

Berlin

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
Potsdamer Platz 1
10785 Berlin
T +49 30 20 28 36 00 (Zentrale)
+49 30 20 28 38 59 (Durchwahl)
F +49 30 20 28 37 66
E hans-joachim.priess@freshfields.com
www.freshfields.com

Rechtsgutachten**Die Anwendbarkeit von Art. 10 lit. h) Richtlinie 2014/24/EU und
Art. 10 Abs. 8 lit. g) Richtlinie 2014/23/EU auf Regelrettungsdienste**

Für**Falck Rettungsdienst GmbH****Von****Dr. Hans-Joachim Prieß, LL.M., Prof. Dr. Thomas Lübbig und Prof. Dr. Marcel
Kaufmann**

Datum**22. April 2015**

A. SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG

Am 17. April 2014 traten die Richtlinie 2014/24/EU (**Vergaberichtlinie**) und Richtlinie 2014/23/EU (**Konzessionsrichtlinie**) in Kraft (zusammen **Vergaberichtlinien**). Die Vergaberichtlinien sind bis zum 18. April 2016 in deutsches Recht umzusetzen. Sie enthalten in Art. 10 lit. h) Vergaberichtlinie und Art. 10 Abs. 8 lit. g) Konzessionsrichtlinie nachfolgende gleichlautende Vorschrift (zusammen **Ausnahmevorschriften**), die die dort genannten Leistungen von der Anwendbarkeit der jeweiligen Richtlinie ausnimmt:

„Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden und die unter die folgenden CPV-Codes fallen: 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 und 85143000-3 mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung; [...].“

Die Vergaberichtlinie enthält zudem in Art. 77 folgende Vorschrift:

(1) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass öffentliche Auftraggeber Organisationen das Recht zur Teilnahme an Verfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge ausschließlich für jene Dienstleistungen im Gesundheits-, Sozial- und kulturellen Bereich nach Artikel 74 vorbehalten, die unter die CPV-Codes 7512 10 00-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, 85000000-9 bis 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 und 98133110-8 fallen.

(2) Eine Organisation nach Absatz 1 muss alle nachfolgenden Bedingungen erfüllen:

a) ihr Ziel ist die Erfüllung einer Gemeinwohlaufgabe, die an die Erbringung der in Absatz 1 genannten Dienstleistungen geknüpft ist;

b) die Gewinne werden reinvestiert, um das Ziel der Organisation zu erreichen. Etwaige Gewinnausschüttungen oder -zuweisungen sollten auf partizipatorischen Überlegungen beruhen;

c) die Management- oder Eigentümerstruktur der Organisation, die den Auftrag ausführt, beruht auf der Eigenverantwortung der Arbeitnehmer

oder auf partizipatorischen Grundsätzen oder erfordert die aktive Mitwirkung der Arbeitnehmer, Nutzer oder Interessenträger, und

d) die Organisation hat von dem betreffenden öffentlichen Auftraggeber nach diesem Artikel in den letzten drei Jahren keinen Auftrag für die betreffenden Dienstleistungen erhalten.

(3) Die Laufzeit des Vertrags darf drei Jahre nicht überschreiten.

(4) Im Aufruf zum Wettbewerb wird auf diesen Artikel Bezug genommen.

(5) Ungeachtet des Artikels 92 wird die Kommission die Auswirkungen dieses Artikels bewerten und dem Europäischen Parlament und dem Rat bis 18. April 2019 Bericht erstatten.

Der deutsche Markt für Rettungsdienstleistungen ist, was die Erbringer derartiger Leistungen betrifft, geprägt von einer Dreiteilung in – nach eigenem Verständnis – gemeinnützige Organisationen (*Hilfsorganisationen*¹), die derzeit den Großteil der öffentlichen Aufträge erhalten, Kommunen und privatwirtschaftliche Unternehmen. Eines der am deutschen Markt auftretenden privatwirtschaftlichen Unternehmen ist die Falck Rettungsdienst GmbH (**Falck**).

Die von Falck erbrachten Dienstleistungen umfassen sowohl die Notfallrettung als auch den qualifizierten Krankentransport. Qualifizierter Krankentransport bedeutet, dass die zu transportierende Person während des Transports der medizinischen Betreuung durch dafür qualifiziertes Personal sowie der fachlichen Einrichtung eines Krankenkraftwagens bedarf. Sofern die von privaten Rettungsdienstunternehmen erbrachten Dienstleistungen außerhalb des Katastrophenschutzes usw. erbracht werden, wird im Folgenden von **Regelrettungsdienst** oder **Regel-Rettungsdienstleistungen** gesprochen, was sowohl die Notfallrettung als auch den qualifizierten Krankentransport, umfasst. Soll nicht ausdrücklich zwischen Regel-Rettungsdienstleistungen und solchen im Rahmen des Katastrophenschutzes unterschieden werden, wird der Begriff **Rettungsdienstleistungen** verwendet.

In Deutschland werden Regel-Rettungsdienstleistungen nach dem „Submissionsmodell“ (die Vergütung erfolgt direkt durch den Auftraggeber) oder nach dem „Konzessionsmodell“ (die Vergütung erfolgt unmittelbar durch Dritte, z.B. durch die Krankenkassen) vergeben.

Vor diesem Hintergrund hat Falck uns darum gebeten, ein rechtliches Gutachten zu der Frage zu erstatten, ob die Ausnahmenvorschriften auch die Vergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen erfassen (hierzu unten C.I.). Zudem bittet Falck um Stellungnah-

¹ Malteser Hilfsdienst, ASB, DRK und JUH.

me, welche beihilferechtlichen Fragestellungen eine Direktvergabe an die Hilfsorganisationen aufwirft (hierzu unten C.II.). Schließlich wurden wir gebeten, Vorschläge zu erarbeiten, wie Ausnahmevorschriften in deutsches Recht umgesetzt werden sollten (hierzu unten C.III.).

B. EXECUTIVE SUMMARY

- Die Ausnahmevorschriften der Vergaberichtlinien sind auf die Vergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen nicht anzuwenden. Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich dabei nicht um „Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr“. Diese Tatbestandsmerkmale sind im Verhältnis zu den in den Ausnahmevorschriften angegebenen CPV-Codes als eigenständig anzusehen. Die einzelnen Elemente des Tatbestandsmerkmals (Katastrophenschutz, Zivilschutz, Gefahrenabwehr) sind allerdings einheitlich auszulegen. Unseres Erachtens sind diese unterschiedlichen Begriffe nur zur Klarstellung verwendet worden, um den voneinander abweichenden Regelungen in den Mitgliedsstaaten begrifflich gerecht zu werden. Letztlich stehen somit alle Elemente des Tatbestandsmerkmals synonym für Ereignisse katastrophalen Ausmaßes.
- Die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen der Ausnahmevorschriften – die Vergabe an „gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen“ und das Vorliegen der ausdrücklich genannten CPV-Codes – müssen jeweils im Einzelfall geprüft und im Streitfall von den öffentlichen Auftraggeber bewiesen werden. Dabei ist folgendes zu beachten:
 - Aus einer systematischen Auslegung folgt, dass „gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen“ die Voraussetzungen des Art. 77 Abs. 2 Vergaberichtlinie erfüllen müssen. Insbesondere ist erforderlich, dass Gewinne reinvestiert werden und Gewinnausschüttungen auf partizipatorischen Erwägungen beruhen. Die Management- und Eigentümerstruktur der Organisation muss zudem auf der Eigenverantwortung der Arbeitnehmer oder auf partizipatorischen Grundsätzen beruhen oder die aktive Mitwirkung der Arbeitnehmer, Nutzer oder Interessenträger erfordern. Nach unserer vorläufigen Bewertung dürften die in Deutschland tätigen Hilfsorganisationen diese Voraussetzungen wohl nicht erfüllen.
 - Aufträge über Regel-Rettungsdienstleistungen werden regelmäßig auch andere als die in den Ausnahmevorschriften genannten CPV-Codes betreffen. Da es sich regelmäßig nicht um objektiv untrennbare Leistungen handeln wird, kommt es nicht darauf an, welche Leistungen wertmäßig überwiegen. Viel-

mehr unterfallen die Aufträge dann gemäß Art. 3 Abs. 4 UAbs. 2 Vergaberichtlinie und Art. 20 Abs. 3 UAbs. 2 Konzessionsrichtlinie insgesamt den Vergaberichtlinien.

- Nach der hier vertretenen Auffassung greifen die Ausnahmenvorschriften zudem nur, wenn das Primärrecht einer Direktvergabe an eine „gemeinnützige Organisation oder Vereinigung“ nicht entgegensteht:
 - Der EuGH hat entschieden, dass ein öffentlicher Auftraggeber vor der Vergabe von Rettungsdienstleistungen primärrechtlich dazu verpflichtet ist, ein transparentes und nichtdiskriminierendes Verfahren durchzuführen, auch wenn die Vergabe vom Anwendungsbereich des vergaberechtlichen Sekundärrechts ganz oder teilweise ausgenommen ist.
 - Selbst wenn man unterstellt, dass die vorstehend erläuterten Tatbestandsvoraussetzungen der Ausnahmenvorschriften bei Vergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen in Deutschland erfüllt sind, müssten diese folglich nach Primärrecht ausgeschrieben werden. Denn es bestehen erhebliche Zweifel, dass eine Direktvergabe an die Hilfsorganisationen in Deutschland entsprechend der vom EuGH jüngst aufgestellten Grundsätze als Eingriff in die Grundfreiheiten gerechtfertigt werden kann. Auch die Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV findet keine Anwendung.
 - Die Durchführung eines solchen Verfahrens könnte jedoch zu einer Auftragsvergabe an eine nicht-gemeinnützige Organisation oder Vereinigung führen. Da der Tatbestand der Ausnahmenvorschriften in diesem Fall nicht erfüllt wäre, würde dieser Verfahrensausgang gegen die Vergaberichtlinien verstoßen. Denn die verfahrensrechtlichen Anforderungen des Primärrechts stimmen nicht mit denen der Vergaberichtlinien überein.
 - Dieses widersinnige Ergebnis lässt sich nur vermeiden, wenn Primär- und Sekundärrecht gleichlaufen. Daher müssen neben den Tatbestandsvoraussetzungen der Ausnahmenvorschriften stets auch die vom EuGH statuierten Voraussetzungen für eine primärrechtliche Rechtfertigung der Direktvergabe oder der Ausnahmenvorschrift des Art. 51 AEUV vorliegen. Beides ist in Deutschland nicht der Fall, sodass auch aus diesem Grund die Ausnahmenvorschriften auf die Vergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen in Deutschland keine Anwendung finden.

- Regel-Rettungsdienstleistungen in Deutschland müssen daher nach dem neu geschaffene Sonderregime in Art. 74 ff. Vergaberichtlinie (siehe deren Anhang XIV) bzw. Art. 19 Konzessionsrichtlinie (siehe deren Anhang IV) vergeben werden. Unabhängig davon, dass Art. 77 Vergaberichtlinie nach nationalem Verfassungsrecht nicht umgesetzt werden darf (dazu sogleich), darf der Artikel wie die Ausnahmenvorschriften nur angewendet werden, wenn die Bevorzugung der dort genannten Organisationen primärrechtlich gerechtfertigt werden kann oder das Primärrecht nicht anzuwenden ist. Davon ist bei der Vergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen in Deutschland nicht auszugehen.
- Auch mit Blick auf das Beihilferecht ist die Vergabe von Rettungsdienstleistungen im Wege einer Ausschreibung zu bevorzugen, um eine Überkompensation und damit eine staatliche Beihilfe auszuschließen. Wird eine Ausschreibung durchgeführt, muss diese diskriminierungsfrei sein, um eine Überkompensation auszuschließen. Wird keine Ausschreibung durchgeführt, ist durch geeignete Hilfsmethoden sicherzustellen, dass es bei der Vergütung für die Rettungsdienstleistungen nicht zu einer Überkompensation kommt. Das erfordert eine aufwendige Kostenkontrolle sowie ein Benchmarking mit anderen Unternehmen. Dabei besteht aber stets das Risiko, dass trotz des Aufwandes nicht zuverlässig festgestellt werden kann, ob der Ausgleich frei von einer Überkompensation ist.
- Grundrechte, insbesondere die Berufsfreiheit, setzen einer Bevorzugung von Hilfsorganisationen enge Grenzen. Zwar hat das BVerwG kürzlich eine Entscheidung aus dem Jahr 1994 bestätigt, nach der eine Bevorzugung von Hilfsorganisationen in verschiedenen landesrechtlichen Bestimmungen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei. Mit einer neueren Entscheidung des BayVfGH sprechen aber die besseren Gründe dafür, dass eine gesetzliche Bevorzugung von Hilfsorganisationen verfassungsrechtlich keinen Bestand haben kann. Die Entscheidung wird letztverbindlich durch das Bundesverfassungsgericht getroffen werden müssen. Die verfassungsrechtlichen Grenzen muss auch der Bundesgesetzgeber bei der Umsetzung der Vergaberichtlinien beachten. Da die nationalen Gesetzgeber im Hinblick auf die Ausnahmenvorschriften und Art. 77 Vergaberichtlinie nicht zu einer Umsetzung verpflichtet sind, spielt auch der Vorrang des Unionsrechts keine Rolle.

C. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

I. AUSLEGUNG DER AUSNAHMEVORSCHRIFTEN

Im Folgenden werden zunächst die Grundaussagen der bisherigen Rechtsprechung zu Rettungsdienstleistungen auf europäischer und deutscher Ebene dargelegt (hierzu unter 1.). Da-

rauf folgend werden die Tatbestandsmerkmale der Ausnahmenvorschriften nach ihrem Wortlaut, systematisch und teleologisch ausgelegt und geklärt, ob die Vergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen in Deutschland unter diese Vorschriften zu subsumieren ist (hierzu unter 2.). Im Anschluss ist zu erläutern, wie die Vergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen in Deutschland unionsrechtskonform durchzuführen ist (hierzu unter 3.).

1. Rechtsprechung zu Rettungsdienstleistungen

Fragen in Bezug auf die Erbringung von Rettungsdienstleistungen waren wiederholt Gegenstand von Verfahren vor dem EuGH und deutschen Gerichten.

a) Ältere EuGH-Rechtsprechung

Zunächst hat der EuGH festgestellt, dass es sich bei Rettungsdienstleistungen, die in Deutschland nach dem Submissionsmodell vergeben werden, um öffentliche Aufträge handelt, die in den Anwendungsbereich der derzeit noch gültigen Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG fallen:

„Nach alledem ist festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der Vergabe von Aufträgen über öffentliche Notfall- und qualifizierte Krankentransportleistungen nach dem Submissionsmodell [...] gegen ihre Verpflichtungen aus [...] der Richtlinie 2004/18 [...] verstoßen hat [...].“ (EuGH, Urt. v. 29.4.2010, C-160/08, Rn. 131).

Dabei hielt der EuGH es für möglich, dass solche Rettungsdienstleistungen, je nach Ausgestaltung im konkreten Fall, dem Anwendungsbereich der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG vollständig oder – als sogenannte nicht-prioritäre Dienstleistungen – nur teilweise unterfallen können

(„Viertens ist zwischen den Verfahrensbeteiligten auch unstrittig, dass der Notfalltransport bzw. der qualifizierte Krankentransport, um die es in der vorliegenden Rechtssache geht, den Kategorien 2 bzw. 3 des [...] Anhangs II Teil A der Richtlinie 2004/18 und zugleich der Kategorie 25 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. 22 der Richtlinie 2004/18 fallen“ (EuGH, Urt. v. 29.4.2010, C-160/08, Rn. 92)).

Ebenfalls hat der EuGH entschieden, dass die heute in Art. 51 AEUV enthaltene Ausnahme vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten für Tätigkeiten in Ausübung öffentlicher Gewalt auf Rettungsdienstleistungen in Deutschland keine Anwendung findet

(EuGH, Urt. v. 29.4.2010, C-160/08, Rn. 81 ff.).

Insbesondere sind nach dem EuGH daher auch Vergaben nach dem Konzessionsmodell, die als Dienstleistungskonzession bislang nicht der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG unterfielen, grundsätzlich vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten erfasst:

„Es ist hinzuzufügen, dass Verträge über Dienstleistungskonzessionen beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts zwar von keiner der Richtlinien erfasst werden, mit denen der Unionsgesetzgeber das öffentliche Auftragswesen geregelt hat, die öffentlichen Stellen, die solche Verträge schließen, aber gleichwohl verpflichtet sind, die Grundregeln des AEU-Vertrags, insbesondere die Art. 49 AEUV und 56 AEUV, sowie die daraus fließende Transparenzpflicht zu beachten, wenn – was das vorliegende Gericht zu prüfen hat – an dem betreffenden Vertrag ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht“ (EuGH, Urt. v. 10.3.2011, C-274/09, Rn. 49).

Wie diese Rechtsprechung deutlich macht, unterliegen Ausschreibungen von Rettungsdienstleistungen, wenn sie nicht von den Vergaberichtlinien erfasst sind, dem EU-Primärrecht. Voraussetzung dafür ist lediglich ein grenzüberschreitendes Interesse am jeweiligen Auftrag

(statt vieler EuGH, Urt. v. 14.11.2013, C-388/12, *Comune di Arcona*; siehe ausführlicher hierzu unten C.I.2.d)bb)).

Festzuhalten ist daher: Selbst wenn die derzeit noch gültige Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG keine oder nur teilweise Anwendung auf die Vergabe von Rettungsdienstleistungen findet, beispielsweise weil es sich um Dienstleistungskonzessionen oder nicht-prioritäre Dienstleistungen handelt, ist grundsätzlich das Unions-Primärrecht zu beachten. Bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Interesses muss nach dem Primärrecht vor jeder Auftrags- oder Konzessionsvergabe ein transparentes und nichtdiskriminierendes Vergabeverfahren durchgeführt werden. Das gilt auch weiterhin unter den neuen Vergaberichtlinien, siehe unten I.2.d)).

b) Neuere EuGH-Rechtsprechung

In einer neueren Entscheidung hat der EuGH allerdings – scheinbar – eine Kehrtwende im Hinblick auf die Anwendbarkeit des EU-Primärrechts vollzogen

(EuGH, Urt. v. 11.12.2014, C-113/13).

Der Gerichtshof musste in einem Vorabentscheidungsverfahren über eine italienische Rechtsvorschrift entscheiden, die es der öffentlichen Hand erlaubte, unter bestimmten Umständen Rettungsdienstleistungen ohne Vergabeverfahren an Freiwilligenorganisationen zu vergeben. Sofern ein grenzüberschreitendes Interesse begründet werden kann, ging der EuGH von einem Eingriff in die Grundfreiheiten des AEUV aus:

„Indem diese Regelung nämlich vorsieht, dass die zuständigen Behörden im Wege der Direktvergabe vorrangig auf die unter Vertrag genommenen Freiwilligenorganisationen zurückgreifen, um den Bedarf auf diesem Gebiet zu decken, werden andere Einrichtungen als Freiwilligenorganisationen von einem großen Teil des betroffenen Marktes ausgeschlossen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs liegt in der ohne jede Transparenz erfolgenden Vergabe eines Auftrags an ein Unternehmen, das in dem Mitgliedstaat niedergelassen ist, dem der öffentliche Auftraggeber zugehört, eine Ungleichbehandlung zum Nachteil der in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen, die an dieser Konzession interessiert sein könnten. Eine solche Ungleichbehandlung, die durch den Ausschluss aller in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen hauptsächlich diese benachteiligt, stellt, sofern sie nicht durch objektive Umstände gerechtfertigt ist, eine nach den Art. 49 AEUV und 56 AEUV verbotene mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar“ (EuGH, Urt. v. 11.12.2014, C-113/13, Rn. 52).

Nach dem EuGH kann dieser Eingriff allerdings gerechtfertigt sein, wenn eine Direktvergabe an bestimmte Freiwilligenorganisationen

„zu dem sozialen Zweck und zu den Zielen der Solidarität und der Haushaltseffizienz [beiträgt], auf denen dieses System beruht.“ (EuGH, Urt. v. 11.12.2014, C-113/13, Rn. 60.)

Diese Rechtfertigungsmöglichkeit schränkte der EuGH allerdings sogleich deutlich ein. Nach dem EuGH müssen folgende Anforderungen vorliegen, um den Eingriff zu rechtfertigen:

„In dieser Hinsicht dürfen die Freiwilligenorganisationen, wenn sie in diesem Rahmen tätig werden, keine anderen Ziele als die in der [Rn. 60] dieses Urteils genannten verfolgen, mit ihren Leistungen keinen Gewinn erzielen – unbeschadet der Erstattung der variablen, festen und ständigen Kosten, die zur Erbringung dieser Leistungen erforderlich sind – und ihren Mitgliedern keine Gewinne einbringen. [...] Die Tätigkeit der



Freiwilligenorganisationen darf daher nur in dem Maße von Erwerbstätigen ausgeübt werden, wie es für ihren geregelten Betrieb erforderlich ist. Bei der Erstattung der Kosten ist darauf zu achten, dass nicht etwa unter dem Vorwand einer Freiwilligentätigkeit ein Erwerbszweck, und sei es nur indirekt, verfolgt wird und dass dem Freiwilligen lediglich die Kosten erstattet werden können, die er für die geleistete Tätigkeit tatsächlich aufgewandt hat, und zwar im Rahmen der von der jeweiligen Vereinigung vorab festgelegten Grenzen.“ (EuGH, Urt. v. 11.12.2014, C-113/13, Rn. 61 f., Hervorhebung hinzugefügt.)

Festzuhalten ist somit, dass eine Vergabe an Freiwilligenorganisationen nur unter den folgenden, engen und kumulativen Voraussetzungen erfolgen darf:

1. Die Freiwilligenorganisationen müssen die – unionsrechtlich zu billigenden – Ziele verfolgen, auf der eine nationale Direktvergabemöglichkeit beruht.
2. Die Freiwilligenorganisationen dürfen mit ihren Tätigkeiten keinen Gewinn erzielen. Es dürfen ausschließlich die tatsächlich entstandenen Kosten erstattet werden.
3. Die Freiwilligenorganisationen dürfen nur insoweit auf Erwerbstätige zurückgreifen, wie das für die Aufrechterhaltung ihres geregelten Betriebs erforderlich ist.

Ob diese Voraussetzungen im konkreten Fall tatsächlich vorlagen, konnte der EuGH dem italienischen Gericht überlassen. Nach den uns vorliegenden Informationen haben wir allerdings erhebliche Zweifel, dass diese strengen Anforderungen in Deutschland – zumindest bei der Vergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen – von den Hilfsorganisationen erfüllt werden können. Jedenfalls das zweite und dritte Kriterium dürften regelmäßig zu verneinen sein. Denn zum einen beschäftigt beispielsweise das DRK über 130.000 vollzeitbeschäftigte Mitarbeiter

(Capital v. 15.12.2011, S. 72).

Zum anderen ist nicht davon auszugehen, dass die Hilfsorganisationen bei der Erbringung von Regel-Rettungsdienstleistungen lediglich ihre Kosten erstattet bekommen. Die veröffentlichten Ausführungen eines Vertreters des DRK deuten vielmehr in eine andere Richtung:



„Die angestammten lokalen Organisationen wie DRK und Co. finanzieren mit den Einnahmen aus dem Rettungsdienst ihre ehrenamtlichen Abteilungen. Ohne den Rettungsdienst, so die einfache Rechnung, gäbe es weniger Fortbildungen, weniger ehrenamtlichen Einsatz vor Ort und auch nicht den Kollegen, der bei Großeinsätzen den Bedürftigen Kaffee oder Tee reicht. ‚Wir finanzieren mit dem Rettungsdienst eine ganze Bandbreite an Leistungen, von denen die Menschen in den Städten profitieren‘, so Dr. Lüder“ (Sascha Rolf Lüder, DRK-Beauftragter für den Ennepe-Ruhr-Kreis, in: Der Westen vom 7.4.2014).

Diese Aussage wird bestätigt durch einen Bericht in der Aachener Zeitung vom 12. Oktober 2013. Dort heißt es:

„Denn im Gegensatz zu einer Kommune muss sich bei einem Dienstleister der Rettungsdienst wirtschaftlich tragen. Im besten Fall spült er Geld in die Kassen der Wohlfahrtsverbände, die zwar keinen Gewinn machen dürfen, die Überschüsse aber zur Finanzierung anderer Tätigkeitsfelder verwenden.“²

Diesen Aussagen ist zu entnehmen, dass die Hilfsorganisationen bei der Erbringung von Regel-Rettungsdienstleistungen nicht lediglich ihre Kosten erstattet bekommen. Die angesprochene „Quersubventionierung“ ist nur möglich, wenn mit der Erbringung der Regel-Rettungsdienstleistungen mehr Geld eingenommen wird, als Kosten anfallen. Auch der BFH war in einer älteren Entscheidung davon ausgegangen, dass die Hilfsorganisationen mit ihren vom BFH als „Krankentransport und der Rettungsdienst“ bezeichneten Tätigkeiten Gewinne erzielen. In dieser Entscheidung lehnte der BFH eine Befreiung von der Gewerbesteuer für ein u.a. diese Leistungen erbringendes privates Unternehmen ab und stellte gleichzeitig fest:

„Eine auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit ändert nicht dadurch ihren Charakter, dass sie statt von gewerblichen Unternehmen von Wohlfahrtsverbänden erbracht wird, mögen diese mit ihren Leistungen im öffentlichen Rettungsdienst einen Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben anstreben und tatsächlich erzielen oder nicht. [...] Maßgeblich für die Frage, ob die Sorge für notleidende oder gefährdete Mitmenschen um des Erwerbes wegen ausgeübt wird, ist vielmehr allein, ob die Bedingungen, unter denen sie ausgeübt wird, objektiv geeignet sind, Gewinne

² Abrufbar im Internet unter: <http://www.aachener-zeitung.de/lokales/region/die-geschaeft-e-mit-den-rettern-vom-roten-kreuz-1.675786>.

zu erzielen. Davon ist regelmäßig auszugehen, wenn – wie hier nach dem Vortrag der Klägerin der Fall – die gleichen Leistungen zu denselben Bedingungen von nicht steuerbefreiten Anbietern erbracht werden und deren Tätigkeit als Gewerbebetrieb einzuordnen ist.“ (BFH, Urt. v. 18.9.2007, I R 30/06, Hervorhebung hinzugefügt.)

Die Einschätzung, dass die bloße Eignung einer Tätigkeit zur Gewinnerzielung eine Ausübung dieser Tätigkeit zu Erwerbszwecken bedeutet, hält der BFH in einer neueren Entscheidung unter Hinweis auf die dagegen gerichtete Kritik in der Praxis und Literatur zwar nicht aufrecht:

„Der Senat hält die Kritik insofern für berechtigt, als nicht schon die bloße objektive Eignung eines Wohlfahrtsbetriebs zur Gewinnerzielung ein die Zweckbetriebseigenschaft nach § 66 AO ausschließendes Handeln ‚des Erwerbs wegen‘ indiziert.“ (BFH, Urt. v. 27.11.2013, I R 17/12, Rn. 44.)

Der BFH geht aber wie der EuGH im oben angeführten Urteil (v. 11.12.2014, C-113/13) davon aus, dass es einer Betrachtung des Einzelfalls bedarf, ob eine Tätigkeit zu Erwerbszwecken ausgeübt wird:

„Die in dem Senatsbeschluss in [o.g. Urteil v. 18.9.2007] getroffene Aussage ist demnach dahin einzuschränken, dass eine den Zweckbetrieb nach § 66 AO ausschließende Erwerbsorientierung dann gegeben ist, wenn damit Gewinne angestrebt werden, die den konkreten Finanzierungsbedarf des jeweiligen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs übersteigen [...]“ (BFH, Urt. v. 27.11.2013, I R 17/12, Rn. 45).

Den Ausführungen des EuGH ist zu entnehmen, dass sich das Kriterium der ausschließlichen Kostenerstattung auf den konkret jeweils zu erfüllenden öffentlichen Auftrag bzw. die jeweilige Dienstleistungskonzession bezieht. Das ist unseres Erachtens auch überzeugend. Eine Gesamtbetrachtung wäre intransparent und mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Durch den öffentlichen Auftraggeber, der den Auftrag bzw. die Konzession vergibt, könnte die Einhaltung des Kriteriums der Kostenerstattung bei einer Gesamtbetrachtung wegen des unverhältnismäßigen Aufwands praktisch nicht sichergestellt werden. Denn die Hilfsorganisationen müssten den öffentlichen Auftraggebern bei jeder Auftrags- oder Konzessionsvergabe ihre Bücher vollständig offen legen.

Auch das oben genannte dritte Kriterium des EuGH dürfte in Deutschland regelmäßig nicht erfüllt sein. Die in Deutschland tätigen Hilfsorganisationen stützen ihre Tätigkeit im Bereich

der Erbringung von Regel-Rettungsdienstleistungen fast ausschließlich auf hauptamtlich Beschäftigte. Der Grund dafür ist die für die Erbringung von Regel-Rettungsdienstleistungen erforderliche Ausbildung des einzusetzenden Personals. Dabei handelt es sich insbesondere um Rettungssanitäter und Rettungsassistenten. Seit dem 1. Januar 2014 gilt die neue Berufsausbildung als Notfallsanitäter/-in. Für den Beruf des Notfallsanitäters ist in Deutschland eine dreijährige Ausbildung erforderlich, die mit einer staatlichen Prüfung abschließt (vgl. § 5 Abs. 1 NotSanG). Rettungsassistenten müssen einen umfangreichen Ergänzungslehrgang mit einer anspruchsvollen Prüfung durchlaufen, um Notfallsanitäter werden zu können. Dieser erhebliche Aufwand schließt den Einsatz von ehrenamtlich Beschäftigten aus.

Zudem ist die allgemeine Quote der ehrenamtlich Beschäftigten bei den Hilfsorganisationen niedrig. Für das Bundesland Baden-Württemberg sind beispielsweise folgende Zahlen veröffentlicht worden:

	Leistungsträger					Gesamt
	ASB	DRK BaWü	DRK Bad RK	JUH	MHD	
Hauptamtliche Kräfte (Vergleichszahlen 2003)	267 (171)	2.950 (2.909)	943	166 (96)	243 (57)	4.569 (3.233)
Nachrichtlich:						
Ehrenamtliche Helfer	46 (10,3 %)	335 (8,7 %)	68 (5,6 %)	71 (25,6 %)	48 (14,3 %)	568 (9,3 %)
Sonstige (FSJ-Helfer, Büfdi, Zivildienst- leistende [Zivi])	133 (29,8 %)	581 (15,0 %)	195 (11,6 %)	40 (24,1 %)	44 (11,3 %)	993 (16,2 %)
Gesamt	446	3.866	1.206	277	335	6.130

(Landtag von Baden-Württemberg, Drucksache 15/2943, S. 4)

Bei einer Quote von deutlich über 50 % hauptamtlich Beschäftigten kann nicht mehr davon gesprochen werden, dass die Anzahl der Erwerbstätigen auf das für den „geregelten Betrieb“ erforderliche Maß beschränkt ist, wie der EuGH es verlangt.

Festzuhalten ist also, dass die unionsrechtlichen Voraussetzungen für die Rechtfertigung eines durch die Direktvergabe an Hilfsorganisationen bewirkten Eingriffs in die Grundfreiheiten des AEUV in Deutschland regelmäßig nicht vorliegen werden. Daher müssen die Grundfreiheiten bei der Vergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen beachtet werden. Di-

rektvergaben – ohne Durchführung eines transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahrens – waren und bleiben in Deutschland folglich grundsätzlich unionsrechtswidrig. Das gilt auch nach den Vergaberichtlinien, die keine Freistellung von den Grundfreiheiten statuieren können (siehe im Einzelnen unten I.2.d)).

c) **Nationale Rechtsprechung zum GWB-Vergaberecht**

Die nationale Rechtsprechung hat eine – wie auch immer geartete – Sonderbehandlung der Vergabe von Rettungsdienstleistungen an Hilfsorganisationen bislang abgelehnt.

So hat der BGH festgestellt, dass Rettungsdienstleistungen dem Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts unterfallen, sofern die EU-Schwellenwerte überschritten sind und die Vergabe nach dem Submissionsmodell erfolgt. Eine (ungeschriebene) Ausnahme vom GWB-Vergaberecht lehnt der BGH ausdrücklich ab

(BGH, Beschl. v. 1.12.2008, X ZB 31/08).

Das bedeutet, dass der Gesetzgeber im nationalen Recht eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts für die Vergabe von Rettungsdienstleistungen an Hilfsorganisationen ausdrücklich vorsehen muss. Für die Beurteilung nach deutschem Recht ist es irrelevant, dass die Vergaberichtlinien die Ausnahmenvorschriften enthalten. Denn eine Vorwirkung der Richtlinien scheidet insofern aus

(skeptisch insoweit auch das OLG Koblenz, Beschl. v. 3.12.2014, 1 Verg 8/14: *„Die Richtlinie [2014/24/EU] ist noch nicht in nationales Recht umgesetzt; die Umsetzungsfrist ist noch nicht abgelaufen.“*).

Das OLG Düsseldorf hat das – mit einer fragwürdigen Argumentation – zwar für einen anderen Bereich jüngst angenommen. Nach dem OLG Düsseldorf gilt die Vorwirkung aber nur bei

„bestimmten und unbedingten (vorbehaltlosen) Regelungen“ (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.11.2014, VII-Verg 30/14).

Das trifft auf die Ausnahmenvorschriften nicht zu. Die Vergaberichtlinien verpflichten die Mitgliedstaaten nicht dazu, ihren öffentlichen Auftraggebern diese Direktvergabemöglichkeiten im nationalen Recht einzuräumen. Wenn die Vergaberichtlinien eine solche Umsetzungspflicht enthalten, so heißt es in den entsprechenden Vorschriften vielmehr regelmäßig:

„*Öffentliche Auftraggeber können*“ (vgl. beispielsweise die Regelungen in Art. 21 Abs. 2, 33 Abs. 1, Art. 35 Abs. 1, 45 Abs. 1, 60 Abs. 1, 70 Vergaberichtlinie).

Ist der nationale Gesetzgeber somit in seiner Entscheidung frei, ob er die Ausnahmevorschriften in seinem nationalen Recht umsetzt, sind die Richtlinienvorgaben nicht unbedingt. Gleiches gilt gerade auch für Art. 77 Abs. 1 Vergaberichtlinie. Dessen Wortlaut ist unmissverständlich:

„*Die Mitgliedstaaten können vorsehen [...]*“.

Festzuhalten ist, dass die Entscheidung des BGH in Deutschland nach wie vor gilt. Die Vergabe von Rettungsdienstleistungen nach dem Submissionsmodell muss die Vorschriften des GWB-Vergaberechts beachten. Im Übrigen ist anzumerken, dass die nationale Rechtsprechung auch in anderen Bereichen einer Sonderbehandlung von Hilfsorganisationen bei der Erbringung von Rettungsdienstleistungen kritisch gegenüber steht. Die Entscheidung des BFH, die eine Gewerbesteuerpflicht der Hilfsorganisationen nahelegt, wurde bereits angesprochen

(„*Der Krankentransport und der Rettungsdienst, die Wohlfahrtsverbände zu denselben Bedingungen wie private gewerbliche Unternehmen anbieten, werden um des Erwerbes willen und nicht zum Wohl der Allgemeinheit ausgeübt.*“ (BFH, Urt. v. 18.9.2007, I R 30/06, Hervorhebung hinzugefügt)).

d) Rechtsprechung zu Grundrechten

Die Organisation von Rettungsdienstleistungen und etwaige mit einer Vorrangstellung der Hilfsorganisationen in diesem Bereich verbundene Grundrechtseingriffe waren ebenfalls bereits Gegenstand der nationalen Rechtsprechung, insbesondere des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) und des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (BayVfGH).

aa) Rechtsprechung des BVerwG

Im Jahr 1994 hat das BVerwG eine Verletzung des Gleichheitssatzes (Art. 3 GG) im Hinblick auf die in § 5 Abs. 1 RDG-Berlin enthaltene Vorrangstellung von Hilfsorganisationen abgelehnt.

(BVerwG, Urt. v. 3.11.1994, 3 C 17/92, Rn. 34 ff.).

Gem. § 5 Abs. 1 RDG-Berlin kann bestimmten Hilfsorganisationen ohne weiteres die Notfallrettung übertragen werden, sonstigen privaten Einrichtungen aber nur, wenn sie geeignet sind, und auch dann nur „in besonderen Fällen und soweit ein Bedarf besteht“.

Nach Auffassung des BVerwG ist die hiermit verbundene Ungleichbehandlung durch die „gewichtigen Unterschiede“ zwischen Hilfsorganisationen und sonstigen privaten Einrichtungen gerechtfertigt. Im Gegensatz zu sonstigen privaten Einrichtungen hätten sich Hilfsorganisationen in der Vergangenheit in der Notfallrettung bewährt und seien dem Gesetzgeber von vornherein in ihrer Struktur und Dauerhaftigkeit bekannt. Sonstige private Einrichtungen dürften von dieser Aufgabe ferngehalten werden, um den Kreis der an der Notfallrettung Beteiligten klein und überschaubar zu halten und damit die Notfallrettung einfacher und weniger störanfällig zu gestalten. Die Bevorzugung der Rettungsdienste rechtfertige sich zudem im Hinblick auf ihre Unverzichtbarkeit beim Katastrophenschutz und beim Zivilschutz im Rahmen der Genfer Konvention.

Anlässlich der Zurückweisung einer Nichtzulassungsbeschwerde hat das BVerwG im Jahr 2004 im Hinblick auf die frühere Fassung des Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 18 BayRDG auf seine frühere Entscheidung Bezug genommen und ausgeführt:

„Der Senat hat es im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unbeanstandet gelassen, wenn der Landesgesetzgeber im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative davon ausgeht, dass Private im freien Wettbewerb die Aufgabe der Notfallrettung nicht mit der gleichen Wirksamkeit bedarfsgerecht erfüllen wie die öffentlich Hand oder die von dieser beauftragten Hilfsorganisationen. (BVerwG, Urt. v. 8.11.2004, 3 B 36/04, Rn. 6.)

Auch in einer kürzlich im Zusammenhang mit einer Nichtzulassungsbeschwerde ergangenen Entscheidung, die erneut § 5 Abs. 1 RDG-Berlin zum Gegenstand hatte, hat das BVerwG seine Rechtsprechung bestätigt:

„In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass die Bestimmung der Notfallrettung zur Ordnungsaufgabe und ihre Zuweisung an die staatliche Feuerwehr in § 5 Abs. 1 Satz 1 RDG sowie die bevorzugte Übertragung der Durchführung der Notfallrettung auf Hilfsorganisationen nach § 5 Abs. 1 Satz 2 und 3 RDG mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG in Einklang stehen“ (BVerwG, Urt. v. 27.8.2014, 3 B 1/14, Rn. 6.)

Das gelte auch für die Anwendung der Vorschriften, wenn und soweit die Berliner Feuerwehr und die Hilfsorganisationen über die persönlichen und sachlichen Mittel verfügten, um im Sinne von § 2 Abs 1 RDG die bedarfs- und fachgerechte Versorgung der Bevölkerung mit Leistungen der Notfallrettung sicherzustellen.

bb) Neuere Rechtsprechung des BayVfGH

In seiner Entscheidung aus dem Jahr 2012 hat der BayVfGH hingegen eine Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 101 BV) durch die Bevorzugung von Hilfsorganisationen bei der Vergabe von Rettungsdienstleistung in Art. 13 Abs. 1 BayRDG bejaht

(BayVfGH, Urt. v. 24.5.2012, Vf. 1-VII-10, Rn. 73 ff.).

Art. 13 Abs. 1 und 2 BayRDG sah vor, dass „Dritte“ – also keine der in dem Gesetz ausdrücklich aufgeführten Hilfsorganisationen – nur dann mit der bodengebundenen Durchführung rettungsdienstlicher Leistungen beauftragt werden durften, wenn die Hilfsorganisationen zur Übernahme des Auftrags nicht bereit oder in der Lage waren. Der BayVerfGH sah in dieser Vorschrift eine objektive Berufswahlbeschränkung, weil die hierdurch aufgestellten Hürden dem Einfluss der „Dritten“ entzogen seien. Zum Maßstab der Rechtfertigung führte der BayVerfGH aus:

„Ein Eingriff in die Berufsfreiheit durch eine objektive Berufszugangsvoraussetzung, wie sie sich hier für Dritte aufgrund der Vorrangstellung der Hilfsorganisationen ergibt, kann nur unter zwei Bedingungen Bestand haben: Zum einen muss die Regelung den Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsguts bezwecken, dem der Vorrang vor der Freiheit des Einzelnen, im Beruf des Rettungsdienstunternehmers tätig zu werden, einzuräumen ist. Dabei müssen die Gefahren, von denen das Gemeinschaftsgut bedroht ist, schwer sowie nachweisbar oder wenigstens höchstwahrscheinlich sein. Zum anderen muss die angegriffene Regelung als Mittel zur Abwehr dieser Gefahren unentbehrlich sein“.
(BayVfGH, Urt. v. 24.5.2012, Vf. 1-VII-10, Rn. 94, Hervorhebung hinzugefügt.)

Diese strengen Anforderungen waren nach Auffassung des BayVfGH im Hinblick auf Art. 13 Abs. 1 und 2 BayRDG nicht gegeben. Zwar diene die Vorschrift dem Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung und damit überragend wichtigen Gemeinwohlbelangen und sei auch grundsätzlich geeignet, die Erbringung rettungsdienstlicher Leistungen flächendeckend, effektiv und wirtschaftlich sicherzustellen. Allerdings sei die gesetzliche Vorrangstellung der Hilfsorganisationen im Sinne einer objektiven Berufszugangsvoraus-

zung nicht erforderlich. Das Gesetzesziel einer flächendeckenden, effektiven und wirtschaftlichen Versorgung mit rettungsdienstlichen Leistungen könne auch erreicht werden, wenn „Dritte“ gleichrangig in das Auswahlverfahren einbezogen würden. Die Bevorzugung der Hilfsorganisationen könne weder durch die Gemeinnützigkeit von Hilfsorganisationen, die Aufrechterhaltung eines hohen Qualitätsstandards rettungsdienstlicher Leistungen, die Vielzahl der bei Hilfsorganisationen ehrenamtlicher Helfer, die logistischen Herausforderungen bei der Bewältigung von Großschadenslagen noch durch die Gefahr der Schwächung des öffentlichen Rettungswesens durch sogenanntes „Rosinenpicken“ von lukrativen Aufträgen gerechtfertigt werden. Denn diese Gesichtspunkte könnten vielmehr in dem vorgesehenen Auswahlverfahren über subjektive Zulassungsschranken berücksichtigt werden. Auch die Sicherung der bestehenden Verzahnung zwischen öffentlichem Rettungsdienst und Katastrophenschutz könne durch weniger einschneidende Maßnahmen sichergestellt werden. Sofern dies zur Folge habe, dass die Auswahlentscheidung in vielen Fällen zu einer Beauftragung von Hilfsorganisationen führen werde, ergäben sich hieraus keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Eine solche faktische „Vorrangstellung“ würde auf der Anwendung subjektiver Prüfkriterien beruhen und wäre mit dem derzeit durch das Gesetz vorgegebenen Vorrang nicht vergleichbar.

cc) Bewertung

BVerwG und des BayVfGH kommen in ihren Entscheidungen zu gegensätzlichen Ergebnissen. Während das BVerwG in den oben angeführten Fällen keine Grundrechtsverletzungen erblickt, kommt der BayVfGH in einem vergleichbaren Fall zu dem Ergebnis, dass ein nicht gerechtfertigter Eingriff in die Berufsfreiheit vorliegt.

Das BVerwG unterzieht die landesrechtlichen Vorschriften über die Vergabe von Rettungsdienstleistungen allerdings nur in der oben genannten Entscheidungen von 1994 einer grundrechtlichen Prüfung. Diese Prüfung ist zudem insoweit recht oberflächlich, als sie lediglich die Feststellung trifft, die in § 5 RDG-Berlin getroffenen Regelungen seien nach Art. 12 GG „gerechtfertigt“. Eine Auseinandersetzung beispielsweise mit der Frage, ob eventuell weniger einschneidende Eingriffe in die Berufsfreiheit in Betracht gekommen wären, unterbleibt. Die auf dieses Urteil folgenden Zurückweisungsbeschlüsse beschränken sich – insoweit typisch für die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts im Beschwerdeverfahren – auf den bloßen Verweis auf die jeweils vorangegangenen Urteile.

Nach unserer Auffassung spricht deshalb vieles dafür, dass die 1994 vom BVerwG vorgenommenen Wertungen angesichts der heutigen Rahmenbedingungen als überholt bezeichnet werden können und es im Jahr 2004, erst recht aber im Jahr 2014 einer erneuten, inhaltlich vertieften Grundrechtsprüfung bedurft hätte. Denn während das BVerwG seinerzeit (und für Berlin) noch davon ausging, dass die staatliche Feuerwehr die Notfalleinsätze selber fahre

und dies lediglich zu einem Bruchteil auf Hilfsorganisationen übertragen habe, führten die öffentlichen Träger des Rettungsdienstes – beispielsweise in Bayern – die rettungsdienstlichen Einsätze heute in der Regel nicht mehr selbst durch. Die Marktverteilung im deutschen Rettungsdienst stellt sich wie folgt dar: 80 % Hilfsorganisationen (DRK, JUH, Malteser und ASB), 10 % Kommunale Leistungserbringer (Feuerwehr und/oder Eigenbetriebe) sowie 10 % private Rettungsdienstunternehmen.

Hinzu kommt, dass die Entscheidung zu einer Zeit ergangen ist, in der der Bereich der staatlichen Auftragsvergabe als bloßes Innenrecht angesehen wurde und unterlegene Bieter weitgehend (rechts-)schutzlos gestellt waren. Diese Sichtweise hat sich seit Einführung des GWB-Vergaberechts im Jahre 1999 grundlegend geändert. Seitdem ist der Rechtsschutz auch auf weitere vom GWB-Vergaberecht nicht unmittelbar erfasste Rechtsbereiche ausgedehnt worden. Eine bloße „Willkürkontrolle“ – wie sie das BVerwG in der Entscheidung von 1994 vorgenommen hat – entspricht bei derart weitgehenden Beschränkungen nicht mehr dem heutigen Rechtsverständnis

(ausdrücklich – sogar zum Unterschwellenbereich – OLG Saarbrücken, Urt. v. 13.6.2012, 1 U 357/11-107; vgl. auch EuGH, Urt. v. 18.6.2002, C-92/00, *Hospital Ingenieure*, Rn. 38).

Vor diesem Hintergrund sind die Regelungen in den Landesgesetzen zu sehen, die eine Auswahlentscheidung bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen vorsehen und hierfür bestimmte Kriterien festlegen. Dem BayVfGH, der in seinem Urteil aus dem Jahr 2010 eine deutlich umfangreichere und schlüssigere Grundrechtsprüfung vorgenommen hat als das BVerwG in seinen Entscheidungen, ist daher zuzustimmen, dass ein durch Gesetz vorgegebener Vorrang von Hilfsorganisationen nicht mehr mit den heutigen rechtlichen Wertungen im Zusammenhang mit der Vergabe von Rettungsdienstleistungen zu vereinbaren ist. Die Erwägungen, die seinerzeit für einen gesetzlichen Vorrang der Hilfsorganisationen gesprochen haben mögen, können nach dem heutigen Rechtsverständnis durch die Berücksichtigung subjektiver Kriterien in einem geordneten Auswahlverfahren im konkreten Einzelfall geprüft und damit ebenso effektiv berücksichtigt werden. Eine objektive Berufungszugangsregelung, die die schärfste Form der Beschränkung der Berufsfreiheit darstellt, ist hierfür nicht (mehr) erforderlich.

In diese Richtung deutet auch die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. In seiner Entscheidung zur Neuordnung des Rettungsdienstwesens in Sachsen hat es die Transparenz und Chancengleichheit bei der Mitwirkung im Rettungsdienst betont und ausgeführt:

„[V]ielmehr ist durch die Aufgabe der Trennung zwischen öffentlichem und privatem Rettungsdienst [...] erstmals ein Wettbewerb zwischen Hilfsorganisationen und privaten Unternehmern um alle benötigten Kapazitäten zu gleichen Konditionen eröffnet worden. Die erstrebte Förderung von Transparenz und Chancengleichheit beim Berufszugang ist ein gesetzgeberisches Ziel, das als vernünftige Erwägung des Gemeinwohls Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit zu legitimieren vermag.“
(BVerfG, Beschl. v. 6.6.2010, A BvR 2001/07, 1 BvR 2959/07, Rn. 100).

Festzuhalten ist, dass zwischen deutschen Obergerichten Uneinigkeit besteht, ob die Bevorzugung von Hilfsorganisationen verfassungsrechtlich – insbesondere mit Blick auf die Berufsfreiheit – zulässig ist. Letztverbindlich wird das Bundesverfassungsgericht über diese verfassungsrechtliche Frage entscheiden müssen. Mit der Entscheidung des BayVfGH sprechen die besseren Gründe dafür, dass eine gesetzliche Bevorzugung von Hilfsorganisationen verfassungsrechtlich keinen Bestand haben kann, weil die nach der Rechtsprechung des BVerwG für eine Bevorzugung vor Hilfsorganisationen maßgeblichen Erwägungen auch in einem geordneten Auswahlverfahren im konkreten Einzelfall geprüft und berücksichtigt werden können. Die verfassungsrechtlichen Grenzen muss auch der Bundesgesetzgeber bei der Umsetzung der Vergaberichtlinien beachten. Da die nationalen Gesetzgeber im Hinblick auf die Ausnahmevorschriften und Art. 77 Vergaberichtlinie nicht zu einer Umsetzung verpflichtet sind, spielt auch der Vorrang des Unionsrechts keine Rolle. Der Bundesgesetzgeber wird demnach durch das Unionsrecht nicht zur Implementierung einer nach nationalem Recht verfassungswidrigen Vorschrift gezwungen.

2. Auslegung der Ausnahmevorschriften

Im Folgenden wird untersucht, ob die Ausnahmevorschriften (Art. 10 lit. h) Vergaberichtlinie und Art. 10 Abs. 8 lit. g) Konzessionsrichtlinie) Regel-Rettungsdienstleistungen von der Anwendung der Vergaberichtlinien ausnehmen. Hierfür werden die einzelnen Merkmale der Ausnahmevorschriften nach ihrem Wortlaut, der Systematik und dem Sinn und Zweck untersucht. Von einer historischen Auslegung wird hingegen abgesehen. Denn zum einen sind die zur Verfügung stehenden Gesetzesmaterialien mit Blick auf die Ausnahmevorschriften wenig aufschlussreich. Zum anderen kommt der historischen Auslegung im Unionsrecht ohnehin nur eine geringe Bedeutung zu, weil der zumeist von politischen Verhandlungen und Kompromissen geprägte Gesetzgebungsprozess allgemein wenig transparent ist und daher häufig – wie im vorliegenden Fall – eine Veröffentlichung aussagekräftiger Materialien nicht stattfindet

(siehe *Meyer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union I, Art. 19 AEUV, Stand Sept. 2014, Rn. 66; *Wegener*, in: Calles/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2010, Art. 19 AUEV, Rn. 13).

Dabei wird zuerst das Merkmal „Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr“ in den Blick genommen (hierzu unter a)). Anschließend wird das Merkmal „gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen“ untersucht (hierzu unter b)). Zuletzt ist zu prüfen ob Regel-Rettungsdienstleistungen den in Ausnahmenvorschriften genannten CPV-Codes unterfallen (hierzu unter c)). Schließlich werden die Folgen der grundsätzlichen Anwendbarkeit des EU-Primärrechts für die Auslegung der Ausnahmenvorschriften erörtert (hierzu unter d)).

a) Merkmal: Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr

Zunächst müsste es sich bei den von privaten Unternehmen erbrachten Regel-Rettungsdienstleistungen um solche des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr handeln.

aa) Eigenständiges Tatbestandsmerkmal?

Fraglich ist zunächst, ob die drei Begriffe über die im zweiten Halbsatz der Ausnahmenvorschriften genannten CPV-Codes hinaus eigenständige und zusätzliche Tatbestandsmerkmale darstellen. Man könnte in den Begriffen auch lediglich eine verbale Beschreibung der der CPV-Codes sehen. Dagegen spricht allerdings der eindeutige Wortlaut

(„Dienstleistungen des Katastrophenschutzes [...], die von gemeinnützigen Organisationen [...] erbracht werden und die unter die folgenden CPV-Codes fallen“, Hervorhebung hinzugefügt),

der sich auch in vielen anderen Sprachfassungen wiederfindet. Die Dienstleistungen müssen daher nicht nur unter die genannten CPV-Codes subsumiert und von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden. Vielmehr muss es sich zusätzlich um solche des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr handeln. Anderenfalls wäre es gesetzestechnisch sinnvoller gewesen, das vermeintlich einheitliche Tatbestandsmerkmal (Dienstleistungen des Katastrophenschutzes usw., die durch die CPV-Codes lediglich konkretisiert werden) auch einheitlich auszugestalten, z.B. indem die CPV-Codes unmittelbar nach dem Merkmal Dienstleistungen des Katastrophenschutzes usw. genannt worden wären. Hierfür wäre beispielsweise die Nennung der CPV-Codes nach einem Doppelpunkt oder in einem Klammerzusatz in Frage gekommen. Tatsächlich aber folgt dem Merkmal Dienstleistungen des Katastrophenschutzes usw. zunächst der Verweis auf die gemeinnützi-

gen Organisationen, um sodann unter der eindeutigen Wendung „und die“ auf die CPV-Codes Bezug zu nehmen. Dieser Normaufbau zeigt, dass es sich um eigenständige Tatbestandsmerkmale handelt. Für diese Sichtweise spricht auch der allgemeine Grundsatz, dass Ausnahmen vom Anwendungsbereich einer EU-Richtlinie eng auszulegen sind

(EuGH, Urt. v. 7.6.2012, C-615/10 Rn. 35; EuGH, Urt. v. 15.12.2009, C-284/05, Rn. 45).

Vor dem Hintergrund dieses Grundsatzes kann man die in einer Ausnahmegvorschrift enthaltenen Merkmale nicht einfach „weginterpretieren“. Vielmehr ist eine solche Interpretation vorzuziehen, nach der allen Tatbestandsmerkmalen einer Ausnahmegvorschrift auch eine eigenständige Bedeutung zukommt. Im Übrigen erscheint es wenig überzeugend dem Unionsgesetzgeber zu unterstellen, er habe „überflüssige“ Tatbestandsmerkmale normiert. Für eine solche Sichtweise gibt es keinerlei objektive Anhaltspunkte; vor allem, weil die von den CPV-Codes abgedeckten Dienstleistungen nicht nur im Katastrophenfall erbracht werden können bzw. müssen, sondern jeweils auch individuelle, alltägliche Fälle denkbar sind, in denen die entsprechenden Dienstleistungen nachgefragt werden (z.B. jegliche Form der Brandbekämpfung oder – wie im vorliegenden Gutachten dargelegt – Rettungsdienstleistungen). Schließlich ist auch auf Erwägungsgrund 28 Vergaberichtlinie bzw. Erwägungsgrund 36 Konzessionsrichtlinie hinzuweisen, der ausdrücklich verlangt, dass die Ausnahmegvorschriften nicht über das absolut notwendige Maß hinaus ausgeweitet wird.

bb) Begriffsbestimmung

Kommt den Tatbestandsmerkmalen der des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr mithin eine eigenständige Bedeutung zu, ist fraglich, wie diese auszulegen sind. Keiner der Begriffe wird in den Vergaberichtlinien interpretiert.

- Im Hinblick auf den Begriff des Katastrophenschutzes kann unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Unionsrechtsordnung und der primärrechtskonformen Auslegung der Vergaberichtlinien

(vgl. zusammenfassend für den Bereich des Vergaberechts GA Kokott, Schlussanträge v. 15.4.2010, Rs. C-74/09, Fn. 41: *„Nach ständiger Rechtsprechung dienen die unionsrechtlichen Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen u. a. der Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit (vgl. Urteile vom 15. Januar 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria u. a., C -44/96, Slg. 1998, I-73, Randnr. 43, [...]); nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung sind Vorschriften des Sekundärrechts im Einklang mit*

dem Primärrecht auszulegen und anzuwenden (vgl. Urteile vom 13. Dezember 1983, Kommission/Rat, 218/82, Slg. 1983, 4063, Randnr. 15, [...]).“)

auf die Vorschrift des Art. 196 AEUV zurückgegriffen werden. Der Artikel betrifft die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich Katastrophenverhütung und -schutz. Im Zusammenhang mit dieser Vorschrift hat die Literatur folgendes Begriffsverständnis entwickelt:

„Mit dem Begriff der Katastrophe sind danach Ereignisse gemeint, die drei Merkmale aufweisen. [...] Erstens kann von Katastrophe nur gesprochen werden, wenn ein „Extremereignis“ zu beobachten ist. [...] Ein Extremereignis bewirkt – zweitens – dann eine Katastrophe, wenn es außergewöhnlich schädliche Folgen für den berührten Menschen, Tiere, Sachwerte (unter Einschluss von Kulturgütern) oder das Ökosystem mit sich bringt. [...] Ein weiteres Kennzeichen des Katastrophenbegriffs ist es, dass die Folgen des Extremereignisses von den unmittelbar betroffenen Menschen nicht selbst bewältigt werden können und Hilfe erforderlich ist.“ (Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union II, Art. 196 AEUV, Stand 4.5.2011, Rn. 13 ff., Hervorhebung hinzugefügt)

Eine Katastrophe ist also ein Extremereignis mit außergewöhnlichen Folgen, das von den unmittelbar Betroffenen nicht selbst bewältigt werden kann.

- Eine ähnlich feststehendes unionsrechtliches Verständnis existiert für den Begriff Zivilschutz nicht. Vielmehr ist die Literatur bislang davon ausgegangen, dass das Unionsrecht nicht zwischen Katastrophen- und Zivilschutz unterscheidet:

„Eine Unterscheidung zwischen Zivilschutz und Katastrophenschutz – wie sie das deutsche Verfassungsrecht kennt – ist dem Europarecht fremd. [...] Auf dem Verfassungskonvent hatte man sich für die einheitliche Nutzung des Terminus Katastrophenschutz entschieden, da dieser im Vergleich zum Begriff Zivilschutz als umfassender aufgefasst wurde.“ (Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 196 AEUV, Rn. 2; s. auch Weerth, in: Lenz/Borchard, EU-Verträge, 6. Aufl. 2012, Art. 196, Rn. 4; Fischer, Europäischer Verfassungsvertrag, 2005, Art. III-284, Rn. 3.)

Über die Gründe für die getrennte Aufführung der Begriffe in den Vergaberichtlinien kann nur spekuliert werden. Es liegt aber nahe, dass der Unionsgesetzgeber verhindern wollte, dass die Vorschrift aufgrund eines mitgliedstaatlich geprägten Begriffsverständnisses unzutreffend ausgelegt wird. So wird im deutschen Verfassungsrecht zwischen Katastrophen- und Zivilschutz unterschieden. Der Katastrophenschutz ist nach Art. 30 Abs. 1 GG Aufgabe der Länder. Der Zivilschutz fällt gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG in die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes. Dabei bezieht sich der Katastrophenschutz auf Friedenszeiten, der Zivilschutz auf Kriegszeiten

(vgl. § 1 Abs. 1 ZSKG: „*Aufgabe des Zivilschutzes [...], durch nichtmilitärische Maßnahmen die Bevölkerung, ihre Wohnungen und Arbeitsstätten, lebens- oder verteidigungswichtige zivile Dienststellen, Betriebe, Einrichtungen und Anlagen sowie das Kulturgut vor Kriegseinwirkungen zu schützen und deren Folgen zu beseitigen oder zu mildern.*“ (Hervorhebung hinzugefügt)).

Bei einer ausschließlichen Verwendung des Begriffs „*Katastrophenschutz*“ hätte möglicherweise die Gefahr bestanden, dass die Ausnahme in Deutschland zu eng verstanden worden wäre. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass ein vom deutschen Recht geprägtes Begriffsverständnis auch in anderen Tatbeständen der Ausnahmenvorschriften zu finden ist

(Art. 10 lit. c) Vergaberichtlinie bzw. Art. 10 Abs. 8 lit. c) Konzessionsrichtlinie: „*Schiedsgerichts- und Schlichtungsdienstleistungen*“; Art. 10 lit. d) ii) Vergaberichtlinie bzw. Art. 10 Abs. 8 lit. d) ii) Konzessionsrichtlinie: „*Beglaubigungs- und Beurkundungsdienstleistungen*“; Art. 10 lit. f) Vergaberichtlinie bzw. Art. 10 Abs. 8 lit. f) Konzessionsrichtlinie: „*Kredite und Darlehen*“).

Festzuhalten ist jedenfalls, dass die Begriffe Katastrophenschutz und Zivilschutz bestimmte Extremsituation im Friedens- und Kriegszeiten betreffen. Die von privaten Rettungsdienstunternehmen erbrachten Regel-Rettungsdienstleistungen betreffen demgegenüber nur die alltägliche und zumeist singuläre aber regelmäßig auftretende Notfallrettung mit einer gegenüber Katastrophen geringeren Anzahl Betroffener oder eine entsprechende Patientenbeförderung. Gegenstand der Regel-Rettungsdienstleistungen sind Einsatzlagen, die sich elementar von Katastrophen im vorstehend genannten Sinn unterscheiden.

- Schließlich bleibt zu klären, was unter dem Tatbestandsmerkmal der Gefahrenabwehr zu verstehen ist. Bei einem sehr weiten Begriffsverständnis wäre die Eigenständigkeit des Tatbestandsmerkmals nicht mehr gewährleistet. Denn letztlich betreffen alle in den CPV-Codes der Ausnahmenvorschriften aufgezählten eine Gefahrenabwehr im weiteren Sinne. Dort geht es nämlich allgemein um Dienstleistungen der Feuerwehr, von Rettungsdiensten, der Zivilverteidigung und im Bereich der nuklearen Sicherheit. Zudem wären bei einer sehr weiten Auslegung des Begriffs Gefahrenabwehr die Merkmale Katastrophen- und Zivilschutz überflüssig. Denn in diesem Falle könnten praktisch sämtliche relevanten Sachverhalte unschwer unter das Merkmal der Gefahrenabwehr subsumiert werden, sodass für die anderen Merkmale kaum ein Anwendungsbereich verbliebe. Eine derartige Widersprüchlichkeit kann der Unionsgesetzgeber nicht beabsichtigt haben. Schließlich spricht auch der Grundsatz, dass Ausnahmen eng auszulegen sind sowie Erwägungsgrund 28 Vergaberichtlinie bzw. Erwägungsgrund 36 Konzessionsrichtlinie gegen ein weites Verständnis des Begriffs der Gefahrenabwehr. Nach der hier vertretenen Ansicht muss sich der Begriff Gefahrenabwehr daher ebenfalls auf bestimmte Extremereignisse beziehen. Man könnte ihn insofern als eine Art Konturierung oder Ergänzung der anderen Merkmale ansehen. Insbesondere die anderen Sprachfassungen sprechen dafür, dass durch den Begriff bestimmte Präventionsmaßnahmen – vor Eintritt des Extremereignisses – abgedeckt werden sollen

(Englische Fassung: „*danger prevention*“; Französische Fassung: „*prévention des risques*“; Spanische Fassung: „*prevención de riesgos*“; Niederländische Fassung: „*risicopreventie*“).

Festzuhalten ist, dass sich die Ausnahmenvorschriften nach der hier vertretenen Ansicht auf Extremereignisse beziehen. Die Begriffe Katastrophenschutz, Zivilschutz und Gefahrenabwehr decken insofern verschiedene Teilbereiche ab, nämlich die Prävention einerseits und eingetretene Extremlagen andererseits. Die Erbringung von Regel-Rettungsdienstleistungen fällt daher bereits aus diesem Grund nicht unter die Ausnahmenvorschriften.

cc) **Zwischenergebnis**

Insgesamt ergibt sich aus dem Vorstehenden, dass es sich sowohl beim Katastrophen- und Zivilschutz als auch bei der Gefahrenabwehr um eigenständige Tatbestandsmerkmale handelt. Alle Tatbestandsmerkmale setzen allerdings ein eingetretenes oder abstrakt oder konkret drohendes, unvorhersehbares, übergroßes Schadensereignis voraus. Regel-Rettungsdienstleistungen betreffen demgegenüber vorhersehbare, regelmäßige und immer

wiederkehrende Schadensfolgen. Regel-Rettungsdienstleistungen können daher nicht unter die Ausnahmegesetze subsumiert werden.

b) Merkmal: Gemeinnützige Organisationen

Art. 10 lit. h) Vergaberichtlinie und Art. 10 Abs. 8 lit. g) Konzessionsrichtlinie stellen die Ausnahme von ihrem Anwendungsbereich unter die Bedingung, dass die Rettungsdienstleistungen „von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden“. Die Ausnahmegesetze definieren den Begriff der „gemeinnützigen Organisation“ nicht. Daher ist zu prüfen, ob die Vergaberichtlinie an anderer Stelle Vorgaben enthält, welche Anforderungen an eine „gemeinnützige Organisation“ zu stellen sind. Entsprechende Vorgaben enthält Art. 77 Vergaberichtlinie. Art. 77 Abs. 1 Vergaberichtlinie räumt öffentlichen Auftraggebern das Recht ein, die Vergabe öffentlicher Aufträge, die i.d.R. von gemeinnützigen Organisationen erbracht werden (Dienstleistungen im Gesundheits-, Sozial- und kulturellen Bereich), bestimmten Organisationen vorzubehalten. Abs. 2 derselben Vorschrift beschreibt, welche Voraussetzungen diese gemeinnützigen Organisationen erfüllen müssen. Aus systematischen Erwägungen sind daher die Voraussetzungen von Art. 77 Abs. 2 Vergaberichtlinie für die Auslegung des Merkmals „gemeinnützige Organisation“ in den Ausnahmegesetzen heranzuziehen

(so ausdrücklich auch *Caranta*, Mapping the margins of EU public contracts law: covered, mixed, excluded and special contracts, in: Lichère/Caranta/Treumer, Modernising Public Procurement – The New Directive, S. 67, 84).

Zwar enthält die Konzessionsrichtlinie keine mit Art. 77 Abs. 2 Vergaberichtlinie vergleichbare Vorschrift. Das dürfte vor allem darauf zurückzuführen sein, dass die verfahrensrechtlichen Vorgaben der Konzessionsrichtlinie im Wesentlichen dem erleichterten Regime nach Art. 74 ff. Vergaberichtlinie entsprechen. Insofern erscheint eine gesonderte Regelung in der Konzessionsrichtlinie wenig sinnvoll. Allerdings spricht vieles dafür, die Voraussetzungen des Art. 77 Abs. 2 Vergaberichtlinie auch dem Begriff der „gemeinnützigen Organisation“ in der Konzessionsrichtlinie zugrunde zu legen.

Zunächst ist nämlich zu beachten, dass der EU-Gesetzgeber hinsichtlich der Ausnahmegesetze in beiden Richtlinien denselben Regelungszweck verfolgt. Das ergibt sich bereits aus der übereinstimmenden Fassung der Ausnahmegesetze. Darüber hinaus sind auch die dazugehörigen Erwägungsgründe (Erwägungsgrund 28 der Vergaberichtlinie, Erwägungsgrund 36 der Konzessionsrichtlinie) weitgehend identisch.

Außerdem wäre es aufgrund der Einheit der Unionsrechtsordnung nicht nachvollziehbar, im Wortlaut identische Vorschriften eines am selben Tag in Kraft getretenen Regelwerks unterschiedlich auszulegen. Vielmehr gebietet hier die Einheit und Kohärenz des Unionsrechts eine gleichlautende Auslegung des Begriffs der „gemeinnützigen Organisation“. Denn mangelt es in einer Richtlinie an der Legaldefinition eines Begriffs, so sind

„...Sinn und Tragweite dieses Begriffs mit Blick auf die Ziele, die mit dieser Richtlinie verfolgt werden, und den Zusammenhang, in den sich die auszulegende Vorschrift einfügt, zu bestimmen“ (EuGH, Urt. v. 19.9.2000, C-156/98, Rn. 185, m.w.N.).

Sind diese Ziele auch in anderen Richtlinien auf demselben Gebiet festgeschrieben, so

„...müssen in Anbetracht der Erfordernisse der Einheit und Kohärenz der Unionsrechtsordnung die in sämtlichen dieser Richtlinien verwendeten Begriffe dieselbe Bedeutung haben, es sei denn, dass der Unionsgesetzgeber in einem konkreten gesetzgeberischen Kontext einen anderen Willen zum Ausdruck gebracht hat“ (EuGH, Urt. v. 19.9.2000, C-156/98, Rn. 188).

Ein unterschiedlicher gesetzgeberischer Wille hinsichtlich der Ausnahmenvorschriften besteht jedoch, wie bereits dargelegt, nicht.

Art. 77 Abs. 2 Vergaberichtlinie nennt folgende Voraussetzungen:

1. Ziel der Organisation ist die Erfüllung einer Gemeinwohlaufgabe, die an die Erbringung der in Abs. 1 der Vorschrift genannten Dienstleistungen geknüpft ist.
2. Die Organisation muss Gewinne reinvestieren, um ihr Ziel zu erreichen. Gewinnausschüttungen müssen auf partizipatorischen Erwägungen beruhen.
3. Die Management- und Eigentümerstruktur der Organisation beruht auf der Eigenverantwortung der Arbeitnehmer oder auf partizipatorischen Grundsätzen oder erfordert die aktive Mitwirkung der Arbeitnehmer, Nutzer oder Interessenträger.

Diese Voraussetzungen müssen von den Hilfsorganisationen erfüllt werden. Insofern ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass die Hilfsorganisationen darlegen und die öffentlichen Auftraggeber bei jeder einzelnen Auftragsvergabe feststellen – und im Streitfalle beweisen – müssen, dass diese Voraussetzungen von den Hilfsorganisationen erfüllt werden. Bloße formblattartige Eigenerklärungen der Hilfsorganisationen reichen insofern nicht aus. Insbesondere in Hinblick auf die zweite Voraussetzung müssen die Hilfsorganisationen den Auf-

traggebern gegebenenfalls ihre Bücher offen legen oder entsprechende Erklärungen von Wirtschaftsprüfern vorlegen.

c) Merkmal: CPV-Codes

Die Ausnahmenvorschriften nennen unter anderem die CPV-Codes 75252000-7 und 85143000-3. Erstgenannter meint „*Rettungsdienstleistungen*“, letzterer den „*Einsatz von Krankenwagen*“. Diese CPV-Codes würden auch Regel-Rettungsdienstleistungen erfassen, wenn man entgegen den vorstehenden Ausführungen davon ausginge, dass „*Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr*“ kein eigenständiges Tatbestandsmerkmal darstellten und damit Regel-Rettungsdienstleistungen aufgrund der Ausnahmenvorschriften nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinien erfasst würden. Es ist jedoch zu bedenken, dass Regel-Rettungsdienstleistungen auch noch weitere Dienstleistungen beinhalten. Dazu gehören insbesondere bestimmte ärztliche oder medizinische Dienstleistungen, die von den Notfallsanitätern und Notärzten erbracht werden. Folgende CPV-Codes können insofern einschlägig sein:

- 85121100-4 („*Dienstleistungen von praktischen Ärzten*“),
- 85121200-5 („*Dienstleistungen von Fachärzten*“),
- 85141000-9 („*Dienstleistungen von medizinischem Personal*“),
- 85141200-1 („*Dienstleistungen von Krankenpflegepersonal*“),
- 85142000-6 („*Dienstleistungen von nichtärztlichem Personal*“) sowie
- 85140000-2 („*Diverse Dienstleistungen im Gesundheitswesen*“).

Wie mit gemischten Aufträgen zu verfahren ist, regelt Art. 3 der Vergaberichtlinie bzw. Art. 20 der Konzessionsrichtlinie. Dabei ist im hier unterstellten Fall Art. 3 Abs. 4 Vergaberichtlinie bzw. Art. 20 Abs. 3 Konzessionsrichtlinie einschlägig, da es sich um Aufträge handelt, die zum Teil von den jeweiligen Richtlinien erfasst, zum anderen Teil aber nicht von den Richtlinien erfasst sind. Entscheidend ist nach diesen Vorschriften, ob die verschiedenen Teile der Aufträge objektiv trennbar sind. Ist das – wie regelmäßig – der Fall und werden die Auftragsteile trotzdem gemeinsam vergeben, so sind die Vergaberichtlinien auf den gesamten Auftrag anwendbar. Dabei kommt es nicht darauf an, ob ein Teil des Auftrags nicht in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fallen würde (Art. 3 Abs. 4 UAbs. 2 Vergaberichtlinie und Art. 20 Abs. 3 UAbs. 2 Konzessionsrichtlinie). Es gilt die sogenannte „*Infektionstheorie*“. Insofern kommt es auch nicht darauf an, welchen Wert die Teile ausmachen, die nicht unter den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fallen.

Festzuhalten ist, dass bei der Vergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen schon wegen der Vielzahl der betroffenen CPV-Codes die Ausnahmenvorschriften häufig nicht anzuwenden sein dürften. Bei der Ausschreibung von Rettungsdienstleistungen wurde in der Praxis eine präzise Angabe der CPV-Codes bislang oft vernachlässigt. Öffentliche Auftraggeber gaben in der Bekanntmachung häufig (und fälschlich) lediglich die den maßgebenden CPV-Codes übergeordneten Kategorien an (z.B. anstatt CPV-Code 75252000 – „Rettungsdienste“ lediglich die übergeordnete Kategorie 75250000 – „Dienstleistung der Feuerwehr und von Rettungsdiensten“) oder es wurden zum Teil auch unzutreffende CPV-Codes angegeben (z.B. für die Beschaffung von Krankenwagen oder für die Personenbeförderung auf der Straße). Künftig kann die Wahl des CPV-Codes über die Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien entscheiden. Eine unzutreffende Wahl kann daher in Zukunft eine unzulässige Direktvergabe nach sich ziehen.

Vor diesem Hintergrund muss die Entscheidung, welcher CPV-Code konkret einschlägig ist, gerichtlich überprüfbar sein. Von einem nur beschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum der Vergabestelle darf daher nicht ausgegangen werden. Denn bereits im Jahr 2002 hat der EuGH zur Qualifizierung einer Leistung als IA- bzw. IB-Dienstleistung diesbezüglich festgestellt,

„dass die Einreihung der Dienstleistungen in die Anhänge IA und IB der Richtlinie 92/50 vor allem eine Frage tatsächlicher Art ist, deren Beurteilung dem Auftraggeber vorbehaltlich der Nachprüfung durch die nationalen Gerichte obliegt“ (EuGH, Urt. v. 14.11.2002, C-411/00, Rn. 62).

Zwar bestimmt der EuGH nicht den Umfang der Nachprüfung durch die nationalen Gerichte; dieser kann sich sinnvollerweise aber nur auf die gesamte Beurteilung erstrecken und sich nicht in der Überprüfung des Beurteilungsspielraums erschöpfen. Denn wie die Ausnahmenvorschriften zeigen, kann diese Beurteilung über die Anwendbarkeit der Vergaberechtsnormen und damit über die rechtlichen Anforderungen an das Vergabeverfahren entscheiden. Daher darf diese Entscheidung nicht den Vergabestellen überlassen werden

(andere Ansicht, aber ohne überzeugende Begründung VK Sachsen, Beschl. v. 9.7.2010, 1/SVK/021-10, 1-SVK/2, Punkt 2.1).

d) „Ungeschriebene“ Voraussetzung: Gleichlauf von Sekundär- und Primärrecht

Abschließend ist zu beachten, dass die Vergabe von Rettungsdienstleistungen grundsätzlich dem EU-Primärrecht unterfällt. Die Beachtung des EU-Primärrechts außerhalb des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien ist geboten, da letztere keine Sperrwirkung entfalten.

aa) Mögliche Sperrwirkung des EU-Sekundärrechts

Die EU-Verträge räumen dem EU-Gesetzgeber die Befugnis zur Ausgestaltung des Binnenmarktrechts ein. Diese Befugnis umfasst grundsätzlich auch, in gewissem Umfang Beschränkungen der Grundfreiheiten vorzunehmen. Macht der EU-Gesetzgeber davon Gebrauch, beispielsweise durch Erlass einer Richtlinie, so kann das eine Sperrwirkung gegenüber dem ansonsten einschlägigem Primärrecht entfalten

(Dörr, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Kapitel 2 Rn. 15).

bb) Keine Sperrwirkung der Vorgängerrichtlinien

Ob und inwieweit eine Richtlinie eine Sperrwirkung entfaltet, ist durch ihre Auslegung zu ermitteln. Dabei sind insbesondere das Binnenmarktziel und die Grundfreiheiten zu beachten

(Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 36 AEUV, Rn. 18).

In der vergaberechtlichen Literatur ist anerkannt, dass die nach wie vor geltende Sektorenrichtlinie (2004/17/EG) und Vergabekoordinierungsrichtlinie (2004/18/EG) keine Sperrwirkung gegenüber dem EU-Primärrecht entfalten

(siehe hierzu Dörr, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Kapitel 2 Rn. 17; Prieß, NZBau 2014, 465, 466; Huerkamp, Gleichbehandlung und Transparenz als gemeinschaftsrechtliche Prinzipien der staatlichen Auftragsvergabe, S. 102).

Auch der EuGH teilt diese Auffassung, insbesondere bei der Vergabe von nicht-prioritären Dienstleistungen, von Dienstleistungskonzessionen sowie bei Aufträgen unter den Schwellenwerten.

So bleibt der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen

„...den fundamentalen Regeln des Unionsrechts unterworfen, insbesondere den Grundsätzen des AEU-Vertrags im Bereich des Niederlassungsrechts und der Dienstleistungsfreiheit [...]“ (EuGH, Urt. v. 18.11.2010, C-226/09, Rn. 29, 30).

Auch für Auftragsvergaben, deren Auftragswert unterhalb der jeweils einschlägigen Schwellenwerte liegen, gelten die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts:

„Nach ständiger Rechtsprechung haben öffentliche Auftraggeber, auch wenn der Wert eines ausgeschriebenen Auftrags den Schwellenwert für die Anwendung der Richtlinien, mit denen der Gemeinschaftsgesetzgeber den Bereich des öffentlichen Auftragswesens geregelt hat, nicht erreicht und der betreffende Auftrag folglich nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinien fällt, doch die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts wie den Grundsatz der Gleichbehandlung und die daraus folgende Pflicht zur Transparenz zu beachten“ (EuGH, Ur. v. 14.6.2007, C-6/05, Rn. 33; zu den Transparenzpflichten bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession siehe EuGH, Ur. v. 21.7.2005, C-231/03, Rn. 17; vgl. auch EuGH, Ur. v. 7.12.2000, C-324/98, Rn.62).

Das gilt insbesondere für die Grundfreiheiten:

„Daraus folgt, dass unabhängig davon, dass ein öffentlicher Bauauftrag nicht den Schwellenwert der Richtlinie 93/37 erreicht und somit nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fällt, die Rechtmäßigkeit einer Klausel in den Verdingungsunterlagen zu diesem Auftrag im Hinblick auf die Grundprinzipien des Vertrages zu beurteilen ist, zu denen der in Artikel 30 des Vertrages niedergelegte Grundsatz des freien Warenverkehrs gehört“ (EuGH, Beschl. v. 3.12.2001, C-59/00, Rn. 21).

Die einzige Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Primärrechts in diesen Fällen ist, wie oben bereits dargelegt, das Vorliegen eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses an dem ausgeschriebenen Auftrag. So können gemäß der Rechtsprechung des EuGH beispielsweise die Regelungen über nicht-prioritäre Dienstleistungen

„nicht dahin ausgelegt werden, dass sie der Anwendung der sich aus den Art. 49 AEUV und 56 AEUV ergebenden Grundsätze entgegensteht, wenn an diesen Aufträgen doch ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht [...], und mithin den Verpflichtungen, die die Transparenz der Verfahren und die Gleichbehandlung der Bieter sicherstellen sollen [...]“ (EuGH, Ur. v. 18.11.2010, C-226/09, Rn. 31).

Ob der konkrete ausgeschriebene Auftrag ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse aufweist, misst der EuGH grundsätzlich anhand objektiver Kriterien, insbesondere dem Auftragswert und dem Ort der Auftragsausführung:

„Es ist jedoch zulässig, in einer nationalen oder örtlichen Regelung objektive Kriterien aufzustellen, die für ein eindeutiges grenzüberschreiten-

des Interesse sprechen. Als ein solches Kriterium kommt insbesondere ein Auftragswert von gewisser Bedeutung in Verbindung mit dem Ort der Ausführung der Arbeiten in Betracht. Auch wäre es möglich, ein solches Interesse auszuschließen, wenn der fragliche Auftrag z. B. eine sehr geringe wirtschaftliche Bedeutung hat [...]“ (EuGH, Urt. v. 15.5.2008, C-147/06, Rn. 31).

Allerdings verbietet sich eine rein quantitative Beurteilung des eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses. Nach neuester Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit der Vergabe einer Dienstleistungskonzession müssen neben dem Auftragswert auch qualitative Gesichtspunkte des Auftrages in Betracht gezogen werden. Demnach kann selbst an einem Auftrag ohne Gewinnaussicht ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse bestehen, wenn dieser einem Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat den Eintritt in dem lokalen Markt ermöglicht. Das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Interesses kann danach nur noch in Ausnahmefällen verneint werden:

*„Jedoch kann aus dem Umstand allein, dass eine Konzession weder beträchtliche Nettoeinnahmen erzeugen, noch einem Unternehmen oder einer öffentlichen Körperschaft einen ungerechtfertigten Vorteil verschaffen kann, nicht geschlossen werden, dass diese Konzession für Unternehmen, die in einem anderen als dem Mitgliedstaat, zu dem die konzessionserteilende Behörde gehört, niedergelassen sind, nicht von wirtschaftlichem Interesse ist. Im Rahmen einer wirtschaftlichen Strategie, einen Teil seiner Tätigkeiten auf einen anderen Mitgliedstaat auszudehnen, kann ein Unternehmen nämlich die taktische Entscheidung treffen, die Erteilung einer Konzession in diesem Staat trotz der Tatsache zu beantragen, dass diese als solche keine angemessenen Gewinne erzeugen kann, denn dies ändert nichts an der Tatsache, dass diese Gelegenheit ihm ermöglichen kann, auf dem Markt dieses Staates Fuß zu fassen und sich dort mit dem Ziel bekannt zu machen, seine weitere Expansion vorzubereiten.“ (EuGH, Urt. v. 14.11.2013, C-388/12, *Comune di Ancona*, Rn. 51; siehe vertiefend hierzu *Prieß*, NZBau 2015, 57 ff.)*

cc) Keine andere Auslegung der neuen Vergaberichtlinien

Die Einführung der neuen Ausnahmevorschriften erlaubt keine andere Beurteilung. Zwar erging die oben zitierte Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des Primärrechts im richtlinienfreien Bereich zu den Vorgängerrichtlinien, gegenüber denen die neue Vergabe- und Konzessionsrichtlinie eine höhere Regelungsdichte aufweisen. Dennoch kann auch weiterhin nicht von einer Sperrwirkung ausgegangen werden. Eine entsprechende Absicht des Unions-

gesetzgebers bei der Neufassung der Vergaberichtlinien ist nicht erkennbar. Deshalb ist nach wie vor davon auszugehen, dass die Geltung des Primärrechts im richtlinienfreien Bereich weiterhin bestehen bleiben sollte. So besagt etwa Erwägungsgrund 1 der Vergaberichtlinie (der Erwägungsgrund 2 der Richtlinie 2004/18/EG entspricht), dass

„die Vergabe öffentlicher Aufträge durch oder im Namen von Behörden der Mitgliedstaaten [...] im Einklang mit den im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) niedergelegten Grundsätzen zu erfolgen [hat], insbesondere den Grundsätzen des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie den sich daraus ableitenden Grundsätzen wie Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz. Für über einen bestimmten Wert hinausgehende öffentliche Aufträge sollten Vorschriften zur Koordinierung der nationalen Vergabeverfahren festgelegt werden, um zu gewährleisten, dass diese Grundsätze praktische Geltung erlangen und dass das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb geöffnet wird.“

Es kann also keine Rede davon sein, dass die Vergaberichtlinie eine Anwendung des Primärrechts ausschließen wollte. Ähnliches ergibt sich für den Bereich der Konzessionsvergabe aus Erwägungsgrund 8 der Konzessionsrichtlinie:

„Für Konzessionen in Höhe oder oberhalb eines bestimmten Schwellenwerts ist es zweckmäßig, auf der Grundlage der Grundsätze des AEUV ein Mindestmaß an Koordinierung der nationalen Verfahren für die Vergabe vorzusehen [...]“ (Hervorhebung hinzugefügt).

Der EU-Gesetzgeber legt also vorbehaltlos den Grundsatz fest, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge im Einklang mit dem Primärrecht, insbesondere mit den Grundfreiheiten, zu erfolgen hat. Um das für Aufträge mit einem besonderen wirtschaftlichen Gewicht zu gewährleisten, werden solche Aufträge den Vorschriften der Vergaberichtlinien unterworfen. Daraus ergibt sich zwar, dass für die Vergabe von Aufträgen oberhalb des Schwellenwertes strengere prozedurale Anforderungen gelten; eine Sperrwirkung der Vergaberichtlinien gegenüber dem Primärrecht stünde jedoch den in den angeführten Erwägungsgründen genannten Zielen entgegen.

dd) Anforderungen an das Vergabeverfahren

Das Primärrecht verlangt – bei Vorliegen eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses – die Durchführung eines transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahrens.

Selbst wenn – *quod non* – die oben erläuterten Tatbestandsvoraussetzungen der Ausnahmevorschriften bei der Vergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen in Deutschland erfüllt werden könnten – insbesondere weil auch die Hilfsorganisationen als „gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen“ im Sinne der Ausnahmevorschriften in Verbindung mit Art. 77 Abs. 2 Vergaberichtlinie angesehen werden könnten – müsste ein primärrechtliches Verfahren durchgeführt werden. Denn weder liegen die Voraussetzungen an die Rechtfertigung einer Direktvergabe vor, die der EuGH in der oben erörterten Rechtssache zur Vergabe von Rettungsdienstleistungen in Italien aufgestellt hat. Noch ist die Ausnahmevorschrift des Art. 51 AEUV erfüllt.

Würde nun aber ein solches primärrechtliches Verfahren durchgeführt, so wäre dessen Ausgang – notwendigerweise – ungewiss. Den Auftrag könnte folglich auch ein privates Unternehmen erhalten, bei dem es sich nicht um eine „gemeinnützige Organisation“ im Sinne der Ausnahmevorschriften handelt. Erhält ein solches Unternehmen den Auftrag, so läge ein Verstoß gegen die Vergaberichtlinien vor. Denn die Ausnahmevorschriften wären mangels Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „gemeinnützige Organisation“ nicht anwendbar. Zudem hätte das durchgeführte Vergabeverfahren nicht nach den Vorgaben der Vergaberichtlinien entsprochen, da es sich nach den weniger strengen Regelungen des Primärrechts gerichtet hätte. Dieses Ergebnis ist widersinnig: Die Einhaltung des Primärrechts würde einen Verstoß des Sekundärrechts bewirken. Der Widerspruch kann daher nur durch einen tatbestandlichen Gleichlauf des Sekundärrechts mit dem Primärrecht beseitigt werden, es ist primärrechtskonform auszulegen. Die Ausnahmevorschriften können daher nur in solchen Fällen greifen, in denen (auch) das Primärrecht eine Direktvergabe erlaubt. Die primärrechtlichen Anforderungen an eine Direktvergabe müssen daher in den Tatbestand der Ausnahmevorschriften hineingelesen werden. Da das Primärrecht eine Direktvergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen in Deutschland – wie erörtert – nicht erlaubt, sind die Ausnahmevorschriften auch aus diesem Grund vorliegend nicht einschlägig.

Im Übrigen ist anzumerken, dass diese Problematik im Vergaberecht nicht neu ist. Eine personenbezogene Privilegierung existiert seit geraumer Zeit beispielsweise für *In-house*-Vergaben. Diese, nun in Art. 12 Vergaberichtlinie und Art. 17 Konzessionsrichtlinie enthaltenen, Ausnahmen knüpfen ebenfalls an bestimmte Auftragnehmer an, nämlich solche, die von einem öffentlichen Auftraggeber kontrolliert werden und im Wesentlichen für diesen tätig sind. Diese Ausnahmen haben nur dann einen praktischen Anwendungsbereich, wenn das Primärrecht auf die Direktvergabe an die *In-house*-Auftragnehmer keine Anwendung findet. Davon ging auch der EuGH in der sogenannten *Teckal*-Rechtsprechung, auf der Art. 12 Vergaberichtlinie und Art. 17 Konzessionsrichtlinie beruhen, aus.

Festzuhalten ist, dass die Ausnahmevorschriften nur angewendet werden können, wenn zusätzlich zu den Tatbestandsvoraussetzungen der Ausnahmevorschriften auch nach dem Primärrecht keine Pflicht zur Durchführung eines transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahrens besteht. Im Hinblick auf die Vergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen ist davon in Deutschland aber nicht auszugehen. Auch aus diesem Grund finden die Ausnahmevorschriften vorliegend keine Anwendung.

3. Unionsrechtskonforme Vergabe von Regel-Rettungsdiensten

Sind die Ausnahmevorschriften auf die Vergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen in Deutschland nicht anwendbar, so ist zu klären, nach welchen Verfahrensvorschriften die Aufträge zu vergeben sind. Die oben unter II. 2. c) genannten CPV-Codes, die die Vergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen betreffen können, fallen vollständig unter das neu geschaffene Sonderregime in Art. 74 ff. Vergaberichtlinie (siehe deren Anhang XIV) bzw. Art. 19 Konzessionsrichtlinie (siehe deren Anhang IV). Nach diesem Sonderregime sind die Schwellenwerte höher – das gilt allerdings nur für die Vergaberichtlinie (Art. 4 lit. d) Vergaberichtlinie: EUR 750.000) – und die Verfahrensanforderungen weniger streng als nach den allgemein geltenden Vorgaben der Vergaberichtlinien. Den Mitgliedsstaaten werden hinsichtlich der Verfahrensgestaltung weite Spielräume eingeräumt. Allerdings existieren insbesondere im Hinblick auf die *ex-ante*-Transparenz verhältnismäßig detaillierte Vorgaben (vgl. Art. 75 Vergaberichtlinie und Art. 31 Abs. 3 Konzessionsrichtlinie).

Schließlich ist anzumerken, dass die Vorschrift des Art. 77 Vergaberichtlinie in Deutschland auf die Vergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen nicht anzuwenden ist. Wie bei den Ausnahmevorschriften gilt auch insofern ein Gleichlauf zwischen Primär- und Sekundärrecht. Art. 77 Vergaberichtlinie darf daher nur angewendet werden, wenn zusätzlich zu den dort aufgeführten Tatbestandsvoraussetzungen die vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs in die Grundfreiheiten vorliegen. Das ist in Deutschland bei der Vergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen nicht der Fall. Im Bereich der Konzessionsrichtlinie existiert keine vergleichbare Vorschrift, sodass ein solches Verfahren bereits sekundärrechtlich ausgeschlossen wäre.

II. BEIHILFERECHT

1. Einführung

Bei der Umsetzung der Richtlinien ist auch das europäische Beihilferecht nach Art. 107 ff. AEUV zu berücksichtigen. Wie im Folgenden darzulegen ist, ergeben sich aus dem europäischen Beihilferecht detaillierte Vorschriften für die Ausgestaltung der Auftragsvergabe im Gemeinwohlbereich, so auch hier im Bereich der Vergabe von Rettungsdienstleistungen.

Nach diesen Regeln, die als Primärrecht nicht durch die Richtlinien abgedungen sind, sind die Mitgliedstaaten und ihre staatlich kontrollierten Organisationen verpflichtet, Aufträge im Gemeinwohlsektor (sog. Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse – DAWI) so zu vergeben, dass die Ausgleichsleistungen für die Erbringung dieser Dienstleistungen keine Überkompensation beinhalten.

Hierzu lässt das Beihilferecht den betreffenden öffentlichen Stellen die Wahl: Entweder sie führen eine diskriminierungsfreie Ausschreibung durch, die dann aber das gesamte Marktpotential ausschöpfen muss und nicht durch Bieterkreisbeschränkungen begrenzt sein darf, oder sie führen eine konkrete Analyse der Kosten durch, die einem „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen, das so angemessen mit Sachmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten Anforderungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtung entstünden“. Eine solche Prüfung ist für die betreffenden öffentlichen Stellen häufig nur mit erheblichen Unsicherheiten durchführbar.

Die öffentlichen Stellen, die die Erbringung von Rettungsdienstleistungen in Auftrag geben, müssten somit entweder eine Ausschreibung durchführen oder eine detaillierte Kostenprüfung bei dem Anbieter der Rettungsdienstleistungen vornehmen. Anderenfalls ist es möglich, dass es bei der Vergütung für die Rettungsdienstleistungen zu einer Überkompensation und damit zu einer unzulässigen staatlichen Beihilfe kommt.

2. EU-Beihilferecht anwendbar

a) Kein Ausschluss nach der Rechtsprechung des EuGH

Die Anwendung des Beihilferechts ist im vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen. Insbesondere ergibt sich auch nicht aus der Rechtsprechung des EuGH, dass die Anwendung des EU-Beihilferechts auf Rettungsdienste ausgeschlossen wäre. In dem bereits oben in anderem Kontext angesprochenen EuGH-Urteil zur Vergabe von Rettungsdienstleistungen in Italien äußert sich der EuGH zum Beihilferecht nicht

(EuGH, Urt. v. 11.12.2014, C-113/13).

Es ist zwar davon die Rede, dass nach Auffassung des EuGH die „Wettbewerbsregeln“ nicht auf die Vergabe von Rettungsdienstleistungen zur Anwendung kommen sollen. Dies bezieht sich aber offensichtlich auf die vergaberechtlichen Vorgaben des EU-Rechts und nicht auf das EU-Beihilferecht. Denn dieses wird an keiner Stelle des Urteils erörtert oder auch nur erwähnt.

b) Richtlinien lassen Anwendung des Beihilferechts ausdrücklich zu

Im Übrigen stellt Art. 1 Abs. 4 Vergaberichtlinie sowie Art. 4 Abs. 1 Konzessionsrichtlinie unmissverständlich klar, dass das

„Recht der Mitgliedstaaten, im Einklang mit dem Unionsrecht festzulegen, welche Leistungen sie als von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erachten und wie diese Dienstleistungen unter Beachtung der Vorschriften über staatliche Beihilfen organisiert und finanziert werden sollten“

nicht berührt werden soll. Das EU-Beihilferecht soll somit nach dem Willen des Richtliniengebers auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse weiterhin zur Anwendung kommen. Die Richtlinien schließen eine Anwendung des EU-Beihilferechts somit nicht aus, sondern verlangen sie gerade.

Das Beihilferecht würde zudem auch dann Anwendung finden, falls tatsächlich eine Ausnahme von der Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien eingreifen würde. Das folgt ebenfalls aus Art. 1 Abs. 4 Vergaberichtlinie und Art. 4 Abs. 1 Konzessionsrichtlinie, wonach die Beihilferegelungen eigenständig neben den Vergaberichtlinien anwendbar bleiben. Das muss daher erst recht gelten, wenn die Vergaberichtlinien keine Anwendung findet. Die Unabhängigkeit des Beihilferechts vom Vergaberecht lässt sich weiterhin daraus ableiten, dass das Beihilferecht primärrechtlich in Art. 107 ff. AEUV geregelt ist, während die Regelungen zum Vergaberecht entweder in Richtlinien zu finden sind oder aus den Grundfreiheiten abgeleitet werden.

Auch das Europäische Gericht geht von der Selbständigkeit von Vergabe- und Beihilferecht aus. In der Rechtssache *BAI/Kommission* stellte es fest, dass selbst eine Vergabe zu marktgerechten Konditionen eine Beihilfe darstellen kann, wenn der Auftraggeber eigentlich gar keinen Bedarf an der Beschaffung hatte, sondern die Auftragsvergabe nur zur wirtschaftlichen Unterstützung eines Unternehmens erfolgte. Dies zeigt ebenfalls, dass das Beihilferecht grundsätzlich unabhängig von der vergaberechtlichen Beurteilung anwendbar bleibt

(EuG, Urt. v. 28.1.1999, T-14/96, Rn.76).

Zusätzlich kann darauf abgestellt werden, dass das Beihilferecht auch im Zusammenhang mit vergabefremden Kriterien Anwendung findet. Die Verwendung dieser Kriterien ist vergaberechtlich unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Auch wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann die Berücksichtigung der Kriterien gleichwohl beihilferechtlich relevant sein

(vgl. u.a. Eilmansberger, WuW 2004, 384, 385).

c) Keine Freistellung nach der DAWI-Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission

Rettungsdienste sind beihilferechtlich nicht privilegiert. Die Kommission hat in einem Freistellungsbeschluss Voraussetzungen festgelegt, bei deren Vorliegen staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden und demzufolge von der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV befreit sind

(vgl. Beschluss der Kommission über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, ABl. L7 vom 11.1.2012, S.3, „*der Freistellungsbeschluss*“).

Rettungsdienstleistungen fallen jedoch nicht in den Anwendungsbereich des Freistellungsbeschlusses, der in Art. 2 definiert ist.

aa) Schwelle von 15 Mio. Euro überschritten?

Der Freistellungsbeschluss kommt zur Anwendung, wenn die Ausgleichsleistungen, die ein Unternehmen für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erhält, nicht mehr als 15 Mio. Euro pro Jahr betragen. Dieser Betrag kann unterschritten sein, wenn man auf die Ausgaben einzelner Aufgabenträger für die Erbringung von Rettungsdienstleistungen in ihrem Gebiet abstellt. Allerdings stellt sich im vorliegenden Fall die Frage, ob bei einer Umsetzung der Richtlinien durch den deutschen Gesetzgeber, die dazu führt, dass Rettungsdienste mit bundesweiter Wirkung nicht mehr ausgeschrieben werden zu brauchen, eine bundesweite Betrachtung des Auftragsvolumens vorzunehmen ist. Dann wäre die Schwelle von 15 Mio. Euro klar überschritten. Letztlich würde der Gesetzgeber eine Maßnahme treffen, die zu einer Beihilfe für alle Rettungsdienste gemeinnütziger Organisationen in Deutschland führen kann, bei gleichzeitiger bundesweiter Benachteiligung privatwirtschaftlicher Anbieter von Rettungsdiensten. Ein Abstellen auf das Volumen einzelner Aufträge erscheint deshalb nicht sachgerecht.

Selbst wenn man unterstellt, dass der Freistellungsbeschluss zur Anwendung kommt, würde dies nicht dazu führen, dass Rettungsdienste ohne jede beihilferechtliche Kontrolle vergeben werden dürften. Voraussetzung für die Freistellung ist, dass es bei der Vergütung des Dienstleisters nicht zu einer Überkompensation kommt. Das ergibt sich aus Art. 6 des Freistellungsbeschlusses. Danach haben die Mitgliedstaaten regelmäßige Kontrollen bei dem Dienstleister vorzunehmen und müssen der Europäischen Kommission auf Verlangen dazu

Nachweise vorlegen. Ist es zu einer Überkompensation gekommen, muss diese bei dem Dienstleister abgeschöpft werden. In der Praxis müsste also jede öffentliche Stelle, die Rettungsdienstleistungen in Auftrag gibt, einen Wirtschaftsprüfer bestellen, der in regelmäßigen Abständen ermittelt, ob es bei dem Dienstleister zu einer Überkompensation gekommen ist. Dieser Aufwand ließe sich nur durch eine diskriminierungsfreie Ausschreibung der Rettungsdienstleistungen vermeiden, die das Vorliegen eines Beihilfelements in der Vergütung und damit eine Überkompensation ausschließt.

bb) Keine Privilegierung als Krankenhaus oder Notdienst i.S.d. Art 2 Abs. 1 lit. b) des Freistellungsbeschlusses

Auch Art. 2 Abs.1 lit. b) des Freistellungsbeschlusses ist nicht einschlägig. Dieser gewährt eine Ausnahme von der Anmeldepflicht für

„Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch Krankenhäuser, die medizinische Versorgung leisten, gegebenenfalls einschließlich Notdiensten; die Erbringung von Nebendienstleistungen, die unmittelbar mit der Haupttätigkeit verbunden sind, insbesondere in der Forschung, steht der Anwendung dieses Absatzes jedoch nicht entgegen“.

Dieser Verweis auf Nebendienstleistungen soll nach den Auslegungshilfen der Europäischen Kommission bedeuten,

„dass der Beschluss unabhängig von der Höhe des Ausgleichs auf Krankenhäuser anwendbar ist, auch wenn sie andere Nebendienstleistungen erbringen (z. B. Forschungsarbeit oder Kantine). Ausgleichsleistungen können jedoch ausschließlich für DAWI gezahlt werden.“ (Vgl. Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 29.4.2013, SWD(2013) 53.)

Um solche Nebendienstleistungen handelt es sich hier nicht, weil der Rettungsdienst nicht unmittelbar mit der Hauptleistung, nämlich der medizinischen Versorgung durch das Krankenhaus, verbunden ist. Das ergibt sich zum einen aus dem Vergleich mit den beiden von der Kommission herangezogenen Beispielen und zum anderen daraus, dass die hier maßgeblichen Unternehmen offensichtlich unabhängig von den Krankenhäusern agieren und von diesen mitunter sogar beauftragt werden. Es handelt sich zudem vielmehr um eine Klarstellung dahingehend, dass die unmittelbaren Nebendienstleistungen keinen Einfluss auf die Freistellungsfähigkeit der Krankenhäuser haben.

Schließlich ist auch das Merkmal der Notdienste vorliegend nicht einschlägig. Es ist bereits fraglich, ob darunter überhaupt Rettungsdienstleistungen fallen oder nicht vielmehr ärztliche Notdienste im Sinne von Nacht-, Sonn- und Feiertagsdiensten der Krankenhäuser für die stationäre Aufnahme und ambulante Notfallversorgung gemeint sind. Im Übrigen fielen auch sie nur dann unter die Ausnahmevorschrift, wenn sie – wie bereits dargelegt – einen unmittelbare Annex zur Betrauung eines Krankenhauses bilden würden. Werden Rettungsdienste aber von externen Unternehmen angeboten, ist das nicht der Fall.

3. Rettungsdienste als wirtschaftliche Tätigkeit

Dem Europäischen Wettbewerbsrecht inhärent ist ein generelles Beihilfeverbot. Gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Es stellt sich in Hinblick auf diesen Beihilfetatbestand zunächst die Frage, ob die Erbringer von Rettungsdiensten das Tatbestandsmerkmal des „Unternehmens“ erfüllen und damit dem EU-Beihilferecht unterliegen.

Wie der EuGH bereits in der *Ambulanz Glöckner*-Entscheidung

(EuGH, Urt. v. 25.10.2001, C-475/99, Rn. 19 ff.)

feststellte, umfasst der Begriff des Unternehmens im Rahmen des Wettbewerbsrechts jede Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist dadurch gekennzeichnet, dass Waren und/oder Dienstleistungen auf einem Markt angeboten werden, unabhängig davon, ob eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt oder nicht. Die Rettungsdienstleister erbringen Leistungen auf dem Markt für Notfall- und Krankentransporte. Der EuGH hat die Erbringung dieser Dienstleistungen in der Sache *Ambulanz Glöckner* als wirtschaftliche Tätigkeit bewertet. Die Erbringer von Rettungsdiensten sind somit als Unternehmen anzusehen und unterliegen damit dem EU-Beihilferecht.

4. Rettungsdienste als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind solche, die nach Auffassung der Mitgliedstaaten von allgemeinem Interesse sind und mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden. Bestehen keine spezifischen EU-Vorschriften, ist es den Mitgliedstaaten in der Regel freigestellt, wie sie ihre Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse organisieren und finanzieren. Die Befugnisse der Kommission

beschränken sich darauf zu kontrollieren, dass dem Mitgliedstaat bei der Festlegung der Dienstleistung als DAWI kein „offenkundiger Fehler“ unterlaufen ist

(vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. C 8 v. 11.1.2012, S. 4, 46).

Erbringer von Krankentransportleistungen zählen dann zu mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen, wenn sie Regelrettungsdienstleistungen erbringen.

Der EuGH entschied in seinem Urteil in der Sache *Ambulanz Glöckner*, dass hinsichtlich des Merkmals des allgemeinen Interesses zwischen dem qualifizierten Krankentransport, bei dem medizinisches Personal zugegen sein muss, und dem reinen Liegendtransport unterschieden werden muss. Nur im ersten Fall handele es sich um eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, nämlich die Aufgabe

“ohne Rücksicht auf besondere Situationen oder die Wirtschaftlichkeit des konkreten Einsatzes den Notfalltransport von kranken oder verletzten Personen flächendeckend zu jeder Zeit, zu einheitlichen Benutzungsentgelten und bei gleicher Qualität sicherzustellen“ (EuGH, Urt. v. 25.10.2001, C-475/99, Rn. 55).

Der hier maßgebliche Regelrettungsdienst ist somit als eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse anzusehen.

5. Beihilferechtliche Anforderungen an die Vergabe von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

a) Die *AltmarkTrans*-Rechtsprechung

Hinsichtlich der Vergabe von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gilt ein Ausschreibungsverfahren grundsätzlich als bevorzugte Methode. Dies geht zurück auf die *AltmarkTrans*-Rechtsprechung des EuGH.

In *AltmarkTrans* urteilte der EuGH

(EuGH, Urt. v. 24.7.2003, C-280/00, Rn. 87 ff.),

dass Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen – soweit keine Überkompensation besteht, sodass diese Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten und die genannte Maßnahme somit nicht bewirkt, dass sie gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen –

nicht als staatliche Beihilfen zu betrachten sind, wenn gewisse Kriterien kumulativ erfüllt sind:

„Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein. [...]

Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt. [...]

Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken. [...]

Wenn viertens die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.“ (EuGH, Urt. v. 24.7.2003, C-280/00, Rn. 89 ff.)

Dieser Fall illustriert, dass der EuGH bei Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens bevorzugt, da auf diese Weise die Beauftragung mit einer solchen Dienstleistung für den öffentlichen Auftraggeber mit den geringsten Kosten verbunden ist. Mit den geringsten Kosten ist gemeint, dass die Dienstleistung entweder zum niedrigsten Preis oder auf der Grundlage des wirtschaftlich günstigsten Angebots erbracht wird. Soziale oder ökologische Kriterien müssen

„eng mit dem Gegenstand der erbrachten Dienstleistung im Zusammenhang stehen“ (Mitteilung der Kommission v. 11.1.2012, ABl. C 8, S. 4, Rn. 67).

b) DAWI-Mitteilung der Europäischen Kommission

Zudem geht auch die Kommission in ihrer Mitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse davon aus, dass

„Entscheidungen, die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse mittels anderer Methoden als einer öffentlichen Ausschreibung bereitzustellen, die die geringsten Kosten für die Gemeinschaft gewährleisten würde, zu Wettbewerbsverzerrungen führen, weil Wettbewerber am Markteintritt gehindert oder die Expansion des Begünstigten auf anderen Märkten erleichtert werden könnte“ (Mitteilung der Kommission v. 11.1.2012, ABl. C 8, S. 4, Rn. 37),

sowie dass

„die einfachste Möglichkeit für Behörden, das vierte Altmark-Kriterium zu erfüllen, darin besteht, eine offene, transparente und diskriminierungsfreie öffentliche Ausschreibung durchzuführen. Auch in Fällen, in denen keine rechtliche Verpflichtung besteht, ist eine offene, transparente und diskriminierungsfreie öffentliche Ausschreibung eine angemessene Methode, um verschiedene potenzielle Angebote vergleichen und den Ausgleich so festlegen zu können, dass das Vorliegen einer Beihilfe ausgeschlossen werden kann.“ (Mitteilung der Kommission v. 11.1.2012, ABl. C 8, S. 4, Rn. 63 f.)

Auch hier wird festgestellt, dass der niedrigste Preis bzw. das wirtschaftlich günstigste Angebot als Vergabekriterien maßgeblich sind. Es stehe der Vergabebehörde frei, Qualitätsstandards festzusetzen, die von allen Wirtschaftsteilnehmern erfüllt werden müssen, oder Qualitätsaspekte in Verbindung mit den verschiedenen Angeboten bei der Vergabeentscheidung zu berücksichtigen

(Mitteilung der Kommission v. 11.1.2012, ABl. C 8, S. 4, Rn. 67).

Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen kann ein finanzieller Vorteil des Unternehmens, der eine günstigere Wettbewerbsstellung gegenüber wettbewerbenden Unternehmen und somit das Nichtvorliegen einer staatlichen Beihilfe zur Folge hätte, ausgeschlossen werden.

c) Benchmark Company Test

Grundsätzlich ist, wie bereits ausgeführt, eine Ausschreibung von Rettungsdienstleistungen erforderlich. Sollte das ausnahmsweise nicht möglich sein, so ist nach dem vierten Altmark-Kriterium

„die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind“ (Benchmark Company Test) (EuGH, Urt. v. 24.7.2003, C-280/00, Rn. 93).

Wenn es keine öffentliche Ausschreibung gibt, stellt eine allgemein akzeptierte marktübliche Vergütung – sofern eine solche besteht – den besten Anhaltspunkt für die Höhe der Ausgleichsleistung dar. Besteht jedoch eine solche nicht, findet die zweite Alternative des vierten Altmark-Kriteriums Anwendung. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass die hohen Kosten eines ineffizienten Unternehmens nicht als Anhaltswert herangezogen wird

(Mitteilung der Kommission v. 11.1.2012, ABl. C 8, Rn. 69 f.).

Ein solcher Benchmark-Test ist häufig nur unter erheblichen Unsicherheiten durchführbar. Weder die europäischen Gerichte noch die Kommission haben bisher geklärt, was unter einem „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen“ zu verstehen ist

(vgl. *Arhold*, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 3: Beihilferecht und Vergaberecht, 2011, Art. 107, Rn. 236).

Da für den Begriff des „gut geführten Unternehmens“ keine offizielle Definition existiert, gibt die Kommission vor, dass die Mitgliedstaaten objektive Kriterien heranziehen sollen,

„die aus wirtschaftlicher Sicht als typisch für eine zufriedenstellende Unternehmensführung anerkannt sind“ (Mitteilung der Kommission v. 11.1.2012, ABl. C 8, Rn. 71).

Dabei soll

„die Gewinnerzielung allein kein ausreichendes Kriterium sein, um als ‚gut geführtes‘ Unternehmen zu gelten. Ferner sollte der Tatsache Rechnung getragen werden, dass die finanziellen Ergebnisse von Unternehmen, vor allem in Wirtschaftszweigen, in denen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse am häufigsten anfallen, möglicherweise stark durch deren Marktmacht oder sektorspezifischen Vorschriften beeinflusst sind.“ (Mitteilung der Kommission v. 11.1.2012, ABl. C 8, Rn. 71.)

Zudem wird die Einhaltung der geltenden Rechnungslegungsmaßnahmen auf nationaler, Unions- und internationaler Ebene vorausgesetzt. Die Mitgliedstaaten können ihre Prüfung unter anderem auf analytische Quotienten stützen, die Auskunft über die Produktivität geben (z. B. Umsatz im Verhältnis zum investierten Kapital, Gesamtkosten im Verhältnis zum Umsatz, Umsatz pro Mitarbeiter, Wertschöpfung pro Mitarbeiter oder Personalkosten im Verhältnis zur Wertschöpfung) und außerdem analytische Quotienten für die Qualität der erbrachten Dienstleistungen im Verhältnis zu den Erwartungen der Nutzer verwenden. Ein mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrautes Unternehmen, das die vom betreffenden Mitgliedstaat festgelegten Qualitätskriterien nicht erfüllt, ist kein gut geführtes Unternehmen, auch wenn dessen Kosten gering sind.

(Mitteilung der Kommission v. 11.1.2012, ABl. C 8, Rn. 71 f.)

Die Bezugnahme auf die Kosten eines solchen „durchschnittlichen“ Unternehmens in dem zu betrachtenden Wirtschaftszweig setzt jedoch voraus, dass es genügend Unternehmen gibt, deren Kosten berücksichtigt werden könnten. Diese Unternehmen können im selben Mitgliedstaat oder in anderen Mitgliedstaaten ansässig sein. Die zu berücksichtigenden Kosten umfassen alle Kosten, die im Zusammenhang mit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse entstehen, d. h. die direkten Kosten, die für die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erforderlich sind, sowie ein angemessener Anteil der indirekten Kosten, die sowohl durch die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als auch bei anderen Tätigkeiten anfallen

(Mitteilung der Kommission v. 11.1.2012, ABl. C 8, Rn. 74).

Kann der Mitgliedstaat belegen, dass die Kostenstruktur des mit der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmens der durchschnittlichen Kostenstruktur eines effizienten und vergleichbaren Unternehmens im zu betrachtenden Wirtschaftszweig entspricht, gilt bei einem Ausgleichsbetrag, mit dem das Unternehmen seine Kosten einschließlich eines angemessenen Gewinns decken kann, das vierte Altmark-Kriterium als erfüllt

(Mitteilung der Kommission v. 11.1.2012, ABl. C 8, Rn. 75).

Dieses Konzept wird insbesondere kritisiert, da die Umsetzung in die Praxis auf Grund des Mangels an vergleichbaren Unternehmen, die als Benchmark genutzt werden können, nahezu unmöglich ist

(vgl. Opinion by the State Aid Group of EAGCP, Services of general economic interest, 29.6.2006, S. 7).

Das führt zu unklaren Situationen, einer erhöhten Anfechtbarkeit der Feststellungen und unvorhersehbaren Ergebnissen hinsichtlich einer Überprüfung durch die Kommission.

6. Unzulässige Begünstigung durch Art. 77 der Vergaberichtlinie

Das Beihilferecht lässt der öffentlichen Stelle, die eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Auftrag zu geben beabsichtigt, zwei Möglichkeiten: Entweder ist eine Ausschreibung durchzuführen oder es ist durch entsprechende Hilfsmethoden zu gewährleisten, dass es bei der Vergütung für die Dienstleistung nicht zu einer Überkompensation kommt. Entscheidet sich die öffentliche Stelle dafür, eine Ausschreibung durchzuführen, muss diese ihrerseits wieder bestimmten beihilferechtlichen Anforderungen genügen.

Die Ausgestaltung von Art. 77 Vergaberichtlinie legt aber den Schluss nahe, dass eine entsprechende Umsetzung und Anwendung im deutschen Recht zu Wettbewerbsverzerrungen führen würde.

Die Vorschriften der EU zu staatlichen Beihilfen sollen vor allem verhindern, dass Dienstleistungen „überkompensiert“ werden und dass staatliche Beihilfen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Beihilfen durch eine Überkompensation an sich kommen erst in Betracht, wenn der Auftrag bereits vergeben wurde.

Maßgeblich ist im Rahmen des Art. 77 Vergaberichtlinie vorliegend aber vielmehr eine Beihilfe im Rahmen der Auftragsvergabe. Grundsätzlich kann, solange der Auftrag im Wettbewerb ohne Präferenzen vergeben wird, hierin keine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV gesehen werden. Schon in dem Ausschluss einiger Bieter bzw. der Begrenzung des Teilnehmerkreises an der Ausschreibung kann aber ein Beihilfeelement liegen.

Die in Art. 77 Vergaberichtlinie eröffnete Möglichkeit, die Vergabe der öffentlichen Aufträge an die Bedingung zu knüpfen, dass der Auftragnehmer eine gemeinnützige Organisation ist, führt zu einem automatischen Ausschluss der privatwirtschaftlichen Unternehmen. Das erscheint besonders problematisch in Anbetracht der Tatsache, dass auf diese Weise diejenigen Unternehmen gefördert werden, die ohnehin bereits 90 % des Marktes innehaben.

a) Begrenzung des Wettbewerbs

Auf diese Weise wird der Wettbewerb begrenzt. Dieser ist grundsätzlich umso intensiver, je mehr Wettbewerber daran teilnehmen. Es kann bei einer solchen Begrenzung der Teilnehmerzahl zudem nicht ausgeschlossen werden, dass nicht das Unternehmen mit dem besten Angebot ausgewählt wird, also eine marktunangemessen hohe Vergütung gewährt würde – darin wäre eine Beihilfe zu erblicken. Liegt nämlich die von der öffentlichen Hand zu leistende Vergütung oberhalb des wettbewerblichen Preises, so kann die Differenz zwischen

gezahltem Preis und Wettbewerbspreis dem Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV unterfallen.

b) Verzerrung des Wettbewerbs

Durch ihren Ausschluss verlieren die privatwirtschaftlichen Unternehmen zudem die Chance auf den Zuschlag. Das kann mittelbar zu einer beihilferechtlichen Begünstigung der Unternehmen führen, die den Zuschlag erhalten. Insbesondere wäre das der Fall, wenn die ausgeschlossenen Unternehmer ein wirtschaftlicheres Angebot abgegeben hätten als der Auftragnehmer.

c) Bedingungsfreiheit

Im Übrigen muss im Beihilferecht eine solche Ausschreibung bedingungsfrei sein, um ein Beihilfeelement auszuschließen. Dies hat die Kommission auch bereits in ihrem Entwurf zur Mitteilung über die Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV zum Ausdruck gebracht:

„Wenn der Verkauf von Vermögenswerten, Waren und Dienstleistungen (oder andere, vergleichbare Transaktionen) in einem offenen, transparenten, hinreichend bekanntgemachten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren im Einklang mit den Grundsätzen der Vergaberichtlinien erfolgt (auch in Fällen, in denen die Vergaberichtlinien als solche nicht anwendbar sind), kann davon ausgegangen werden, dass diese Transaktionen marktkonform sind.“ (Mitteilung der Kommission v. 11.1.2012, ABl. C 8, S.4, Rn. 91.)

Es dürfen insbesondere keine nicht-wirtschaftlichen Kriterien herangezogen werden. Das Argument, dass aufgrund der sozialen Komponente in einer Vergabe an die gemeinnützigen Organisationen ohnehin das wirtschaftlich günstigste Angebot liegen würde, greift daher nicht durch.

Zudem handelt es sich bei einem solchen Ausschluss auch nicht um Qualitätsstandards, deren Erfüllung grundsätzlich die Angebotsvergabe bestimmen darf. Die Unternehmensform eines Rettungsdienstes sagt nichts über seine Leistungsfähigkeit und die zu erwartende Qualität der Leistungserbringung aus.

d) Diskriminierungsfreiheit

Auch muss eine Ausschreibung diskriminierungsfrei sein

(Mitteilung der Kommission v. 11.1.2012, ABl. C 8, S.4, Rn. 63).

Insofern könnte dem zwar entgegengehalten werden, dass zwischen den Organisationen weiterhin Wettbewerb stattfinden kann. Dieser ist aber durch einen Ausschluss anderer Teil-

nehmer von vornherein beschränkt. Ein solches Verfahren wäre daher nicht diskriminierungsfrei.

e) Zwischenstaatlichkeit

Zudem handelt es sich bei der Vergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen in Deutschland offenbar um einen grenzüberschreitenden Sachverhalt handeln. Die geforderte Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten ergibt sich insofern bereits aus der Tatsache, dass Falck und andere privatwirtschaftliche Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat Zugang zum deutschen Markt beanspruchen.

7. Ergebnis

Die Vergabe von Rettungsdienstleistungen im Rahmen einer Ausschreibung ist grundsätzlich der beihilferechtlich bevorzugte Weg, um eine Überkompensation und damit eine staatliche Beihilfe im Rahmen der Vergütung der Rettungsdienste auszuschließen. Zu dieser beihilferechtlichen Maßgabe stehen die Vergaberichtlinien im Widerspruch, soweit sie eine Vergabe ohne Ausschreibung zulassen.

Wird eine Ausschreibung durchgeführt, muss diese insbesondere diskriminierungsfrei sein, d. h. es dürfen bestimmte Wirtschaftsteilnehmer nicht von vornherein von der Ausschreibung ausgeschlossen werden. Anderenfalls kann eine Überkompensation und damit ein beihilferechtlicher Verstoß nicht ausgeschlossen werden.

Wird keine Ausschreibung durchgeführt, ist durch geeignete Hilfsmethoden sicherzustellen, dass es bei der Vergütung für die Rettungsdienstleistungen nicht zu einer Überkompensation kommt. Das erfordert eine aufwendige Kostenkontrolle unter Hinzuziehung von Wirtschaftsprüfern sowie ein ebenfalls aufwendiges Benchmarking mit anderen Unternehmen. Trotz des damit verbundenen Aufwandes bestünde eine erhebliche Rechtsunsicherheit fort, weil zumeist nicht zuverlässig festgestellt werden kann, ob der Ausgleich frei von einer Überkompensation ist.

III. PREISRECHT

Im Zusammenhang mit der Vergabe von Rettungsdienstleistungen muss schließlich auch die „Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen“ (VO PR 30/53) beachtet werden:

In § 1 Abs. 1 VO PR 30/53 wird Marktpreisen der Vorrang vor Selbstkostenpreisen eingeräumt und hinsichtlich von Marktpreisen auf § 4 VO PR 30/53 verwiesen. § 4 Abs. 1 VO 30/53 schreibt vor, dass für marktgängige Leistungen die im Verkehr üblichen preisrechtlich zulässigen Preise nicht überschritten werden dürfen.

Ob ein im Wettbewerb im Rahmen einer Ausschreibung gefundener Preis für eine markt-gängige Leistung stets verkehrsblich i.S. von § 4 Abs. 1 VO 30/53 und damit als Marktpreis anzusehen ist, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt

(dafür: *Roth*, in: Müller-Wrede, VOL/A, 3. Aufl. 2010, § 2 EG VOL/A Rn. 111 f.; dagegen: *Berstermann*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 4 VO 30/53, Rn. 13; differenzierend: *Müller*, NZBau 2011, 720, 723 ff.).

In der Praxis herrscht hingegen eine einheitliche Auslegung des Merkmals „Marktpreis“ vor. Dort wird davon ausgegangen, dass jedenfalls ein ordnungsgemäß durchgeführtes Vergabeverfahren zur Ermittlung von Marktpreisen führt. So stellen die veröffentlichten gemeinsamen Verwaltungsrichtlinien des BMWi und des BMF „Richtlinien für öffentliche Auftraggeber zur Anwendung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953“³ in Nr. 18 d) fest:

„Ob das Verfahren, im Wege der öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung Marktpreise gemäß § 4 der VO zu ermitteln, ordnungsgemäß durchgeführt wurde, richtet sich in jedem Fall nach den einschlägigen Bestimmungen der VOL Teil A [...]“.

Auch das LG Bonn bestätigte jüngst diese Sichtweise:

„Die Durchführung der Ausschreibung indiziert also das Vorliegen eines Marktpreises.“ (LG Bonn, Urt. v. 18.12.2013, 1 O 465/12, Rn. 34, juris.)

Demnach ist festzuhalten, dass die Durchführung einer förmlichen Ausschreibung zur Ermittlung von Marktpreisen führt und damit den Vorgaben der VO PR 30/53 gerecht wird. Auf anderem Wege ist der Nachweis des Vorliegens von Marktpreisen im Bereich der Rettungsdienstleistungen kaum möglich. Kann ein Marktpreis nicht festgestellt werden, müssen nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 VO PR 30/53 Selbstkostenpreise in der Prioritätsreihenfolge Selbstkostenfestpreis, Selbstkostenrichtpreis und Selbstkostenerstattungspreis („Preistreppe“) vereinbart werden. Eine Ermittlung der Selbstkostenpreise, die auch einer Überprüfung durch die zuständigen Preisprüfungsbehörden standhält, ist äußerst aufwendig und ohne speziellen betriebswirtschaftlichen Sachverstand kaum zu leisten. Denn insoweit trifft die VO PR 30/53 in den §§ 5 ff. sehr detaillierte Regelungen. Nach § 8 VO PR 30/53 sind für die Ermittlung der Selbstkostenpreise zudem die in der Anlage zur VO PR 30/53 enthaltenen 52 „Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten“ zu beachten. Die so ermittelten Preise unterliegen nach § 9 VO PR 30/53 der Prüfung durch die zuständigen Preisprüfungsbehör-

³ Vom 1. Juli 1955, in der Fassung vom 6. März 1961 (Beilage zum BAnz. Nr. 74), geändert am 18. Juli 1962 (BAnz. Nr. 142).

den. Zuwiderhandlungen gegen die genannten Vorschriften können zivilrechtliche Folgen haben oder als Ordnungswidrigkeiten geahndet werden, § 11 VO PR 30/53.

IV. UMSETZUNG DER NEUEN VERGABERICHTLINIEN

Der deutsche Gesetzgeber muss die Ausnahmevorschriften nicht umsetzen. Setzt er die Regelungen um, muss er sich streng an dem Wortlaut der Vorschriften der Vergaberichtlinien orientieren. Keinesfalls darf er auf unionsrechtlich geforderte Tatbestandsmerkmale verzichten. Die nationale Vorschrift könnte lauten:

„Dieser Teil gilt nicht für die Vergabe von Aufträgen, die folgende Dienstleistungen zum Gegenstand haben:

- 1. Brandverhütung und Brandbekämpfung,*
- 2. Zivilverteidigung und nukleare Sicherheit und*
- 3. Rettungsdienste und sonstiger Einsatz von Krankenwagen*

sofern diese Dienstleistungen in unmittelbarem Zusammenhang mit Maßnahmen des Katastrophenschutzes und des Zivilschutzes stehen. Rettungsdienstleistungen, die zur alltäglichen Notfallversorgung und qualifizierten Krankentransporten außerhalb des Katastrophenschutzes und Zivilschutzes erbracht werden, fallen nicht unter diese Ausnahme.

Diese Ausnahme gilt zudem nicht für den Einsatz von Krankenwagen, der ausschließlich der Patientenbeförderung ohne qualifizierte medizinische Betreuung dient.“

Für die Vergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen muss im Einklang mit Art. 76 Abs. 1 Vergaberichtlinie (Submissionsmodell) bzw. nach Art. 30 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Konzessionsrichtlinie (Konzessionsmodell) ein Verfahren eingeführt werden, das den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung gerecht wird. Das schließt es nach den vorstehenden Erwägungen aus, Hilfsorganisationen pauschal zu bevorzugen. Ausschlaggebend für die Auftragsvergabe muss das beste Preis-Leistungsverhältnis sein. Die Rechtsform des Wirtschaftsteilnehmers darf keine Rolle spielen. Das Auswahlverfahren kann entsprechend der Vorgaben der Art. 74 ff. Vergaberichtlinie bzw. nach den Vorgaben der Konzessionsrichtlinie flexibel ausgestaltet werden. Damit kann der zeitliche und finanzielle Aufwand der Kommunen wirksam begrenzt werden.

Im Hinblick auf Art. 77 Vergaberichtlinie darf der Gesetzgeber die ihm vom Unionsrecht eingeräumte Umsetzungsoption nicht nutzen. Denn nach überzeugender Ansicht des

BayVfGH sprechen sehr gute Gründe dafür, dass Grundrechte, insbesondere die Berufsfreiheit, einer derartig bevorzugten Behandlung von Hilfsorganisationen entgegenstehen.

* * *