



MGEPA Nordrhein-Westfalen, 40190 Düsseldorf

Datum: 6. August 2010  
Seite 1 von 4

An die  
Bezirksregierungen  
Arnsberg, Detmold, Düsseldorf,  
Köln und Münster

Aktenzeichen III C 1 – 0715.0  
bei Antwort bitte angeben

Reg.-B'e Söhner  
Telefon 0211 855-3549  
Telefax 0211 855-3239

zur Weiterleitung  
an die Träger des Rettungsdienstes

### Vergabe rettungsdienstlicher Leistungen Gerichtsentscheidungen

In der Anlage übersende ich zur Kenntnisnahme und Beachtung die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 01. Dezember 2008 – X ZB 32/08 und des Europäischen Gerichtshofes vom 29. April 2010 – C-160/08 – zur Vergabe rettungsdienstlicher Leistungen. Beide Entscheidungen beziehen sich auf die Vergabe rettungsdienstlicher Leistungen nach dem auch in Nordrhein-Westfalen praktizierten Submissionsmodell.

Im Einvernehmen mit dem Ministerium für Wirtschaft, Energie, Bauen, Wohnen und Verkehr möchte ich folgende allgemeine Hinweise geben:

Dienstgebäude  
Fürstenwall 25  
40219 Düsseldorf  
poststelle@mgepa.nrw.de  
www.mgepa.nrw.de

#### I. Konsequenzen für künftiges Verwaltungshandeln

Als Konsequenz aus den zitierten Entscheidungen ist aus Sicht des Landes bei der Beauftragung Dritter mit der Durchführung des Rettungsdienstes in Nordrhein-Westfalen der Vierte Teil (Vergabe öffentlicher Aufträge) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) anzuwenden, soweit die mit der Aufgabe betrauten Unterneh-

Öffentliche Verkehrsmittel:  
Rheinbahn Linien 704, 709  
Haltestelle: Stadttor  
Rheinbahn Linien 719, 725  
Haltestelle: Polizeipräsidium

men/Dienstleister als Verwaltungshelfer in die Aufgabenerfüllung einbezogen werden (vgl. auch den Erlass des MAGS an die Stadt Neuss vom 1. Dezember 2005, Az.: III 8 – 0715).

In diesem Zusammenhang ist für jeden Einzelfall festzustellen, ob es sich um eine vorrangige Dienstleistung (§ 1 Abs. 2 VOL/A-EG) oder um eine nachrangige Dienstleistung (§ 1 Abs. 3 VOL/A-EG) handelt. In Abhängigkeit davon sind die Bestimmungen der VOL/A-EG uneingeschränkt oder nur eingeschränkt anwendbar.

Unberührt bleibt die Aufgabenerledigung

- durch eigene Kräfte (z.B. Berufsfeuerwehr) und
- nach dem Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit (GkG NRW)

sowie

- die Übertragung der Aufgabendurchführung an eine von dem Aufgabenträger (mit-)eingerrichtete Gesellschaft (In-House-Geschäft), jedenfalls soweit die hierzu vom EuGH bislang aufgestellten Grundsätze beachtet werden.

## II. Novellierung des RettG NRW

Landesseitig wird bei der in dieser Legislaturperiode anstehenden Novellierung des RettG NRW zu prüfen sein, ob

- es einer vergaberechtskonformen Veränderung der Regelungen des RettG NRW bedarf und
- ggfls. die Berücksichtigung der „Mitwirkung im Katastrophenschutz/bei Großschadenslagen“ als Eignungskriterium herangezogen werden kann.

### III. Konsequenzen für bestehende Vereinbarungen

Für die **bereits bestehenden Verträge** im Oberschwellenbereich, bei denen kein Vergabeverfahren durchgeführt worden ist, ergeben sich aus den gerichtlichen Entscheidungen folgende Konsequenzen:

Gemäß Art. 260 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) hat ein Mitgliedstaat, wenn der Gerichtshof festgestellt hat, dass dieser Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus diesem Vertrag verstoßen hat, die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil des EuGH ergeben, d. h. einen rechtmäßigen Zustand wieder herzustellen. Adressat dieser Beseitigungspflicht sind alle staatlichen Stellen, die in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich die Durchführung des Urteils zu gewähren haben. Damit kann sich für öffentliche Auftraggeber, die eine gemeinschaftsrechtswidrige Vergabe durchgeführt haben, eine gemeinschaftsrechtliche Handlungspflicht ergeben. Obwohl Art. 280 AEUV keine besondere Frist für die Beseitigung vorsieht, gebietet das Interesse an einer sofortigen und einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts, dass die erforderlichen Maßnahmen nach Erlass des Urteils unverzüglich in Angriff genommen und innerhalb kürzestmöglicher Zeit abgeschlossen werden.

Für Vergabesachen bedeutet dies, dass grundsätzlich Aufträge, bei denen eine gemeinschaftsrechtswidrige Vergabe in einem Urteil nach Art. 280 AEUV festgestellt wurde, innerhalb kürzestmöglicher Zeit beendet werden müssen. Die Mitgliedsstaaten haben dazu alle nach nationalem Recht bestehenden Möglichkeiten zu ergreifen. Nach nationalem Recht in Deutschland ist hier insbesondere an Aufhebungsverträge sowie an ordentliche und außerordentliche Kündigungen zu denken. Bei einer ordentlichen Kündigung läuft der Vertrag aus, d.h. er gilt zunächst weiter und endet zum nächsten Kündigungstermin. Dies ist vor dem Hintergrund der oben erwähnten Eilbedürftigkeit der einzuleitenden Maß-

nahmen nicht unproblematisch, da der Vertrag unter Umständen Jahre lang weiter gilt. Derzeit ist nicht mit Sicherheit zu sagen, inwieweit ein solches Vorgehen von der Kommission beanstandet werden würde. Ein derartiges Vorgehen erscheint für einen begrenzten Zeitraum nach derzeitiger Rechtslage möglich, da auch der Kommission bewusst ist, dass durch außerordentliche Kündigung eine problematische Übergangszeit und ggf. ein Zustand der Vertragslosigkeit entstehen würde. Daher wird empfohlen spätestens mit der Neuaufstellung des Bedarfsplanes gemäß § 12 Abs. 6 RettG NRW eine Vertragsbeendigung herbeizuführen. Vor diesem Hintergrund ist eine Auslaufzeit von ca. 2 – 3 Jahren, d.h. bis längstens Ende 2013 für die bestehenden Verträge nach hiesiger Auffassung noch vertretbar. Voraussetzung hierfür ist, dass die gemeinschaftsrechtswidrig erfolgte Vergabe nachträglich gem. Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge („Vergabekoordinierungsrichtlinie“) im Amtsblatt der EU bekannt gemacht wird und zwar unabhängig davon, wann der gemeinschaftsrechtswidrige Vertragsschluss erfolgt ist.

Es ist beabsichtigt, nach der Sommerpause Informationsveranstaltungen in den Bezirksregierungen zu terminieren, um das weitere Vorgehen zu erörtern.

Im Auftrag

  
(Dr. Prütting)

Anlagen

**WICHTIGER RECHTLICHER HINWEIS:** Für die Angaben auf dieser Website besteht Haftungsausschluss und Urheberrechtsschutz.

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Dritte Kammer)

29. April 2010(\*)

„Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats – Öffentliche Dienstleistungsaufträge – Art. 43 EG und 49 EG – Richtlinien 92/50/EWG und 2004/18/EG – Öffentliche Rettungsdienste – Notfalltransport und qualifizierter Krankentransport – Transparenzgebot – Art. 45 EG – Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind – Art. 86 Abs. 2 EG – Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“

In der Rechtssache C-160/08

betreffend eine Vertragsverletzungsklage nach Art. 226 EG, eingereicht am 16. April 2008,

**Europäische Kommission**, vertreten durch M. Kellerbauer und D. Kukovec als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

**Bundesrepublik Deutschland**, vertreten durch M. Lumma und J. Möller als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Beklagte,

unterstützt durch

**Königreich der Niederlande**, vertreten durch C. M. Wissels und Y. de Vries als Bevollmächtigte,

Streithelfer,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Dritte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten K. Lenaerts (Berichterstatter) sowie der Richter E. Juhász, G. Arestis, J. Malenovský und T. von Danwitz,

Generalanwältin: V. Trstenjak,

Kanzler: R. Grass,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

nach Anhörung der Schlussanträge der Generalanwältin in der Sitzung vom 11. Februar 2010

folgendes

**Urteil**

- 1 Mit ihrer Klageschrift beantragt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Richtlinien 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) und 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 (ABl. L 134, S. 114) sowie gegen die Prinzipien der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs, wie sie in den Art. 43 EG und 49 EG niedergelegt sind, verstoßen hat, dass sie Aufträge im Bereich öffentlicher Notfalltransportleistungen und qualifizierter Krankentransportleistungen (im Folgenden: öffentliche Krankentransportleistungen) nicht öffentlich ausgeschrieben bzw. nicht transparent vergeben hat und dass sie keine Bekanntmachungen über vergebene Aufträge veröffentlicht hat.

## Rechtlicher Rahmen

### Richtlinie 92/50

- 2 Nach Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 92/50 gelten als „öffentliche Dienstleistungsaufträge“ die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge.
- 3 Art. 3 Abs. 2 dieser Richtlinie lautet:
- „Die Auftraggeber sorgen dafür, dass keine Diskriminierung von Dienstleistungserbringern stattfindet.“
- 4 Nach ihrem Art. 7 Abs. 1 gilt diese Richtlinie für öffentliche Aufträge für Dienstleistungen, wenn deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer 200 000 Euro oder mehr beträgt.
- 5 Art. 10 dieser Richtlinie bestimmt:
- „Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA und des Anhangs IB sind, werden nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI vergeben, wenn der Wert der Dienstleistungen des Anhangs IA größer ist als derjenige der Dienstleistungen des Anhangs IB. Ist dies nicht der Fall, so werden sie gemäß den Artikeln 14 und 16 vergeben.“
- 6 Die in Art. 10 der Richtlinie 92/50 genannten Abschnitte, die in vollem Umfang auf die von Art. 10 Satz 1 erfassten Fälle anwendbar sind, betreffen die Wahl der Vergabeverfahren und die Durchführung von Wettbewerben (Abschnitt III, Art. 11 bis 13), gemeinsame technische Vorschriften (Abschnitt IV, Art. 14), gemeinsame Bekanntmachungsvorschriften (Abschnitt V, Art. 15 bis 22) sowie gemeinsame Teilnahmebestimmungen, Eignungskriterien und Zuschlagskriterien (Abschnitt VI, Art. 23 bis 37).
- 7 Art. 14 dieser Richtlinie betrifft die technischen Spezifikationen, die in den Auftragsunterlagen enthalten sein müssen.
- 8 Art. 16 dieser Richtlinie bestimmt:
- „(1) Die Auftraggeber, die einen Auftrag vergeben, schicken dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften eine Bekanntmachung über die Ergebnisse des Vergabeverfahrens.
- (2) Die Bekanntmachungen werden wie folgt veröffentlicht:
- bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen des Anhangs IA nach Maßgabe der Artikel 17 bis 20;
  - bei Wettbewerben nach Maßgabe des Artikels 17.
- (3) Bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen des Anhangs IB geben die Auftraggeber in ihrer Bekanntmachung an, ob sie mit der Veröffentlichung einverstanden sind.
- ...“
- 9 Zu den in Anhang IA der Richtlinie 92/50 aufgeführten Dienstleistungen gehören in Kategorie 2 „Landverkehr einschließlich Geldtransport- und Kurierdienste, ohne Postverkehr“ und in Kategorie 3 „Fracht- und Personenbeförderung im Flugverkehr, ohne Postverkehr“. Zu den in Anhang IB der Richtlinie 92/50 aufgeführten Dienstleistungen gehören in Kategorie 25 das „Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen“.

### Richtlinie 2004/18

10 Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und d der Richtlinie 2004/18 enthält folgende Definitionen:

„a) ‚Öffentliche Aufträge‘ sind zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie.

...

d) ‚Öffentliche Dienstleistungsaufträge‘ sind öffentliche Aufträge über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang II, die keine öffentlichen Bau- oder Lieferaufträge sind.

...“

11 Art. 2 dieser Richtlinie bestimmt:

„Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.“

12 Nach ihrem Art. 7 Buchst. b gilt diese Richtlinie für die Vergabe öffentlicher Aufträge, deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer 249 000 Euro erreicht oder überschreitet. Dieser Betrag wurde schrittweise durch die Verordnung (EG) Nr. 1874/2004 der Kommission vom 28. Oktober 2004 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für die Anwendung auf Verfahren zur Auftragsvergabe (ABl. L 326, S. 17) auf 236 000 Euro und dann durch die Verordnung (EG) Nr. 2083/2005 der Kommission vom 19. Dezember 2005 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für die Anwendung auf Verfahren zur Auftragsvergabe (ABl. L 333, S. 28) auf 211 000 Euro herabgesetzt.

13 Die Richtlinie 2004/18 enthält in Titel II („Vorschriften für öffentliche Aufträge“) einen Art. 22, der bestimmt:

„Aufträge sowohl über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil A als auch über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B werden nach den Artikeln 23 bis 55 vergeben, wenn der Wert der Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil A höher ist als derjenige der Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B. In allen anderen Fällen wird der Auftrag nach Artikel 23 und Artikel 35 Absatz 4 vergeben.“

14 Die Art. 23 bis 55 der Richtlinie 2004/18, die in vollem Umfang auf die von Art. 22 Satz 1 dieser Richtlinie erfassten Fälle anwendbar sind, geben nacheinander die besonderen Vorschriften über die Verdingungsunterlagen und die Auftragsunterlagen (Art. 23 bis 27), die Verfahrensvorschriften (Art. 28 bis 34), die Vorschriften über die Veröffentlichung und die Transparenz (Art. 35 bis 43) sowie die Vorschriften über den Ablauf des Verfahrens (Art. 44 bis 55) an.

15 Art. 23 der Richtlinie 2004/18 betrifft die technischen Spezifikationen, die in den Auftragsunterlagen enthalten sein müssen.

16 Art. 35 Abs. 4 dieser Richtlinie bestimmt:

„Ein öffentlicher Auftraggeber, der einen öffentlichen Auftrag vergeben oder eine Rahmenvereinbarung geschlossen hat, sendet spätestens 48 Tage nach der Vergabe des Auftrags beziehungsweise nach Abschluss der Rahmenvereinbarung eine Bekanntmachung mit den Ergebnissen des Vergabeverfahrens ab.“

...

Bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen des Anhangs II Teil B gibt der öffentliche Auftraggeber in seiner Bekanntmachung an, ob er mit der Veröffentlichung einverstanden ist. ...

...“

17 Die Dienstleistungen im Sinne der Kategorien 2 und 3 des Anhangs II Teil A sowie im Sinne von Kategorie 25 des Anhangs II Teil B der Richtlinie 2004/18 stimmen mit den Dienstleistungen im Sinne der entsprechenden Kategorien der Anhänge IA und IB der Richtlinie 92/50 überein.

### Sachverhalt

- 18 Bei der Kommission gingen mehrere Beschwerden u. a. von Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten als der Bundesrepublik Deutschland ein, die mit der Vergabe von Aufträgen über öffentliche Krankentransportleistungen in diesem Mitgliedstaat in Zusammenhang standen.

#### Allgemeiner Kontext

- 19 In Deutschland fällt die Organisation des Rettungsdienstes in die Zuständigkeit der Bundesländer.
- 20 Rettungsdienstleistungen werden in den meisten Bundesländern nach dem „dualen System“ erbracht, das auch „Trennungmodell“ genannt wird. Es beruht auf der Unterscheidung zwischen dem öffentlichen Rettungsdienst, der etwa 70 % aller Rettungsdienstleistungen ausmacht, und der Erbringung von Rettungsdienstleistungen aufgrund von Genehmigungen nach den einschlägigen Landesgesetzen, deren Anteil am Gesamtaufkommen dieser Dienstleistungen etwa 30 % beträgt.
- 21 Der öffentliche Rettungsdienst erfasst üblicherweise Notfalltransportleistungen und qualifizierte Krankentransportleistungen. Der Notfalltransport bezeichnet die Beförderung von lebensbedrohlich verletzten oder erkrankten Personen unter fachgerechter Betreuung mit Notarzt- oder Rettungswagen. Der qualifizierte Krankentransport besteht in der Beförderung von kranken, verletzten oder sonstigen hilfsbedürftigen Personen, die keine Notfallpatienten sind, unter fachgerechter Betreuung mit Krankentransportwagen. Beide Arten von Leistungen stehen der Bevölkerung im gesamten betreffenden Gebiet im Allgemeinen rund um die Uhr zur Verfügung und schließen dabei häufig den Betrieb von ständig mit Personal und Einsatzfahrzeugen ausgestatteten Rettungswachen mit ein.
- 22 Medizinische Dienstleistungen sind bei der Notfallrettung sowie in eingeschränktem Maße beim qualifizierten Krankentransport verfügbar. Allerdings finden die Mehrzahl der Notfalltransporteinsätze und alle Einsätze des qualifizierten Krankentransports ohne ärztliche Beteiligung statt. Medizinische Leistungen werden beim Notfalltransport hauptsächlich von Rettungssanitätern erbracht. Notarztleistungen werden üblicherweise über separate Verträge mit den Krankenhäusern geregelt.
- 23 Im Bereich des öffentlichen Rettungsdienstes schließen die Gebietskörperschaften als Träger des Rettungsdienstes mit Leistungserbringern Verträge über die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit diesen Dienstleistungen. Die Vergütung der betreffenden Dienstleistungen erfolgt entweder unmittelbar durch den Auftraggeber nach dem sogenannten „Submissionsmodell“, auf das allein sich die vorliegende Klage bezieht, oder durch die Erhebung von Entgelten durch den Auftragnehmer bei den Patienten bzw. den Krankenkassen nach dem sogenannten „Konzessionsmodell“.
- 24 Die Urheber der an die Kommission gerichteten Beschwerden behaupteten, dass in Deutschland die Aufträge über öffentliche Krankentransportleistungen in der Regel nicht Gegenstand einer auf der Ebene der Europäischen Union veröffentlichten Ausschreibung seien und nicht transparent vergeben würden. Einige Beschwerdeführer trugen vor, dass in den Fällen, die zur Einreichung ihrer Beschwerde Anlass gegeben hätten, eine allgemeine Praxis in diesem Mitgliedstaat zum Ausdruck komme.
- 25 Die Untersuchungen durch die Kommission ergaben, dass in den Jahren 2001 bis 2006 zur Beschaffung von Notfalltransport- bzw. qualifizierten Krankentransportleistungen lediglich dreizehn Vergabebekanntmachungen von elf verschiedenen Gebietskörperschaften im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* und im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht worden waren. In demselben Zeitraum sei auch die Anzahl von Bekanntmachungen der Ergebnisse einer Auftragsvergabe äußerst gering gewesen, da es hierzu nur zwei Veröffentlichungen gegeben habe.

#### Der Klage zugrunde liegende Fälle

- 26 Die bei der Kommission angezeigten und von ihr als Beispiele für die von der vorliegenden Klage erfasste Praxis dargestellten Fälle betreffen die Bundesländer Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Sachsen.

Das Land Sachsen-Anhalt

- 27 Nach Angaben der Kommission führt die Stadt Magdeburg seit Oktober 2005 ein Genehmigungsverfahren zur Vergabe von entgeltlichen Verträgen über öffentliche Krankentransportleistungen durch. Leistungsgegenstand ist die Vorhaltung von Personal und Fahrzeugen für den Notfalltransport bzw. den qualifizierten Krankentransport für den Zeitraum 2007 bis 2011. Das Auftragsvolumen beläuft sich auf insgesamt 7,84 Millionen Euro pro Jahr. Eine unionsweite Vergabebekanntmachung wurde nicht veröffentlicht.

Das Land Nordrhein-Westfalen

- 28 Nach Angaben der Kommission vergab die Stadt Bonn im Jahr 2004 einen Auftrag über öffentliche Krankentransportleistungen für den Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2008. Gegenstand des fraglichen Auftrags war u. a. der Betrieb von vier Rettungswachen. Dieser Auftrag hatte ein Gesamtvolumen von mindestens 5,28 Millionen Euro. Er wurde nicht unionsweit, sondern nur national ausgeschrieben. Zumindest ein Bieter wurde nach Abgabe seiner Interessensbekundung ausgeschlossen, und das Vergabeverfahren wurde schließlich mangels eines wirtschaftlichen Ergebnisses aufgehoben. Der fragliche Auftrag wurde letztlich direkt an den bisherigen Dienstleistungserbringer vergeben.

- 29 Nach weiteren Angaben der Kommission hatte im Jahr 1998 ein Unternehmen gegenüber der Stadt Witten sein Interesse an der Übernahme des Betriebs der Rettungswache von Witten-Herbede bekundet. Der Betrieb dieser Rettungswache mit einem jährlichen Auftragsvolumen von 945 753 Euro wurde jedoch an das Deutsche Rote Kreuz (DRK) vergeben. Eine unionsweite Vergabebekanntmachung wurde nicht veröffentlicht.

Das Land Niedersachsen

- 30 Nach Angaben der Kommission führte die Region Hannover im Jahr 2004 erstmals ein Vergabeverfahren für Aufträge über die Erbringung öffentlicher Krankentransportleistungen in ihrem Gebiet durch. An diesem Verfahren durften sich ausschließlich die bisher Beauftragten, nämlich der Arbeiter-Samariter-Bund (ASB), das DRK, die Johanniter-Unfall-Hilfe (JUH) und die RKT GmbH, beteiligen. Das Auftragsvolumen für den Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2009 belief sich auf annähernd 65 Millionen Euro.

- 31 Nach weiteren Angaben der Kommission beauftragte der Landkreis Hameln-Pyrmont im Jahr 1993 den Kreisverband des DRK mit der Erbringung öffentlicher Krankentransportleistungen in seinem Gebiet. Der Vertrag mit einer ursprünglichen Laufzeit von zehn Jahren wurde nicht gekündigt. Im Jahr 2003 wurde er ohne Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung um zehn Jahre verlängert. Zudem wurde im Jahr 1999 eine neue Rettungswache in der Gemeinde Emmerthal errichtet, mit deren Betrieb das DRK ebenfalls ohne vorherige Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung beauftragt wurde. Das Gesamtvolumen dieser Aufträge belief sich auf 7,2 Millionen Euro pro Jahr.

- 32 Die Kommission erhielt auch Informationen darüber, dass der Kreisverband des DRK seit 1992 öffentliche Krankentransportleistungen auf dem Gebiet des Landkreises Uelzen erbringt. Der zwischen diesem Landkreis und dem DRK-Kreisverband geschlossene Vertrag wurde im Jahr 2002 um die Dienstleistung des Betriebs der Rettungswache in Bad Bevensen erweitert, ohne dass eine Vergabebekanntmachung veröffentlicht worden wäre. Er umfasst einen Gesamtwert von 4,45 Millionen Euro pro Jahr.

Das Land Sachsen

- 33 Nach den von der Kommission eingeholten Informationen betreffen die Verträge des Rettungszweckverbands Westsachsen mit dem ASB, dem DRK, der JUH und der Berufsfeuerwehr Zwickau, mit einer ursprünglichen Laufzeit von vier Jahren die Landkreise Chemnitzer Land, Aue-Schwarzenberg, Zwickauer Land sowie die Stadt Zwickau. Diese Verträge mit einem Gesamtwert von 7,9 Millionen Euro pro Jahr wurden im Jahr 2003 ohne Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung um vier Jahre verlängert. Am Ende ihrer Laufzeit wurden sie bis zum 31. Dezember 2008 verlängert.

- 34 Die bestehenden Verträge des Rettungszweckverbands Chemnitz/Stollberg mit dem ASB, dem DRK, der JUH und der Berufsfeuerwehr Chemnitz mit einer ursprünglichen Laufzeit von vier Jahren betreffen den Landkreis Stollberg sowie die Stadt Chemnitz. Diese Verträge mit einem jährlichen Gesamtwert von 3,3 Millionen Euro wurden am 1. September 2002 ohne Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung um weitere vier Jahre verlängert. Am Ende ihrer Laufzeit wurden sie bis zum 31. Dezember 2008 verlängert.

- 35 Die bestehenden Verträge des Rettungszweckverbands Vogtland mit dem ASB, dem DRK, der JUH, der privaten Rettungsdienstgesellschaft Plauen und der Berufsfeuerwehr Plauen mit einer

Laufzeit von vier Jahren betreffen den Landkreis Vogtland sowie die Stadt Plauen. Diese Verträge mit einem jährlichen Gesamtwert von 3,9 Millionen Euro wurden ohne Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung und mit Wirkung zum 1. Januar 2002 bzw. 1. Januar 2004 geschlossen. Am Ende ihrer Laufzeit wurden sie bis zum 31. Dezember 2008 verlängert.

### **Vorverfahren**

- 36 In einem Aufforderungsschreiben vom 10. April 2006 teilte die Kommission der Bundesrepublik Deutschland mit, sie könnte
- bei der Vergabe von entgeltlichen Dienstleistungsverträgen über Rettungsdienstleistungen, bei denen Verkehrsleistungen im Sinne von Kategorie 2 bzw. 3 des Anhangs IA der Richtlinie 92/50 bzw. des Anhangs II Teil A der Richtlinie 2004/18 überwögen, bis 31. Januar 2006 gegen Art. 10 der Richtlinie 92/50 in Verbindung mit den Abschnitten III bis VI dieser Richtlinie und, seit 1. Februar 2006, gegen Art. 22 der Richtlinie 2004/18 in Verbindung mit den Art. 23 bis 55 dieser Richtlinie verstoßen haben und
  - bei der Vergabe von entgeltlichen Dienstleistungsverträgen über Rettungsdienstleistungen, bei denen medizinische Leistungen im Sinne von Kategorie 25 des Anhangs IB der Richtlinie 92/50 bzw. des Anhangs II Teil B der Richtlinie 2004/18 überwögen, bis 31. Januar 2006 gegen Art. 10 der Richtlinie 92/50 in Verbindung mit Art. 16 dieser Richtlinie und seit 1. Februar 2006 gegen Art. 22 der Richtlinie 2004/18 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 dieser Richtlinie sowie jedenfalls gegen die Prinzipien der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit, die in den Art. 43 EG und 49 EG niedergelegt seien, insbesondere gegen das von diesen Prinzipien umfasste Diskriminierungsverbot, verstoßen haben.
- 37 Die Bundesrepublik Deutschland antwortete auf dieses Mahnschreiben mit Schreiben vom 10. Juli 2006, in dem sie u. a. geltend machte, dass der öffentliche Rettungsdienst öffentlich-rechtlich organisiert sei und dass seine Ausübung der hoheitlichen Betätigung des Staates zuzuordnen sei. Verträge über Krankentransportleistungen könnten daher nicht als öffentliche Dienstleistungsaufträge eingestuft werden.
- 38 Da die Kommission diese Antwort nicht für zufriedenstellend hielt, übersandte sie der Bundesrepublik Deutschland am 15. Dezember 2006 eine mit Gründen versehene Stellungnahme, in der sie an den im Mahnschreiben erhobenen Rügen unverändert festhielt und die Bundesrepublik aufforderte, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um diese Zuwiderhandlung binnen zwei Monaten nach Eingang dieser Stellungnahme abzustellen.
- 39 Da die Bundesrepublik Deutschland in ihrem Antwortschreiben vom 22. Februar 2007 auf die mit Gründen versehene Stellungnahme an ihrer Auffassung festhielt, hat die Kommission beschlossen, die vorliegende Klage zu erheben.

### **Zur Klage**

#### *Zur Zulässigkeit*

- 40 Da die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Klage und die mit ihr erhobenen Rügen zwingendes Recht sind, kann sie der Gerichtshof gemäß Art. 92 § 2 seiner Verfahrensordnung von Amts wegen prüfen. Ferner ist er befugt, von Amts wegen zu prüfen, ob die durch die Rechtsordnung der Union verliehenen Verfahrensgarantien eingehalten wurden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 7. Mai 1991, Interhotel/Kommission, C-291/89, Slg. 1991, I-2257, Randnrn. 14 und 15).
- 41 Es ist darauf hinzuweisen, dass im Vertragsverletzungsverfahren das Vorverfahren dem betroffenen Mitgliedstaat Gelegenheit geben soll, den sich aus dem Recht der Union ergebenden Verpflichtungen nachzukommen und sich gegenüber den Rügen der Kommission wirksam zu verteidigen (Urteil vom 24. Juni 2004, Kommission/Niederlande, C-350/02, Slg. 2004, I-6213, Randnr. 18).
- 42 Der ordnungsgemäße Ablauf dieses Verfahrens ist nicht nur eine vom EG-Vertrag vorgeschriebene wesentliche Garantie für den Schutz der Rechte des betroffenen Mitgliedstaats, sondern auch dafür, dass ein etwaiges Streitiges Verfahren einen eindeutig festgelegten Streitgegenstand hat (vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Niederlande, Randnr. 19).
- 43 Daraus folgt, dass der Gegenstand einer Klage nach Art. 226 EG durch das in dieser Bestimmung vorgesehene Vorverfahren eingegrenzt wird und daher im gerichtlichen Verfahren nicht mehr

erweitert werden kann. Die mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission und die Klage müssen auf die gleichen Gründe und das gleiche Vorbringen gestützt sein, so dass der Gerichtshof eine Rüge, die nicht in der mit Gründen versehenen Stellungnahme erhoben wurde, nicht prüfen kann; die mit Gründen versehene Stellungnahme muss eine zusammenhängende und ausführliche Darstellung der Gründe enthalten, aus denen die Kommission zu der Überzeugung gelangt ist, dass der betreffende Mitgliedstaat gegen eine seiner Verpflichtungen aus dem Vertrag verstoßen hat (vgl. Urteile Kommission/Niederlande, Randnr. 20, und vom 27. April 2006, Kommission/Deutschland, C-441/02, Slg. 2006, I-3449, Randnrn. 59 und 60).

- 44 Daher muss die Kommission bereits im Lauf des Vorverfahrens genau angeben, welche Bestimmung oder Bestimmungen der Verpflichtung zugrunde liegen, deren Nichteinhaltung dem Mitgliedstaat vorgeworfen wird (vgl. Urteil vom 22. März 2007, Kommission/Belgien, C-437/04, Slg. 2007, I-2513, Randnr. 39).
- 45 Im vorliegenden Fall ist zum einen darauf hinzuweisen, dass die Kommission sowohl im Mahnschreiben als auch in der mit Gründen versehenen Stellungnahme die auf einen Verstoß gegen die Art. 43 EG und 49 EG gestützte Rüge auf die Vergabe der Aufträge für öffentliche Krankentransportleistungen bezogen hat, die dadurch gekennzeichnet seien, dass der Wert der medizinischen Leistungen im Sinne des Anhangs IB der Richtlinie 92/50 bzw. des Anhangs II Teil B der Richtlinie 2004/18 höher sei als der Wert der Verkehrsleistungen im Sinne des Anhangs IA der Richtlinie 92/50 bzw. des Anhangs II Teil A der Richtlinie 2004/18.
- 46 Was die Vergabe von Aufträgen für derartige Leistungen angeht, bei denen dieses Wertverhältnis umgekehrt ist, betrafen die von der Kommission im Lauf des Vorverfahrens erhobenen Rügen einen Verstoß gegen die Richtlinien 92/50 und 2004/18. Die Rüge einer Verletzung der Art. 43 EG und 49 EG im Zusammenhang mit der Vergabe dieser Aufträge hingegen war im Mahnschreiben und in der mit Gründen versehenen Stellungnahme nicht erwähnt.
- 47 Demgegenüber erhebt die Kommission jetzt in der Klageschrift die Rüge eines Verstoßes gegen die Art. 43 EG und 49 EG auch hinsichtlich der Vergabe der in der vorstehenden Randnummer genannten Aufträge, was eine rechtswidrige Erweiterung des im Laufe des Vorverfahrens umschriebenen Gegenstands der geltend gemachten Vertragsverletzung darstellt. Daher ist die Rüge eines Verstoßes gegen diese Artikel für unzulässig zu erklären, soweit sie die Vergabe dieser Aufträge betrifft.
- 48 Zum anderen ist, soweit bestimmte Abschnitte der Klageschrift dahin zu verstehen sind, dass die vorliegende Klage die Rüge enthält, durch die verschiedenen in Rede stehenden Auftragsvergaben sei Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 92/50 bzw. Art. 2 der Richtlinie 2004/18 verletzt worden, darauf hinzuweisen, dass diese beiden Bestimmungen im Laufe des Vorverfahrens nicht als Gegenstand eines von der Kommission geltend gemachten Verstoßes genannt wurden. Die Rüge einer Verletzung dieser Bestimmungen ist daher gleichfalls unzulässig.
- 49 Schließlich ergibt sich aus Art. 38 § 1 in Verbindung mit Art. 42 § 2 der Verfahrensordnung, dass der Streitgegenstand in der Klageschrift bestimmt werden muss und dass ein erstmals in der Erwiderung gestellter Antrag den ursprünglichen Gegenstand der Klage ändert und daher als neuer Antrag anzusehen und folglich als unzulässig zurückzuweisen ist.
- 50 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass die Kommission in ihrer Klageschrift ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass sich die vorliegende Klage, obgleich die streitige Vergabepaxis auch in anderen Bundesländern anzutreffen sei, auf die Vergabepaxis in Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Sachsen beschränke.
- 51 Unter diesen Umständen stellt der in der Erwiderung enthaltene Antrag der Kommission, der auf die Feststellung gerichtet ist, dass die in Rede stehende Praxis im gesamten Bundesgebiet besteht, eine rechtswidrige Erweiterung des ursprünglichen Gegenstands der Klage dar. Daher sind die von der Kommission erhobenen Rügen für unzulässig zu erklären, soweit sie andere als die in der vorstehenden Randnummer genannten Länder betreffen.
- 52 Daher ist die Klage als unzulässig abzuweisen, soweit sie sich auf die Feststellung bezieht, dass
- die Vergabe der Aufträge über öffentliche Krankentransportleistungen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass der Wert der Verkehrsleistungen im Sinne des Anhangs IA der Richtlinie 92/50 bzw. des Anhangs II Teil A der Richtlinie 2004/18 höher ist als der Wert der medizinischen Leistungen im Sinne des Anhangs IB der Richtlinie 92/50 bzw. des Anhangs II Teil B der Richtlinie 2004/18, gegen die Art. 43 EG und 49 EG verstößt;
  - ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 92/50 bzw. gegen Art. 2 der Richtlinie 2004/18

vorliegt und

- in anderen Bundesländern als Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Sachsen eine unionsrechtswidrige Praxis der Vergabe von Aufträgen über öffentliche Rettungsdienstleistungen besteht.

*Zur Begründetheit*

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 53 Die Kommission trägt erstens vor, dass ein Verstoß gegen die Art. 10 und 16 der Richtlinie 92/50 sowie gegen Art. 22 und Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 vorliege. Unabhängig vom jeweiligen Umfang des Wertes der Verkehrsleistungen und desjenigen der medizinischen Leistungen bei den einzelnen in ihrer Klage bezeichneten Aufträgen seien die Ergebnisse der Vergabe dieser Aufträge in keiner Weise bekannt gemacht worden.
- 54 Ferner liege ein Verstoß gegen das in den Art. 43 EG und 49 EG enthaltene Diskriminierungsverbot vor, das den Auftraggebern neben den sich aus den Richtlinien 92/50 und 2004/18 ergebenden Verpflichtungen auferlegt sei. Insoweit sei unter Berücksichtigung des Ursprungs der an die Kommission gerichteten Beschwerden und des wirtschaftlichen Umfangs der in Rede stehenden Dienstleistungen die im Urteil vom 13. November 2007, Kommission/Irland (C-507/03, Slg. 2007, I-9777, Randnrn. 29 und 30), aufgestellte Bedingung des Vorliegens eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses im vorliegenden Fall erfüllt.
- 55 Die bei der Kommission angezeigten Fälle ließen eine allgemeine Praxis der Vergabe von Aufträgen über öffentliche Krankentransportleistungen unter Missachtung der unionsrechtlichen Bestimmungen zur Sicherstellung von Transparenz und Wettbewerb bei diesen Aufträgen erkennen. Die äußerst geringe Anzahl von Vergabeverfahren, die die Gebietskörperschaften europaweit ausgeschrieben hätten, nämlich dreizehn Vergabebekanntmachungen in einem Zeitraum von sechs Jahren, die von elf der über 400 Landkreise und kreisfreien Städte in Deutschland veröffentlicht worden seien, bestätige das Bestehen dieser Praxis.
- 56 Die Kommission vertritt zweitens die Meinung, dass die Missachtung der Regelung der Union über öffentliche Dienstleistungsaufträge durch die deutschen Gebietskörperschaften nicht durch Erwägungen gerechtfertigt werden könne, die auf eine hoheitliche Betätigung des Staates abstelten.
- 57 Die in der vorliegenden Rechtssache fraglichen Dienstleistungen fielen nicht in den Anwendungsbereich der Art. 45 EG und 55 EG, da sie als solche keine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellten. Insbesondere implizierten diese Dienstleistungen nicht, dass ihre Erbringer besondere Zwangs- oder Eingriffsbefugnisse besäßen.
- 58 Weder der Einsatz von Blaulicht und Einsatzhorn noch die Einräumung eines Vorfahrtsrechts im Sinne der deutschen Straßenverkehrsordnung für die Erbringer dieser Dienstleistungen, noch der Umstand, dass Notfallrettungsmaßnahmen auch ohne Einwilligung des Verletzten bzw. durch einen Rettungssanitäter ohne vollständige ärztliche Ausbildung erbracht werden könnten, seien Ausdruck solcher Befugnisse.
- 59 Selbst wenn, wie die Bundesrepublik Deutschland vortrage, der öffentliche Rettungsdienst für die öffentlichen Aufgabenträger die Ausübung unmittelbarer und spezifischer öffentlicher Gewalt darstellen sollte, würde die funktionelle Einbindung von mit der Erbringung von Krankentransportleistungen betrauten Helfern in die Planung, Organisation und Verwaltung dieser Dienstleistungen daher nicht bedeuten, dass diesen Helfern Hoheitsrechte oder Zwangsbefugnisse eingeräumt wären.
- 60 Drittens bestreitet die Kommission, dass im vorliegenden Fall eine erfolgreiche Berufung auf Art. 86 Abs. 2 EG möglich sei. Das Urteil vom 25. Oktober 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Slg. 2001, I-8089), habe keine Bedeutung für die Beurteilung der Vereinbarkeit der streitigen Praxis mit dem Unionsrecht über öffentliche Aufträge, und die Anwendbarkeit dieser Bestimmung hätte die Darlegung erfordert, dass die Anwendung der Binnenmarktregeln geeignet sei, einen funktionsfähigen und rentablen, qualitativ hochstehenden Rettungsdienst zu verhindern, was die Bundesrepublik Deutschland aber zu keinem Zeitpunkt behauptet habe.
- 61 Die Bundesrepublik Deutschland beanstandet in erster Linie bestimmte Tatsachenbehauptungen der Kommission.
- 62 Was erstens das von der Stadt Bonn durchgeführte Vergabeverfahren betreffe, sei der

ausgeschlossene Bieter deshalb nicht weiter beteiligt worden, weil ihm wegen beruflicher Unzuverlässigkeit die Verlängerung der Erlaubnis nach dem nordrhein-westfälischen Rettungsdienstgesetz versagt worden sei, das die Behörden dieser Stadt bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags zu berücksichtigen hätten.

- 63 Was zweitens die Rettungswache in Bad Bevensen angehe, habe der Vorgang, der sich in einem im April 2004 geschlossenen Vertrag manifestiert habe, nur die Übernahme des Betriebs, des Personals und der Ausrüstung des Rettungsdienstes der Samtgemeinde Bevensen durch den DRK-Kreisverband sowie die Übernahme des Vertrags vom Juli 1984 zwischen der Samtgemeinde und dem Landkreis Uelzen bezweckt. Dieser Vertrag vom April 2004 stehe in der Kontinuität eines ursprünglichen Vertrags, der im Juli 1984 geschlossen worden sei und deshalb nicht unter die Richtlinie 92/50 falle. Er habe diesen ursprünglichen Vertrag weder nach seinem sachlichen oder räumlichen Gegenstand noch nach dem Leistungsangebot oder der Art der Finanzierung wesentlich geändert.
- 64 Drittens vertritt die Bundesrepublik Deutschland in Bezug auf das Land Sachsen die Ansicht, dass der behauptete Verstoß mit Beendigung der zwischen 2002 und 2004 verlängerten Verträge sowie mit dem Inkrafttreten der Neuregelung in diesem Bundesland im Januar 2005, die nunmehr die Anwendung eines transparenten Verfahrens zur Vergabe von Aufträgen über öffentliche Krankentransportleistungen vorschreibe, nicht mehr vorliege.
- 65 In zweiter Linie macht die Bundesrepublik Deutschland, in diesem Punkt unterstützt durch das Königreich der Niederlande, geltend, dass öffentliche Krankentransportleistungen als Teil der öffentlichen Politik der Gefahrenabwehr und des Gesundheitsschutzes unter die in den Art. 45 EG und 55 EG genannte Ausnahmeregelung fielen, was sie vom Anwendungsbereich des Unionsrechts über öffentliche Aufträge ausnehme.
- 66 Für die Beurteilung, ob die fragliche Tätigkeit mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden sei, sei insoweit ihre Einordnung im nationalen Recht maßgebend. Im vorliegenden Fall unterliege die Organisation öffentlicher Krankentransportleistungen einschließlich der mit den Erbringern dieser Dienstleistungen geschlossenen Verträge öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Zudem und vor allem sei die diesen Leistungserbringern übertragene Tätigkeit mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden, wie das den Führern von Rettungsfahrzeugen zustehende Vorfahrtsrecht und die damit verbundenen Attribute, nämlich der Einsatz von Blaulicht und Einsatzhorn, bewiesen.
- 67 Ferner setzten die mit öffentlichen Krankentransportleistungen verbundenen Tätigkeiten typischerweise den Besitz von Sonderbefugnissen voraus, nämlich Planung, Organisation und Verwaltung der Leistungen, die Verpflichtung Dritter zu Auskünften bzw. Meldungen sowie Entscheidungen über den Einsatz anderer Fachdienste und die Beteiligung an der Bestellung dieses Dienstpersonals zu Verwaltungsvollzugsbeamten. Diese Tätigkeiten beruhten auf einer strengen Koordination der menschlichen und technischen Glieder der „Rettungskette“, die dauerhaft und flächendeckend nur von einer öffentlichen Stelle wahrgenommen werden könne.
- 68 Die Bundesrepublik Deutschland und das Königreich der Niederlande sind der Ansicht, dass auch der Umstand, dass der öffentliche Rettungsdienst als solcher für die Aufgabenträger öffentliche Gewalt darstelle, für eine funktionelle Verbindung zwischen den Erbringern dieser Dienstleistungen und der Ausübung öffentlicher Gewalt spreche. Das Gleiche gelte für die Zusammenarbeit zwischen diesen Leistungserbringern und anderen, gleichfalls an der Planung, Organisation und Verwaltung dieser Dienstleistungen beteiligten Akteuren, wie Polizeikräfte, Katastrophenschutz und Feuerwehr, die Abwehr- bzw. Schutzaufgaben wahrnahmen sowie Räumungs-, Sicherungs- und Absperrmaßnahmen treffen und Hilfe beim Vollzug von Maßnahmen zur Unterbringung z. B. psychisch kranker Menschen leisten könnten, wobei diese Aufgaben und Maßnahmen für die Ausübung öffentlicher Gewalt kennzeichnend seien.
- 69 In dritter Linie macht die Bundesrepublik Deutschland, auch in diesem Punkt unterstützt durch das Königreich der Niederlande, hilfsweise geltend, dass die Krankentransportleistungen unter den Begriff der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG fielen, mit dem die Zulassung von Ausnahmen nicht nur von den Wettbewerbsregeln (vgl. Urteil Ambulanz Glöckner), sondern auch von den Grundfreiheiten und den Vorschriften über öffentliche Aufträge verbunden sei.
- 70 Eine Ausnahme von diesen Freiheiten und Vorschriften sei erforderlich, um Quersubventionierungen zwischen Gebieten mit dichter Bebauung, in denen die Erbringung von Krankentransportleistungen eher profitabel sei, zugunsten von insoweit sehr viel weniger profitablen Gebieten mit geringer Bevölkerungsdichte zu ermöglichen.
- 71 Auch der Zusammenhang zwischen Rettungsdiensten und Katastrophenschutz spreche für eine Ausnahme von den unionsrechtlichen Vorschriften über öffentliche Aufträge. Die staatliche

Vorsorgepflicht für den Katastrophenschutz mache es nämlich erforderlich, die nationalen Hilfsorganisationen, für die in solchen Fällen eine Hilfeleistung bestehe und die gewährleistet werden, dass tatsächlich eine Vielzahl ortsnah ansässiger ehrenamtlicher Helfer zur Verfügung stehe, zu schützen.

#### Würdigung durch den Gerichtshof

- 72 In Anbetracht der mit der Anwendung von Art. 45 Abs. 1 EG und von Art. 55 EG verbundenen Konsequenzen ist vorab zu prüfen, ob diese Bestimmungen im vorliegenden Fall tatsächlich anzuwenden sind (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Dezember 2007, Kommission/Italien, C-465/05, Slg. 2007, I-11091, Randnr. 31).
- Zur Ausnahme nach Art. 45 Abs. 1 EG in Verbindung mit Art. 55 EG
- 73 Nach Art. 45 Abs. 1 EG in Verbindung mit Art. 55 EG erstrecken sich die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr nicht auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.
- 74 Wie die Generalanwältin in Nr. 51 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, fallen solche Tätigkeiten auch nicht in den Anwendungsbereich von Richtlinien, die, wie die Richtlinien 92/50 und 2004/18, der Durchführung der Vertragsbestimmungen über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr dienen.
- 75 Es ist daher zu prüfen, ob die im vorliegenden Fall in Rede stehenden Krankentransportleistungen den Tätigkeiten im Sinne von Art. 45 Abs. 1 EG zuzurechnen sind.
- 76 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Art. 45 EG und 55 EG als Ausnahmen von den Grundregeln der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs so auszulegen sind, dass sich ihre Tragweite auf das beschränkt, was zur Wahrung der Interessen, die zu schützen diese Bestimmungen den Mitgliedstaaten erlauben, unbedingt erforderlich ist (vgl. u. a. Urteile vom 15. März 1988, Kommission/Griechenland, 147/86, Slg. 1988, 1637, Randnr. 7, vom 30. März 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, Slg. 2006, I-2941, Randnr. 45, und vom 22. Oktober 2009, Kommission/Portugal, C-438/08, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 34).
- 77 Nach ständiger Rechtsprechung muss bei der Beurteilung einer etwaigen Anwendung der in den Art. 45 EG und 55 EG vorgesehenen Ausnahmen berücksichtigt werden, dass die diesen Ausnahmen durch diese Artikel gezogenen Grenzen dem Unionsrecht unterfallen (vgl. insbesondere Urteile vom 21. Juni 1974, Reyners, 2/74, Slg. 1974, 631, Randnr. 50, und Kommission/Portugal, Randnr. 35).
- 78 Nach gefestigter Rechtsprechung muss sich die in diesen Artikeln vorgesehene Ausnahmeregelung auf Tätigkeiten beschränken, die als solche unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind (vgl. Urteile Reyners, Randnr. 45, vom 13. Juli 1993, Thijssen, C-42/92, Slg. 1993, I-4047, Randnr. 8, und Kommission/Portugal, Randnr. 36).
- 79 Wie die Generalanwältin in Nr. 58 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, setzt diese Teilhabe eine hinreichend qualifizierte Ausübung von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen voraus.
- 80 Im vorliegenden Fall ist vorab zu betonen, dass der Beitrag zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, zu dem jeder verpflichtet sein kann, insbesondere indem er einer Person in lebens- oder gesundheitsbedrohender Lage Hilfe leistet, für eine Teilhabe an der Ausübung öffentlicher Gewalt nicht ausreicht (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 29. Oktober 1998, Kommission/Spanien, C-114/97, Slg. 1998, I-6717, Randnr. 37, und Kommission/Italien, Randnr. 38).
- 81 Was das Recht der Erbringer von Krankentransportleistungen betrifft, auf Mittel wie Blaulicht oder Einsatzhorn sowie das ihnen durch die deutsche Straßenverkehrsordnung eingeräumte Vorfahrtsrecht zurückzugreifen, so kommt in ihnen zwar die vorrangige Bedeutung zum Ausdruck, die der nationale Gesetzgeber der Gesundheit der Bevölkerung gegenüber den allgemeinen Regeln des Straßenverkehrs beigemessen hat.
- 82 Diese Rechte als solche können jedoch nicht als unmittelbare und spezifische Teilhabe an der Ausübung öffentlicher Gewalt betrachtet werden, da die betreffenden Leistungserbringer nicht mit vom allgemeinen Recht abweichenden Vorrechten oder Zwangsbefugnissen ausgestattet sind, um dessen Einhaltung zu gewährleisten, was, wie zwischen den Verfahrensbeteiligten unstreitig ist, in die Zuständigkeit der Polizei- und Justizbehörden fällt (vgl. in diesem Sinne Urteile Kommission/Italien, Randnr. 39, und Kommission/Portugal, Randnr. 44).

- 83 Ebenso wenig können Aspekte, wie sie von der Bundesrepublik Deutschland in Bezug auf besondere organisatorische Befugnisse im Bereich der erbrachten Dienstleistungen, die Befugnis, bei Dritten Informationen einzuholen, oder den Einsatz anderer Fachdienste oder auch die Beteiligung an der Bestellung von Verwaltungsvollzugsbeamten im Zusammenhang mit den fraglichen Dienstleistungen angeführt worden sind, als Ausdruck einer hinreichend qualifizierten Wahrnehmung hoheitlicher bzw. vom allgemeinen Recht abweichender Befugnisse angesehen werden.
- 84 Auch der gleichfalls von der Bundesrepublik Deutschland betonte Umstand, dass die Erbringung öffentlicher Krankentransportleistungen eine Zusammenarbeit mit den öffentlichen Stellen sowie mit Angehörigen der Berufsgruppen mit sich bringe, die, wie die Angehörigen der Polizeikräfte, mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet seien, stellt keinen Gesichtspunkt dar, durch den die Tätigkeit der Erbringung dieser Dienstleistungen mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden wäre (vgl. in diesem Sinne Urteil Reyners, Randnr. 51).
- 85 Gleiches gilt für den ebenfalls von der Bundesrepublik Deutschland geltend gemachten Umstand, dass die Verträge über die in Rede stehenden Dienstleistungsaufträge öffentlich-rechtlicher Natur seien und dass die betreffenden Tätigkeiten für Rechnung von Einrichtungen des öffentlichen Rechts ausgeübt würden, die Träger des öffentlichen Rettungsdienstes seien (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. Dezember 2007, Jundt, C-281/06, Slg. 2007, I-12231, Randnrn. 36 bis 39).
- 86 Folglich ist festzustellen, dass die Art. 45 EG und 55 EG auf die im vorliegenden Fall in Rede stehenden Tätigkeiten keine Anwendung finden.
- 87 Daher ist zu prüfen, ob die von der Kommission behauptete Vertragsverletzung erwiesen ist.
- Zu der von der Kommission behaupteten Vertragsverletzung
- 88 Zunächst ist erstens darauf hinzuweisen, dass nach den Angaben, die die Kommission in ihren beim Gerichtshof eingereichten Schriftsätzen gemacht hat, die vorliegende Klage unter den in der Bundesrepublik Deutschland bestehenden verschiedenen Arten der Erbringung öffentlicher Krankentransportleistungen auf das sogenannte „Submissionsmodell“ beschränkt ist, wonach der Leistungserbringer, dem der Auftrag erteilt wurde, unmittelbar von dem Auftraggeber, mit dem er den Vertrag geschlossen hat, oder von einer mit diesem Auftraggeber in Verbindung stehenden Finanzierungseinrichtung vergütet wird.
- 89 Zweitens hat die Bundesrepublik Deutschland das Vorbringen der Kommission nicht bestritten, dass es sich bei den Gebietskörperschaften, die die einzelnen in der Klage bezeichneten Aufträge erteilt haben, um Auftraggeber im Sinne von Art. 1 Buchst. b der Richtlinie 92/50 bzw. Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18 handelt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. November 2004, Kommission/Deutschland, C-126/03, Slg. 2004, I-11197, Randnr. 18).
- 90 Drittens kann der von der Bundesrepublik Deutschland geltend gemachte Umstand, dass die Verträge, mit denen diese Aufträge vergeben worden seien, dem öffentlichen Recht zuzurechnen seien, nicht verdecken, dass das von Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 92/50 bzw. Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 verlangte vertragliche Element vorliegt. Vielmehr spricht er, wie die Kommission vorgetragen hat, für das Vorliegen dieses Elements (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. Juli 2001, Ordine degli Architetti u. a., C-399/98, Slg. 2001, I-5409, Randnr. 73).
- 91 Die Schriftform und Entgeltlichkeit dieser Verträge werden von der Bundesrepublik Deutschland keineswegs in Abrede gestellt; sie widerspricht auch nicht den bezifferten Angaben der Kommission, wonach der jeweilige Wert der einzelnen in Rede stehenden Aufträge die in Art. 7 der Richtlinie 92/50 bzw. der Richtlinie 2004/18 festgelegten Schwellenwerte deutlich übersteigt.
- 92 Viertens ist zwischen den Verfahrensbeteiligten auch unstreitig, dass der Notfalltransport bzw. der qualifizierte Krankentransport, um die es in der vorliegenden Rechtsache geht, den Kategorien 2 bzw. 3 des Anhangs IA der Richtlinie 92/50 bzw. des Anhangs II Teil A der Richtlinie 2004/18 und zugleich der Kategorie 25 des Anhangs IB der Richtlinie 92/50 bzw. des Anhangs II Teil B der Richtlinie 2004/18 zuzurechnen sind, so dass die Aufträge, die derartige Dienstleistungen zum Gegenstand haben, in den Anwendungsbereich von Art. 10 der Richtlinie 92/50 bzw. von Art. 22 der Richtlinie 2004/18 fallen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 24. September 1998, Tögel, C-76/97, Slg. 1998, I-5357, Randnr. 40).
- 93 Demgegenüber widerspricht die Bundesrepublik Deutschland bestimmten Tatsachenbehauptungen der Kommission. Sie tritt auch deren Vorbringen entgegen, dass diese Tatsachen eine allgemeine Praxis auf dem Gebiet der Vergabe von Aufträgen über öffentliche Krankentransportleistungen erkennen ließen.

## Zu den Tatsachenbehauptungen

- 94 Beruft sich die Kommission auf substantiierte Beschwerden, die wiederholte Verstöße gegen das Unionsrecht erkennen lassen, ist es nach ständiger Rechtsprechung Sache des betroffenen Mitgliedstaats, die in diesen Beschwerden behaupteten Tatsachen konkret zu widerlegen (vgl. Urteil vom 19. März 2009, Kommission/Griechenland, C-489/06, Slg. 2009, I-1797, Randnr. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 95 Im vorliegenden Fall bestreitet die Bundesrepublik Deutschland nicht die Richtigkeit der von der Kommission vorgetragene(n) Tatsachen in Bezug auf den von der Stadt Magdeburg in Sachsen-Anhalt vergebenen Auftrag, den Auftrag im Zusammenhang mit dem Betrieb der Rettungswache von Witten-Herbede in Nordrhein-Westfalen sowie die von der Region Hannover und vom Landkreis Hameln-Pyrmont in Niedersachsen vergebenen Aufträge; die betreffenden Aufträge sind in den Randnrn. 27 und 29 bis 31 des vorliegenden Urteils erwähnt.
- 96 Die Bundesrepublik tritt jedoch den Tatsachenbehauptungen der Kommission in Bezug auf die Aufträge entgegen, die von der Stadt Bonn, vom Landkreis Uelzen und von verschiedenen Gebietskörperschaften des Landes Sachsen vergeben wurden.
- 97 Was zunächst den in Randnr. 28 des vorliegenden Urteils erwähnten, von der Stadt Bonn vergebenen Auftrag betrifft, sind die Angaben der Bundesrepublik Deutschland zu den Gründen für den Ausschluss eines deutschen Bieters allerdings nicht geeignet, das von ihr nicht bestrittene Vorbringen der Kommission in Frage zu stellen, dass im Rahmen dieses Auftrags unionsrechtliche Vorschriften über die Transparenz im Bereich der öffentlichen Aufträge nicht eingehalten worden seien.
- 98 In Bezug auf den vom Landkreis Uelzen vergebenen, in Randnr. 32 des vorliegenden Urteils erwähnten Auftrag geht die von der Kommission erhobene Rüge, wie sich aus der Erörterung zwischen den Verfahrensbeteiligten vor dem Gerichtshof ergibt, dahin, dass der Gegenstand des im Jahr 1984 zwischen diesem Landkreis und dem DRK-Kreisverband geschlossenen Vertrags unter Missachtung des Unionsrechts über öffentliche Aufträge im Jahr 2004 auf den Betrieb der Rettungswache von Bad Bevensen ausgedehnt worden sei.
- 99 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass eine Änderung des ursprünglichen Auftrags u. a. dann als wesentlich und somit als neue Auftragsvergabe im Sinne der Richtlinie 92/50 bzw. der Richtlinie 2004/18 angesehen werden kann, wenn sie den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 19. Juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, Slg. 2008, I-4401, Randnr. 36).
- 100 Im vorliegenden Fall geht aus den Angaben in der Akte hervor, dass sich der Wert des Auftrags über den Betrieb der Rettungswache von Bad Bevensen auf 673 719,92 Euro, also einen Betrag beläuft, der deutlich über den in Art. 7 der Richtlinien 92/50 und 2004/18 festgelegten Schwellenwerten liegt.
- 101 Unter diesen Umständen ist die in Randnr. 98 des vorliegenden Urteils genannte Vertragserweiterung, wie die Kommission geltend macht, als wesentliche Änderung des ursprünglichen Auftrags anzusehen, die eine Einhaltung der maßgebenden Vorschriften des Unionsrechts über öffentliche Aufträge erforderlich gemacht hätte.
- 102 Was schließlich die im Land Sachsen vergebenen, in den Randnrn. 33 bis 35 des vorliegenden Urteils erwähnten Aufträge betrifft, ist der von der Bundesrepublik Deutschland geltend gemachte Umstand, dass der gerügte Verstoß mit Beendigung der zwischen 2002 und 2004 verlängerten Verträge und dem Inkrafttreten einer Neuregelung in diesem Bundesland im Januar 2005, mit der ein transparentes Verfahren zur Vergabe von Aufträgen über öffentliche Rettungsdienstleistungen eingeführt worden sei, nicht mehr vorliege, nicht geeignet, das von ihr nicht bestrittene Vorbringen der Kommission zu entkräften, dass diese Verträge unter Geltung der früheren Regelung ohne jede Transparenz auf Unionsebene mit Wirkung zum 31. Dezember 2008 verlängert worden seien.
- 103 Daher hatte die von der Kommission hinsichtlich dieser verschiedenen Aufträge des Landes Sachsen dargestellte Lage bei Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist, dem für die Beurteilung des Vorliegens der behaupteten Vertragsverletzung maßgebenden Zeitpunkt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. Oktober 2009, Kommission/Spanien, C-562/07, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 23), d. h. am 16. Februar 2007, noch Bestand.
- 104 Folglich sind sämtliche von der Kommission behaupteten Tatsachen als erwiesen anzusehen.

## Zur behaupteten Praxis

- 105 Die Bundesrepublik Deutschland wirft der Kommission vor, sich auf Einzelfälle zu berufen, um das Vorliegen einer allgemeinen Praxis der unionsrechtswidrigen Vergabe von Aufträgen über öffentliche Krankentransportleistungen geltend zu machen.
- 106 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission beim Gerichtshof die Feststellung beantragen kann, dass ein Verstoß gegen das Unionsrecht vorliegt, weil bei Behörden eines Mitgliedstaats eine diesem Recht entgegenstehende, anhand von Einzelfällen illustrierte allgemeine Praxis herrsche (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. Oktober 2007, Kommission/Irland, C-248/05, Slg. 2007, I-9261, Randnr. 64 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 107 Die Feststellung einer behaupteten Vertragsverletzung auf der Grundlage einer in einem Mitgliedstaat bestehenden Verwaltungspraxis setzt allerdings einen hinreichend dokumentierten und detaillierten Nachweis der gerügten Praxis durch die Kommission voraus. Daraus muss sich ergeben, dass sich diese Verwaltungspraxis bis zu einem bestimmten Grad verfestigt hat und allgemein beachtet wird. Die Kommission kann sich hierfür nicht auf irgendeine Vermutung stützen (vgl. Urteile vom 7. Juni 2007, Kommission/Griechenland, C-156/04, Slg. 2007, I-4129, Randnr. 50 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie vom 19. März 2009, Kommission/Griechenland, Randnr. 48).
- 108 Hat die Kommission genügend Anhaltspunkte dafür beigebracht, dass sich bei den Behörden des beklagten Mitgliedstaats eine wiederholt angewandte, fortbestehende Praxis herausgebildet hat, die gegen das Unionsrecht verstößt, muss dieser Mitgliedstaat die angeführten Tatsachen und deren Folgen substantiiert bestreiten (vgl. Urteile vom 26. April 2005, Kommission/Irland, C-494/01, Slg. 2005, I-3331, Randnr. 47, und vom 25. Oktober 2007, Kommission/Irland, Randnr. 69).
- 109 Im vorliegenden Fall hat die Bundesrepublik Deutschland, wie aus den Randnrn. 95 bis 104 des vorliegenden Urteils hervorgeht, gegenüber den Tatsachenbehauptungen der Kommission betreffend wiederholte Verstöße gegen das Unionsrecht im Rahmen der Vergabe von Aufträgen über öffentliche Krankentransportleistungen in den Bundesländern Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Sachsen die Richtigkeit der behaupteten Tatsachen nicht entkräften können. Sie hat auch nichts dafür vorgetragen, dass in diesen Bundesländern bei anderen nach dem Submissionsmodell vergebenen Aufträgen das Unionsrecht über öffentliche Aufträge eingehalten worden wäre.
- 110 Vielmehr bestätigen, wie die Generalanwältin in Nr. 150 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, die Angaben der Kommission, denen die Bundesrepublik Deutschland nicht widersprochen hat und die die äußerst geringe Anzahl der Fälle bescheinigen, in denen ein Auftrag über öffentliche Krankentransportleistungen unter Einhaltung des Unionsrechts vergeben wurde, dass in den vier fraglichen Bundesländern eine Praxis herrscht, die über die von der Kommission mit dieser Klage vorgetragene Einzelfälle hinausgeht.
- 111 Demnach ist die von der Kommission behauptete Praxis hinsichtlich der Bundesländer Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Sachsen als erwiesen anzusehen.
- 112 Daher ist zu prüfen, ob die von der Kommission behaupteten Verstöße gegen die Richtlinien 92/50 und 2004/18 sowie gegen die Art. 43 EG und 49 EG vorliegen.
- Zu den Verstößen, die in der Nichteinhaltung der Richtlinien 92/50 und 2004/18 bestehen sollen, sowie gegen die Art. 43 EG und 49 EG
- 113 Die Kommission trägt in ihrer Klage vor, dass in den Fällen der Vergabe von Aufträgen über öffentliche Krankentransportleistungen, die dadurch gekennzeichnet seien, dass der Wert der Verkehrsleistungen höher sei als derjenige der medizinischen Leistungen, die in Rede stehende Praxis gegen Art. 10 der Richtlinie 92/50 in Verbindung mit den Abschnitten III bis VI dieser Richtlinie bzw., seit 1. Februar 2006, gegen Art. 22 der Richtlinie 2004/18 in Verbindung mit den Art. 23 bis 55 dieser Richtlinie verstoßen habe. Nach diesen einzelnen Abschnitten bzw. Bestimmungen obliege es dem Auftraggeber u. a., für die Zwecke der Vergabe des betreffenden Auftrags unionsweit eine Vergabebekanntmachung zu veröffentlichen und die Bekanntmachung der Ergebnisse der Vergabe dieses Auftrags sicherzustellen.
- 114 In den Fällen der Vergabe von Aufträgen über öffentliche Krankentransportleistungen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass der Wert der medizinischen Leistungen höher ist als derjenige der Verkehrsleistungen, hält die Kommission die in Rede stehende Praxis für einen Verstoß gegen Art. 10 der Richtlinie 92/50 in Verbindung mit Art. 16 dieser Richtlinie bzw., seit 1. Februar 2006, gegen Art. 22 der Richtlinie 2004/18 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 dieser Richtlinie. Diese

Bestimmungen verpflichteten im Wesentlichen den Auftraggeber dazu, die Bekanntmachung der Ergebnisse der Vergabe des in Rede stehenden Auftrags sicherzustellen.

- 115 Die Kommission erhebt ferner die Rüge eines Verstoßes gegen die Art. 43 EG und 49 EG, die, wie sich aus den Randnrn. 45 bis 47 und 52 des vorliegenden Urteils ergibt, allerdings nur zulässig ist, soweit sie die Vergabe von Aufträgen betrifft, die der in der vorstehenden Randnummer genannten Fallgruppe zuzurechnen sind.
- 116 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass es nach ständiger Rechtsprechung im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG der Kommission obliegt, das Vorliegen der behaupteten Vertragsverletzung nachzuweisen, indem sie dem Gerichtshof die erforderlichen Anhaltspunkte liefert, anhand deren er das Vorliegen der Vertragsverletzung prüfen kann, ohne dass sie sich dabei auf irgendwelche Vermutungen stützen kann (vgl. Urteil vom 29. Oktober 2009, Kommission/Finnland, C-246/08, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 52 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 117 Wie die Generalanwältin in Nr. 113 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, ist die Verpflichtung der Kommission zur genauen Festlegung des konkreten Gegenstands der behaupteten Vertragsverletzung unerlässlich dafür, dass der beklagte Mitgliedstaat richtig versteht, welche Maßnahmen im Fall der Feststellung dieser Vertragsverletzung von ihm verlangt werden, um die Vereinbarkeit der beanstandeten Lage mit dem Unionsrecht in vollem Umfang wiederherzustellen.
- 118 Im vorliegenden Fall geht aus der Akte hervor, dass die Kommission nach dem Hinweis in der mit Gründen versehenen Stellungnahme darauf, dass sie nicht über hinreichende Informationen verfüge, um festzustellen, welche Dienstleistungen, Verkehrsleistungen oder medizinische Leistungen, bei den bezeichneten Aufträgen einen höheren Wert hätten, wie die Generalanwältin in Nr. 96 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, bewusst davon abgesehen hat, diesen Aspekt im Rahmen der vorliegenden Klage zu behandeln, ohne dass der Akte zu entnehmen wäre, dass diese Entscheidung durch eine mutmaßlich mangelnde Zusammenarbeit seitens der deutschen Behörden im Laufe des Vorverfahrens vorgegeben gewesen wäre.
- 119 In ihrer Klageschrift hat sie nämlich ganz allgemein ausgeführt, dass sowohl bei Aufträgen über qualifizierte Krankentransportleistungen als auch bei solchen über Notfalltransportleistungen der Wert der medizinischen Leistungen erheblich sein könne und dass, da die streitigen Aufträge regelmäßig beide Arten von Leistungen zugleich umfassten, das Verhältnis der jeweiligen Werte dieser Leistungen je nach Auftrag unterschiedlich sei, so dass sowohl Aufträge denkbar seien, die dadurch gekennzeichnet seien, dass der Wert der Verkehrsleistungen höher sei als derjenige der medizinischen Leistungen, als auch solche, bei denen dies umgekehrt sei.
- 120 Indem sie sich für eine auf diese Annahmen gestützte Vorgehensweise entschieden hat, hat sie bewusst auf den Nachweis verzichtet, dass die in Rede stehenden Aufträge oder zumindest einige von ihnen dadurch gekennzeichnet waren, dass der Wert der Verkehrsleistungen höher war als der Wert der medizinischen Leistungen.
- 121 Hinsichtlich der Richtlinien 92/50 und 2004/18 hat sie ihre Rügen vielmehr darauf konzentriert, dass, unabhängig von der in Art. 10 der Richtlinie 92/50 bzw. in Art. 22 der Richtlinie 2004/18 vorgenommenen rechtlichen Unterteilung, bei der Vergabe jedes einzelnen dieser Aufträge gegen Art. 16 der Richtlinie 92/50 bzw. Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 verstoßen worden sei, weil die Ergebnisse der Vergabe dieser Aufträge nicht bekannt gemacht worden seien, was die Bundesrepublik Deutschland für keinen der genannten Aufträge bestritten hat.
- 122 In einem solchen Zusammenhang, in dem mangels hinreichend konkreter Angaben der Kommission nicht ausgeschlossen werden kann, dass keiner der in der Klage bezeichneten Aufträge dadurch gekennzeichnet ist, dass der Wert der Verkehrsleistungen höher ist als der Wert der medizinischen Leistungen, ist die Feststellung eines Verstoßes gegen die Richtlinien 92/50 und 2004/18 auf eine Verletzung von Art. 10 der Richtlinie 92/50 in Verbindung mit Art. 16 dieser Richtlinie bzw., seit 1. Februar 2006, von Art. 22 der Richtlinie 2004/18 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 dieser Richtlinie zu beschränken, da diese Artikel auf jeden Fall auf Aufträge Anwendung finden, die, wie die hier in Rede stehenden, Verkehrsleistungen und zugleich medizinische Leistungen umfassen, und zwar unabhängig davon, in welchem Verhältnis die jeweiligen Werte dieser Dienstleistungen im Rahmen des betreffenden Auftrags zueinander stehen.
- 123 Wie die Generalanwältin in Nr. 93 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, hat die Kommission nicht weiter versucht, nachzuweisen, dass die in ihrer Klage bezeichneten Aufträge oder zumindest einige von ihnen dadurch gekennzeichnet waren, dass der Wert der medizinischen Leistungen höher war als derjenige der Verkehrsleistungen. Unter diesen Umständen, unter denen mangels hinreichender konkreter Angaben nicht ausgeschlossen werden kann, dass keiner der in Rede

stehenden Aufträge durch einen solchen überwiegenden Wert gekennzeichnet ist, ist der Gerichtshof nicht in der Lage, einen Verstoß gegen die Art. 43 EG und 49 EG festzustellen. Diese Schlussfolgerung gilt auch für die Frage, ob bei den von der Kommission bezeichneten Aufträgen ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse gegeben ist.

124 Zu prüfen ist noch die Begründetheit des Vorbringens der Bundesrepublik Deutschland und des Königreichs der Niederlande betreffend den Rechtfertigungsgrund des Art. 86 Abs. 2 EG.

- Zum Rechtfertigungsgrund des Art. 86 Abs. 2 EG

125 In den Randnrn. 55 und 60 des Urteils *Ambulanz Glöckner* hat der Gerichtshof die Notfalltransportleistungen als „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG eingestuft.

126 Nach ständiger Rechtsprechung obliegt allerdings dem Mitgliedstaat, der sich auf Art. 86 Abs. 2 EG beruft, der Nachweis, dass sämtliche Tatbestandsmerkmale dieser Bestimmung erfüllt sind (vgl. u. a. Urteil vom 23. Oktober 1997, *Kommission/Frankreich*, C-159/94, Slg. 1997, I-5815, Randnr. 101).

127 Im vorliegenden Fall hat die Bundesrepublik Deutschland betont, es sei erforderlich, im Bereich der Krankentransportleistungen eine Quersubventionierung zwischen nach Maßgabe der Bevölkerungsdichte eher profitablen und weniger profitablen Gebieten sicherzustellen. Sie hat auch die Bedeutung hervorgehoben, die einem ortsnahen Dienst und der Zusammenarbeit mit den anderen am Rettungsdienst beteiligten Dienststellen zukomme, was die Vorhaltung von ortsnahe und im Not- oder Katastrophenfall leicht zu mobilisierendem Personal voraussetze.

128 Derartige Erwägungen könnten es zwar, wie die Kommission ausgeführt hat, rechtfertigen, dass der zuständige Auftraggeber zu speziellen Maßnahmen greift, die u. a. durch eine den Besonderheiten des zu versorgenden Gebiets angepasste Erhebung von Entgelten oder durch eine Verpflichtung zur Vorhaltung von ausreichenden menschlichen und technischen Mitteln an Ort und Stelle die Bereitstellung eines funktionsfähigen und im gesamten betreffenden Gebiet verfügbaren qualitativ hochstehenden Krankentransportdienstes unter wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen durch den Vertragspartner sicherstellen sollen.

129 Sie erklären hingegen nicht, weshalb die Verpflichtung, die Bekanntmachung der Ergebnisse der Vergabe des betreffenden Auftrags zu gewährleisten, geeignet sein soll, die Erfüllung dieser Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu verhindern.

130 Folglich ist das auf Art. 86 Abs. 2 EG gestützte Vorbringen zurückzuweisen.

131 Nach alledem ist festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der Vergabe von Aufträgen über öffentliche Notfall- und qualifizierte Krankentransportleistungen nach dem Submissionsmodell in den Bundesländern Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Sachsen dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 10 der Richtlinie 92/50 in Verbindung mit Art. 16 dieser Richtlinie bzw., seit 1. Februar 2006, aus Art. 22 der Richtlinie 2004/18 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 dieser Richtlinie verstoßen hat, dass sie keine Bekanntmachungen über die Ergebnisse des Verfahrens zur Auftragsvergabe veröffentlicht hat.

132 Im Übrigen ist die Klage abzuweisen.

#### **Kosten**

133 Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Der Gerichtshof kann nach Art. 69 § 3 der Verfahrensordnung die Kosten teilen oder beschließen, dass jede Partei ihre eigenen Kosten trägt, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt. Da im vorliegenden Fall die Kommission und die Bundesrepublik Deutschland mit einzelnen Rügen jeweils unterlegen sind, sind ihnen jeweils ihre eigenen Kosten aufzuerlegen.

134 Nach Art. 69 § 4 Abs. 1 der Verfahrensordnung trägt der Mitgliedstaat, der dem Rechtsstreit als Streithelfer beigetreten ist, seine eigenen Kosten. Das Königreich der Niederlande trägt daher seine eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Dritte Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Bundesrepublik Deutschland hat im Rahmen der Vergabe von Aufträgen über öffentliche Notfall- und qualifizierte Krankentransportleistungen nach dem Submissionsmodell in den Bundesländern Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Sachsen dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 10 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge in Verbindung mit Art. 16 dieser Richtlinie bzw., seit 1. Februar 2006, aus Art. 22 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 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 dieser Richtlinie verstoßen, dass sie keine Bekanntmachungen über die Ergebnisse des Verfahrens zur Auftragsvergabe veröffentlicht hat.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Europäische Kommission, die Bundesrepublik Deutschland und das Königreich der Niederlande tragen ihre eigenen Kosten.

Unterschriften

---

\* Verfahrenssprache: Deutsch.



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

X ZB 32/08

vom

1. Dezember 2008

in dem Vergabenaachprüfungsverfahren

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 1. Dezember 2008 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, den Richter Scharen, die Richterin Mühlens und die Richter Prof. Dr. Meier-Beck und Gröning

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen beim Regierungspräsidium Leipzig vom 26. März 2008 wird zurückgewiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Beschluss des Oberlandesgerichts vorbehalten.

Gründe:

- 1 A. Der Antragsgegner ist ein von mehreren sächsischen Kommunalkörperschaften gebildeter Zweckverband. Er hat als öffentliche Aufgabe den Rettungsdienst. Diese Aufgabe umfasst gemäß § 3 Nr. 3 in Verbindung mit § 2 Abs. 2 des im Wesentlichen am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Sächsischen Gesetzes über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz (SächsBRKG) vom 24. Juni 2004 (SächsGVBl. S. 245) die Notfallrettung und den Krankentransport im Gebiet der angeschlossenen Körperschaften,

daneben aber auch etwa noch die Unterhaltung von Leitstellen (§ 34 SächsBRKG).

2           Dieses Gesetz sieht in seinem erst am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen § 31 vor, dass der Aufgabenträger des Rettungsdienstes die dazu nötigen Leistungen selbst durchführt (Abs. 7) oder dass er die Durchführung der Notfallrettung und des Krankentransports nach einem Auswahlverfahren durch öffentlich-rechtlichen Vertrag auf private Hilfsorganisationen oder andere Unternehmer, die so genannten Leistungserbringer, überträgt (Abs. 1). Das Auswahlverfahren ist in § 31 und in der aufgrund dessen Absatz 3 erlassenen Landesrettungsdienstplanverordnung vom 24. Januar 2008 (SächsLRettDPVO, SächsGVBl. S. 79) näher geregelt. Diese Regeln sind nicht identisch mit denen der Verdingungsordnung für Leistungen - Teil A (VOL/A Ausgabe 2006) vom 6. April 2006. So heißt es in § 12 Abs. 6 SächsLRettDPVO nur, dass im Übrigen die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze des § 97 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelten. Im Übertragungsvertrag ist unter anderem die Höhe der Vergütung des Leistungserbringers zu regeln (§ 31 Abs. 4 SächsBRKG). Diese Vergütung ist gemäß § 32 SächsBRKG Teil der Benutzungsentgelte, die der Aufgabenträger mit Kostenträgern vereinbart und die für alle in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherten Benutzer verbindlich sind und für andere Benutzer durch Satzung als Gebühr festgelegt werden können.

3           Der Antragsgegner gab am 17. Januar 2008 im Sächsischen Amtsblatt bekannt, ein Auswahlverfahren nach § 31 SächsBRKG zur Übertragung der Notfallrettung nebst Krankentransport ab 1. Januar 2009 durchzuführen.

- 4 Die Antragstellerin ist der Meinung, dass die Leistungen nach Maßgabe des Kartellvergaberechts und europaweit auszuschreiben seien. Sie hat deshalb von dem Antragsgegner Abhilfe verlangt und das Nachprüfungsverfahren eingeleitet, in dem sie u.a. auch die vom Antragsgegner beabsichtigte losweise Aufteilung der Leistungen beanstandet hat. Der Antragsgegner ist hingegen der Auffassung, nach § 12 Abs. 6 SächsLRettDPVO sei nur ein öffentlich-rechtliches Auswahlverfahren nötig; eine Vergabe nach den Regeln des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der Verdingungsordnung für Leistungen komme daher nicht in Betracht.
- 5 Die Vergabekammer hat den Antragsgegner als zur Beachtung des aufgrund des Ersten Abschnitts des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen einzuhaltenden Vergabeverfahrens (zukünftig auch kurz: GWB-Vergaberegime) verpflichtet angesehen. Allerdings bedürfe es keines europaweiten Vergabeverfahrens, weil Rettungsdienstleistungen als anteilig überwiegend medizinischen Inhalts nur nach § 1a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A 2006 zu vergeben seien.
- 6 Gegen den teils stattgebenden, teils zurückweisenden Beschluss der Vergabekammer haben der Antragsgegner sofortige Beschwerde und die Antragstellerin Anschlussbeschwerde eingelegt.
- 7 Das Oberlandesgericht hat (ausschließlich) die sofortige Beschwerde dem Senat zur Entscheidung vorgelegt (Beschl. abgedr. u.a. VergabeR 2008, 809). In Streit stehe ein Dienstleistungsauftrag im Sinne von § 99 Abs. 1 und 4 GWB, keine Dienstleistungskonzession, weil der Leistungserbringer die ihm zustehende Vergütung ausschließlich und unmittelbar vom öffentlichen Aufgabenträger erhalte. Die beabsichtigte Auftragserteilung sei auch nicht wegen

Art. 45, 55 EG-Vertrag von den Vorschriften des GWB-Vergaberegimes ausgenommen. Rettungsdienstleistungen trügen aus der Natur der Sache heraus keinen hoheitlichen Charakter. An der deshalb gebotenen Zurückweisung der sofortigen Beschwerde sehe man sich jedoch durch einen Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. April 2006 (abgedr. u.a. VergabeR 2006, 787) gehindert; denn dem liege die Auffassung zugrunde, dass das Handeln am Rettungsdienst beteiligter Privater der hoheitlichen Betätigung des Staates zuzurechnen sei mit der Folge, dass die Vergabe derartiger Leistungen nicht dem GWB-Vergaberegime unterworfen sei.

8 B. Die Vorlage ist zulässig.

9 Die Voraussetzungen des § 124 Abs. 2 GWB liegen vor, wenn das vorliegende Oberlandesgericht als tragende Begründung seiner Entscheidung einen Rechtssatz zugrunde legen will, der mit einem die Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts tragenden Rechtssatz nicht übereinstimmt (BGHZ 154, 32, 35 f. m.w.N.).

10 Eine solche Divergenz ist hier gegeben. Das vorliegende Oberlandesgericht will die sofortige Beschwerde des Antragsgegners mit der Begründung zurückweisen, Rettungsdienstleistungen, die an Private nicht im Wege eines Konzessionsmodells vertraglich übertragen werden sollen, seien nach Maßgabe des GWB-Vergaberegimes zu vergeben. Dieser Rechtssatz stimmt nicht mit der die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. April 2006 tragenden Begründung überein. Dieses Oberlandesgericht stützt seinen Beschluss auf den Rechtssatz, dass solche Rettungsdienstleistungen wegen Art. 45, 55 EG-Vertrag von dem GWB-Vergaberegime ausgenommen sind.

11 C. Die sofortige Beschwerde ist zulässig, insbesondere in rechter Frist und Form erhoben; sie ist aber unbegründet. Zu Recht hat die Vergabekammer auf den zulässigen Nachprüfungsantrag hin festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist, weil der Antragsgegner die im Januar 2008 angekündigte Übertragung der Notfallrettung nebst Krankentransport nicht in einem Vergabeverfahren vornehmen will, das die Regeln des Ersten Abschnitts des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der wegen § 4 VgV ferner geltenden Verdingungsordnung für Leistungen - Teil A einhält.

12 I. Gegen das Erreichen des nach § 100 Abs. 1 GWB erforderlichen Schwellenwerts und gegen die Antragsbefugnis der Antragstellerin (§ 107 Abs. 2 GWB) gibt es ebenso wenig Bedenken wie Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Antragstellerin mit ihrem Begehren nach § 107 Abs. 3 GWB präkludiert sein könnte. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen des Oberlandesgerichts im Vorlagebeschluss verwiesen werden.

13 II. Näherer Ausführungen bedarf es hingegen im Hinblick darauf, dass sich der Regelungsgehalt des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB beschränkt. Nach der dort gegebenen gesetzlichen Definition sind das entgeltliche Verträge zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen, die, soweit es hier interessiert, Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Auch die sich hieraus ergebenden Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt.

14 1. Der Antragsgegner ist als Verband im Sinne des § 98 Nr. 3 GWB öffentlicher Auftraggeber.

- 15            2. Er will mit einem Dritten einen Vertrag abschließen, damit dessen Unternehmen verpflichtet ist, Notfallrettung und Krankentransporte im Sinne des § 2 Abs. 2 SächsBRKG durchzuführen. Ein solcher Vertrag hat Leistungen des Unternehmens zum Gegenstand, die, da keine Waren zu liefern sind und keine Bauausführung oder -planung geschuldet sein soll, gem. § 99 Abs. 4 GWB als Dienstleistungen einzustufen sind.
- 16            a) Der Feststellung, dass der Vertrag (Dienst)Leistungen zum Gegenstand hat, steht nicht entgegen, dass in Übereinstimmung mit § 31 Abs. 1 SächsBRKG nach dem Wortlaut des zu den Akten gereichten Entwurfs des abzuschließenden Vertrags (dort § 1) die Durchführung der Notfallrettung und des Krankentransports übertragen werden soll, was möglicherweise als Übertragung jedenfalls eines Teils der öffentlichen Aufgabe selbst bzw. als Anvertrauen eines öffentlichen Amtes verstanden werden könnte. Ein solcher Inhalt der Vereinbarung änderte nämlich nichts daran, dass der Vertrag sich über Leistungen verhält, zu denen ein Dritter aufgrund der vertraglichen Vereinbarung verpflichtet sein soll, was nach der Rechtsprechung des Senats bereits zur Anwendung von § 99 Abs. 1 GWB führt (BGHZ 162, 116, 128). Denn der Leistungserbringer soll - wie es in § 2 Abs. 2 Satz 2 SächsBRKG heißt - lebensrettende Maßnahmen bei Notfallpatienten durchführen, deren Transportfähigkeit herstellen, sie unter fachgerechter Betreuung in ein Krankenhaus befördern, anderen Kranken, Verletzten oder sonstigen Hilfsbedürftigen Hilfe leisten und auch diese Personen befördern. Dass es bei dem abzuschließenden Vertrag um die Pflicht zur Erbringung gerade auch dieser Dienstleistungen geht, wird nicht zuletzt daran deutlich, dass der Antragsgegner nach § 31 Abs. 7 SächsBRKG diese Tätigkeiten ansonsten mit eigenen Kräften durchführen müsste (vgl. auch hierzu BGHZ 162, 115, 126).

17           b) Unerheblich ist auch, dass § 31 Abs. 1 SächsBRKG den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags vorschreibt und auch der Vertragsentwurf eine Vereinbarung dieser rechtlichen Art vorsieht. Denn § 99 Abs. 1 GWB unterscheidet nicht nach der Rechtsnatur des abzuschließenden Vertrags. Er weist Rechtsgeschäfte allein deshalb dem GWB-Vergaberegime zu, weil der öffentliche Auftraggeber Leistungen durch einen Dritten für wünschenswert oder notwendig erachtet und dies zum Anlass nimmt, deren Erbringung auf vertraglichem Weg und nicht in anderer Weise, etwa durch einen Beleihungsakt (vgl. hierzu Burgi, NVwZ 2007, 383), sicherzustellen (vgl. BGHZ 148, 55, 61), wobei angesichts des zu beurteilenden Sachverhalts dahinstehen kann, ob fallweise - etwa zur Vermeidung von Umgehungsmöglichkeiten - auch eine Beauftragung auf vertragsähnlichem Wege ausreichen kann.

18           3. Da in dem Vertragsentwurf vorgesehen ist (dort § 5), dass der Leistungserbringer vom Aufgabenträger für die Durchführung der übernommenen Tätigkeiten bzw. Aufgabe den im Angebot geforderten Eurobetrag als Vergütung erhält, soll schließlich auch ein entgeltlicher Vertrag abgeschlossen werden. Denn die erforderliche Entgeltlichkeit liegt jedenfalls dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber sich durch ein einheitliches Leistungsaustauschgeschäft zu einer geldwerten Gegenleistung für die Leistung des Unternehmens verpflichtet (vgl. BGHZ 162, 116, 129 m.w.N.).

19           4. Auf die von dem vorliegenden Oberlandesgericht einerseits und dem Oberlandesgericht Düsseldorf (aus der vergaberechtlichen Rspr. wie oder ähnlich wie dieses OLG Celle NZBau 2000, 299; OLG Naumburg VergabeR 2001, 134 u. Beschl. v. 11.07.2008 - 1 Verg 5/08; BayObLG VergabeR 2003, 563 f.; OLG Brandenburg NZBau 2005, 236 u. Beschl. v. 18.09.2008 - VergW 9/04) andererseits kontrovers diskutierte und den eigentlichen Grund für die

Divergenzvorgabe bildende Frage, ob von der Ankündigung des Antragsgegners betroffene Tätigkeiten dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, so dass durch sie nach der Vorgabe von Art. 45, 55 EG-Vertrag weder die Niederlassungsfreiheit noch die Dienstleistungsfreiheit in den Mitgliedstaaten berührt wird, kommt es nicht an.

20

Die sich aus Art. 45, 55 EG-Vertrag ergebende so genannte Bereichsausnahme beschränkt sich nach dem Wortlaut von Art. 45 und dessen Zweck darauf, die Mitgliedstaaten in die Lage zu versetzen, Ausländer von den dort genannten Tätigkeiten im Inland fernzuhalten (EuGH, Urt. v. 21.06.1974 - 2/74, Slg. 1974, 631 Rdn. 44); ein Zwang für den nationalen Gesetzgeber ist damit nicht verbunden. Die Reichweite des durch den Ersten Abschnitt des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen eröffneten Vergaberegimes bestimmt sich mithin nach deutschem Recht. Nur wenn oder soweit das deutsche Gesetz einen bestimmten Dienstleistungsverkehr hiervon ausnimmt, könnten der EG-Vertrag oder auf seiner Grundlage erlassene europäische Rechtsakte noch Bedeutung erlangen, nämlich dann, wenn das Gemeinschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland Derartiges untersagte (vgl. hierzu EuGH, Urt. v. 18.12.2007 - C-357/06, ZfBR 2008, 400, 403). Die Vergabe von Dienstleistungen der hier interessierenden Art ist nach nationalem Recht jedoch nicht von dem GWB-Vergaberegime ausgenommen, wie die Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen ergibt.

21

a) Ausgangspunkt für diese Auslegung ist - wie stets - der Gesetzeswortlaut. Dieser weist die beabsichtigte Vergabe von Rettungsdienstleistungen aber eindeutig dem GWB-Vergaberegime zu, weil § 99 Abs. 1 GWB allein darauf abstellt, dass die Leistung in dem bereits erörterten Sinne Gegenstand eines entgeltlichen Vertrags zwischen öffentlichem Auftraggeber und Unterneh-

men werden soll. Es kommt hinzu, dass das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen selbst in § 100 Abs. 2 einen allgemein als abschließend angesehenen Katalog von Verträgen benennt, für die das GWB-Vergaberegime nicht gelten soll, ohne darin Aufträge der im Januar 2008 vom Antragsgegner angekündigten Art aufgenommen zu haben.

22

b) Die Geltung des GWB-Vergaberegimes auch für die Vergabe dieser Verträge und das dabei einzuhaltende Verfahren kann auch nicht als mit dem Zweck des Gesetzes unvereinbar angesehen werden, der zur Auslegung ebenfalls herangezogen werden muss (BGHZ 162, 116, 126). Die hierzu ergangenen Vorschriften dienen dazu, unter Wahrung von Transparenz und Gleichbehandlung am Auftrag Interessierter der öffentlichen Hand zu ermöglichen und sie anzuhalten, möglichst unter Nutzung vorhandenen Wettbewerbs das wirtschaftlichste Angebot zu erhalten und wahrzunehmen. Dieser Zweck kann ohne weiteres auch für die im Streitfall interessierenden Verträge Geltung beanspruchen. Es erscheint geradezu sinnvoll, auch diese Nachfrage der öffentlichen Hand in der nach dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgesehenen Weise abzuwickeln, nicht zuletzt angesichts des auch vom vorlegenden Oberlandesgericht herangezogenen Umstands, dass es bekanntermaßen althergebrachter Praxis entspricht, die fraglichen Leistungen durch außerhalb des Staates stehende Organisationen oder Unternehmen, häufig sogar auf rein privatrechtlicher Grundlage, erbringen zu lassen. Insoweit besteht ein wesentlicher Unterschied zu Verträgen, die nach der Rechtsprechung des Senats § 99 Abs. 1 GWB nicht unterfallen, obwohl auch sie in den Ausnahmekatalog des § 100 Abs. 2 GWB nicht aufgenommen sind (BGHZ 148, 155), nämlich zu Verträgen mit Unternehmen, deren alleiniger Anteilseigner der öffentliche Auftraggeber ist, über die er eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübt und die ihre Tätigkeit im Wesentlichen für

diesen öffentlichen Auftraggeber verrichten. Denn dann wird der Sache nach kein anderer beauftragt; die Tätigkeit wird vielmehr von einer Stelle erbracht, die der öffentlichen Verwaltung bzw. dem Geschäftsbetrieb des öffentlichen Auftraggebers zuzurechnen ist, so dass für einen geregelten Wettbewerb schon von vornherein kein Raum ist.

23

c) Schließlich führt auch die historische Auslegungsmethode zu keinem anderen Ergebnis. Ein vom Wortlaut her gebotenes und vom Gesetzeszweck getragenes Auslegungsergebnis bedarf nicht des Nachweises entsprechenden gesetzgeberischen Willens. Es kann lediglich dann in Frage gestellt sein, wenn ein entgegenstehender gesetzgeberischer Wille feststeht. Dies ist hier jedoch nicht der Fall, wobei der Senat unterstellt, dass die bereits erwähnte Bereichsausnahme europarechtlich die Vergabe von Aufträgen über Rettungsdienstleistungen nach Maßgabe des § 31 SächsBRKG erfasst.

24

Es kann nicht schon deshalb angenommen werden, das sich unter dieser Prämisse ergebende Hinausgehen über das nach dem Gemeinschaftsrecht Notwendige sei nicht vom Willen des deutschen Gesetzgebers gedeckt, weil Anlass für das am 1. Januar 1999 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz - VgRÄG) vom 26. August 1998 (BGBl. I 2512) europarechtliche Vorgaben waren (vgl. EuGH, Urt. v. 11.08.1995 - C-433/93, Slg. 1995, 2317 Rdn. 18 f.; Urt. v. 02.05.1996 - C-253/95, Slg. 1996, 2430 Rdn. 15). Denn der vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften angemahnte Umsetzungsbedarf betraf nicht den Umfang der vom nationalen Vergaberecht erfassten Geschäfte, sondern ein Defizit an Rechtsschutz für die Bieter, weil die so genannte haushaltsrechtliche Lösung (2. Gesetz zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes v. 26.11.1993, BGBl. 1993 I 1928)

keine individuellen einklagbaren Rechtsansprüche der am Auftrag interessierten Unternehmen begründet hatte (vgl. BT-Drucks. 12/4636, S. 12). Ebenso wenig folgt ein der vorgenommenen Auslegung entgegenstehender gesetzgeberischer Wille daraus, dass im Gesetzgebungsverfahren wiederholt der Wunsch geäußert worden ist, ausschließlich europarechtliche Vorgaben, insbesondere diejenigen der Vergaberichtlinien, umzusetzen. Denn dieser Wunsch hat tatsächlich keine vollständige Erfüllung gefunden. Das zeigt sich schon daran, dass im Falle einer echten Chance auf den Zuschlag die Richtlinie 92/13/EWG vom 25. Februar 1992 (ABl. Nr. L 76 v. 23.02.1992, S. 14; dort Art. 2 Abs. 7) nur den Nachweis eines ursächlichen Schadens im Streit um die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren erleichtert wissen wollte, und dies auch nur bei Auftragsvergaben im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, während nach § 126 GWB die echte Chance auf den Zuschlag und deren Beeinträchtigung den Anspruch bereits auslösen, und zwar in allen Fällen, in denen ein Bieter Kostenerstattung verlangt, der sich durch eine erfolgte fehlerhafte Vergabe benachteiligt fühlt. Im Gesetzgebungsverfahren hätte demgemäß schon hervorgetreten sein müssen, dass vom GWB-Vergaberechtsregime trotz des entgegenstehenden allgemeinen Wortlauts von § 99 Abs. 1 GWB der sogenannten Bereichsausnahme unterfallende Verträge oder konkret solche der hier interessierenden Art ausgenommen sein sollen (a.A. z.B. Burgi, NVwZ 2007, 383, 385). Hieran fehlt es jedoch.

25

5. Diese Ausnahme ergibt sich schließlich auch nicht, wenn man die auch für das nationale Recht weitverbreitete Auffassung zu Grunde legt, Dienstleistungskonzessionen seien - sehe man davon ab, dass die sogenannten Grundfreiheiten des EG-Vertrags und der von dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hieraus abgeleitete Transparenzgrundsatz zu

beachten seien - "vergaberechtsfrei" (so wörtlich Dreher/Stockmann, Kartellvergaberecht, § 99 GWB Rdn. 121). Denn zu Recht hat das vorliegende Oberlandesgericht festgestellt, dass im Streitfall keine Dienstleistungskonzession betroffen ist. Als ein derartiges Rechtsgeschäft werden in Übereinstimmung mit der Definition in Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 (ABl. Nr. L 134 S. 114) Verträge angesehen, bei denen die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Notwendig ist danach, dass der Auftragnehmer ein Nutzungsrecht an der Dienstleistung erhält, die erbracht werden soll. Die Einräumung eines solchen Rechts ist nach dem bereits mehrfach erwähnten Vertragsentwurf im Streitfall jedoch nicht vorgesehen. Der Leistungserbringer soll nicht hierdurch in die Lage versetzt werden, von dem Benutzer oder dessen Krankenkasse eine Vergütung zu verlangen, sondern die Vergütung ausschließlich durch Geldzahlung des Aufgabenträgers erhalten. Nach § 5 des Vertragsentwurfs soll die so zu erbringende jährliche Vergütung zudem für die gesamte Laufzeit des Vertrags mit der Möglichkeit einer Anpassung im Falle wesentlicher tatsächlicher Veränderungen festgelegt sein. Demgemäß kann auch keine Rede davon sein, dass der Leistungserbringer ein Betriebs- oder Vergütungsrisiko trage. Er hat ausschließlich die öffentliche Hand als Schuldner. Wie diese ihrerseits die für die im Vorhinein vereinbarte Vergütung erforderlichen Mittel beschafft, berührt das Verhältnis zum Leistungserbringer nicht.

6. Nach allem darf der Antragsgegner sich nicht darauf beschränken, die mit seiner Bekanntmachung vom 17. Januar 2008 nachgefragten Dienstleistungen nach Maßgabe des in der Sächsischen Landesrettungsdienstplanverordnung näher geregelten Auswahlverfahrens zu vergeben. Angesichts der Feststellung der Vergabekammer, dass Leistungen der Kategorie 25 des

Anhangs I B zur VOL/A 2006 betroffen sind und des mit der sofortigen Beschwerde nicht angegriffenen und daher hier auch nicht zur Überprüfung stehenden Ausspruchs, dass deshalb § 1a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A 2006 eingreift, hat der Antragsgegner vielmehr - vorbehaltlich einer anderen Anschlussbeschwerdeentscheidung - jedenfalls nach Maßgabe der Basisparagrafen des Abschnitts 2 der VOL/A 2006 sowie der §§ 8a und 28a dieses Abschnitts im Rahmen des durch den Ersten Abschnitt des Vierten Teils des GWB geschaffenen Vergaberegimes zu verfahren.

27

Der Umstand, dass der Landesgesetzgeber ein besonderes Auswahlverfahren geschaffen hat, entbindet hiervon (entgegen dem vom OLG Naumburg VergabeR 2008, 821 hieraus gezogenen Schluss) nicht, weil eine Kompetenz des Freistaates Sachsen zur Einschränkung des bundeseinheitlichen Vergaberechts nicht mehr bestand, nachdem der Bund den Vierten Teil des GWB geschaffen hatte (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, 11, 16, Art. 109 Abs. 3 GG).

28

D. Entgegen der Meinung der Antragstellerin hat der Senat nicht über die Anschlussbeschwerde zu entscheiden. Wenn es in § 124 Abs. 2 GWB heißt, im Falle einer Divergenz lege das Oberlandesgericht die Sache dem Bundesgerichtshof vor, so bedeutet dies nicht, dass immer und ausnahmslos der gesamte noch anhängige Nachprüfungsstreit dem Bundesgerichtshof vorzulegen ist. Die Vorlagepflicht besteht nur, soweit die Entscheidung des Bundesgerichtshofs anstelle des Oberlandesgerichts notwendig ist, um den abtrennbaren Teil des Streits zu erledigen, dessen Bescheidung nach Ansicht des vorliegenden Oberlandesgerichts von der zum Anlass der Vorlage genommenen Divergenz abhängt. Dementsprechend hat das Oberlandesgericht die Vorlage zu Recht auf die sofortige Beschwerde beschränkt. Ob der Senat, etwa aus Gründen der Prozessökonomie, befugt wäre, die Anschlussbeschwerde an

sich zu ziehen, kann dahinstehen, weil der Senat im Streitfall keine Gründe für eine solche Maßnahme zu erkennen vermag.

29

E. In Anbetracht der Tatsache, dass nach allem das Oberlandesgericht über die Anschlussbeschwerde noch zu beschließen hat, bleibt die Kostenentscheidung insgesamt der Schlussentscheidung des Oberlandesgerichts überlassen.

30

F. Von einer mündlichen Verhandlung sieht der Senat ab, weil die Sache eilbedürftig und angesichts des unstreitigen Sachverhalts von einem Termin vor dem Senat eine weitere Sachaufklärung nicht zu erwarten ist. Hier kommt noch hinzu, dass der durch die Entscheidung des Senats allein beschwerte Antragsgegner vorgebracht hat, "eine mündliche Verhandlung dürfte entbehrlich sein".

Melullis

Scharen

Mühlens

Meier-Beck

Gröning

Vorinstanz:

OLG Dresden, Entscheidung vom 04.07.2008 - WVerG 4/08 -



*Suppl.*

Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales  
des Landes Nordrhein-Westfalen

Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales NRW · 40190 Düsseldorf

Stadt Neuss  
Amt für Brandschutz, Rettungswesen  
und Zivilschutz

41456 Neuss

In Abdruck  
an die  
Bezirksregierungen

in Amsberg, Detmold, Düsseldorf, Köln und Münster

Rettungswesen  
Beauftragung Dritter nach § 13 RettG NRW

Bericht vom 19. Mai 2005 - 37-1- Ra

Sehr geehrte Damen und Herren,

der überwiegenden obergerichtlichen Rechtsprechung zu Folge unterfällt die Übertragung rettungsdienstlicher Aufgaben je nach dem entsprechenden Landesrecht nicht dem Vergaberecht, weil es sich dabei nicht um einen öffentlichen Auftrag i.S. des § 99 GWB handelt. Die Gerichte verweisen dabei regelmäßig darauf, dass es sich bei dieser Übertragung nicht um die Beschaffung einer Marktleistung, sondern um die Ausübung hoheitlicher Gewalt handele.

Gleichwohl ist meines Erachtens – in Bestätigung des Erlasses des Ministeriums für Gesundheit, Soziales, Frauen und Familie vom 10. Dezember 2003 – III 8 – 0715 – die Hinzuziehung von Dritten zur Erfüllung von Aufgaben im Rettungsdienst als öffentlicher Auftrag i.S. des § 99 GWB einzuordnen, soweit es sich im Innenverhältnis zwischen dem Träger des Rettungsdienstes und dem Beauftragten um einen entgeltlichen Dienstleistungsvertrag handelt.

Telefon 0211 855-  
Fax 0211 855-  
Armin.fibranz@mags.nrw.de

Aktenzeichen III 8 - 0715  
bei Antwort bitte angeben

Datum: 1. Dezember 2005

Dienstgebäude und Lieferanschrift für die Abteilungen:  
Gesundheit und Soziales  
Fürstenwall 25,  
40219 Düsseldorf  
Telefon 0211 855-5  
Fax 0211 855-3683  
poststelle@mags.nrw.de  
www.mags.nrw.de

für die Abteilung:  
Arbeit  
Horionplatz 1,  
40213 Düsseldorf  
Telefon 0211 8618-50  
Fax 0211 8618-54444  
poststelle@mags.nrw.de

Öffentliche Verkehrsmittel:  
Rheinbahn Linien 704, 709  
bis Haltestelle Landtag/Kniebrücke oder Stadttor  
Rheinbahn Linien 719, 725,  
726 bis Haltestelle Polizeipräsidium

Selbst im Falle von Dienstleistungskonzessionen ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des EuGH das Vergaberegime zwar nicht unmittelbar Anwendung findet. Die allgemeinen Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz sind aber auch in diesen Fällen zu beachten (EuGH, Urt. v. 13.10.2005 – C-458/03 – „Parking-Brixen“-Entscheidung).

Soweit ein Träger des Rettungsdienstes die Hinzuziehung von Dritten zur Erfüllung von Aufgaben im Rettungsdienst in eigener Verantwortung nicht als öffentlichen Auftrag i.S. des § 99 GWB einordnet, müssen ungeachtet dessen – um verlässliche Entscheidungsgrundlagen zu finden – nach pflichtgemäßem Ermessen Kriterien für eine sachgerechte Auswahl unter Berücksichtigung der landesgesetzlichen Vorgaben gefunden werden. Dabei können die Vergabebestimmungen angewendet werden, auch wenn der Aufgabenträger dies nicht für gesetzlich geboten hält. Wird vom rettungsdienstlichen Aufgabenträger zur Ermittlung der Kriterien einer sachgerechten Auswahlentscheidung eine Ausschreibung durchgeführt, sind aber die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen auch einzuhalten.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

*Prütting*  
(Dr. Prütting)

Kavalleriestraße 8  
40213 Düsseldorf

Zentrale: 0211.300491.0  
Direkt: 0211.300491.110  
Telefax: 0211.300491.5110  
E-Mail: Kraack@lkt-nrw.de

Datum: 06.12.2010  
Aktenz.: 38.71.00 vK/Schm

RUNDSCHREIBEN-NR.: 0848/10

An die  
Mitglieder des  
Landkreistages Nordrhein-Westfalen

### **Rettungsdienst – Fragen zur Vergabe**

- Hier: 1. Umsetzung des EuGH-Urteils vom 29.04.2010 – Ergebnisse des Gesprächs der Bundesregierung mit der EU-Kommission  
2. Anschreiben der Fa. Falck Rettungsdienst GmbH an die Kreis - Bewertung und Empfehlung

### **Zusammenfassung:**

*In Sachen der Vergabe rettungsdienstlicher Leistungen hat ein Gespräch zwischen der EU-Kommission und der Bundesregierung über die Umsetzung des EuGH-Urteils C-160/08 zur Vergabe von Rettungsdienstleistungen stattgefunden. Entgegen den Ankündigungen der Bundesregierung und einiger Landesregierungen verlangt die EU-Kommission keine außerordentliche Kündigung über der betroffenen Verträge, sondern derzeit lediglich die nachträgliche Veröffentlichung über die vergebenen Aufträge. Nationale Bestimmungen, die eine öffentliche Ausschreibung auslaufender Verträge vorsehen, bleiben von diesen Angaben unberührt. Hierüber und über die rechtliche Wertung von Anschreiben der Firma Falck Rettungsdienst GmbH, Freiburg, die in den letzten beiden Wochen den Kreisen Nordrhein-Westfalens zugegangen sind (**Anlage**) und mit denen in unzulässiger Weise Auskünfte zu Vertragsverhältnissen im Bereich des Rettungsdienstes verlangt werden, wird mit diesem Rundschreiben informiert. Abschließend wird die Ablehnung des jeweiligen Ersuchens der Fa. Falck Rettungsdienst GmbH empfohlen.*

Sehr geehrte Damen und Herren,

inzwischen haben zwischen der Bundesregierung und der EU-Kommission Gespräche zur Umsetzung der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur vergaberechtlichen Beurteilung rettungsdienstlicher Aufträge vom 29.04.2010, Rs. C-160/08 (vgl. dazu RS LKT NRW Nr. 0334/10 vom 29.04.2010), stattgefunden. Zudem sind den Kreisen Nordrhein-Westfalens in den vergangenen beiden Wochen unter Hinweis auf angeblich aus dieser Entscheidung folgende Pflichten der Träger des Rettungsdienstes gleichlautende Anschreiben

der Firma Falck Rettungsdienst GmbH, Freiburg, zugegangen, mit denen Auskünfte zu Vertragsverhältnissen im Bereich des Rettungsdienstes verlangt werden. Zu diesen beiden Vorgängen wird nachstehend unterrichtet:

### **1. Umsetzung des EuGH-Urteils vom 29.04.2010 – Ergebnisse des Gesprächs der Bundesregierung mit der EU-Kommission**

Aus der Entscheidung des EuGH vom 29.04.2010, Rs. C-160/08 (vgl. dazu RS LKT NRW Nr. 0334/10 vom 29.04.2010) ergibt sich für die im Urteil konkret genannten Körperschaften

- Stadt Magdeburg,
- Stadt Bonn,
- Stadt Witten,
- Region Hannover,
- Landkreis Hameln-Pyrmont,
- Landkreis Uelzen,
- Rettungszweckverband Westsachsen,
- Rettungszweckverband Chemnitz/Stollberg und
- Rettungszweckverband Vogtland

eine Verpflichtung zur Veröffentlichung einer Information über vergebene Aufträge. Dies hat die EU-Kommission in einem am 26.11.2010 durchgeführten Gespräch mit Vertretern der Bundesregierung, der niedersächsischen Landesregierung, Kommunalvertretern sowie dem Deutschen Landkreistag erklärt. Das drohende Bußgeldverfahren wegen Nichtergreifung der sich aus dem zitierten Urteil ergebenden Maßnahmen werde eingestellt, sobald die betroffenen Verträge veröffentlicht seien.

Der EuGH hatte im zugrundeliegenden Verfahren die Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien auf Rettungsdienstleistungsverträge in der Form des sog. Submissionsmodells festgestellt, gleichzeitig jedoch entschieden, dass in den konkret vorliegenden Fällen – mangels Vorlage anderweitiger tatsächlicher Informationen durch die EU-Kommission – davon ausgegangen werden müsse, dass der Schwerpunkt des Auftragsgegenstands auf einer medizinischen Leistung liege. Diese sind als sog. B-Leistungen europarechtlich privilegiert und unterliegen nur eingeschränkt Vergabevorschriften. Der EuGH stellte in der Folge lediglich einen Verstoß gegen die Verpflichtung zur nachträglichen Bekanntmachung der Vergabe fest.

Aufgrund des formal festgestellten Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht hatte die EU-Kommission die Bundesregierung zur Abgabe einer Stellungnahme aufgefordert. Bundesregierung und die niedersächsische Landesregierung vertraten dabei in dieser Frage gegenüber den Kommunen den Standpunkt, aus dem Urteil ergebe sich damit eine Verpflichtung zu einer außerordentlichen Kündigung aller Verträge, andernfalls drohe der Bundesrepublik ein Zwangsgeld. Diese Rechtsauffassung entsprach auch dem Runderlass des Ministeriums für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter des Landes Nordrhein-Westfalen (MGEP NRW) vom 06.08.2010, Az. III C 1-0715.0 (vgl. dazu RS LKT NRW Nr. 0728/10 vom 14.10.2010).

Der Deutsche Landkreistag hatte daher auf eine Teilnahme der Kommunen an dem Gespräch zwischen EU-Kommission und Bundesregierung gedrängt, da aus seiner Sicht eine Verpflichtung zur europaweiten Ausschreibung in dem Urteil nicht konstatiert worden sei. Selbst wenn die Einordnung der Leistung als B-Leistungen hier auch mangelnder Sachverhaltsdarstellung zuzuschreiben sei, spreche einiges dafür, dass solche Leistungen auch unter anderen Umständen als medizinische Leistungen einzustufen wären. Jedenfalls aber führten die im EuGH-Urteil festgestellten Verstöße nicht unmittelbar zu einer Kündigungsverpflichtung für die betroffenen Kommunen.

Dieser Ansicht des Deutschen Landkreistages schlossen sich die anwesenden Vertreter der EU-Kommission an. Eine Pflicht zur außerordentlichen Kündigung bestehender Verträge ließe sich aus dem Urteil nicht herleiten. Um den europarechtlichen Vergabeverstoß zu beheben, sei lediglich eine Bekanntmachung über bestehende Verträge erforderlich. Das derzeitige Zwangsgeldverfahren gegen die Bundesrepublik werde eingestellt, sobald die EU-Kommission verlässliche Informationen darüber erhalten habe, dass sämtliche im Urteil konkret genannten Kommunen dieser Verpflichtung nachgekommen seien.

Zur Frage der Neuvergabe nach Auslaufen bestehender Verträge bzw. zu den Fälle, in denen eine automatische Verlängerungsoption greift, gaben die Vertreter der EU-Kommission zu bedenken, dass es theoretisch möglich sei, ein erneutes Vertragsverletzungsverfahren wegen Vergabeverstoßes einzuleiten. Dazu müsste die Kommission allerdings intern zu dem Ergebnis gelangen, dass es sich bei Rettungsdiensten schwerpunktmäßig nicht um medizinische Leistungen handele und eine EU-weite Bekanntmachung daher erforderlich sei. Dieser Nachweis sei ihr im letzten Verfahren vor dem EuGH nicht gelungen. Die allgemeinen Grundsätze der Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung würden aber in jedem Falle gelten.

Die EU-Kommission ist damit in Sachen Rettungsdienst und Vergaberecht nach dem Urteil des EuGH deutlich zurückhaltender geworden. Sie macht keine eindeutigen Angaben darüber, ob eine EU-weite Ausschreibungspflicht nach den europäischen Richtlinien überhaupt besteht. In jedem Falle wird sie die Kreise nicht zwingen, bestehende Verträge über Rettungsdienste vorzeitig und außerordentlich zu kündigen. Nach Ablauf bestehender Verträge oder bei regulären Kündigungsmöglichkeiten (z. B. im Falle einer Verlängerungsoption), besteht europarechtlich weiterhin eine gewisse Rechtsunsicherheit, die von der Frage der Einordnung der Leistungen als medizinisch oder nicht medizinisch abhängt.

Unabhängig davon sollten jedoch die mittelbaren Auswirkungen des Urteils auf die Anwendbarkeit nationalen Vergaberechts nicht übersehen werden. Das deutsche Recht geht für medizinische Leistungen über die Vorgaben des Europarechts deutlich hinaus. Durch die Entscheidung des EuGH, die Drittbeauftragung im Rettungsdienst als Dienstleistungsaufträge im Sinne des Vergaberechts zu qualifizieren, wird der Anwendungsbereich insbesondere des 1. Abschnitts der VOL/A eröffnet, welcher eine nationale Ausschreibungsverpflichtung vorsieht. Die Einhaltung dieser Vorschriften ist vor den Vergabekammern justitiabel.

Daher sind die Einschätzungen der EU-Kommission zwar positiv zu bewerten. Probleme drohen jedoch weiterhin vor deutschen Vergabekammern und Oberlandesgerichten. Dies bestätigt eine Entscheidung des OLG Naumburg vom 04.11.2010, welche die Beauftragung von Rettungsdienstleistungen in Sachsen-Anhalt als vergaberechtswidrige de facto Vergaben aufgehoben hat. Da die wettbewerbswidrige Direktvergabe nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nur innerhalb von sechs Monaten im Wege eines Nachprüfungsantrags angegriffen werden kann, dürften vor längerer Zeit geschlossene Verträge geschützt sein. Bei Neuvergaben, ebenso wie bei der (auch automatischen) Verlängerung bestehender Verträge, könnten sich Rechtsschutzmöglichkeiten für nicht berücksichtigte Unternehmen ergeben.

## **2. Anschreiben der Fa. Falck Rettungsdienst GmbH an die Kreise – Bewertung und Empfehlung**

Den Kreisen Nordrhein-Westfalens sind in den vergangenen beiden Wochen gleichlautende Anschreiben der Firma Falck Rettungsdienst GmbH, Freiburg, zugegangen, mit denen unter Berufung auf die vorgenannte Entscheidung des EuGH und eine Entscheidung des OLG Naumburg Auskünfte zu Vertragsverhältnissen im Bereich des Rettungsdienstes verlangt werden. Unter Hinweis auf § 29 VwVfG und hilfsweise das Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Nordrhein-Westfalen (Informationsfreiheitsgesetz

Nordrhein-Westfalen – IFG NRW) wird nach Schilderung von Ausführungen zur Rechtslage um schriftliche Beantwortung von vier Fragen gebeten (vgl. **Anlage**):

**a) Zu den Rechtsausführungen der Fa. Falck Rettungsdienst GmbH**

Die Rechtsausführungen der Fa. Falck Rettungsdienst GmbH sind durchgängig unzutreffend, da der EuGH weder in seiner Entscheidung vom 29.04.2010 noch in anderen Entscheidungen eine Pflicht zur Ausschreibung rettungsdienstlicher Leistungen konstatiert hat (vgl. dazu RS LKT NRW Nr. 0334/10 vom 29.04.2010). Der Hinweis auf den eine solche Pflicht annehmenden – und entgegen den dafür geltenden Vorschriften des Landes nicht mit den kommunalen Spitzenverbänden abgestimmten – Runderlass des MGEPA NRW vom 06.08.2010, Az. III C 1-0715.0, geht ebenfalls fehl, da dieser über die geltende Rechtslage hinausgeht und insofern unbeachtlich ist (vgl. dazu RS LKT NRW Nr. 0728/10 vom 14.10.2010). Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 29.04.2010 lediglich Verstöße gegen die Verpflichtung zur nachträglichen Bekanntmachung angenommen. Auch diese Feststellung des EuGH und die daraus resultierende Verpflichtung zur Nachholung der Bekanntmachung betreffen – selbst nach Auffassung der EU-Kommission – jedoch lediglich die in der Entscheidung des EuGH namentlich genannten Körperschaften (vgl. vorstehend unter 1.). Darunter finden sich keine nordrhein-westfälischen Kreise.

Eine generelle Pflicht zur Auflösung bestehender Verträge kann schon wegen der *inter partes*-Wirkung der Entscheidung des EuGH vom 29.04.2010 nicht abgeleitet werden. Voraussetzung ist vielmehr ein Verstoß des dem jeweiligen Vertrag zugrundeliegenden Verfahrens gegen Vergaberecht. Dies könnte nur auf Grundlage einer jeweils vorzunehmenden Einzelfallprüfung beurteilt werden. Dabei ist zudem zu beachten, dass Verträge, die vor dem Inkrafttreten der entsprechenden europarechtlichen Regelungen zustande gekommen sind (also vor dem 01.07.1993) grundsätzlich nicht betroffen sind. Anderes könnte lediglich bei wesentlichen Vertragsänderungen gelten, die jedoch – entgegen den Ausführungen der Fa. Falck Rettungsdienst GmbH – im Rettungsdienst selbst bei Veränderung der Vorhaltung von Rettungsmitteln nicht gegeben sein werden. Anders als von der Fa. Falck Rettungsdienst GmbH ausgeführt, geht der EuGH in seiner von dieser weiter zitierten Entscheidung vom 19.06.2008 (Rs. C-454/06) davon aus, dass vergaberechtlich relevante Neuvergaben nur vorliegen, „wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen, als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrages erkennen lassen“. Wesentlich erscheint eine Änderung des Auftrags nur,

1. wenn Bedingungen eingeführt werden, welche „die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich

angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären“.

2. wenn der „Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert“ wird.
3. „wenn sie das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zu Gunsten des Auftragnehmers ändert.“

#### **b) Zu den behaupteten Auskunftsansprüchen der Fa. Falck Rettungsdienst GmbH**

Die auf Grundlage der unzutreffenden vergaberechtlichen Ausführungen der Fa. Falck Rettungsdienst GmbH (vgl. vorstehend unter 2.a) von dieser behaupteten Auskunftsansprüche ist bestehen nicht.

Hierzu ist zu bemerken, dass § 29 VwVfG keine taugliche Rechtsgrundlage für das Auskunftsersuchen der Fa. Falck ist. Die Vorschrift räumt nur Beteiligten eines Verwaltungsverfahrens einen Anspruch auf Akteneinsicht ein. Berechtigt sind daher nur an einem konkreten Verfahren Beteiligte. Die abstrakte Absicht der Fa. Falck, bei künftigen Verfahren Beteiligte zu werden, begründet daher keinen Anspruch für diese. Auch unabhängig davon ist die Vorschrift des § 29 VwVfG nur auf „Akteneinsicht bei der Behörde“, nicht aber auf Auskunft ausgerichtet. Daher könnte nur Einsicht in die Akten der Behörde in deren Amtsräumen ersucht werden. Angesichts der Brisanz von vergaberechtlichen Informationen, die sich ggf. auf Geschäftsgeheimnisse Dritter beziehen können, wird jedoch selbst ein solches (beschränktes) Einsichtsrecht regelmäßig wegen § 29 Abs. 2 VwVfG ausgeschlossen sein.

Auch aus dem IFG NRW lässt sich ein Anspruch der von der Firma Falck genannten Art nicht ableiten. Nach § 4 Abs. 1 IFG NRW besteht grundsätzlich nur ein Anspruch von natürlichen Personen – nicht aber von juristischen Personen (bei der Fa. Falck handelt es sich um eine GmbH) – auf Zugang zu den bei einer öffentlichen Stelle vorhandenen amtlichen Informationen. Das diesbezüglich weitergehende IFG des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz vom 5. September 2005, BGBl. I S. 2722) ist dagegen ohnehin nicht einschlägig, da es sich nur auf die Verwaltungsbehörden des Bundes bezieht.

Unabhängig davon sind auch die vier konkret gestellten Auskunftsanfragen der Fa. Falck Rettungsdienst GmbH inhaltlich nicht durch das IFG NRW gedeckt. Das IFG NRW gewährt nur einen Rechtsanspruch auf Zugang zu den bei öffentlichen Stellen „vorhandenen Informationen“ (§ 1 i. V. m. § 4 Abs. 1 IFG NRW). Unter „Informationen“ versteht das Gesetz dabei alle in Schrift-, Bild-, Ton- oder Datenverarbeitungsform oder auf sonstigen Informationsträgern vorhandenen Informationen, die im dienstlichen Zusammenhang erlangt wur-

den (§ 3 Satz 1 IFG NRW). „Information“ ist damit jede amtlichen Zwecken dienende Aufzeichnung, unabhängig von der Art ihrer Speicherung, also beispielsweise Schriftstücke in herkömmlichen Akten, elektronisch gespeicherte Informationen, Zeichnungen, Graphiken, Pläne, Ton- und Videoaufzeichnungen. Als Informationsträger gelten alle Medien, die die vorgenannten Informationen speichern können (§ 3 Satz 2 IFG NRW)

Es besteht dabei nur ein Anspruch auf Zugang zu den Informationen, also ggf. auf Zurverfügungstellung der betreffenden Unterlagen, nicht aber auf deren Auswertung und Auskünfte aus diesen. Gegenstand von Zugangsrechten ist auch abstrakt nur die Akte, „wie sie steht und liegt“.

Zu den einzelnen Fragen gilt Folgendes:

aa) Zu Frage 1

Mit der Frage werden Auskünfte aus Behördeninformationen erstrebt. Da Gegenstand von Zugangsansprüchen jedoch nur die Behördeninformationen selbst, nicht aber eine Auswertung oder Zusammenstellung aus diesen ist, zielt die Frage nicht auf einen tauglichen Antragsgegenstand: Auch das IFG NRW – insofern enger als das IFG des Bundes (vgl. § 1 Abs. 2 IFG Bund) – räumt keine Auskunfts-, sondern nur ein Zugangsansprüche ein.

bb) Zu Frage 2

Die Frage ist auf die Vornahme und Übermittlung einer rechtlichen Beurteilung von Akteninhalten gerichtet ist. Selbst soweit Auskunftsansprüche der Fa. Falck bestünden – was nach dem Vorstehenden vorliegend nicht der Fall ist – richteten sie sich nur auf die vorhandenen Akteninhalte, „wie sie stehen und liegen“. Eine rechtliche Analyse von Akteninhalten könnte damit nicht durchgesetzt werden, da die Regelungen sich nur auf „vorhandene“ Informationen beziehen und keinen Informationsverschaffungs- oder -vermittlungsanspruch auslösen.

(vgl. *Fetzer*, in: *Fluck/Theuer*, Informationsfreiheitsrecht – IFG/UIG/VIG/IWG, Stand: 26. Erg.-Lfg., Heidelberg, Mai 2010, § 2 IFG Bund Rn. 14)

Im Weiteren ist die Frage auf Ausforschung zu Absichten der Verwaltung gerichtet. Insoweit bestünde ohnehin ein Ablehnungsgrund (vgl. auch § 7 Abs. 1 IFG NRW).

cc) Zu Frage 3

Es gilt das zu Frage 1 Gesagte.

dd) Zu Frage 4

Es gilt das zu Frage 1 Gesagte.

### **c) Empfehlung**

Die Geschäftsstelle empfiehlt daher ein zweistufiges Vorgehen:

aa) Zunächst sollte das Auskunftersuchen der Fa. Falck Rettungsdienst GmbH ohne Weiteres mangels Anspruchsberechtigung abgelehnt werden. Diese Ablehnung hat durch Verwaltungsakt zu geschehen, der schriftlich zu erteilen und zu begründen ist (§ 5 Abs. 2 Satz 3 IFG NRW).

Ein Verfahrensrisiko ist damit nicht verbunden, da im Gegensatz zum IFG des Bundes (vgl. dazu § 9 Abs. 4 IFG Bund) die Ablehnung des Zugangs zu Behördeninformationen nach dem IFG NRW nicht mit Widerspruch und Verpflichtungsklage angefochten werden kann. Zulässig ist allein die Anrufung des Landesbeauftragten für den Datenschutz (§ 13 Abs. 2 Satz 1 IFG NRW). Auf dieses Recht ist bei einer Ablehnung des Antrags hinzuweisen (§ 5 Abs. 2 Satz 4 IFG NRW).

bb) Soweit künftig eine natürliche Person anstelle der Fa. Falck Rettungsdienst GmbH dieselben Informationen begehren sollte, sollte ebenfalls eine Ablehnung erfolgen. Dabei sollte – dies wäre bspw. der Fall, wenn der vertretungsberechtigte Geschäftsführer der Firma den Anspruch stellen sollte – darauf hingewiesen werden, dass es sich um eine versuchte Umgehung der Beschränkung des Zugangsrechts auf natürliche Personen handelt und eigentlich Informationen für die Fa. Falck Rettungsdienst GmbH erstrebt würden.

Ergänzend sollte die Ablehnung damit begründet werden, dass kein Anspruch auf Auskunft aus oder Auswertung von Behördeninformationen, sondern lediglich ein Zugang zu diesen erstrebt werden kann (vgl. vorstehend unter 2.b).

Soweit eine natürliche Person für die Fa. Falck Rettungsdienst GmbH über das jetzige Anschreiben hinausgehend einen „Zugang“ zu den Behördeninformationen anstreben sollte (bspw. um Übermittlung von Ablichtungen von Verträgen mit Hilfsorganisationen bitten sollte), sollte der Zugang unter begründetem Hinweis auf die – bindenden – Ablehnungsgründe aus §§ 7 bis 9 IFG NRW abgelehnt werden. Soweit Akten noch nicht abgeschlossen sind, sollte auf den Schutz des behördlichen Entscheidungsprozesses verwiesen werden (vgl. § 7

IFG NRW). Darüber hinaus sollte auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Behörde und Dritter (bspw. der Hilfsorganisationen etc.) hingewiesen werden, da Kalkulationen offengelegt würden (§§ 7 und 8 IFG NRW). Hierzu sollten Begründungen im Einzelnen erfolgen.

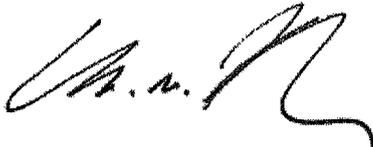
Ansprüche, die sich dagegen generell auf die Übermittlung aller einschlägigen Behördeninformationen zu rettungsdienstlichen Aufträgen etc. bezögen, wären ohnehin abzulehnen, da sie nicht hinreichend bestimmt wären. Anträge müssen nämlich hinreichend bestimmt sein und erkennen lassen, auf welche Informationen sie im Einzelnen gerichtet sind (§ 5 Abs. 1 Satz 3 IFG NRW). Auch Ausforschungsanträge, die darauf gerichtet sind, herauszufinden, welche Informationen bei einer öffentlichen Stelle vorhanden sind, scheiden damit aus.

Auch bei dieser weiteren Ablehnung gälte, dass sie durch Verwaltungsakt unter Hinweis auf die Möglichkeit der Anrufung des Landesbeauftragten für den Datenschutz erfolgen müsste.

Für Rückfragen steht Ihnen die Geschäftsstelle gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'C. v. K.', with a stylized flourish at the end.

Dr. Christian von Kraack

**Anlage**



**Falck**

17. November 2010

An den  
Rhein-Kreis Neuss  
Ordnungsamt  
Andreas Winzen  
Auf der Schanze 4  
41515 Grevenbroich (Stadtmitte)

Falck Rettungsdienst GmbH  
Rankackerweg 39  
D - 79114 Freiburg  
Deutschland  
Tel. +49.761.897 596 99  
Fax +49 761.897 597 40  
christoph.lippay@falck.com  
www.falck.de

### **Vergabe von Rettungsdienstleistungen**

Sehr geehrter Herr Winzen,

hiermit erklären wir unser Interesse an öffentlichen Ausschreibungen für Leistungen des Rettungsdienstes (Notfallrettung und/oder Krankentransport).

Der Falck Konzern mit Hauptsitz in Kopenhagen/Dänemark ist mit über 17.000 Mitarbeitern der größte private Rettungsdienst in Europa und bietet in sieben europäischen Ländern Unfall- und Rettungsdienste in enger Zusammenarbeit mit den dortigen Behörden an. Mit seinen Aktivitäten in sechs Ländern bildet das Unternehmen zudem die größte, privat betriebene Feuerwehr Europas. Insgesamt ist Falck mit seinen vier Geschäftsbereichen (Emergency, Assistance, Health Care und Training) in 23 Ländern und auf vier Kontinenten aktiv. Der Konzernumsatz lag im Geschäftsjahr bei rund einer Milliarde Euro. Weiterführende Informationen finden Sie unter [www.falck.com](http://www.falck.com).

Wie Ihnen bekannt ist, müssen Leistungen des Rettungsdienstes in Ländern, in denen das sogenannte Submissionsmodell Anwendung findet, ausgeschrieben werden,

vgl. EuGH, Urt. v. 29.04.2010 - C-160/08; BGH, Urt. v. 01.12.2008 – X ZB 32/08.

Es gibt diesbezüglich auch keinen deutschen Sonderweg, wie das OLG Naumburg in einer aktuellen Entscheidung zum Rettungsdienst in Sachsen-Anhalt nachdrücklich festgestellt hat: Nach der Rechtsprechung des EuGH unterfällt jede vertragliche Vergabe, auch wenn ihr eine öffentlich-rechtliche Genehmigung vorausgehen oder folgen muss – ja, selbst wenn die Genehmigung sie ersetzt –, grundsätzlich dem europäischen Vergaberecht,

vgl. OLG Naumburg, Beschl. v. 04.11.2010 - 1 Verg 10/10, Seite 20 des Umdrucks.

Die Konsequenzen dieser Rechtsprechung hat das Gesundheitsministerium des Landes Nordrhein-Westfalen in einem speziell an die Träger des Rettungsdienstes gerichteten Rundschreiben klar hervorgehoben:

Gemäß Art. 260 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) hat ein Mitgliedstaat bei festgestellten Verstößen gegen Gemeinschaftsrecht die geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um einen rechtmäßigen Zustand wieder herzustellen. Für die bereits bestehenden Verträge im Bereich des Rettungsdienstes, bei denen kein Vergabeverfahren durchgeführt worden ist, kann damit für öffentliche Auftraggeber, die eine gemeinschaftsrechtswidrige Vergabe durchgeführt haben, eine gemeinschaftsrechtliche Handlungspflicht ergeben. Das Interesse an einer sofortigen und einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts gebietet in einem solchen Fall, dass die erforderlichen Maßnahmen unverzüglich in Angriff genommen und innerhalb kürzestmöglicher Zeit abgeschlossen werden. Dafür sind alle bestehenden Möglichkeiten zu ergreifen, was nach deutschem Recht insbesondere Aufhebungsverträge sowie an ordentliche und außerordentliche Kündigungen einschließt,

vgl. Ministerium für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter des Landes Nordrhein-Westfalen, Rundschreiben zur Vergabe rettungsdienstlicher Leistungen; vgl. auch die Antwort des Niedersächsischen Ministeriums für Inneres und Sport vom 25.10.2010 auf die kleine Anfrage LT-Az.: II/721-684.

Diese Konsequenzen aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sind in ihrer Geltung nicht auf einzelne Länder beschränkt, sondern gelten einheitlich für alle Bundesländer.

Sofern noch nicht geschehen, fordern wir Sie hiermit auf, unverzüglich bestehende Gemeinschaftsrechtsverstöße zu beseitigen, bestehende vergaberechtswidrig zustande gekommene Verträge umgehend zu beenden und Ihrer Pflicht zur Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens nachzukommen. Ergänzend weisen wir darauf hin, dass auch jede wesentliche Vertragsänderung während der Laufzeit eine erneute Ausschreibungspflicht auslöst,

vgl. EuGH, Urt. v. 19.06.2008 - C-454/06, Rn. 34 ff.

Vor diesem Hintergrund bitten wir Sie im Rahmen eines allgemeinen Akteneinsichtsrechts gem. § 29 VwVfG, hilfsweise unter Berufung auf unseren Informationsanspruch nach dem Informationsfreiheitsgesetz (IFG) um die schriftliche Beantwortung der folgenden Fragen:

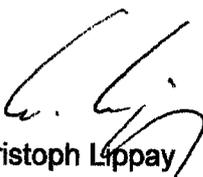
1. Bis zu welchem konkreten Datum wurden die aktuellen Verträge mit den Leistungserbringern des bodengebundenen Rettungsdienstes abgeschlossen?

2. Sind diese Verträge vergaberechtskonform zustande gekommen? Falls nein, bis wann planen Sie, Ihrer gemeinschaftsrechtlichen Pflicht zur Beseitigung dieses Gemeinschaftsrechtsverstoßes und zur Beendigung dieser Verträge nachzukommen? Wenn nein, warum sind Sie bisher Ihrer Verpflichtung zur nachträglichen Bekanntmachung nicht nachgekommen?
3. Hat es seit dem 29. April 2010 Erweiterungen in der Vorhaltung der Rettungsmittel oder bei den Rettungswachen gegeben? Falls ja, bitten wir um Auskunft, in welchem Umfang diese stattgefunden haben und wo diese ausgeschrieben worden sind.
4. Hat es seit dem 29. April 2010 Erweiterungen oder Veränderungen in der Vergütung der Rettungsdienstleistungen gegeben? Falls ja, bitten wir um Auskunft, in welchem Umfang diese Veränderungen stattgefunden haben und ob eine Ausschreibung stattgefunden hat.

Für Ihre Bemühungen bedanken wir uns und verbleiben in Erwartung Ihrer Nachricht

mit freundlichen Grüßen

i.A.

  
Christoph Lippay  
- Sprecher -