SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JÁN MAZÁK vom 9. September 2010[1]

1. In der vorliegenden Rechtssache hat der Gerichtshof erneut über die Kriterien zur Abgrenzung zwischen Dienstleistungskonzession und Dienstleistungsauftrag zu entscheiden.

2. Die Vorlagefragen des Oberlandesgerichts München lauten wie folgt:

1. Ist ein Vertrag über Dienstleistungen (hier: Rettungsdienstleistungen), nach dessen Inhalt eine unmittelbare Entgeltzahlung des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragnehmer nicht erfolgt, sondern

   a) im Wege von Verhandlungen zwischen dem Auftragnehmer und Dritten, die ihrerseits öffentliche Auftraggeber sind (hier: Sozialversicherungsträger), das Benutzungsentgelt für die zu erbringenden Leistungen festgesetzt wird,

   b) im Fall einer Nichteinigung die Entscheidung einer hierfür vorgesehenen Schiedsstelle vorgesehen ist, deren Entscheidung zur Überprüfung durch staatliche Gerichte gestellt wird, und

   c) das Entgelt nicht unmittelbar von den Nutzern, sondern von einer Zentralen Abrechnungsstelle, deren Dienste der Auftragnehmer nach dem Gesetz in Anspruch nehmen muss, in regelmäßigen Abschlagszahlungen an den Auftragnehmer ausgezahlt wird,

   allein aus diesem Grund als Dienstleistungskonzession im Sinne des Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge[2] — in Abgrenzung zum Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und d der Richtlinie 2004/18 — anzusehen?

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — ABl. L 134, S. 114.

2. Falls die erste Vorlagefrage mit Nein zu beantworten ist, liegt eine Dienstleistungskonzession dann vor, wenn das mit der öffentlichen Dienstleistung verbundene Betriebsrisiko eingeschränkt ist, weil

   a) nach einer gesetzlichen Regelung den Benutzungsentgelten für die Leistungserbringung die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten zugrunde zu legen sind, die einer ordnungsgemäßen Leistungserbringung, einer wirtschaftlichen und sparsamen Betriebsführung sowie einer leistungsfähigen Organisation entsprechen, und

   b) die Benutzungsentgelte von solventen Sozialversicherungsträgern geschuldet werden,

   c) eine gewisse Exklusivität der Nutzung in dem vertraglich festgelegten Bereich gesichert ist,

   der Auftragnehmer aber dieses eingeschränkte Risiko vollständig übernimmt?

3. Die Antwort des Gerichtshofs auf die gestellten Fragen soll dem vorlegenden Gericht die Entscheidung über die sofortige Beschwerde des Privaten Rettungsdiensts Stadler (im Folgenden: Rettungsdienst Stadler) gegen einen Beschluss der Vergabekammer Südbayern ermöglichen, mit dem diese einen Nachprüfungsantrag des Rettungsdiensts Stadler betreffend ein vom Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau (im Folgenden: Zweckverband Passau) durchgeführtes Verfahren zur Vergabe von Verträgen über Rettungsdienstleistungen im Sinne des Bayerischen Rettungsdienstgesetzes (im Folgenden: BayRDG) mit der Begründung als unzulässig verwarf, der Auftrag zur Erbringung von Rettungsdienstleistungen sei eine dem Vergaberecht nicht unterfallende Dienstleistungskonzession.

4. Nach Ansicht des Rettungsdiensts Stadler, der bis zum 31. Dezember 2008 für den Zweckverband Passau Rettungsdienstleistungen durchführte [3], handelt es sich bei dem fraglichen Auftrag nicht um eine Dienstleistungskonzession im Sinne von Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18, sondern um einen Dienstleistungsauftrag nach Art. 1 Abs. 1 Buchst. a und d dieser Richtlinie.

5. Der Zweckverband Passau als Beschwerdegegner des Ausgangsverfahrens sowie der Malteser Hilfsdienst e.V. und das Bayerische Rote Kreuz als Beigeladene des

3 — Die zwischen dem Rettungsdienst Stadler und dem Zweckverband Passau geschlossenen Verträge waren von Letzterem gekündigt worden. Die Kündigung steht offenbar mit dem BayRDG in Zusammenhang, das am 1. Januar 2009 in Kraft trat, genauer mit dessen Art. 13 Abs. 1, der eine Liste der Organisationen erhält, denen Rettungsdienste vorrangig zu übertragen sind.

Ausgangsverfahrens [4] vertreten hingegen die Ansicht, dass es sich bei den fraglichen Verträgen um Dienstleistungskonzessionen handle.

6. Neben den Parteien des Ausgangsverfahrens haben die Bundesrepublik Deutschland, die Tschechische Republik und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften schriftliche Erklärungen beim Gerichtshof eingereicht. Das Königreich Schweden und die genannten Beteiligten, mit Ausnahme der Tschechischen Republik, haben in der Sitzung vom 24. Juni 2010 mündliche Ausführungen gemacht.

Nationales Recht

7. In Deutschland schließen im Bereich des öffentlichen Rettungsdienstes die Gebietskörperschaften als dessen Träger in ihrem Zuständigkeitsbereich mit Leistungserbringern Verträge über die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit diesen Dienstleistungen.

8. In den Bundesländern bestehen für die Vergütung der betreffenden Dienstleistungserbringer zwei unterschiedliche Modelle. Beim ersten, dem sogenannten „Submissionsmodell", erfolgt die Vergütung unmittelbar durch die Gebietskörperschaft. [5] Beim zweiten, dem sogenannten „Konzessionsmodell", hat der Dienstleistungserbringer durch Erhebung von Entgelten bei den Patienten oder den Sozialversicherungsträgern selbst für seine Vergütung zu sorgen.

9. Das Bundesland Bayern, in dem sich der Ausgangsrechtsstreit abspielt, hat sich für das Konzessionsmodell entschieden. Der Rettungsdienst, der die Notfallrettung, den arztbegleiteten Patiententransport, den Krankentransport, die Berg- und Höhlenrettung sowie die Wasserrettung umfasst, ist in Bayern im BayRDG geregelt, das am 1. Januar 2009 in Kraft trat.

10. Art. 13 Abs. 1 und 2 BayRDG bestimmt, dass der Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Hilfsorganisationen wie das Bayerische Rote Kreuz, den Arbeiter-Samariter-Bund, den Malteser-Hilfsdienst oder die Johanniter-Unfall-Hilfe mit der Notfallrettung, dem arztbegleiteten Patiententransport und dem Krankentransport beauftragt. Nur dann, wenn die Hilfsorganisationen zur Übernahme des Auftrags nicht bereit oder in der Lage sind, beauftragt

4 — Es handelt sich dabei um Organisationen, mit denen der Zweckverband Passau nach Kündigung der Verträge mit dem Rettungsdienst Stadler Verträge im Bereich der Rettungsdienstleistungen geschlossen hat.

5 — Aus dem Vorlagebeschluss geht hervor, dass der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat, dass das Submissionsmodell als Dienstleistungsauftrag zu werten ist. Ausgehend von dem Urteil vom 29. April 2010, Kommission/Deutschland (C-160/08, Slg. 2010, I-3713), lässt sich feststellen, dass der Gerichtshof dieselbe Auffassung vertritt.

der Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Dritte mit der bodengebundenen Durchführung der betreffenden rettungsdienstlichen Leistungen oder führt sie selbst oder durch seine Verbandsmitglieder durch.

11. Nach Art. 13 Abs. 4 BayRDG wird das Rechtsverhältnis zwischen dem Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung und den mit der Durchführung des Rettungsdienstes Beauftragten durch öffentlich-rechtlichen Vertrag geregelt.

12. Nach Art. 21 BayRDG bedarf, wer Notfallrettung, arztbegleiteten Patiententransport oder Krankentransport betreibt, der Genehmigung. Nach Art. 24 Abs. 2 BayRDG ist die Genehmigung zu erteilen, wenn ein öffentlich-rechtlicher Vertrag gemäß Art. 13 Abs. 4 dieses Gesetzes vorgelegt wird.

13. Art. 32 BayRDG bestimmt, dass für rettungsdienstliche Leistungen einschließlich der Mitwirkung von Ärzten Benutzungsentgelte erhoben werden, denen die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten zugrunde zu legen sind, die einer ordnungsgemäßen Leistungserbringung, einer wirtschaftlichen und sparsamen Betriebsführung sowie einer leistungsfähigen Organisation entsprechen.

14. Die Benutzungsentgelte der Durchführenden für Notfallrettung, arztbegleiteten Patiententransport und Krankentransport werden durch Art. 34 BayRDG geregelt, in dem es heißt:

„…

(2) Die Sozialversicherungsträger vereinbaren die von ihnen zu bezahlenden Benutzungsentgelte für Notfallrettung, arztbegleiteten Patiententransport und Krankentransport einheitlich mit den Durchführenden des Rettungsdienstes oder ihren Landesverbänden. …

(3) Die Benutzungsentgeltvereinbarung wird jährlich im Voraus abgeschlossen. …

(4) Die Kosten für Notfallrettung, arztbegleiteten Patiententransport und Krankentransport sind nach einheitlichen Maßstäben auf die Benutzer zu verteilen. Die mit den Sozialversicherungsträgern vereinbarten Benutzungsentgelte sind von den Durchführenden auch gegenüber allen anderen Personen und Einrichtungen, die Leistungen des

öffentlichen Rettungsdienstes in Anspruch nehmen, abzurechnen.

(5) Den Benutzungsentgelten liegen jeweils die nach Art. 32 Satz 2 berücksichtigungsfähigen voraussichtlichen Kosten der Leistungserbringung in den Leistungsbereichen Notfallrettung, arztbegleiteter Patiententransport und Krankentransport sowie die voraussichtlichen Einsatzzahlen im Einsatzzeitraum zugrunde. Zu den Kosten der Leistungserbringung zählen insbesondere auch die Kosten der ärztlichen Mitwirkung im Rettungsdienst … sowie die Kosten für die Tätigkeit der Zentralen Abrechnungsstelle für den Rettungsdienst in Bayern nach Abs. 8. Die Sozialversicherungsträger vereinbaren jeweils gesondert mit den einzelnen Durchführenden, den Betreibern der Integrierten Leitstellen sowie mit der Zentralen Abrechnungsstelle für den Rettungsdienst in Bayern deren voraussichtliche Kosten im Entgeltzeitraum. Die Kosten können als Budget vereinbart werden. …

(6) Kommt eine Benutzungsentgeltvereinbarung gemäß Abs. 2 oder eine Vereinbarung nach Abs. 5 nicht bis 30. November des vor dem Entgeltzeitraum liegenden Wirtschaftsjahres zustande, findet über die Höhe der voraussichtlichen Kosten und der Benutzungsentgelte ein Schiedsverfahren vor der Entgeltschiedsstelle … statt. … Eine rückwärtige Anpassung von Benutzungsentgelten erfolgt nicht.

(7) Aus den für Notfallrettung, arztbegleiteten Patiententransport und im Krankentransport vereinnahmten Entgelten werden die mit den Sozialversicherungsträgern vereinbarten oder rechtskräftig festgesetzten voraussichtlichen Kosten beglichen (Einnahmeausgleich). Nach Ablauf eines Entgeltzeitraums sind von jedem Durchführenden und Betreiber einer Integrierten Leitstelle sowie der Zentralen Abrechnungsstelle für den Rettungsdienst in Bayern die tatsächlich entstandenen Kosten in einer Schlussrechnung nachzuweisen und gegenüber der Kostenvereinbarung abzurechnen (Rechnungslegung). Ergibt sich eine Differenz zwischen dem tatsächlichen und den für die Kostenvereinbarung von den Sozialversicherungsträgern anerkannten voraussichtlichen Kosten, ist das Ergebnis der Rechnungslegung zum Gegenstand der nächstmöglichen Entgeltverhandlungen zu machen; dieser Ergebnisvortrag ist ausgeschlossen, wenn die Kosten des Durchführenden … oder der Zentralen Abrechnungsstelle … als Budget vereinbart wurden.

(8) In den Vollzug der Abs. 2 bis 7 und des Art. 35 wird eine Zentrale Abrechnungsstelle für den Rettungsdienst in Bayern eingeschaltet, die insbesondere

1. bei der Vereinbarung der Benutzungsentgelte gemäß Abs. 2 und bei den Vereinbarungen nach Abs. 5 beratend mitwirkt,

2. auf der Grundlage der voraussichtlichen Kosten der Beteiligten und der zu erwartenden Einsatzzahlen des öffentlichen Rettungsdienstes die notwendigen Benutzungsentgelte kalkuliert und diese den Beteiligten zur Vereinbarung vorschlägt; dies gilt auch für die notwendige Anpassung von Benutzungsentgelten während des laufenden Wirtschaftsjahres,

3. die Benutzungsentgelte für die Leistungen des öffentlichen Rettungsdienstes .... bei den Kostenpflichtigen einzieht,

4. den Einnahmenausgleich durchführt,

5. Auszahlungen auf die ... Kosten der Leistungserbringung an die Durchführenden des Rettungsdienstes .... vornimmt,

6. die Rechnungslegung der Durchführenden ... auf Plausibilität und rechnerische Richtigkeit prüft und

7. eine geprüfte Gesamtschlussrechnung für den öffentlichen Rettungsdienst erstellt.

Die zentrale Abrechnungsstelle für den Rettungsdienst in Bayern erbringt ihre Leistungen insoweit ohne Gewinnerzielungsabsicht. Alle Beteiligten sind verpflichtet, die zentrale Abrechnungsstelle für den Rettungsdienst in Bayern bei der Durchführung ihrer Aufgaben zu unterstützen und ihr die hierzu erforderlichen Informationen und schriftlichen Unterlagen zu geben."

15. Die Zusammensetzung der Entgeltschiedsstelle ist in Art. 48 BayRDG geregelt. Gemäß dieser Vorschrift besteht sie in Streitigkeiten über Benutzungsentgelte der Landrettung aus drei Mitgliedern für die Durchführenden der Landrettung und drei Mitgliedern für die Sozialversicherungsträger sowie dem Vorsitzenden, der gemeinsam von den Durchführenden des öffentlichen Rettungsdienstes, der Kassenärztlichen Vereinigung Bayerns, den mit der Sicherstellung der Mitwirkung von Verlegungsärzten Beauftragten und den Sozialversicherungsträgern bestellt wird.

16. Nach Art. 53 BayRDG kann die oberste Rettungsdienstbehörde, d. h. das Bayerische

Staatsministerium des Innern, durch Rechtsverordnung die Zentrale Abrechnungsstelle für den Rettungsdienst in Bayern bestimmen.

Würdigung

17. Das vorlegende Gericht hat zu entscheiden, ob die nach dem Konzessionsmodell geschlossenen Verträge als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren sind oder, trotz der Bezeichnung des fraglichen Modells, als Dienstleistungsaufträge. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass diese Frage ausschließlich anhand des Unionsrechts zu beurteilen ist [6], und zwar im vorliegenden Fall im Licht der Definitionen der Begriffe „öffentliche Aufträge", „öffentliche Dienstleistungsaufträge" und „Dienstleistungskonzession" in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und d sowie Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 und im Licht der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs.

18. Da Art. 17 der Richtlinie 2004/18 deren Anwendung auf Dienstleistungskonzessionen ausschließt, beeinflusst die Qualifikation der betreffenden Verträge das Verfahren für den Abschluss dieser Konzessionen. Allerdings haben die öffentlichen Stellen, die Dienstleistungskonzessionsverträge schließen, gleichwohl die Grundregeln des EG-Vertrags, insbesondere die Art. 43 EG und 49 EG, sowie die daraus fließende Transparenzpflicht ungeachtet dessen zu beachten, dass solche Verträge beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts von keiner der Richtlinien, mit denen der Unionsgesetzgeber den Bereich des öffentlichen Auftragswesens geregelt hat, erfasst werden [7].

19. Insoweit möchte ich außerdem darauf hinweisen, dass die Qualifizierung der nach dem sogenannten Konzessionsmodell geschlossenen Verträge nicht dem Gerichtshof im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens obliegt, sondern dem nationalen Gericht. Die Aufgabe des Gerichtshofs besteht darin, durch Beantwortung der beiden Vorabentscheidungsfragen, die eng miteinander verbunden und meines Erachtens zusammen zu prüfen sind, Kriterien zu erläutern und zu präzisieren, die für diese Qualifizierung hilfreich sein können [8].

20. Zunächst ist auf die Ähnlichkeit zwischen den Vorlagefragen in dieser Rechtssache und denen in der Rechtssache, in der das Urteil vom 10. September 2009, Eurawasser [9], ergangen ist, hinzuweisen. In beiden Fällen fragen sich die vorlegenden Gerichte im Wesentlichen zum einen, ob der Umstand, dass der Dienstleistungserbringer

6 — Vgl. Urteile vom 18. Juli 2007, Kommission/Italien (C-382/05, Slg. 2007, I-6657, Randnr. 31), und vom 15. Oktober 2009, Acoset (C-196/08, Randnr. 38).

7 — Vgl. Urteil vom 13. April 2010, Wall (C-91/08, Slg. 2010, I-2815, Randnr. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung).

8 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Randnr. 32).

9 — C-206/08, Slg. 2009, I-8377.

nicht unmittelbar von der öffentlichen Stelle, zu der er in einem Vertragsverhältnis steht, vergütet wird, für sich allein dazu führt, dass der Vertrag als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren ist, und zum anderen, ob es für diese Qualifizierung entscheidend darauf ankommt, dass das mit der Dienstleistung, die Gegenstand des betreffenden Vertrags ist, verbundene, auf dem Dienstleistungserbringer lastende Betriebsrisiko von vornherein beschränkt ist, d. h. auch in dem Fall, in dem die Dienstleistung durch die betreffende öffentliche Stelle erbracht wird.

21. Die Vorlagefragen beziehen sich also auf die beiden Kriterien, die der Gerichtshof heranzieht, um eine Dienstleistungskonzession von einem Dienstleistungsauftrag zu unterscheiden. Erstens geht es um die „fehlende unmittelbare Vergütung" eines Dienstleistungserbringers, d. h., die Vergütung erfolgt nicht durch die öffentliche Stelle, die die betreffende Dienstleistung vergibt, sondern durch Dritte, und zweitens um die „Übernahme des mit der fraglichen Dienstleistung verbundenen Betriebsrisikos".

22. Der Gerichtshof hat die Wechselwirkung zwischen diesen beiden Kriterien im Urteil Parking Brixen [10] erläutert, indem er entschieden hat, dass die fehlende unmittelbare Vergütung des Dienstleistungserbringers mit sich bringt, dass der Dienstleistungserbringer das Betriebsrisiko der fraglichen Dienstleistungen übernimmt, und damit kennzeichnend für eine öffentliche Dienstleistungskonzession ist.

23. Im Urteil Kommission/Italien [11] hat der Gerichtshof entsprechend der in der Richtlinie 2004/18 gegebenen Definition des Begriffs „Dienstleistungskonzession" das Kriterium der fehlenden unmittelbaren Vergütung durch das einer „Vergütung, die im Recht des Dienstleistungserbringers zur Verwertung seiner eigenen Leistung besteht", ersetzt. In Anwendung dieses Kriteriums hat der Gerichtshof sodann festgestellt, dass eine Dienstleistungskonzession dann vorliegt, wenn die vereinbarte Vergütung im Recht zur Verwertung der Dienstleistung besteht und der Dienstleistungserbringer das mit den fraglichen Dienstleistungen verbundene Betriebsrisiko übernimmt. Diese Rechtsprechung hat der Gerichtshof später im Urteil Acoset [12] bestätigt.

24. Im Urteil Eurawasser [13] ist der Gerichtshof zu dem Kriterium der fehlenden unmittelbaren Vergütung zurückgekehrt und hat ausgeführt, dass der Umstand, dass der Dienstleistungserbringer sein Entgelt durch Zahlungen Dritter erhält, eine der Formen darstellt, die das dem Dienstleistungserbringer eingeräumte Recht zur Nutzung der Dienstleistungen annehmen kann.

25. Meiner Ansicht nach lässt sich aus diesen Feststellungen des Gerichtshofs schließen, dass das Fehlen einer unmittelbaren Vergütung das entscheidende Kriterium zur Qualifizierung eines Vertrags über Dienstleistungen als Dienstleistungskonzession ist, da das Fehlen einer unmittelbaren Vergütung

10 — Angeführt in Fn. 8, Randnr. 40.

11 — Angeführt in Fn. 6, Randnr. 34.

12 — Angeführt in Fn. 6, Randnr. 39.

13 — Angeführt in Fn. 9, Randnr. 53.

des Dienstleistungserbringers dem Gerichtshof zufolge eine der Formen darstellt, die das dem Dienstleistungserbringer eingeräumte Recht zur Nutzung der Dienstleistungen annehmen kann, und zugleich mit sich bringt, dass der Dienstleistungserbringer das Betriebsrisiko der fraglichen Dienstleistungen übernimmt. [14]

26. Zum selben Schluss gelangt man, wenn man die Wechselwirkung zwischen den in der Richtlinie 2004/18 enthaltenen Definitionen der Begriffe Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession berücksichtigt. Diese umfassen alle von öffentlichen Stellen geschlossenen Dienstleistungsverträge. Daraus folgt, dass der fragliche Vertrag zwangsläufig eine Dienstleistungskonzession sein muss, wenn er kein Dienstleistungsauftrag ist, und umgekehrt. Nachdem der Gerichtshof wiederholt festgestellt hat, dass eine Gegenleistung, die vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar an den Dienstleistungserbringer gezahlt wird, das entscheidende Definitionskriterium für einen Dienstleistungsauftrag darstellt [15], bedeutet folglich das Nichtvorliegen einer solchen Vergütungsart zwingend, dass eine Dienstleistungskonzession vorliegt.

27. Wie die vorstehend angeführten Urteile zeigen, lässt sich zusammenfassend sagen, dass das Fehlen einer unmittelbaren Vergütung des Dienstleistungserbringers die Qualifikation des fraglichen Dienstleistungsvertrags als Dienstleistungskonzession zur Folge hat.

28. Allerdings liegt bei einer unmittelbaren Vergütung des Dienstleistungserbringers durch die öffentliche Stelle nicht zwangsläufig ein Dienstleistungsauftrag vor. Aus den Feststellungen des Gerichtshofs, dass die unmittelbare Vergütung „eine der Formen" darstellt, die das dem Dienstleistungserbringer eingeräumte Recht zur Nutzung der Dienstleistungen annehmen kann [16], ergibt sich nämlich, dass das dem Dienstleistungserbringer eingeräumte Recht zur Nutzung der Dienstleistungen auch andere Formen annehmen kann. Dies erklärt, weshalb der Gerichtshof in den Urteilen vom 27. Oktober 2005, Contse u. a. [17], Kommission/Italien [18] und vom 11. Juni 2009, Hans & Christophorus Oymanns [19], geprüft hat, ob die fraglichen Verträge selbst dann Dienstleistungskonzessionen darstellen können, wenn die Dienstleistungserbringer unmittelbar von den betreffenden öffentlichen Stellen vergütet werden.

29. In den angeführten Urteilen hat der Gerichtshof die „Hilfskriterien" benannt, die bei Vorliegen einer unmittelbaren Vergütung darauf schließen lassen, dass der

14 — Auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofs lassen sich Urteile finden, in denen der mittelbare Charakter der Vergütung für sich allein dem Gerichtshof für die Feststellung genügte, dass der fragliche Vertrag eine Dienstleistungskonzession darstellt. Es handelt sich beispielsweise um die Urteile vom 6. April 2006, ANAV (C-410/04, Slg. 2006, I-3303, Randnr. 16), und vom 13. November 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Slg. 2008, I-8457, Randnr. 24).

15 — Vgl. in diesem Sinne Urteile Parking Brixen (angeführt in Fn. 8, Randnr. 39), Eurawasser (angeführt in Fn. 9, Randnr. 51) und Acoset (angeführt in Fn. 6, Randnr. 39).

16 — Urteil Eurawasser (angeführt in Fn. 9, Randnr. 53).

17 — C-234/03, Slg. 2005, I-9315.

18 — Angeführt in Fn. 6.

19 — C-300/07, Slg. 2009, I-4779.

Dienstleistungserbringer das mit der fraglichen Dienstleistung verbundene Betriebsrisiko übernommen hat, wie das Kriterium der Übertragung der Haftung für jeden Schaden, der durch ein Fehlverhalten bei der Erbringung der betreffenden Dienstleistungen verursacht wird [20], oder das Vorliegen einer bestimmten wirtschaftlichen Freiheit, um die Bedingungen der Nutzung einer bestimmten Dienstleistung zu bestimmen [21]. Außerdem hat der Gerichtshof, selbstverständlich ohne Anspruch auf Vollständigkeit, auch die Merkmale präzisiert, die für die Qualifizierung der betreffenden Vereinbarungen nicht ausschlaggebend sind, wie die Laufzeit der fraglichen Verträge, bedeutende Anfangsinvestitionen zulasten des Dienstleistungserbringers oder ein bedeutendes Maß an Selbständigkeit bei der Erbringung der Dienstleistungen durch den Dienstleistungserbringer [22].

30. Allerdings ist festzustellen, dass die „Hilfskriterien" nur bei Vorliegen einer unmittelbaren Vergütung des Dienstleistungserbringers herangezogen worden sind. Dies könnte bedeuten, dass das Fehlen einer unmittelbaren Vergütung des Dienstleistungserbringers ein hinreichendes Kriterium für die Qualifizierung eines fraglichen Vertrags als Dienstleistungskonzession ist.

31. Im vorliegenden Fall steht fest, dass der Erbringer der fraglichen Rettungsdienste nicht durch die öffentliche Stelle vergütet wird, die die fraglichen Dienstleistungen an ihn vergeben hat, sondern durch Dritte, nämlich durch Sozialversicherungsträger sowie durch privat versicherte und nicht versicherte Personen [23].

32. Vorbehaltlich einer Prüfung durch das vorlegende Gericht habe ich den Eindruck, dass die Sozialversicherungsträger, auch wenn sie selbst als „öffentliche Auftraggeber" im Sinne der Definition in Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18 angesehen werden könnten, Einrichtungen darstellen, die von der öffentlichen Stelle, die die fragliche Dienstleistung vergeben hat, hinreichend verschieden und unabhängig sind, um die Annahme zu rechtfertigen, dass es sich um eine Vergütung des Dienstleistungserbringers „durch Dritte" handelt [24].

33. Die Besonderheit der vorliegenden Rechtssache besteht darin, dass diejenigen, die das Benutzungsentgelt entrichten, nämlich die Sozialversicherungsträger sowie privat versicherte und nicht versicherte Personen, dieses Entgelt nicht unmittelbar an den Rettungsdienstleister, sondern an die Zentrale Abrechnungsstelle für den Rettungsdienst in Bayern zahlen. Zu klären bleibt somit die Frage, ob dieser Umstand sich auf die Feststellung auswirken kann, dass das Fehlen

20 — Urteil Contse u. a. (angeführt in Fn. 17, Randnr. 22).

21 — Urteil Hans & Christophorus Oymanns (angeführt in Fn. 19, Randnr. 71).

22 — Urteil Kommission/Italien (angeführt in Fn. 6, Randnrn. 42 und 44).

23 — Die Parteien des Ausgangsverfahrens tragen übereinstimmend vor, dass ungefähr 10 % der Benutzungsentgelte von Privat- und von Nichtversicherten geschuldet werden.

24 — Die Sozialversicherungsträger standen auch im Mittelpunkt der Rechtssache Hans & Christophorus Oymanns (angeführt in Fn. 19). Während sie in dieser Rechtssache die Eigenschaft der öffentlichen Stelle hatten, die die fragliche Dienstleistung vergeben hatte und zugleich die als Gegenleistung für diese Dienstleistungen geschuldete Vergütung entrichteten, beschränken sie sich im vorliegenden Fall darauf, die als Gegenleistung für die erbrachten Dienstleistungen geschuldete Vergütung zu entrichten.

einer unmittelbaren Vergütung des Dienstleistungserbringers ein hinreichendes Kriterium für die Qualifizierung des fraglichen Vertrags als Dienstleistungskonzession ist.

34. Meiner Ansicht nach ist diese Frage zu verneinen. Der Umstand, dass zwischen dem Dienstleistungserbringer und demjenigen, der die Dienstleistung vergütet, ein „Mittelsmann" welcher Art auch immer steht, stellt in keiner Weise die weitere Feststellung in Frage, dass nämlich der Dienstleistungserbringer nicht unmittelbar von der öffentlichen Stelle, die die fragliche Dienstleistung an ihn vergeben hat, vergütet wird, insbesondere wenn die betreffende öffentliche Stelle keinerlei Einfluss auf die Zahlungen hat.

35. Dies führt uns zu dem Ergebnis, dass das Fehlen einer unmittelbaren Vergütung des Dienstleistungserbringers durch die öffentliche Stelle, die eine der betreffenden Dienstleistungen an ihn vergeben hat, ein hinreichendes Kriterium für die Qualifizierung des fraglichen Vertrags als Dienstleistungskonzession darstellt. Von nur geringer Bedeutung ist insoweit erstens, wer die aufgrund der erbrachten Dienstleistung geschuldete Vergütung leistet, vorausgesetzt, es handelt sich um eine von der öffentlichen Stelle, die die fragliche Dienstleistung vergeben hat, hinreichend verschiedene und unabhängige Einrichtung, und zweitens, nach welchen Modalitäten sich die Vergütung richtet.

36. Die Frage, ob es für die Qualifizierung eines solchen Vertrags als Dienstleistungskonzession entscheidend darauf ankommt, dass das vom Dienstleistungserbringer übernommene, mit der betreffenden Dienstleistung verbundene Betriebsrisiko von vornherein, d. h. auch in dem Fall, in dem die Dienstleistung durch den öffentlichen Auftraggeber erbracht wird, beschränkt ist, ist meiner Ansicht nach auf der Grundlage des Urteils Eurawasser [25] zu beantworten.

37. Zwar könnte im vorliegenden Fall die Frage nach dem Umfang des mit der Rettungsdienstleistung verbundenen Betriebsrisikos Anlass zur Diskussion bieten. Dabei handelt es sich jedoch um Tatsachenfeststellungen, die, soweit erforderlich, vom vorlegenden Gericht zu treffen sind.

38. Der Umfang des mit der fraglichen Dienstleistung verbundenen Betriebsrisikos ist nämlich nicht entscheidend. Entscheidend ist vielmehr die Übertragung des Risikos auf den Dienstleistungserbringer, dem die öffentliche Stelle, die die fragliche Dienstleistung vergibt, selbst ausgesetzt wäre, wenn sie die Dienstleistung selbst erbrächte [26].

25 — Angeführt in Fn. 9.

26 — Im Rahmen ihrer Schlussanträge vom 29. Oktober 2009 in der Rechtssache Club Hotel Loutraki u. a. (C-145/08 und C-149/08, Slg. 2010, I-4165), in der das Urteil vom 6. Mai 2010 erging, ist Generalanwältin Sharpston zu einem ähnlichen Schluss gelangt, indem sie festgestellt hat, dass es nicht darauf ankomme, ob das Betriebsrisiko als solches hoch sei, sondern darauf, dass der erfolgreiche Bieter das vom öffentlichen Auftraggeber bereits eingegangene Risiko in vollem Umfang oder zu einem erheblichen Teil übernehme.

Ergebnis

39. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Fragen des Oberlandesgerichts München wie folgt zu antworten:

Das Fehlen einer unmittelbaren Vergütung des Dienstleistungserbringers durch die öffentliche Stelle, die die betreffende Dienstleistung an ihn vergeben hat, stellt ein hinreichendes Kriterium für die Qualifizierung eines Vertrags als Dienstleistungskonzession im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge dar. Von nur geringer Bedeutung ist insoweit erstens, wer die aufgrund der erbrachten Dienstleistung geschuldete Vergütung leistet, vorausgesetzt, es handelt sich um eine von der öffentlichen Stelle, die die fragliche Dienstleistung vergeben hat, hinreichend verschiedene und unabhängige Einrichtung, zweitens, nach welchen Modalitäten sich die Vergütung richtet, und drittens, ob das mit der fraglichen Dienstleistung verbundene Betriebsrisiko von vornherein beschränkt ist.