Dritten erfüllt (vgl. Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, GWB § 105 Rn. 19). Eine Übertragung einer ihm obliegenden Aufgabe auf den Konzessionsnehmer ist dabei nicht erforderlich, es bedarf jedoch eines spezifischen Bezugs zwischen der Dienstleistung und einer Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers, aus dem sich ergibt, dass die Erbringung der Dienstleistung für ihn, den öffentlichen Auftraggeber, von unmittelbarem wirtschaftlichem Interesse ist.

67
(c) Ein Interesse an der Regulierung oder Überwachung der Dienstleistungserbringung ist nicht ausreichend (vgl. Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB § 105 Rn. 19; Wollenschläger in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB § 105 Rn. 48). Ohne Erfolg beruft sich die Antragstellerin auf die Kommentierung von Wollenschläger (a. a. O. Rn. 47), das Beschaffungsinteresse bemesse sich auch danach, ob und inwieweit der Konzessionsgeber spezifische Anforderungen für die Leistungserbringung aufstelle. Denn nach der zitierten Kommentierung darf sich das Interesse nicht in der Regelung oder Überwachung erschöpfen, sondern muss sich auf die Erbringung der Dienstleistung selbst beziehen (vgl. Wollenschläger a. a. O. Rn. 47 und 48). Das Oberlandesgericht Düsseldorf (NZBau 2019, 605 Rn. 29 ff.) hat entschieden, dass die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis für den Betrieb einer Spielhalle nicht das Tatbestandsmerkmal des Betrauens eines Unternehmens mit einer Dienstleistung erfülle, weil der Erlaubnisgeber durch die Erlaubniserteilung keine Dienstleistung beschaffe, die ihm zugutekomme. Weder der Glücksspielstaatsvertrag noch das Ausführungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen wiesen die Errichtung und den Betrieb von Spielhallen dem Land oder den Kommunen als öffentliche Aufgabe zu (Rn. 33). Das Oberlandesgericht Düsseldorf unterscheidet dabei zwischen der öffentlichen Aufgabe, Glücksspiele zu veranstalten und durchzuführen einerseits und der bloßen Genehmigung der Errichtung und des Betriebs von Spielhallen andererseits (Rn. 38). Erforderlich ist nach dieser Entscheidung eine spezifische Aufgabenzuweisung (vgl. Siegel, jurisPR-Verg 6/19 Anm. 2). Entgegen der Ansicht der Antragstellerin lässt sich der Anmerkung zu der Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts (Beschluss vom 1. November 2017, 1 Verg 2/17 – zum Betrieb der Hamburger Spielbank) von Donat/Plauth (VergR 2018, 41 [44 f.]) nicht entnehmen, dass es für die Annahme einer Dienstleistungskonzession allein genüge, wenn das „Wie“ der Ausführung verbindlich geregelt sei. Es wird vielmehr hervorgehoben, dass das Gericht die Ziele des Glücksspielstaatsvertrags, ein ausreichendes

legales Glücksspielangebot sicherzustellen, als eigene staatliche Aufgabe begreife, die sich nicht in einer rein dem Ordnungsrecht zugeordneten Spielaufsichtsfunktion erschöpfe (S. 44).

68
(d) Zumindest ein Indiz für ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers an der Erbringung der Dienstleistung ist eine einklagbare Verpflichtung des Konzessionsnehmers gegenüber dem Konzessionsgeber, die Dienstleistung anzubieten.

69
Die Antragstellerin zieht zwar in Zweifel, dass eine einklagbare Hauptleistungspflicht Tatbestandsvoraussetzung einer Dienstleistungskonzession im Sinne des Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23 EU ist; selbst wenn diese Tatbestandsvoraussetzung – entgegen der im Einklang mit der herrschenden Meinung (vgl. OLG Düsseldorf NZBau 2019, 605 Rn. 45 ff. [juris Rn. 55 ff.]; OLG Celle, Beschluss vom 16. Oktober 2018, 13 Verg 3/18, NZBau 2019, 268 Rn. 12 [juris Rn. 14]; Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB § 105 Rn. 8; Wollenschläger in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB § 105 Rn. 41; Mohr in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, GWB § 105 Rn. 32) stehenden Ansicht der Vergabekammer – nicht bestünde, spräche eine vertraglich festgelegte Betriebspflicht für ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Antragsgegnerin an der Erbringung der Dienstleistung durch die Festbeschicker. Dem steht die in der Literatur vertretene Auffassung (Friton/Stein in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 105 Rn. 22), die die Übertragung des in der Rechtssache Helmut Müller (NZBau 2010, 321) entwickelten unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses und der dafür entwickelten Kriterien auf die Dienstleistungskonzession ablehnt und stattdessen die einklagbare Verpflichtung als die (allein) entscheidende Voraussetzung eines Beschaffungsvorgangs ansieht, im Ergebnis nicht entgegen.

70
(e) Als weiteres Indiz für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession wird es angesehen, wenn die Leistungserbringung nicht auf eine Initiative des Wirtschaftsteilnehmers, sondern auf Nachfrage des öffentlichen Auftraggebers zurückgeht (vgl. Wollenschläger in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB § 105 Rn. 46). Nach einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle (NZBau 2019, 268 [juris Rn. 12]) muss der öffentliche Auftraggeber zur Deckung eines bestimmten Bedarfs entschlossen sein und mit dem Ziel eines Vertragsschlusses mit organisatorischen oder planerischen Schritten zur Durchführung des Beschaffungsvorgangs begonnen haben.

71
Geht die Initiative vom Wirtschaftsteilnehmer aus, spricht dies zwar gegen eine Dienstleistungskonzession im Sinne des Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU, geht die Initiative dagegen vom öffentlichen Auftraggeber aus, ist dies – isoliert betrachtet – als Abgrenzungskriterium aber wenig aussagekräftig. Der Auftraggeber kann die Initiative ergreifen, um einen Beschaffungszweck zu verfolgen, oder er kann sie zu einer Verteilungsentscheidung ergreifen, etwa nach Art. 21GO. Der Umstand, dass die Initiative für die streitgegenständliche Standplatzzuteilung von der Antragsgegnerin ausging, vermag somit ohne das Hinzutreten weiterer für eine Dienstleistungskonzession sprechender Umstände die Anwendbarkeit des 4. Teils des GWB noch nicht zu begründen.

72
d) Entgegen der Ansicht der Vergabekammer ergibt sich der nötige Beschaffungsbezug hier nicht daraus, dass der Betrieb der großen Festhallen auch der Umsetzung des von der Antragsgegnerin als Veranstalterin des Oktoberfests verantworteten Veranstaltungsangebots an die Allgemeinheit dient. Hinsichtlich der streitgegenständlichen Zulassungsverträge fehlt es vielmehr an dem erforderlichen spezifischen Bezug zu einer Aufgabe der Antragsgegnerin.

73
aa) Ohne Erfolg beruft sich die Antragstellerin darauf, im Beschwerdeverfahren sei der Prüfungsumfang beschränkt. Ungeachtet der Frage, ob in dem Vorbringen der Antragsgegnerin in der Beschwerdeerwiderung eine Anschlussbeschwerde zu sehen ist, geht die Annahme der Antragstellerin fehl, der Beschaffungsbezug stehe bestandskräftig fest, weil die Vergabekammer den notwendigen Beschaffungsvorgang angenommen habe und dies in der sofortigen Beschwerde – als für die Antragstellerin günstig – nicht angegriffen worden sei. Letztlich räumt auch die Antragstellerin ein, dass Gegenstand des Beschwerdeverfahrens die Frage sei, ob ein entgeltlicher Vertrag im Sinne von § 105 Abs.

1 Nr. 2GWB a. F. und Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU vorliege. Zu dieser Prüfung gehört nach den oben dargelegten Grundsätzen auch, ob die in den streitgegenständlichen Zulassungsverträgen geregelte Dienstleistung für die Antragsgegnerin von unmittelbarem wirtschaftlichem Interesse ist, weil sie einen spezifischen Bezug zu einer ihrer Aufgaben aufweist.

74
bb) Entgegen der Ansicht der Antragstellerin fehlt es hinsichtlich der streitgegenständlichen Zulassungsverträge an einem so spezifischen Bezug zu einer Aufgabe der Antragsgegnerin, dass ein Beschaffungsbezug anzunehmen wäre.

75
(1) Es ist allgemein anerkannt, dass das Oktoberfest den Charakter einer gemeindlichen öffentlichen Einrichtung im Sinne des Art. 21GO hat (vgl. BayVGH, Beschluss vom 10. Juli 2000, 4 ZE 00.1736, juris; Beschluss vom 11. September 1981, Nr. 4 CE 81 A.1921, NVwZ 1982, 120) und die Gemeinden bei der Ausrichtung traditioneller und traditionsbildender Volksfeste freie Selbstverwaltungsaufgaben und damit Daseinsvorsorge erfüllen (BayVGH, Urt. v. 23. März 1988, 4 B 86.02336, NVwZ-RR 1988, 71; VG Regensburg, Beschluss vom 26. Januar 2022, RO 5 E 21.2248, juris Rn. 115; VG Augsburg, Beschluss vom 7. Juli 2005, Au 5 E 05.629, juris Rn. 40).

76
Zutreffend geht die Vergabekammer davon aus, das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession sei nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Zulassung zum Oktoberfest in der Vergangenheit in Form einer Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung nach Art. 21GO erfolgt sei und die Festhallenbetreiber als Benutzer der öffentlichen Einrichtung Oktoberfest angesehen worden seien. Ob neben den Besuchern des Oktoberfests auch die Festbeschicker als Benutzer im Sinne des Art. 21 Abs. 1 Satz 1GO oder als Konzessionsnehmer anzusehen sind, ist die hier zu entscheidende Frage. Abhängig von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls und der konkreten Ausgestaltung der Zulassungsverträge sind die Festbeschicker entweder Benutzer der öffentlichen Einrichtung, sodass sich die Zulassung zu den Standplätzen nach Art. 21GO richtet, oder sie sind Konzessionsnehmer einer Dienstleistungskonzession im Sinne des § 105 Abs. 1 Nr. 2GWB a. F.

77
(2) Die Initiative für die Zuteilung der Standplätze ging zwar von der Antragsgegnerin aus, dies ist aus den oben dargelegten Erwägungen allein indes nicht ausschlaggebend.

78
(3) Die Verträge, die Gegenstand des Fortsetzungsfeststellungsantrags sind, enthalten keine einklagbare Betriebspflicht. Maßgeblich sind ausschließlich die Verträge in ihrer endgültigen Fassung, durch deren Abschluss sich die Antragsstellerin in ihren Rechten verletzt sieht.

79
(a) Es gehört zu den allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätzen, dass bei der Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen auf den Zeitpunkt des Zugangs der Willenserklärung abzustellen ist (vgl. BGH, Urt. v. 15. Februar 2017, VIII ZR 59/16, WM 2017, 1380 Rn. 23; Urt. v. 5. April 2006, VIII ZR 384/04, WM 2006, 1358 Rn. 12).

80
Eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist gemäß § 133 und § 157BGB so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste. Der Erklärungsempfänger ist verpflichtet, unter Berücksichtigung aller ihm erkennbaren Umstände zu prüfen, was der Erklärende gemeint hat. Entscheidend ist dabei der durch normative Auslegung zu ermittelnde objektive Erklärungswert des Verhaltens des Erklärenden (vgl. BGH, Urt. v. 17. September 2024, X ZR 39/23, BGHZ 241, 238 Rn. 79).

81
Gegenstand der Auslegung sind vorliegend die Zulassungsverträge, die den Beigeladenen mit Schreiben vom 29. Mai 2026 zugeschickt wurden, einschließlich der Betriebsvorschriften (im Folgenden auch: BetrV). Nach § 1 der Musterverträge verpachtet die Antragsgegnerin einer Brauerei einen bestimmten Platz auf der Theresienwiese für eine Festhalle, den die Brauerei wiederum einem Festwirt überlässt (vgl. Mustervertrag Brauereifesthallen, Anlage BF 3) oder die Antragsgegnerin überlässt ihrem Vertragspartner einen

bestimmten Platz auf der Theresienwiese für die Aufstellung einer Festhalle (Mustervertrag sonstige gastronomische Großbetriebe, Anlage BF 4). Nach § 7 der Musterverträge gelten für den Betrieb des Wirtschaftszelts die Betriebsvorschriften.

82
(b) Mit Schreiben vom 29. Mai 2026, mit dem die Antragsgegnerin den zur Zulassung ausgewählten Bewerbern die Vertragsentwürfe zur Unterschrift übersandt hat, hat sie, „um Unklarheiten bei der Vertragsauslegung zu vermeiden“, „klarstellend“ darauf hingewiesen, dass der Vertrag für das Oktoberfest 2026 keine Betriebspflicht enthält.

83
Fehl geht die Annahme der Antragstellerin, dieses Schreiben habe keine gesonderte Rechtswirkung und könne das vertragliche Gesamtgefüge, namentlich die fortgeltenden Betriebsvorschriften zu Öffnungszeiten, Aufbaupflichten, Reservierungsvorgaben und Sanktionsmechanismen weder modifizieren noch in seiner Auslegung verändern. Das Begleitschreiben ist vielmehr Bestandteil des übersandten Vertragsangebots und somit bei der Vertragsauslegung zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urt. v. 6. Dezember 2011, XI ZR 442/10, juris Rn. 29; vgl. auch OLG München, Beschluss vom 21. Februar 2008, Verg 1/08, juris Rn. 26). Der Einwand der Antragstellerin, das Schreiben der Stadtverwaltung vom 29. Mai 2026 könne nicht zur Auslegung herangezogen werden, weil ihm kein wirksamer Stadtratsbeschluss zugrunde liege, verfängt nicht. Auf die von der Antragstellerin gegen die Wirksamkeit des am 11. Mai 2026 im Stadtrat gefassten Beschlusses erhobenen kommunalrechtlichen Bedenken (vgl. Anlage BF 14) kommt es nicht entscheidend an. Wenn die Auffassung der Antragstellerin zuträfe, läge überhaupt kein wirksames Angebot vor, das die Festbeschicker hätten annehmen können.

84
Anhaltspunkte dafür, dass diese Klarstellung nicht dem Willen der Antragsgegnerin entsprechen könnte, waren für die Empfänger dieses Schreibens, insbesondere die Beigeladenen, nicht erkennbar. Die Antragsgegnerin hat vielmehr bereits in der Erwiderung auf den Nachprüfungsantrag vorgetragen, sie beabsichtige nicht, mit den Betreibern der Brauereifesthallen und der sonstigen gastronomischen Großbetriebe eine Betriebspflicht zu vereinbaren oder ihnen in sonstiger Weise verbindlich und rechtlich durchsetzbar aufzuerlegen, die Festhallen zu betreiben.

85
(c) Die Klarstellung im Begleitschreiben ist eindeutig und mit den Regelungen in den Betriebsvorschriften vereinbar.

86
Vor dem Hintergrund des Begleitschreibens mussten die Vertragspartner davon ausgehen, dass sie das Oktoberfest 2026 freiwillig beschicken und nicht zum Betrieb von Festhallen verpflichtet sind. Die Betriebsvorschriften enthalten zwar vereinzelt Formulierungen, die sich auch dahin interpretieren ließen, die Antragsgegnerin gehe von einer Betriebspflicht aus, eine eindeutige Regelung, die die Festbeschicker zum Betrieb insbesondere der Festhallen verpflichten, enthalten sie aber nicht.

87
So spricht – bei einer isolierten Betrachtung – die Formulierung „Geschäfte, die vor der allgemeinen offiziellen Schlussstunde aus triftigen Gründen schließen, …“ in § 34 BetrV unter der Überschrift „Vorzeitige Schließung“ zwar dafür, dass eine vorzeitige Schließung nur aus triftigen Gründen zulässig ist und ansonsten die Festbeschicker verpflichtet sind, ihr Geschäft während der in § 1 BetrV geregelten Öffnungszeiten zu betreiben. Eine ausdrückliche Regelung, unter welchen Voraussetzungen eine „vorzeitige Schließung“ zulässig ist, enthalten die Betriebsvorschriften jedoch weder in § 34 noch an anderer Stelle.

88
In § 1 BetrV sind die Öffnungszeiten, Ausschankzeiten und Musikzeiten festgelegt. Die Vergabekammer führt dazu aus, die Vorschrift regle lediglich, wann die Festhallen geöffnet werden dürften und nicht, dass die Festhallen überhaupt betrieben werden oder dass sie durchgehend während dieser Zeit geöffnet sein müssten. Die dagegen erhobenen Einwände der Antragstellerin erachtet der Senat als nicht durchgreifend. Dass die Betriebsvorschriften nach § 7 der Zulassungsverträge „gelten“, also verbindlich sind, sagt nichts über ihren Inhalt aus. Dass die Betriebsvorschriften nach dieser Vertragsklausel „für den Betrieb“ gelten,

liegt auf der Hand; der Betrieb wird aber entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht in dem Sinne „vorausgesetzt“, dass sich daraus eine Betriebspflicht ergäbe. Auch wenn Zweck der Regelung die Festlegung einheitlicher Öffnungs- und Ausschankzeiten ist, besagt dies noch nichts darüber, ob es sich dabei um maximale Öffnungszeiten handelt oder ob – wie die Antragstellerin meint – sichergestellt werden soll, dass die Besucher nicht „vor teilweise geschlossenen Betrieben“ stehen. Eindeutig ist eine Betriebspflicht in § 1 BetrV somit jedenfalls nicht festgelegt; hinsichtlich des abweichenden Verständnisses des Wirtschaftsreferenten der Antragsgegnerin wird auf die Ausführung unter (d) verwiesen.

89
Wegen des eindeutigen Hinweises in dem Anschreiben vom 29. Mai 2026 ist es ferner ohne Bedeutung, dass aus den Betriebsvorschriften für 2026 nicht erkennbar ist, dass die Überschrift in § 26 BetrV gegenüber den Betriebsvorschriften 2025 geändert und die im Vorjahr unter Absatz 1 enthaltene Regelung nicht übernommen wurde, obwohl auf Seite 2 der Betriebsvorschriften 2026 der Hinweis steht: „Änderungen in den Betriebsvorschriften für das Oktoberfest 2026 im Vergleich zu den Betriebsvorschriften 2025 wurden kursiv + fett dargestellt“. Worin diese Änderung bestand, ist zwischen den Beteiligten streitig und bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Die frühere Regelung ist jedenfalls nicht eindeutig dahin zu verstehen, dass die Festbezieher zum Betrieb ihres Geschäfts verpflichtet wurden. § 26 der Betriebsvorschriften für das Oktoberfest 2025 enthielt zwar in der Überschrift den Begriff „Betriebspflicht“. Aus dem Wortlaut des damaligen Absatzes 1 ergibt sich eine Betriebspflicht aber nicht eindeutig. Die Formulierung „Die Festbezieher*in ist verpflichtet, ihr Geschäft während der Dauer des Festes persönlich zu betreiben. Unterlässt er dies aus eigenem Verschulden, so hat er für jeden Tag, an welchem der Geschäftsbetrieb ganz oder teilweise unterbleibt, eine Vertragsstrafe zu entrichten.“ kann auch dahin verstanden werden, dass der Fokus der Regelung auf der persönlichen Anwesenheit des Festbeziehers liegt, die nur während des (freiwilligen) Betriebs vorgeschrieben ist.

90
Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ergeben sich auch aus den §§ 12, 63 und 72 BetrV keine Anhaltspunkte für die Vereinbarung einer Betriebspflicht. § 12 BetrV regelt, bis wann die Fahrgeschäfte und die sonstigen Geschäfte betriebsfertig aufgestellt sein müssen, und die Abnahme durch den TÜV Süd; die Norm dient der Gewährleistung der Sicherheit auf dem Gelände. § 63 BetrV enthält – verbraucherschützende – Reservierungsbedingungen für gastronomische Betriebe mit Sitzplätzen; es werden beispielsweise Grenzen für die Mindestverzehrhöhe festgelegt und die Einlösbarkeit von Gutscheinen geregelt. Einzuräumen ist allerdings, dass – in der Regel schon vor Beginn des Oktoberfests – bestätigte Reservierungen erwarten lassen, dass der Festwirt das Zelt in diesen Zeiten auch öffnet und betreibt. § 72 BetrV regelt lediglich die Folgen von Verstößen gegen die Betriebsvorschriften.

91
(d) Das vom zuständigen Referenten am 28. April 2026 in der Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Wirtschaft geäußerte Verständnis, aus den in § 1 BetrV festgelegten Öffnungszeiten ergebe sich eine Betriebspflicht, ist für die Auslegung der letztlich abgeschlossenen Zulassungsverträge wegen der eindeutigen Klarstellung im Begleitschreiben irrelevant. Die Behauptung der Antragstellerin im Schriftsatz vom 24. August 2026, sämtliche Verfahrensbeteiligten, auch die Antragsgegnerin selbst, gingen weiterhin übereinstimmend davon aus, dass die Festzeltbetreiber zum Betrieb der Festhallen verpflichtet seien, ist weder mit der Argumentation der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren noch mit der im Begleitschreiben zum Ausdruck gebrachten Klarstellung in Einklang zu bringen.

92
(e) Die Argumentation der Antragstellerin, in der während des laufenden Nachprüfungsverfahrens vorgenommenen Vertragsgestaltung liege eine systematische Umgehung des Vergaberechts, ist für die hier erörterte Frage, ob sich aus den streitgegenständlichen Zulassungsverträgen wegen der Vereinbarung einer Betriebspflicht ein Indiz für einen hinreichenden Bezug der Dienstleistung zu einer Aufgabe der Antragsgegnerin ergibt, ohne Belang. Abzustellen ist zwar auf die „wahre Rechtsnatur“ des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses, diese gilt es aber unter Berücksichtigung aller Umstände zu ermitteln (s. u. [4]). Auf die Ausführungen unter Buchstabe e) wird verwiesen.

93
Unbehelflich ist schließlich – wie bereits erwähnt – der Einwand der Antragstellerin, im Stadtrat sei am 11. Mai 2026 keine wirksame Beschlussfassung über die Betriebsvorschriften 2026 erfolgt. Auch in diesem Fall

wäre keine einklagbare Betriebspflicht vereinbart worden. Die Betriebsvorschriften gelten jeweils nur für das Jahr, in dem sie erlassen worden sind. Die Argumentation der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung mit einer seit Jahrzehnten bestehenden „Beschlusslage des Stadtrats“ überzeugt daher nicht. Im Übrigen ist die Interpretation des § 26 Abs. 1 in der für das Jahr 2025 geltenden Fassung der Betriebsvorschriften – wie ausgeführt – nicht in dem von der Antragstellerin verstandenen Sinn eindeutig, dass dort eine Betriebspflicht geregelt ist.

94
(4) Weder aus den Betriebsvorschriften, die einen Ordnungsrahmen für den Betrieb regeln, noch aus den sonstigen Umständen ergibt sich ein spezifischer Bezug des Betriebs der Festhallen zu der von der Antragsgegnerin übernommenen Aufgabe, das Oktoberfest zu veranstalten, im Sinne eines Beschaffungsbezugs.

95
(a) Allein dadurch, dass die Antragsgegnerin als Veranstalterin des Oktoberfests auch den Betrieb der Festzelte regelt, bringt sie nicht zum Ausdruck, an diesem Betrieb ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse zu haben. Dass sich die Betriebsvorschriften auf den Betrieb auch der Festzelte beziehen, liegt – wie ausgeführt – auf der Hand, ist aber noch wenig aussagekräftig. Gleiches gilt für die im Leitfaden für die Bewerbung für das Oktoberfest 2026 bekanntgegebenen Bewertungskriterien.

96
(aa) Die Betriebsvorschriften, die Bestandteil der streitgegenständlichen Verträge sind, sollen im Wesentlichen einen geordneten Ablauf des Oktoberfests sicherstellen. Sie enthalten zwar u. a. detaillierte Regelungen für den Festzeltbetrieb, die – neben anderen Vorschriften – zum Gelingen des Fests beitragen sollen. Durch sie wird aber kein spezifischer Bezug zu der Aufgabe der Antragsgegnerin „Veranstaltung des Oktoberfests“ in dem Sinne hergestellt, dass von einem unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des öffentlichen Auftraggebers auszugehen wäre. Dies gilt sowohl hinsichtlich einzelner Regelungen, wie insbesondere denen zu Öffnungs- und Schankzeiten, als auch hinsichtlich der Regelungen in ihrer Gesamtschau. Mit den Betriebsvorschriften wird das Benutzerverhältnis – jedenfalls im Verhältnis zu den Besuchern – ausgestaltet.

97
Diejenigen Betriebsvorschriften, die der Sicherheit und Ordnung dienen, sind Ausdruck der Rolle der Antragsgegnerin als Veranstalterin. Mit ihnen werden auch haftungsrechtliche Aspekte (vgl. z. B. § 29 BetrV) geregelt. Vorschriften, die die Festwirte beispielsweise verpflichten, bestimmte bauliche Anforderungen oder Hygieneanforderungen einzuhalten, dienen den Interessen der Besucher. Die Bedeutung solcher Regelungen wird dadurch unterstrichen, dass Beanstandungen, die insbesondere die Zuverlässigkeit der Festbeschicker betreffen, Auswirkungen auf eine künftige Zulassung haben können (vgl. §§ 33, 55, 74 BetrV). Dies steht mit dem Bewertungskriterium „Vertragserfüllung“ im Einklang, bei dem die Zahl der Zulassungen zum Oktoberfest oder zur Oiden Wiesn ohne Beanstandungen sowie die Einhaltung der Betriebsvorschriften bewertet werden.

98
Auch die Reservierungsbedingungen in § 63 BetrV (s. o. [3] [c]) dienen den Interessen der Besucher, sprechen aber nicht für ein spezifisches Interesse der Antragsgegnerin am Betrieb der Festzelte.

99
Die Regelungen zu den Öffnungs- und Schankzeiten in § 1 BetrV, auf die die Antragstellerin sich explizit bezieht, sollen zum einen für die Besucher einen verlässlichen Rahmen bilden, ohne dass sich daraus eine „Betriebspflicht“ der Festwirte ergäbe (s. o. [3]). Zum anderen legen sie – auch im Interesse der Anwohner – zeitliche Grenzen fest.

100
Auch die Vorschriften, die nicht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienen, wie z. B. die detaillierten Regelungen zum Bierausschank in § 51 BetrV, haben jedenfalls auch die Interessen der Besucher im Blick. Diese Regelungen führen dazu, dass das Oktoberfest – wie die Antragstellerin ausführt – von den Besuchern als Veranstaltung „mit einem bestimmten, traditionsgeprägten Gesamtbild“ wahrgenommen wird. Einzuräumen ist, dass in diesen Regelungen nicht nur ein Interesse des öffentlichen Auftraggebers an der Regulierung der Dienstleistung zum Ausdruck kommen dürfte, das – wie ausgeführt – nicht genügt, um

einen „Nutzen“ im Sinne des Erwägungsgrunds 11 RL 2014/23/EU anzunehmen, sondern ein Interesse an der Dienstleistung. Auch wenn in den Betriebsvorschriften insgesamt ein „Konzept“ für das Oktoberfest zum Ausdruck kommt, „bedient“ sich die Antragsgegnerin entgegen der von der Antragstellerin vertretenen Ansicht nicht der Festzeltbetreiber, um die Ausrichtung des Oktoberfests in ihrem Sinne und nach ihrem Konzept zu realisieren. Die Antragsgegnerin stellt vielmehr mit den Betriebsvorschriften im Wesentlichen den geordneten Ablauf des Oktoberfests sicher. Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, wie detailliert diese Regelungen sind, sondern darauf, was geregelt wird.

101
Die Argumentation der Antragstellerin, die Antragsgegnerin wolle mit dem Abschluss der Zulassungsverträge auch der Allgemeinheit den Bierzeltbetrieb zur Verfügung stellen und für diesen gleichzeitig bestimmte im Allgemeininteresse liegende Anforderungen verbindlich vorgeben, greift somit nicht durch.

102
(bb) In den Bewertungskriterien, die für die Auswahl der Bewerber für das Oktoberfest 2026 gelten, kommt ebenfalls das Interesse der Antragsgegnerin als Veranstalterin zum Ausdruck, durch die Auswahl der Bewerber einen gelungenen Ablauf des Oktoberfests sicherzustellen. Es werden – wie erwähnt – insbesondere die Vertragserfüllung und die Durchführung („wie und mit welchem Engagement die Bewerber*in ihr Geschäft betreibt und für eine ordnungsgemäße Abwicklung sorgt“) bewertet.

103
Die Geltung entsprechender Bewertungskriterien in den Folgejahren unterstellt, ergäbe sich daraus ebenso wenig wie aus den Betriebsvorschriften ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Antragsgegnerin am Betrieb der Festzelte. Bewertet wird das „Wie“ des Betriebs, der als Grundlage der Bewertung vorausgesetzt wird. Dass die Festbeschicker auch im Hinblick auf die Bewertungskriterien ein Interesse daran haben werden, ihr Geschäft ohne Beanstandungen zu betreiben, um ihre Chancen für eine Bewerbung in den Folgejahren zu erhöhen, fällt letztlich mit ihrem wirtschaftlichen Interesse zusammen (s. u. [b] [ee]), das aber für ein Beschaffungsinteresse der Antragsgegnerin keine Aussagekraft hat. Dies gilt hinsichtlich aller im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 23. September 2026 von der Antragstellerin genannten Bewertungskriterien.

104
(b) Auch unter Berücksichtigung der Interessen der Antragsgegnerin, die durchaus einräumt, der Betrieb der Festhallen sei von ihr erwünscht, ist ein Beschaffungsbezug nicht erkennbar.

105
(aa) Dadurch, dass die Antragsgegnerin freiwillig die Veranstaltung des Oktoberfests als Aufgabe übernommen hat, hat sie nicht alle damit im Zusammenhang stehenden Tätigkeiten übernommen, ungeachtet der Fragen, ob sie dies durch Errichtung eines gemeindlichen Unternehmens nach dem Kommunalwirtschaftsrecht dürfte und ob dies bei der Prüfung der Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession beachtlich wäre. Die Antragsgegnerin hat sich bewusst auf die Ausrichtung des Oktoberfests als Ganzes beschränkt.

106
Der Ansicht, dem Festwirt werde aus „dieser öffentlichen Aufgabe“ (Veranstaltung eines Volksfests) ein Ausschnitt zur eigenverantwortlichen Erledigung übertragen (vgl. Donhauser NVwZ 2010, 931/935; vgl. auch unter Berufung auf Donhauser jeweils nicht tragend: VG München, Beschluss vom 13. Juni 2022, M 7 E 22.2825, juris Rn. 28; Beschluss vom 28. Juni 2021, M 7 E 21.159 juris Rn. 34), folgt der Senat für die vorliegende Fallkonstellation nicht.

107
Der Festzeltbetrieb ist kein Ausschnitt der Aufgabe „Veranstaltung des Oktoberfests“, sondern etwas anderes. Die Gesamtorganisation einer Veranstaltung ist etwas anderes als die wirtschaftliche Betätigung im Rahmen der von der Veranstalterin zur Verfügung gestellten Möglichkeiten. Diese Unterscheidung ist entgegen der von Antragstellerin vertretenen Ansicht nicht „künstlich“ und damit unbeachtlich (s. u. e]).

108
(bb) Als nicht durchgreifend erachtet der Senat die Argumentation der Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe ein sogenanntes „funktionales Eigeninteresse“ an dem Abschluss der streitgegenständlichen

Zulassungsverträge und damit einen „Nutzen“, weil sie Veranstalterin des Oktoberfests sei und die großen Bierzelte das charakteristische Merkmal des Oktoberfests seien. Die Antragsgegnerin könne es sich – so die Antragstellerin – „vor der Welt auf keinen Fall leisten“, dass einer der Standplätze für die traditionellen Brauereifesthallen leer bliebe. Der Betrieb der großen Festhallen sei für die Attraktivität des Oktoberfests und seine Tradition von überragender Bedeutung, er bilde das „Herzstück der Veranstaltung“.

109
Der Festzeltbetrieb ist zwar ein zentrales Element des Oktoberfests, dessen Bedeutung nicht im Einzelnen bewertet werden muss. Daraus allein ergibt sich aber entgegen der Ansicht der Antragstellerin noch kein hinreichender Bezug zur Erfüllung der von der Antragsgegnerin übernommenen Aufgabe „Veranstaltung des Oktoberfests“. Die Antragsgegnerin bietet vielmehr als Veranstalterin des Oktoberfests Wirtschaftsteilnehmern den Raum und die Möglichkeit, sich auf der Festwiese – unter Beachtung der Betriebsvorschriften – zu betätigen. Sie stellt damit den Rahmen zur Verfügung, ohne sich selbst die dort angebotenen Dienstleistungen zu beschaffen. Dass die Antragsgegnerin aufgrund begrenzter Flächen auf der Festwiese nur eine begrenzte Zahl von Zulassungsverträgen vergeben kann, führt entgegen der Ansicht der Antragstellerin weder zu einer „strukturellen und faktischen Betriebspflicht“ der Festzeltbetreiber noch zu einem Beschaffungsbezug. Folge dieses begrenzten Angebots – wenn es am erforderlichen Beschaffungsbezug fehlt – ist vielmehr, dass die Antragsgegnerin eine Auswahlentscheidung nach sachlichen Kriterien unter Beachtung des Gleichheitssatzes zu treffen hat (vgl. BayVGH, Beschl. v. 28. Juni 2024, 4 CE 24.1023, juris Rn. 24; Beschluss vom 11. Februar 2019, 4 ZB 18.378, juris Rn. 16; jeweils m. w. N.).

110
(cc) Dem in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag, der Antragsgegnerin aufzugeben, das Sicherheitskonzept für das Oktoberfest 2026 vorzulegen, war nicht zu entsprechen. Es kann als wahr unterstellt werden, dass „das Szenario nicht geöffneter Festzelte“ nicht im Sicherheitskonzept abgebildet ist. Daraus, dass die Antragsgegnerin als Veranstalterin auch ihrem Sicherheitskonzept den – von ihr erwünschten – Betrieb der Festhallen zugrunde legt, ergeben sich keine Anhaltspunkte für einen Beschaffungsbezug.

111
Wie oben unter (a) ausgeführt, liegt den Betriebsvorschriften die Annahme der Antragsgegnerin zugrunde, dass die Festbeschicker die Festzelte während der Öffnungszeiten öffnen und betreiben. Gleiches kann für das Sicherheitskonzept unterstellt werden, zu dem die Antragsgegnerin in der Beschwerdeerwiderung vom 5. Juni 2026 ausführt, es basiere maßgeblich auch auf den individuellen Sicherheitskonzepten der Festbeschicker für deren jeweilige Einrichtung und beinhalte u. a. die Ordnerkonzepte der Festhallen und das Ordnungsdienstkonzept des durch die Antragsgegnerin beauftragten Sicherheitsdienstes, insbesondere für die Besucherstromlenkung, Überfüllungs- oder Räumungsszenarien, Reservierungswechsel und den damit verbundenen erhöhten Andrang in bzw. Abdrang aus den Zelten durch Besucher des Oktoberfests zum Ablauf des einen und Beginn des nächsten Reservierungszeitfensters.

112
Unter Sicherheitsaspekten kommt es entscheidend auf die Besucherstromlenkung an. Wie es im Vergleich zu Räumungsszenarien oder zum Zeitpunkt des Wechsels der Reservierungen dadurch zu einem erhöhten Besucherstrom kommen könnte, dass ein Festzelt nicht öffnet oder früher schließt, erschließt sich dem Senat im Übrigen nicht.

113
(dd) Auch finanzielle Aspekte vermögen einen spezifischen Bezug des Festzeltbetriebs zu der Aufgabe der Antragsgegnerin, das Oktoberfest zu veranstalten, nicht zu begründen.

114
Die Verpflichtung zur Zahlung eines Pachtzinses an sich ist unspezifisch; sie ist regelmäßig auch in nicht der europaweiten Ausschreibungspflicht unterfallenden reinen Pachtverträgen enthalten. Die Antragstellerin argumentiert, die Antragsgegnerin wolle mit dem Abschluss der Zulassungsverträge Einnahmen generieren und damit ihre Veranstaltungskosten decken (sog. „wirtschaftliches Eigeninteresse“). Sie verweist insbesondere auf die Regelung in § 2 der Musterverträge, wonach der Vertragspartner an die Antragsgegnerin eine Umsatzpacht, mindestens aber eine Mindestpacht zahlt. Mit dieser Regelung, die für die Antragsgegnerin gewisse Kalkulationsrisiken birgt, soll der Mittelbedarf für die Veranstaltung des

Oktoberfests gedeckt werden. Ausweislich der als Anlage BF 23 vorgelegten Sitzungsvorlage Nr. 14-20/ V 11548, die die Finanzierung des Oktoberfests ab 2018 betrifft, sollte bei der damals vorgenommenen Erhöhung der Umsatzpacht die Leistungsfähigkeit der Betriebe stärker berücksichtigt werden. Für die gastronomischen Großbetriebe (Festhallen) wurde sie auf 7,8% erhöht. Dieser Prozentsatz gilt auch für die streitgegenständlichen Verträge (§ 2.3). Auch wenn der in den Festhallen generierte Umsatz somit für die Antragsgegnerin von wirtschaftlicher Bedeutung ist, begründet dies noch keinen ausreichenden spezifischen Bezug des Festzeltbetriebs zu der Aufgabe „Veranstaltung des Oktoberfests“. Dass die Antragsgegnerin als Veranstalterin ein Interesse an einer kostendeckenden Durchführung des Oktoberfests hat, liegt auf der Hand. Dem wird aber auch – jedenfalls in gewissem Umfang – durch die Mindestpacht Rechnung getragen, die unabhängig vom Umsatz und damit unabhängig vom Betrieb der Festzelte anfällt.

115
(ee) Unerheblich ist insoweit auch, ob – wie die Antragstellerin im Zusammenhang mit dem Erfordernis einer Betriebspflicht meint – die Dienstleistung so lukrativ ist, dass eine Einstellung des Betriebs objektiv von vornherein nicht zu erwarten sei. Die Argumentation, dass mit der Erbringung dieser Dienstleistung für den Konzessionsnehmer ein außergewöhnlich hoher wirtschaftlicher Wert und eine außergewöhnliche Gewinnerwartung verbunden sei und gerade solche Verträge vom Sinn und Zweck der RL 2014/23/EU erfasst sein sollten, verfängt nicht. Daraus, dass nach Art. 1 Abs. 1RL 2014/23/EU diese Richtlinie nur für Verfahren zur Beschaffung im Wege von Konzession gilt, deren geschätzter Wert mindestens den in Art. 8RL 2014/23/EU festgesetzten Schwellenwert erreicht, ergibt sich nicht, dass bei Erreichen des Schwellenwerts ohne Weiteres von einer Dienstleistungskonzession im Sinne dieser Richtlinie auszugehen wäre. Für nicht durchgreifend erachtet der Senat daher die Argumentation der Antragstellerin, wegen des außergewöhnlich hohen wirtschaftlichen Werts der Dienstleistung für den Konzessionsnehmer wäre es mit dem Gebot, die praktische Wirksamkeit der Richtlinie zu gewährleisten, unvereinbar, für die hier in Rede stehenden Zulassungsverträge eine nach der RL 2014/23/EU relevante Beschaffung abzulehnen. Aus dem Umstand, dass die Festbeschicker ein wirtschaftliches Interesse am durchgängigen Betrieb der Festzelte haben werden, ergibt sich nicht auch ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Antragsgegnerin am Betrieb der Festzelte. Die Argumentation der Antragstellerin mit den tatsächlichen Gegebenheiten bzw. einer „faktischen Betriebspflicht“ erachtet der Senat somit nicht als durchgreifend, wobei nicht verkannt wird, dass die Argumentation der Antragstellerin im Wesentlichen darauf abzielt, der Betrieb der großen Festhallen diene nicht nur privaten Erwerbszwecken der Betreiber, sondern der Umsetzung des von der Antragsgegnerin verantworteten Veranstaltungsangebots (s. o. [bb]).

116
(ff) Unbehelflich ist schließlich die von der Antragstellerin – im Zusammenhang mit dem Erfordernis einer Betriebspflicht – vorgetragene Argumentation, die formale Regelung einer verbindlichen Pflicht zur Ausführung der Dienstleistung sei dann nicht zu verlangen, wenn nach der gebotenen Gesamtbetrachtung die Ausführung der Dienstleistung der zentrale Grund für den Vertragsschluss und diese von beiden Seiten auch angestrebt und beabsichtigt sei. Der in diesem Zusammenhang auszugsweise vorgelegte Hinweisbeschluss des Oberlandesgerichts München (Anlage BF 17) ist für die vorliegende Fragestellung ohne Aussagekraft.

117
(gg) Auch wenn der Festzeltbetrieb ein zentrales Element des Oktoberfests ist, fehlt es somit bei der gebotenen wertenden Gesamtbetrachtung entgegen der Ansicht der Antragstellerin an einem hinreichenden Bezug zur Erfüllung der von der Antragsgegnerin übernommenen Aufgabe „Veranstaltung des Oktoberfests“.

118
(5) Zu keinem anderen Ergebnis führt schließlich die Berufung der Antragstellerin auf Art. 106 Abs. 2AEUV.

119
Sie argumentiert unter Berufung auf Donat/Plauth (VergabeR 2018, 41), mit der Verwendung des Begriffs „betraut“ verwiesen der Richtliniengeber und der nationale Gesetzgeber auf die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gemäß Art. 106 Abs. 2AEUV. Daraus folgert sie, dass es für eine Beschaffung im Sinne der RL 2014/23/EU keiner Aufgabenübertragung bedürfe (wovon auch der Senat ausgeht), sondern es genüge, wenn mit dem Vertrag eine dem Allgemeinwohl dienende wirtschaftliche Tätigkeit übertragen werde und für diese verbindliche Bedingungen in Bezug auf Qualität, Sicherheit,

Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universalen Zugang geregelt würden. Danach genüge für den Beschaffungsbezug, wenn eine wirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem Interesse übertragen werde und das „Wie“ dieser Dienstleistung im vorstehenden Sinne verbindlich vorgegeben werde. Dies findet allerdings schon in der Urteilsanmerkung von Donat/Plauth keine Stütze, in der darauf abgestellt wird, dass der Konzessionsgeber Spielbanken „zur Verfolgung der Ziele des GlüStV“ benötige.

120
Ob es sich um eine im allgemeinen Interesse liegende Dienstleistung handelt, ist für die Einordnung als Dienstleistungskonzession im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU nicht entscheidend (vgl. Wollenschläger in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB § 105 Rn. 48, 81). Nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse fallen nach Art. 4 Abs. 2RL 2014/23/EU nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Die Vergabe von Konzessionen für wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse wird dagegen vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst (vgl. Wollenschläger a. a. O. Rn. 82) – vorausgesetzt, es handelt sich um eine Dienstleistungskonzession im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU. Für die Beurteilung dieser Frage, d. h. konkret, ob im vorliegenden Fall der nötige Beschaffungsbezug gegeben ist, hat die Vorschrift des Art. 106 Abs. 2AEUV keine Relevanz.

121
Art. 106 Abs. 2AEUV soll das Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen als Instrument der Wirtschafts- oder Sozialpolitik mit dem Interesse der Union an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Binnenmarkts in Einklang bringen (vgl. EuGH, Urt. v. 10. Juli 2025, C-254/23, juris Rn. 59). Die Mitgliedstaaten sind daher berechtigt, unter Beachtung des Rechts der Union den Umfang und die Organisation ihrer Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu bestimmen. Sie können insbesondere Ziele berücksichtigen, die ihrer nationalen Politik eigen sind (EuGH a. a. O. Rn. 60). Damit stellt Art. 106 Abs. 2AEUV mit Blick auf den grundsätzlichen Geltungsanspruch des europäischen Wettbewerbsrechts eine Ausnahmebestimmung dar und ist insofern insbesondere von EUbeihilfenrechtlicher Bedeutung. Art. 106 Abs. 2AEUV ist die zentrale Regelung für mitgliedstaatliche Ausgleichszahlungen zugunsten von sogenannten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Sie bestimmt, unter welchen Voraussetzungen derartige „Daseinsvorsorge-Beihilfen“ EUbeihilfenrechtskonform gewährt werden dürfen (Koenig/Paul in Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 106 Rn. 37).

122
e) Die von der Antragsgegnerin gewählte Gestaltung der Zulassungsverträge, die keine Betriebspflicht der Vertragsnehmer regeln, ist eine zulässige Vertragsgestaltung und keine Umgehung.

123
aa) Nach Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/23/EU, der in § 14KonzVgV in nationales Recht umgesetzt worden ist, darf das Konzessionsvergabeverfahren – einschließlich der Schätzung des Vertragswerts – nicht mit der Absicht konzipiert werden, es vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie auszunehmen oder bestimmte Wirtschaftsteilnehmer beziehungsweise bestimmte Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen auf unzulässige Weise zu bevorzugen oder zu benachteiligen.

124
In Erwägungsgrund68RL 2014/23/EU wird der große Spielraum, der einem öffentlichen Auftraggeber bei der Festlegung und Durchführung des Verfahrens zur Auswahl des Konzessionsnehmers belassen wird, betont, jedoch unter der Bedingung der „Einhaltung dieser Richtlinie und der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung“, was voraussetzt, dass „grundlegende Garantien in Bezug auf das Vergabeverfahren vorgeschrieben werden, […] um eine unfaire Behandlung potenzieller Bewerber zu vermeiden“ (vgl. EuGH, Urt. v. 5. Februar 2026, C-810/24 – Urban Vision, juris Rn. 51).

125
Bei der ersten Variante des Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/23/EU bzw. § 14KonzVgV (Herausnahme aus dem Anwendungsbereich) steht vor allem die Berechnung des geschätzten Vertragswerts im Raum, die explizit in § 2 Abs. 2KonzVgV geregelt ist (vgl. Wenzel in BeckOK Vergaberecht, Stand 15. Mai 2026, KonzVgV § 14).

126

Hier geht es um die Abgrenzung von zulässiger Rechtsgestaltung und unzulässiger, rechtsmissbräuchlicher Umgehung. Ein Umgehungsgeschäft liegt vor, wenn unter Ausnutzung der Gestaltungsfreiheit ein Erfolg erzielt werden soll, der in Widerspruch zu der Zielsetzung gesetzlicher Vorschriften steht (vgl. Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, vor §§ 97 ff. GWB Rn. 170). Der Gerichtshof der Europäischen Union hat beispielsweise einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag angenommen, der über eine mehrere gesonderte Schritte umfassende „künstliche Konstruktion“ vergeben wurde, und ausgeführt, das mit der RL 92/50/EWG verfolgte Ziel, nämlich die Dienstleistungsfreiheit und die Öffnung für den unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten, wäre gefährdet, wenn die öffentlichen Auftraggeber eine Verfahrensgestaltung wählen könnten, die die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge an gemischtwirtschaftliche Unternehmen verschleiern soll (EuGH, Urt. v. 10. November 2005, C-29/04 – Mödling, NZBau 2005, 704 Rn. 40 – 42). Der Grundsatz des Verbots von Rechtsmissbrauch stellt einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts dar. Die Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens verlangt das Vorliegen eines objektiven und eines subjektiven Tatbestandsmerkmals. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (vgl. EuGH, Urt. v. 1. August 2025, C-422/23, Rn. 153 ff.; Urt. v. 12. September 2013, C-434/12 – Slancheva sila, juris Rn. 29; Urt. v. 14. Dezember 2000, C-110/99 – Emsland-Stärke, juris Rn. 52 f.) muss sich aus einer Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergeben, dass trotz formaler Einhaltung der einschlägigen rechtlichen Bedingungen das Ziel der Regelung nicht erreicht wurde (objektives Tatbestandsmerkmal) und es muss aus einer Reihe objektiver Anhaltspunkte ersichtlich sein, dass wesentlicher Zweck der fraglichen Handlungen die Erlangung eines ungerechtfertigten Vorteils ist (subjektives Tatbestandsmerkmal). Diese Grundsätze können auf § 14KonzVgV übertragen werden (vgl. Braun NVwZ 2018, 652).

127
bb) Der Zweck der RL 2014/23/EU besteht nach deren Erwägungsgrund1 darin, einen angemessenen, ausgewogenen und flexiblen Rechtsrahmen für die Konzessionsvergabe zu schaffen, der den tatsächlichen, diskriminierungsfreien Marktzugang aller Wirtschaftsteilnehmer in der Union und Rechtssicherheit gewährleistet. Aus den Regelungen in der Richtlinie und den weiteren Erwägungsgründen ist ersichtlich, dass nicht alle denkbaren Konstellationen als Dienstleistungskonzession angesehen werden sollen. Erforderlich für die Annahme einer Dienstleistungskonzession ist vielmehr stets ein Beschaffungsbezug (s. o. c]).

128
Aus der Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergibt sich kein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Antragsgegnerin. Lässt sich wie vorliegend weder aus den Verträgen noch aus den sonstigen Umständen ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers ableiten (s. o. d] bb]), ist für die Annahme, in der nicht gewollten vertraglichen Verpflichtung des Vertragspartners zur Durchführung der Dienstleistung liege eine Umgehung des Anwendungsbereichs der Richtlinie, kein Raum. Insbesondere aus der Änderung von § 26 BetrV im Vergleich zu den in den Vorjahren geltenden Regelungen ergeben sich – entgegen der Ansicht der Vergabekammer – keine objektiven Anhaltspunkte für eine rechtsmissbräuchliche Umgehung des Anwendungsbereichs der RL 2014/23/EU.

129
Keiner abschließenden Entscheidung bedarf die Frage, ob § 26 Abs. 1 BetrV a. F. eine allgemeine Regelung zur Betriebspflicht enthielt oder – wie die Antragsgegnerin meint - nur die persönliche Anwesenheit während des nicht zwingend vorgeschriebenen Betriebs regelte. Der Senat hält die von der Antragsgegnerin vertretene Ansicht – wie ausgeführt – zumindest für vertretbar.Vor diesem Hintergrund ist auch die Argumentation der Antragsgegnerin für den Senat ohne Weiteres nachvollziehbar, die bisherige Regelung § 26 Abs. 1 BetrV sei gestrichen worden, weil die darin geforderte durchgehende persönliche Anwesenheit des Betreibers in der Vergangenheit von den Festbeschickern kritisiert worden sei, und mit der Streichung sei „lediglich noch deutlicher“ als bisher zum Ausdruck gebracht worden, dass die Antragsgegnerin nichts beschaffe. Unbehelflich ist somit der Einwand der Antragstellerin, es hätte auch nur das Wort „persönlich“ gestrichen und die Betriebspflicht im Übrigen beibehalten werden können. Diese Argumentation setzt voraus, dass die Antragsgegnerin von einer vertraglich vereinbarten Betriebspflicht ausging, es handelt sich somit um einen Zirkelschluss.

130
Der sich aus den von der Antragstellerin vorgelegten gutachterlichen Stellungnahmen ergebenden Ansicht, „Standplatzvergabe und Festlegung der Öffnungszeiten mit zumindest faktisch notwendigem

Festzeltbetrieb“ seien als „ausschreibungspflichtige Einheit“ zu sehen, folgt der Senat nicht. Anders als in dem der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zugrunde liegenden Fall Mödling (EuGH NZBau 2005, 704) handelt es sich vorliegend nicht um eine „künstliche Konstruktion“. Der ausdrücklich erklärte Wille der Antragsgegnerin, im Jahr 2026 keine Betriebspflicht vertraglich zu vereinbaren, steht weder im Widerspruch zu den Betriebsvorschriften noch den sonstigen Umständen, aus denen sich – wie ausgeführt – kein Beschaffungsbezug ergibt. Auch aus dem Umstand, dass die Antragsgegnerin die Betriebsvorschriften für das Oktoberfest 2026 während des laufenden Nachprüfungsverfahrens erarbeitete und dabei gegenüber den in den Vorjahren geltenden Vorschriften Änderungen vornahm, ergeben sich keine für eine Umgehung sprechenden objektiven Anhaltspunkte. Die Betriebsvorschriften werden jährlich beschlossen, was den von der Antragstellerin hervorgehobenen „unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit einem Nachprüfungsverfahren“ bereits relativiert. Der öffentliche Auftraggeber ist außerdem bei wiederkehrenden Veranstaltungen wie etwa dem Oktoberfest nicht verpflichtet, jeweils die gleichen Vertragsklauseln zu wählen. Erkennt er, dass bislang verwendete Formulierungen auslegungsbedürftig sind, ist eine Überarbeitung kein Indiz für eine Umgehung. Auf die von der Antragstellerin im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 23. September 2026 nochmals zusammengefassten zeitlichen Abläufe kommt es somit nicht entscheidend an.

131
Nicht nur die Bestimmung des Beschaffungsgegenstands, sondern auch die Entscheidung, ob etwas beschafft werden soll, unterliegt der Beschaffungsautonomie des öffentlichen Auftraggebers. Das Vergaberecht regelt grundsätzlich nicht das „Ob“ und „Was“ einer Beschaffung, sondern nur die Art und Weise, also das „Wie“ dieser Beschaffung (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom13. April 2016, Verg 47/15, NZBau 2016, 656 Rn. 18 [juris Rn. 20]; VK Südbayern, Beschluss vom 19. April 2018, Z3-3-3194-1-61-12/17, juris Rn. 119; Stein/Wolf in BeckOK Vergaberecht, Stand: 1. Mai 2024, GWB § 121 Rn. 7).

132
3. Der Senat ist nicht zu einer Vorlage nach Art. 267 Abs. 3AEUV an den Gerichtshof der Europäischen Union verpflichtet.

133
a) Es steht zur Überzeugung des Senats mit der nach der „acteclair-Doktrin“ beziehungsweise „acte-éclairé-Doktrin“ erforderlichen Gewissheit (vgl. EuGH, Urt. v. 9. September 2015, C-160/14, EuZW 2016, 111 Rn. 38; Urt. v. 6. Oktober 1982, 283/91 – CILFIT, NJW 1983, 1257 [1258, juris Rn. 16]) fest, dass die vorstehende Auslegung von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU in Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union steht, insbesondere das Urteil vom 25. März 2010 (NZBau 2010, 321 – Helmut Müller) insoweit auf Dienstleistungskonzessionen übertragbar ist, als die Dienstleistung, die Gegenstand der Konzession ist, ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse für den öffentlichen Auftraggeber bedeuten muss (EuGH a. a. O. Rn. 48) und die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für vernünftige Zweifel kein Raum bleibt. Auf die Ausführungen unter 2. c) bb) (1) (b) wird Bezug genommen.

134
Gegen die in der mündlichen Verhandlung geäußerte vorläufige Einschätzung des Senats, zur Auslegung des Begriffs des „Nutzens“ im Erwägungsgrund11RL 2014/23/EU könne auf die Entscheidung Helmut Müller zurückgegriffen werden, wobei auch der Bezug der Leistung zur Erfüllung einer Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers zu berücksichtigen sei, hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung zwar eingewandt, dies sei ohne eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union „unhaltbar“. Diesen Einwand erachtet der Senat aber als nicht durchgreifend. Die Antragstellerin folgert aus dem Erwägungsgrund11RL 2014/23/EU, es komme für den „erforderlichen Beschaffungsbezug“ nicht darauf an, dass mit einem Konzessionsvertrag die Erfüllung einer Aufgabe des Konzessionsgebers übertragen werde (S. 7 f. des Schriftsatzes vom 16. Juni 2026, Bl. 203 f. d. A.). Insoweit folgt der Senat der Rechtsansicht der Antragstellerin. Sie argumentiert ferner, der Festzeltbetrieb weise einen „hinreichenden Bezug“ zur Erfüllung der von der Antragsgegnerin im öffentlichen Interesse wahrgenommenen Aufgabe „Veranstaltung des Oktoberfests“ auf (S. 27 der sofortigen Beschwerde, Bl. 27 d. A.; S. 8 des Schriftsatzes vom 16. Juni 2026, Bl. 204 d. A.). Nach Ansicht des Senats muss die Dienstleistung einen so „spezifischen Bezug“ zu einer Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers aufweisen, dass deren Erbringung für ihn von unmittelbarem wirtschaftlichem Interesse ist. Dass der Senat die Entscheidung, ob diese Voraussetzung hier gegeben ist, anders beurteilt als die Antragstellerin, begründet keine Vorlagepflicht. Der Gerichtshof der Europäischen

Union hat zwar im Rahmen der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen ihm und den nationalen Gerichten den Sachverhalt und die Rechtslage zu berücksichtigen, in die sich die vom vorlegenden Gericht gestellten Fragen einfügen, die Würdigung des Sachverhalts obliegt aber allein den nationalen Gerichten (vgl. EuGH NZBau 2025, 106 – NFŠ Rn. 31 m. w. N.).

135
Die Einwände, die die Antragstellerin gegen die Übertragbarkeit der Rechtsprechung in der Rechtssache Helmut Müller (NZBau 2010, 321) auf Dienstleistungskonzessionen – u. a. im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 23. September 2026 – vorbringt, wecken keine vernünftigen Zweifel an der vom Senat vorgenommenen Auslegung des Unionsrechts. Dies gilt insbesondere hinsichtlich des Einwands, der europäische Gesetzgeber habe in Kenntnis der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache Helmut Müller (NZBau 2010, 321) bewusst nicht auf ein „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“ abgestellt; insoweit wird auf die Ausführungen unter 2. c) bb) (1) (b) (cc) Bezug genommen. Dass typischerweise nicht öffentliche Auftraggeber, sondern Dritte Empfänger der Leistung sind, spricht nicht gegen die Übertragbarkeit der vom Gerichtshof der Europäischen Union in der Rechtssache Helmut Müller (NZBau 2010, 321) entwickelten Grundsätze, sondern erfordert vielmehr gerade ein Abgrenzungskriterium. Die Stimmen in der Literatur, die sich gegen eine (vollständige) Übertragbarkeit des Erfordernisses eines „unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses“ aussprechen, sehen es stattdessen als entscheidend an, ob sich der Konzessionsnehmer gegenüber dem Konzessionsgeber einklagbar verpflichtet, die Dienstleistung auf dem Markt anzubieten (Friton/Stein in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 105 Rn. 22; Opitz NVwZ 2014, 753 [756]), woran es im Streitfall fehlt. Wie unter 2. c) bb) (1) (b) (bb) ausgeführt, zitiert die Antragstellerin die Kommentierung von Wollenschläger (Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB § 105 Rn. 40) lückenhaft und damit falsch. Der Senat hat bei seiner Auslegung der Richtlinie unterschiedliche Sprachfassungen berücksichtigt (s. o. 2. c] aa]). Die insoweit von der Antragstellerin vorgetragenen Argumente begründen keine vernünftigen Zweifel an der richtigen Anwendung des Unionsrechts. Der Einwand der Antragstellerin, der Senat könne – das Erfordernis eines „unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses“ angenommen – nicht zweifelsfrei davon ausgehen, dass ein solches im vorliegenden Fall zu verneinen sei, verkennt die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen dem Gerichtshof der Europäischen Union und den nationalen Gerichten; der Gerichtshof hat zwar – wie ausgeführt – den Sachverhalt und die Rechtslage zu berücksichtigen, in die sich die vom vorlegenden Gericht gestellten Fragen einfügen, nach ständiger Rechtsprechung ist aber allein das vorlegende Gericht für die Feststellung und die Würdigung des Sachverhalts des ihm vorliegenden Rechtsstreits zuständig (EuGH NZBau 2025, 106 – NFŠ Rn. 31 m. w. N.).

136
Ohne Erfolg beruft sich die Antragstellerin schließlich im Schriftsatz vom 12. August 2026 (Seite 30, Bl. 332 d. A.) darauf, das Oberlandesgericht Düsseldorf habe in seinem Beschluss vom 28. März 2012 (Verg 37/11, NZBau 2012, 518 [520, juris Rn. 55]) begründete Zweifel daran geäußert, ob die Entscheidung in der Rechtssache Helmut Müller (NZBau 2010, 321) auf die Vergabe von Dienstleistungen übertragen werden könne. Dies ist zum einen durch den Gerichtshof der Europäischen Union geklärt (NZBau 2010, 574 Rn. 75), zum anderen hat das Oberlandesgericht Düsseldorf unter Bezugnahme auf das vorherige obiter dictum entschieden, dass notwendiges Merkmal einer Dienstleistungskonzession ein „Beschaffungsbezug“ ist (NZBau 2019, 605 Rn. 30 [juris Rn. 39]) und eine Vorlagepflicht verneint (a. a. O. Rn. 56 [juris Rn. 66]).

137
b) Entgegen der in der mündlichen Verhandlung und im Schriftsatz vom 23. September 2026 geäußerten Ansicht der Antragstellerin bedarf es keiner Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union zu den Voraussetzungen des Art. 3RL 2014/23/EU.

138
Die Antragstellerin hält es für „unhaltbar“, den den Gerichtsakten zu entnehmenden Sachverhalt nicht als Umgehung nach Art. 3RL 2014/23/EU einzustufen, und sie hält es ferner für „unhaltbar“, diese Frage nicht dem Gerichtshof der Europäischen Union nach Artikel 267AEUV vorzulegen. Welche Frage sich zur Auslegung des Art. 3RL 2014/23/EU stellen soll, zeigt die Antragstellerin nicht auf, sie sieht vielmehr allgemein die unionsrechtlichen Voraussetzungen und Maßstäbe des Umgehungsverbots als ungeklärt an. Die Argumentation der Antragstellerin, es existiere überhaupt keine Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu dem in Rede stehende Umgehungsverbot, greift nicht durch, denn es kann – wie ausgeführt – auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zum Verbot des

Rechtsmissbrauchs zurückgegriffen werden. Eine Auslegungsfrage zum Unionsrecht hat sich dem Senat aus den unter 2. e) dargelegten Gründen nicht gestellt. Die Würdigung des Sachverhalts obliegt – wie ausgeführt – allein dem nationalen Gericht (EuGH, NZBau 2025, 106 – NFŠ Rn. 31; Urt. v. 31. Mai 1995 C-400/93 – Royal Copenhagen, EuZW 1995, 575 Rn. 43 [juris Rn. 42]), dessen Aufgabe es ist, das Vorliegen des objektiven und des subjektiven Tatbestandsmerkmals festzustellen (EuGH, Urt. v. 12. September 2013, C-434/12 – Slancheva sila, juris Rn. 30). Dass die Vergabekammer eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union in Erwägung gezogen hat, verpflichtet den Senat nicht zur Vorlage.

139
c) Zur Vorlage der von der Antragstellerin formulierten Fragen an den Gerichtshof der Europäischen Union ist der Senat nicht verpflichtet.

140
aa) Nicht klärungsbedürftig sind die in der sofortigen Beschwerde formulierten Vorlagefragen. Sie befassen sich mit der Frage einer einklagbaren Betriebspflicht, die der Senat nur als Indiz für ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Antragsgegnerin an der Dienstleistung prüft, nicht aber als konstitutives Element einer Dienstleistungskonzession. Die in der mündlichen Verhandlung geäußerte Ansicht der Antragstellerin, es sei „unhaltbar“, im Hinblick auf den Effektivitätsgrundsatz das Erfordernis einer ausdrücklich vertraglich geregelten Betriebspflicht zur Voraussetzung der Annahme einer Dienstleistungskonzession nach Art. 5RL 2014/23/EU zu machen und diese Frage nicht dem Gerichtshof der Europäischen Union nach Artikel 267AEUV vorzulegen, geht somit an der – bereits in der mündlichen Verhandlung vom 11. September 2026 erörterten – Argumentation des Senats vorbei.

141
(1) Keiner Vorlage bedarf die Frage 1 „Setzt eine Dienstleistungskonzession nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU – wie ein öffentlicher Auftrag – als konstitutives Merkmal eine einklagbare vertragliche Verpflichtung zur Ausführung der Dienstleistung voraus oder genügt es im Hinblick darauf, dass charakteristisch für eine Konzession die Übertragung des Rechts zur Ausführung der Dienstleistung ist, dass der Vertrag im Gegenzug zur Übertragung dieses Rechts durchsetzbare Anforderungen des Konzessionsgebers an Inhalt, Art und Weise sowie Qualität der Ausführung der Dienstleistung vorsieht?“

142
Darauf, ob eine Dienstleistungskonzession eine einklagbare Leistungsverpflichtung voraussetzt, kommt es im vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich an, ebenso wenig auf die Frage, ob stattdessen durchsetzbare vertragliche Anforderungen an die Dienstleistung genügen, was die Antragstellerin insbesondere aus Erwägungsgrund14 Satz 3RL 2014/23/EU ableitet.

143
Dass eine Dienstleistungskonzession ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers an der Dienstleistung voraussetzt, steht – wie oben ausgeführt – zur Überzeugung des Senats mit der nach der „acteclair-“ beziehungsweise „acte-éclairé-Doktrin“ erforderlichen Gewissheit fest.

144
(2) Da der Senat seine Entscheidung nicht darauf stützt, dass eine Dienstleistungskonzession nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU als konstitutives Merkmal eine einklagbare vertragliche Verpflichtung zur Ausführung der Dienstleistung voraussetzt, scheidet auch eine Vorlage zur Beantwortung der Frage 2 aus („Bedarf es für die Annahme einer Dienstleistungskonzession nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU – bei Vorliegen aller sonstigen Voraussetzungen – auch dann einer im Vertrag formal geregelten Pflicht zur Ausführung der Dienstleistung, wenn von der Ausführung der Dienstleistung auch ohne eine solche vertragliche Regelung auszugehen ist,

- weil im Falle des Unterlassens oder des Abbruchs eine zukünftige Berücksichtigung nicht mehr zu erwarten ist,

- die Dienstleistung so lukrativ ist, dass ein Verzicht oder eine Einstellung des Betriebs objektiv von vorneherein nicht zu erwarten ist, und

- die Ausführung der Dienstleistung der zentrale Grund für die Parteien ist, den Vertrag abzuschließen und dies von beiden Seiten angestrebt wird und auch beabsichtigt ist.“).

145

(3) Gleiches gilt für Frage 3 „Ist Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 der RL 2014/23/EU in Verbindung mit Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) dieser Richtlinie dahin auszulegen, dass es einem öffentlicher Auftraggeber verwehrt ist, ein Verfahren zur Zulassung von Betrieben zu einer Großveranstaltung bewusst so zu gestalten, dass es vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen ist, indem er eine vertragliche Regelung, die in vergleichbaren Verträgen typischer Bestandteil ist und in früheren derartigen Verträgen des öffentlichen Auftraggebers enthalten war und die zur Einstufung des Vertrages als Dienstleistungskonzession nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) der Richtlinie geführt hätte, ohne sachlichen Grund allein zum Zweck entfernt, ein EUweites Vergabeverfahren zu vermeiden?“

146
Diese Frage soll sich (nur) für den Fall stellen, dass der Senat eine einklagbare vertragliche Verpflichtung als Voraussetzung einer Dienstleistungskonzession ansieht und die Frage 2 bejaht wird.

147
bb) Die im Schriftsatz vom 16. Juni 2026 von der Antragstellerin formulierte Frage 1

„Setzt die Betrauung eines Wirtschaftsteilnehmers mit der Erbringung und Verwaltung einer Dienstleistung im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU die Übertragung [der] Verwaltungsaufgabe voraus oder genügt es, wenn die übertragene Dienstleistung für den öffentlichen Auftraggeber als zentrales Element für die Erfüllung einer von ihm wahrgenommenen Aufgabe von Nutzen ist.“

ist nicht klärungsbedürftig.

148
Die „Übertragung einer Verwaltungsaufgabe“ bzw. die Übertragung der Erledigung einer Verwaltungsaufgabe sieht der Senat nicht als konstitutives Merkmal einer Dienstleistungskonzession an. Entscheidungserheblich ist nur die Frage, ob ein so hinreichend spezifischer Bezug zu der von der Antragsgegnerin übernommenen Aufgabe „Veranstaltung des Oktoberfests“ besteht, dass sich daraus ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Antragsgegnerin an der Dienstleistung ergibt. Dass die Dienstleistung im Sinne des Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU für den öffentlichen Auftraggeber „von Nutzen“ sein muss, ergibt sich aus Erwägungsgrund11 der Richtlinie, wobei dieser Begriff unter Anwendung der vom Gerichtshof der Europäischen Union in der Rechtssache Helmut Müller (NZBau 2010, 321) entwickelten Grundsätze auszulegen ist. Dies ist derart offenkundig, dass für vernünftige Zweifel kein Raum bleibt.

149
Fehl geht die Annahme der Antragstellerin, die Vorlagepflicht ergebe sich daraus, dass allein anhand des Gemeinschaftsrechts zu beurteilen sei, ob für die verfahrensgegenständlichen Zulassungsverträge eine Betrauung und damit eine Dienstleistungskonzession nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU abzulehnen sei. Der Gerichtshof der Europäischen Union entscheidet über die unionskonforme Auslegung, aber nicht über die Anwendung dieses Rechts im konkreten Fall. Die Würdigung des Sachverhalts obliegt allein dem nationalen Gericht (EuGH, NZBau 2025, 106 – NFŠ Rn. 31; EuZW 1995, 575 Rn. 43 – Royal Copenhagen [juris Rn. 42]).

150
cc) Nicht klärungsbedürftig ist die im Schriftsatz vom 16. Juni 2026 von der Antragstellerin formulierte Frage 2 „Genügt es für eine Betrauung eines Wirtschaftsteilnehmers mit der Erbringung und Verwaltung einer Dienstleistung im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU, wenn mit dem Konzessionsvertrag eine wirtschaftliche Tätigkeit übertragen wird, die dem Allgemeinwohl dient und ohne die konkreten vertraglichen Vorgaben in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und universaler Zugangsgewährleistung zu anderen Bedingungen durchgeführt würde."

151
Die Frage, die von der Antragstellerin nicht gesondert begründet wird, greift ihre Argumentation zu Art. 106AEUV auf, die der Senat als offenkundig nicht durchgreifend ansieht (s. o. 2. d] bb] [5]). Möglicherweise zielt die Frage auch darauf ab, ob allein das Interesse des öffentlichen Auftraggebers an der Regulierung der Dienstleistung sein Beschaffungsinteresse begründet. Dass im Rahmen des Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU ein nur allgemeines Interesse nicht ausreicht, sondern ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers erforderlich ist, ist, wie oben unter 2. c) bb) (1) (b) dargelegt, derart offenkundig, dass für vernünftige Zweifel kein Raum bleibt. Allgemeine Vorgaben zur Nutzung öffentlicher

Bereiche sind – wie Erwägungsgrund15RL 2014/23/EU zeigt – nicht ausreichend. Die Beantwortung der möglicherweise auch angesprochenen Frage, ob sich aus den Regelungen in den streitgegenständlichen Zulassungsverträgen ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Antragsgegnerin ergibt, obliegt dem Senat (vgl. EuGH, NZBau 2025, 106 – NFŠ Rn. 31; EuZW 1995, 575 Rn. 43 – Royal Copenhagen [juris Rn. 42]).

152
dd) Auch die in der mit Schriftsatz vom 12. August 2026 vorgelegten gutachterlichen Stellungnahme (Anlage BF 22) formulierten Vorlagefragen sind nicht klärungsbedürftig.

153
Die erste Frage „Setzt die Vergabe einer Dienstleistungskonzession das Vorliegen einer Verwaltungsaufgabe gerade in diesem Bereich voraus?“ ist nicht entscheidungserheblich. Der Senat stützt seine Auffassung nicht darauf, dass der Betrieb der Festzelte zu den Aufgaben der Antragsgegnerin gehören müsse. Tragende Begründung ist vielmehr, dass die Dienstleistung von unmittelbarem wirtschaftlichem Nutzen für den öffentlichen Auftraggeber sein muss und dies vorliegend deshalb zu verneinen ist, weil es an einem hinreichend spezifischen Bezug zu der Verwaltungsaufgabe „Veranstaltung des Oktoberfests“ fehlt.

154
Die zweite Frage „Bedarf es gerade angesichts eines Vergleichs der deutschen mit der französischen Sprachfassung eines konkreten Beschaffungsvorgangs bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession und worin hat dieser ggf. zu bestehen?“ ist durch den Gerichtshof der Europäischen Union dahin geklärt, dass die Annahme einer Dienstleistungskonzession einen Beschaffungsbezug voraussetzt und die Dienstleistung für den öffentlichen Auftraggeber von unmittelbarem wirtschaftlichem Interesse sein muss. Aus der französischen Fassung des Art. 1 Abs. 1RL 2014/23/EU ergeben sich keine vernünftigen Zweifel daran, dass ein Beschaffungsbezug erforderlich ist. Dies ergibt sich insbesondere aus Erwägungsgrund11 der Richtlinie. Auf die Ausführungen unter 2. c) aa) (2) wird Bezug genommen.

155
Nicht klärungsbedürftig sind ferner die weiteren Fragen „Wie ist das Begriffspaar ‚Verantwortlichkeiten und Risiken‘ in Erwägungsgrund68 zu verstehen: Sind damit Verwaltungsaufgaben gemeint oder wird damit das Wesen der Dienstleistungskonzession angesprochen, wonach die Begünstigten die Risiken tragen, und zwar auf eigene Verantwortung? Selbst wenn Verwaltungsaufgaben gemeint sind: Müssen diese angesichts der Begriffe‚in der Regel‘,‚üblicherweise‘ (engl. und franz. traditionnally bzw. traditionnellement) immer vorliegen oder sind sie ausnahmsweise entbehrlich?“ Dass Erwägungsgrund68 nur einen „Regelfall“ beschreibt, ergibt sich aus dessen Wortlaut. Gleichwohl kann dieser „Regelfall“ aus den unter 2. c) bb) (2) (a) dargelegten Erwägungen für die Auslegung herangezogen werden, ohne dass insoweit vernünftige Zweifel bestünden.

156
4. Dem Antrag der Antragstellerin, die gemäß Beschluss der Vergabekammer vom 24. April 2026 bezüglich der Musterverträge Einsicht in die Verwaltungsakte erhalten hat, auf Gewährung weitergehender Akteneinsicht war nicht zu entsprechen, worauf sie mit Verfügung vom 23. Juli 2026 hingewiesen worden ist.

157
Die Schutzschrift, die die Antragsgegnerin bei der Vergabekammer hinterlegt hatte, wurde der Antragstellerin übermittelt (S. 2 des Schriftsatzes der Antragsgegnerin vom 5. Juni 2026, Bl. 113 d. A.).

158
Die Antragstellerin hat keinen Anspruch auf Einsichtnahme nach § 175 Abs. 2GWB i. V. m. § 165 Abs. 1GWB a. F. in weitere Aktenbestandteile. Auch eine von ihr angeregte Aufforderung an die Antragsgegnerin, die „Dokumentation“ vollständig vorzulegen, kommt nicht in Betracht.

159
Die Ansicht der Antragstellerin, das Recht auf Akteneinsicht hänge nicht von der Einschätzung der (potenziellen) Entscheidungserheblichkeit des Senats ab, sondern bestehe davon unabhängig und uneingeschränkt, soweit nicht berechtigterweise Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geltend gemacht würden, teilt der Senat nicht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 31. Januar

2017, X ZB 10/16 – Notärztliche Dienstleistungen, BGHZ 214, 11 Rn. 46 ff.) kommt Akteneinsicht in unternehmensbezogene Geheimnisse nur dann und insoweit in Betracht, als deren Kenntnis entscheidungserheblich ist und andere Möglichkeiten der Sachaufklärung nicht bestehen. Daraus folgt jedoch nicht etwa, dass der gesamte Inhalt der Vergabebzw. Verwaltungsakte vorrangig darauf zu prüfen wäre, ob er Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse enthält. Entscheidend ist vielmehr, dass das Recht auf Akteneinsicht Ausfluss des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs und des Rechts auf effektiven Rechtsschutz ist. Ein Anspruch auf Einsicht in die Akten der Vergabestelle besteht daher nur in dem Umfang, wie er zur Durchsetzung des effektiven Rechtsschutzes erforderlich ist (BayObLG, Beschluss vom 12. September 2025, Verg 5/25 e, NZBau 2025, 813 [juris Rn. 13]; OLG Frankfurt, Beschluss vom 17. Februar 2022, 11 Verg 8/21, VergabeR 2022, 570 [juris Rn. 89]). Er hat eine rein dienende, zum zulässigen Verfahrensgegenstand akzessorische Funktion (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Juli 2024, Verg 11/24, NZBau 2025, 254 [juris Rn. 55]). Ein Anspruch auf Akteneinsicht setzt über den Wortlaut von § 165 Abs. 1GWB a. F. hinaus einen das Akteneinsichtsgesuch begründenden beachtlichen und potenziell entscheidungserheblichen Sachvortrag voraus (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. März 2021, Verg 9/21, VergabeR 2022, 118 [juris Rn. 50] m. w. N.).

160
Die Wertung des Angebots der Antragstellerin in der Kategorie „gastronomische Großbetriebe“, die im Tatbestand der Entscheidung der Vergabekammer erwähnt wird, ist nicht streitgegenständlich. Hinsichtlich der Zulassungen zum Oktoberfest 2026 war der Antragstellerin daher keine Einsicht in die Verwaltungsakte zu gewähren, die Hinweise auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthält.

161
Eine „Dokumentation“ der Kommunikation der Antragsgegnerin mit ihren rechtlichen Beratern und der internen Beratungen im Vorfeld und Zusammenhang mit der Entscheidung zur Herausnahme der Regelung über die Betriebspflicht aus den Zulassungsverträgen und Betriebsvorschriften für 2026, insbesondere die im nicht nachgelassenen Schriftsatz der Antragstellerin vom 23. September 2026 erwähnte Korrespondenz und die Niederschriften der Dienstbesprechungen, enthält die Verwaltungsakte nicht. Eine Dokumentation des Vergabeverfahrens nach § 6KonzVgV hat die Antragsgegnerin – ausgehend von ihrem Rechtsstandpunkt folgerichtig – nicht vorgenommen.

162
Der Senat hielt eine weitere Aufklärung nicht für geboten, denn für die Auslegung der Verträge einschließlich der Betriebsvorschriften kommt es auf den Empfängerhorizont und nicht auf etwaige interne Überlegungen an. Gleiches gilt für die Beurteilung einer etwaigen Umgehungsabsicht. Lässt sich – wie ausgeführt – weder aus den Verträgen noch aus den sonstigen Umständen ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers ableiten, kommt es auf interne Überlegungen zur Vertragsgestaltung nicht an, da die Annahme einer Umgehung des Anwendungsbereichs der Richtlinie von vornherein ausscheidet. Im Übrigen kann Einsicht in die Korrespondenz zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und seinen anwaltlichen Beratern im Hinblick auf die Vertraulichkeit des Mandatsverhältnisses nicht verlangt werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. März 2009, Verg 67/08, NZBau 2009. 334 [337, juris Rn. 77]; Vavra/Willner in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB § 165 Rn. 11).

163
5. Da der Rechtsweg zu den Nachprüfungsinstanzen nicht eröffnet ist, bedarf es keiner Erörterung, ob der Nachprüfungsantrag – die Anwendbarkeit des 4. Teils des GWB unterstellt – aus anderen Gründen unzulässig wäre. Die innerprozessuale Bedingung der von der Beigeladenen zu 2) mit Schriftsatz vom 16. Juni 2026 hilfsweise eingelegten Anschlussbeschwerde ist nicht eingetreten. Eine Anschlussbeschwerde kann unter einer innerprozessualen Bedingung eingelegt werden (vgl. BayObLG, Beschluss vom 11. Januar 2023, Verg 2/21, NZBau 2023, 621 Rn. 121 f. [juris Rn. 138 f.]; vgl. auch zur Anschlussberufung: BGH, Urt. v. 10. November 1983, VII ZR 72/83, ZIP 1984, 371 [372 f., juris Rn. 12 ff.]).

164
Die Frage, ob der Senat hinsichtlich der Rügepräklusion bei einer drohenden Direktvergabe der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Beschluss vom 27. Oktober 2021, Verg 4/21, NZBau 2022, 688 Rn. 51 [juris Rn. 64]) oder der Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte (vgl. z. B. OLG Frankfurt NZBau 2023, 688 Rn. 84 [juris Rn. 135]; OLG Celle, Beschluss vom 29. November 2016, 13 Verg

8/16, NZBau 2017, 239 Rn. 25 [juris Rn. 24]; vgl. auch weitere Nachweise in der Entscheidung des OLG Düsseldorf NZBau 2022, 688 Rn. 52 [juris Rn. 65]) folgen würde, ist nicht entscheidungserheblich, sodass eine Vorlage an den Bundesgerichtshof nicht in Betracht kommt.

165
Die Voraussetzungen des § 179 Abs. 2 Satz 1GWB liegen auch nicht deshalb vor, weil der Senat das Vorliegen der Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession nicht als Frage der Begründetheit des Fortsetzungsfeststellungsantrags ansieht (s. o. 2.a]). Der Senat legt seiner Entscheidung als tragende Begründung keinen Rechtssatz zugrunde, der mit einem die Entscheidung des Bundesgerichtshofs tragenden Rechtssatz unvereinbar wäre. Dies gilt insbesondere hinsichtlich des Grundsatzes, dass zuständigkeitsbegründende Tatsachen im Rahmen des Zuständigkeitsstreits dann keines Beweises bedürfen, wenn sie gleichzeitig notwendige Tatbestandsmerkmale des Anspruchs selbst sind. Es besteht auch keine Vorlagepflicht des Senats im Hinblick auf die von der Antragstellerin im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 23. September 2026 zitierten Entscheidungen der Oberlandesgerichte Frankfurt und Düsseldorf. Das Oberlandesgericht Frankfurt (NZBau 2023, 688 Rn. 51 [juris Rn. 103]) zieht zwar die vom Bundesarbeitsgericht zur Frage, welche Anforderungen an das klägerische Vorbringen zur Begründung der Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen in Abgrenzung zu den ordentlichen Gerichten zu stellen sind, entwickelte Fallgruppe „sic non“ heran, stellt diese jedoch etwas verkürzt dar. Ein sog. Sic-non-Fall liegt vor, wenn die Klage nur dann begründet sein kann, wenn das Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis einzuordnen ist und nach wirksamer Beendigung der Organstellung als solches fortbestand oder wieder auflebte; in diesem Fall eröffnet bei streitiger Tatsachengrundlage die bloße Rechtsansicht der Klagepartei, es handele sich um ein Arbeitsverhältnis, den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen (BAG, Beschluss vom 21. Januar 2019, 9 AZB 23/18, BAGE 165, 61 Rn. 20). Die bloße Behauptung der Klagepartei, das Vertragsverhältnis der Parteien sei als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren, genügt dagegen nicht (vgl. BAGE 165, 61 Rn. 19). Der Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt lässt sich somit nicht der Rechtssatz entnehmen, es genüge – für die Zulässigkeit des Nachprüfungsverfahrens – die bloße Rechtsansicht des Antragstellers, der Rechtsweg zu den Nachprüfungsinstanzen sei eröffnet. Im Übrigen führt auch das Oberlandesgericht Frankfurt aus, grundsätzlich seien das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession und das Erreichen oder Überschreiten der Schwellenwerte Zulässigkeitsvoraussetzungen des Vergabenachprüfungsverfahrens (NZBau 2023, 688 Rn. 48 [juris Rn. 101]). Das Oberlandesgericht Düsseldorf prüft in den Entscheidungen vom 22. Januar 2025 (Verg 27/24, NZBau 2026, 215 Rn. 42 f. [juris Rn. 54 f.]), vom 4. März 2020 (Verg 11/18, juris 41 f.) und vom 19. Dezember 2019 (Verg 16/16, juris Rn. 54 f.) jeweils im Rahmen der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags, ob der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen eröffnet ist. Im Übrigen betreffen die Entscheidungen die Voraussetzungen einer Bereichsausnahme nach § 108GWB a. F. und damit eine andere Fragestellung.

166
6. Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung war im Hinblick auf die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Antragstellerin nicht geboten. Der Senat hält insbesondere die Äußerungen des Wirtschaftsreferenten der Antragsgegnerin im Interview vom 27. September 2026 für irrelevant.

167
7. Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie des Verfahrens nach § 173GWB a. F. einschließlich der notwendigen Auslagen der Beteiligten beruht auf § 175 Abs. 2 i. V. m. § 71GWB. Die Antragstellerin hat die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu tragen. Beide Beigeladenen haben sich am Beschwerdeverfahren schriftsätzlich und durch Antragstellung beteiligt.

168
Die Kostenentscheidung der Vergabekammer lässt (Ermessens-)Fehler nicht erkennen, § 182 Abs. 3 Satz 5, Abs. 4 GWB.

169
8. Die Festsetzung des Streitwerts erfolgt gemäß § 50 Abs. 2 GKG (5% des Bruttoauftragswerts). Da die Antragstellerin kein Angebot abgegeben hat, legt der Senat der Streitwertberechnung den geschätzten Auftragswert zugrunde. Die Antragstellerin hat im Nachprüfungsantrag ausgeführt, der nach § 2 KonzVgV zu schätzende Vertragswert liege beim Betrieb einer großen Festhalle bei rund 10 Mio. € brutto. Daraus

errechnet sich ein Streitwert von bis zu 1.000.000,00 €, da die Vergabe von zwei Standplätzen verfahrensgegenständlich ist. Der Wert des Fortsetzungsfeststellungsantrags, der sich auf die Standorte „Paulaner-Festzelt“ und „Schottenhamel-Festhalle bezieht“, entspricht dem Wert des Beschwerdeantrags (vgl. KG, Beschluss vom 19. Januar 2016, Verg 5/15, juris Rn. 4). Die Berücksichtigung beider Standplätze bei der Streitwertberechnung ist auch deshalb gerechtfertigt, weil die Zulässigkeit des Antrags – die Anwendbarkeit des 4. Teils des GWB unterstellt – hinsichtlich der Antragsbefugnis für jeden Standplatz gesondert zu beurteilen wäre. Das wirtschaftliche Ziel der Antragstellerin, das bei der Streitwertfestsetzung zu berücksichtigen ist (vgl. auch BGH, Beschluss vom 19. Juli 2011, X ZB 4/10, NZBau 2011, 629 Rn. 2), beschränkt sich somit entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht nur auf einen Standplatz.