



VERWALTUNGSGERICHT MAGDEBURG

Az.: 1 A 363/08 MD

Verkündet am 22. März 2010

Filusch, Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In der Verwaltungsrechtssache

der [REDACTED], vertreten durch die
Geschäftsführung, [REDACTED],

Klägerin,

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte [REDACTED],

g e g e n

den Landkreis [REDACTED], vertreten durch den Landrat,
[REDACTED],

Beklagter,

Beigeladen:

Proz.-Bev.: [REDACTED]

Streitgegenstand: Durchführung des Rettungsdienstes

hat das Verwaltungsgericht Magdeburg - 1. Kammer - auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht [REDACTED] den Richter am Verwaltungsgericht [REDACTED], den Richter am Verwaltungsgericht [REDACTED] sowie die ehrenamtlichen Richter [REDACTED] und [REDACTED] für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die übrigen Beteiligten vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 5.000,00 Euro festgesetzt.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen einen Bescheid des Beklagten vom 15.10.2008, mit dem dem Beigeladenen eine Genehmigung zur Durchführung des Rettungsdienstes erteilt worden ist. Der Beklagte ist Träger des Rettungsdienstes im Landkreis Stendal.

Anfang 2008 teilte der Beklagte öffentlich mit, er beabsichtige, zum 01.01.2009 die Genehmigung/en zur Durchführung der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransportes zum Betreiben von sieben (7) Rettungswachen bzw. dem Gesamttrettungsdienst neu zu erteilen. Anträge seien bis zum 31.03.2008 bei ihm einzureichen. Neben weiteren Mitbewerbern beantragte auch die Klägerin mit Schreiben vom 29.03.2008 die Zusendung der für die Durchführung des Genehmigungsverfahrens erforderlichen Unterlagen. Mit Schreiben vom 21.04.2008 teilte der Beklagte unter der Überschrift „Rettungsdienst Landkreis Stendal; Einholung eines Angebotes“ erneut u. a. mit, der Beklagte als Träger des Rettungsdienstes erteile zum 01.01.2009 die Genehmigung/en zur Durchführung der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransportes gemäß §§ 3 (2), 11, 12 des Rettungsdienstgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt vom 21.03.2006 für einen Zeitraum von 6 Jahren. Dazu habe die Klägerin auf ihren Antrag vom 25.03.2008 zwecks Vergleichs mit anderen potentiellen Leistungserbringern ein Angebot zu unterbreiten. Gegenstand der Angebotseinholung seien Leistungen des Rettungsdienstes im Rettungsdienstbereich des Beklagten auf der Grundlage der §§ 1, 2 Rettungsdienstgesetz LSA i. V. m. der RettDVO-LSA vom 15.10.1994. Die zu erbringenden Leistungen würden in Lose ausgeschrieben, die Leistungserbringung erfolge ausschließlich von den in den Losen genannten Standorten. Das Angebot könne sich auf ein Los bzw. mehrere Lose erstrecken. Weiter werden in dem Schreiben die Anforderungen an das Angebot und in 14 Einzelpunkte gelistete Bedingungen genannt sowie als Anlage die 7 Rettungswachen als Einzellose und als Los 8 das Gesamtlos, das alle Rettungswachen erfasst plus 3 Reservefahrzeuge, angeführt.

Mit Schreiben vom 10.06.2008 (Bl. 2185 BA 4) teilte die Klägerin unter der Überschrift „Vergabe rettungsdienstlicher Leistungen im Landkreis Stendal“ mit, dass die in dem

Schreiben zur Einholung des Angebots formulierten Bedingungen, aufgestellt in den Punkten 1 bis 14, rechtsverbindlich anerkannt würden...

Dabei betraf die Bewerbung der Klägerin nur das Los 1 (Rettungswache [REDACTED] der Beigeladene hatte die Erteilung der Genehmigung für das Gesamtlos beantragt.

Die Auswertung der Antragsunterlagen erfolgte gewichtet nach unterschiedlichen Kriterien. Vorrangig wurde die Wirtschaftlichkeit mit maximal 150 Punkten (Anteil in Prozent: 50 %) und die Mitwirkung im Katastrophenschutz mit 80 Punkten (Anteil in Prozent: 27 %) bewertet.

In der Rettungsdienstbereichsratssitzung vom 28.08.2008 wurde beschlossen, den Rettungsdienst 2009-2014 als Gesamtlos an den Beigeladenen als Leistungserbringer übertragen.

Mit Genehmigung vom 19.09.2008 wurde dem Beigeladenen die Erlaubnis zur Durchführung der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransportes für sämtliche Rettungsdienstbereiche für den Zeitraum vom 01.01.2009 bis zum 31.12.2009 erteilt.

Mit Schreiben vom 19.09.2008 teilte der Beklagte u. a. der Klägerin mit, er habe sich nach Auswertung der eingereichten Unterlagen entschieden, das Los 8 – Gesamttrettungsdienst – zu vergeben. Dazu trug er seine Gründe vor und erklärte u. a., die Entscheidung für das Gesamtlos sei auch deshalb gefällt worden, da in Anbetracht der jährlichen Einsatzzahlen (ca. 16.000) durch die Vergabe des Loses 8 – Gesamttrettungsdienst – eine ordnungsgemäße, dauerhafte und effiziente Durchführung des Rettungsdienstes mit fachlich ausreichend qualifiziertem Personal über den ausgeschriebenen Zeitraum gewährleistet werde. Hierbei sei auch berücksichtigt worden, dass unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten die Summe aller günstigsten Einzellosangebote geringfügig günstiger gewesen sei, als das wirtschaftlichste Gesamtlosangebot. Das Gesamtlosangebot sei an den Beigeladenen vergeben worden.

Mit Bescheid vom 08./15.10.2008 lehnte der Beklagte den Antrag der Klägerin vom 29.03.2008 ab. Der Antrag der Klägerin habe sich auf das Los 1 beschränkt und habe deshalb nicht berücksichtigt werden können.

Erstmals mit Schreiben vom 04.11.2008 machte die Klägerin anwaltlich vertreten geltend, für das Los 1 habe sie das beste Angebot abgegeben. Das Auswahlverfahren habe nicht als Verwaltungsverfahren ausgestaltet werden dürfen. Es habe vielmehr ein Vergabeverfahren durchgeführt werden müssen. Ferner hätten die Grundfreiheiten des EU-Vertrages (Wettbewerbsfreiheit, Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit) beachtet werden müssen. Das Verfahren habe insgesamt in einem transparenten, wettbewerblichen und auf Gleichbehandlung basierenden Verfahren durchgeführt werden müssen. Aus diesem Grunde müsse das Verfahren erneut durchgeführt und ihr der Zuschlag erteilt werden. Unter dem 28.11.2008 ordnete der Beklagte die sofortige Vollziehung der Genehmigung vom 15.09.2008 an und am 15.05.2009 hat die Klägerin um Gewährung einstweiligen

Rechtsschutzes nachgesucht, den die erkennende Kammer mit Beschluss vom 14.08.2009 (1 B 142/09 MD) ablehnte. Ein dagegen gerichtetes Beschwerdeverfahren vor dem Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt (B. v. 03.12.2009 – 3 M 307/09) blieb erfolglos.

Bereits am 13.11.2008 hat die Klägerin Klage erhoben.

Zur Begründung führt sie aus:

Das von dem Beklagten durchgeführte Verfahren habe zwingend als Vergabeverfahren ausgestaltet werden müssen und unterliege damit dem Vergaberecht. Bereits mit Schreiben vom 04.11.2008 habe sie den Beklagten in Form einer Rüge darauf hingewiesen. Ferner habe sie den Beklagten darauf hingewiesen, dass selbst im verwaltungsrechtlichen Verfahren die Grundfreiheiten des EU-Vertrages zu beachten seien und dass das Verfahren erneut unter Berücksichtigung des Transparenzgebotes, des Wettbewerbsgrundsatzes und des Gleichbehandlungsgrundsatzes durchzuführen und im Ergebnis ihr – der Klägerin – der Zuschlag zu erteilen sei.

Der Bundesgerichtshof habe am 01.12.2008 unter den Aktenzeichen X ZB 100/08 und X ZB 32/08 festgehalten, dass Rettungsdienstleistungen gemäß den § 97 ff. GWB auszu-schreiben seien, wenn die Schwellenwerte überschritten würden. Danach sei das von dem Beklagten durchgeführte Verfahren rechtswidrig und sei der Beklagte aufgefordert worden, bei fortbestehender Vergabeabsicht ein gemeinschaftskonformes Vergabeverfahren durchzuführen. Insofern sei auch die Rechtsprechung des OVG Sachsen-Anhalt (B. v. 02.02.2009 – 3 M 555/08 -) und die des OLG Naumburg (B. v. 23.04.2009 – 1 Verg 7/08) zu berücksichtigen.

Soweit das OVG Sachsen-Anhalt im Nachhinein mit Beschluss vom 03.12.2009 (3 M 307/09) anders entschieden habe, sei die daran enthaltene Auffassung falsch und berücksichtige nicht das Gemeinschaftsrecht. Auch wenn sie – die Klägerin – davon ausgehe, dass die vergaberechtlichen Bestimmungen anzuwenden seien und die Verwaltungsgerichtsbarkeit hierfür nicht zuständig sei, sei dennoch für das hier zu entscheidende Verfahren der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Dies unabhängig von der Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH vom Dezember 2008 nicht zuletzt deshalb, weil ein Verwaltungsakt vorliege, der mit der Klage angegriffen werde. Die hier ebenfalls vorliegende beihilferechtliche Konkurrentenklage sei ebenfalls vor dem Verwaltungsgericht zu verhandeln.

Die Klage sei zudem begründet. Es sei entgegen der Auffassung des OVG zwingend ein Vergabeverfahren durchzuführen. Soweit die Bewerberauswahl für eine Genehmigung in einem förmlichen Vergabeverfahren stattfinden müsse, sei inzidenter Rechtsschutz gegen Vergaberechtsverstöße vor den Verwaltungsgerichten jedenfalls nach Genehmigungserteilung möglich. Konsequenz eines Fehlers im Vergabeverfahren sei regelmäßig die Rechtswidrigkeit der Genehmigung.

Deshalb sei der Rechtsstand des OVG Sachsen-Anhalt in seiner Entscheidung 3 M 307/09, wonach sich der Anwendungsbereich der Entscheidung des Bundesgerichtshofes auf die Vergabe öffentlicher Aufträge i. S. d. § 99 Abs. 1 GWB beschränke und somit nicht den Fall erfasse, dass – wie im vorliegenden Fall – durch Hoheitsakt die Genehmigung zur Erbringung von Rettungsdiensten erteilt werde, falsch und berücksichtige nicht Gemeinschaftsrecht.

Insofern werde auf die Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak vom 11.02.2010, Rechtssache C-160/08, Europäische Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland verwiesen, wonach letztlich eine Bereichsausnahme nach Art. 45 EG bei der in Rede stehenden Tätigkeit der Erbringung von Rettungsdienstleistungen nicht einschlägig sei. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben seien eindeutig. Eine Entscheidung, die diesem Vorgehen zuwiderlaufen würde, wäre ein eigener Ansatzpunkt für ein Vertragsverletzungsverfahren.

Um deutlich hervorzuheben, das Gemeinschaftsrecht kenne die vom OVG Sachsen-Anhalt vorgenommene Trennung nicht. Gemeinschaftsrechtlich gebe es keinen vergabefreien Verwaltungsakt. Es sei stets und unmittelbar Vergaberecht anzuwenden. Dies gehe u. a. aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 18.12.2007 (Rs. C-220/06) hervor. Der Beklagte schließe einen Vertrag, der dem Gemeinschaftsrecht unterfalle. Vertrag im Sinne von § 99 GWB seien alle zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträge. Bestimmte Formvorschriften nenne § 99 GWB nicht, so dass grundsätzlich auch mündliche Verträge in Betracht kämen. Dies ergebe sich auch aus § 29 VOL/A, der eine besondere Urkunde über den Vertrag nur verlange, wenn die Vertragspartner es für notwendig hielten. Von Anfang an sei eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Beklagten und dem zukünftigen Leistungserbringer beabsichtigt. Aus den „Bedingungen des Angebots“ (Stand: 11.08.2008) ergebe sich, dass die Formalität in der Abrechnung der Leistung gegenüber dem Leistungserbringer (...) im Rahmen der Genehmigungserteilung gemäß § 12 RettDG LSA geregelt würden. Nach § 12 Abs. 2 RettDG LSA vereinbarten auf der Grundlage der Kostenermittlung nach § 12 Abs. 1 RettDG LSA der Träger des Bodengebundenen Rettungsdienstes – also der Beklagte – und die Leistungserbringer gemeinsam mit der Gesamtheit der zuständigen Träger der Sozialversicherung (Kostenträger) Benutzungsentgelte, wobei die Kostenträger an die Auswahlentscheidung des Trägers des Bodengebundenen Rettungsdienstes nach § 11 Abs. 1 RettDG LSA gebunden seien. Eine vertragliche Vereinbarung solle damit auch zwischen den Beklagten und dem Leistungserbringer geschlossen werden. Auf dieser Grundlage zahle der Beklagte dem Leistungserbringer monatlich 1/12 des vereinbarten Jahresbudgets.

Zudem schließe der Beklagte mit dem Leistungserbringer einen zweiseitigen entgeltlichen Vertrag, in dem er dem Leistungserbringer als Ersatz seiner Aufwendungen sein Eigentum zur Verfügung stelle. Auch das OVG Sachsen-Anhalt habe in seinem Beschluss 3 M 307/09 erkannt, dass der Gesetzgeber von einem Angebotsverfahren und Angebotspreis spreche und dies in seiner Entscheidung auch angeführt.

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag komme durch Angebot und Annahme zustande und sei von der Genehmigung zu trennen. Zur Beurteilung, ob es sich um einen öffentlichen Auftrag handle, komme es nicht auf die Rechtsform der Aufgabenübertragung an, sondern ausschließlich darauf, ob die Rechtsbeziehung zwischen den Beteiligten einen entgeltlichen Vertrag darstelle. Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag werde nicht zum Verwaltungsakt, auch wenn man Verwaltungsakt über diesen Vertrag schreibe. Dies werde insbesondere deutlich, wenn man sich § 9 des Genehmigungsbescheides, insbesondere des im zweiten Absatz ansehe. Schließlich sei es mit dem europäischen und nationalen Vergaberecht nicht zu vereinbaren, dass ein öffentlicher Vertrag nur deshalb keiner Ausschreibungsverpflichtung unterliege, weil nicht der beschaffende öffentliche Auftraggeber einen Leistungserbringer auswählt, sondern für diesen bindend irgendein Dritter.

Weiter liege keine Bereichsausnahme vor. Die Generalanwältin lehne eine Bereichsausnahme nach Art. 45 Abs. 1 EG für Rettungsdienstleistungen klar ab. Sie gehe davon aus, dass die Erbringer von Notfall- und Krankentransportleistungen zwar in beschränktem Ausmaß an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilhätten, dass jedoch keine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt vorliege, die den Voraussetzungen für eine Bereichsausnahme gemäß Art. 45 EG genügen.

Weiterhin gehe die Generalanwältin zutreffend davon aus, dass die Einschränkung der Niederlassung und Dienstleistungsfreiheit im Bereich des Rettungsdienstes nicht durch Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt sei. Entscheidendes Begründungselement sei hierbei, dass der Bundesrepublik Deutschland nach Auffassung der Generalanwältin der Nachweis nicht gelungen sei, dass die gegenwärtigen Beschränkungen im Bereich der Grundfreiheiten erforderlich seien. Die von der Bundesrepublik als Begründung herangezogene Quersubventionierung als auch die erforderliche Vielzahl ortsansässiger Helfer würden von der Generalanwältin als unzureichend verworfen, da jedenfalls andere vergaberechtskonforme Alternativen bestünden, um diese Ziele zu erreichen.

Auch hiernach erweise sich die Entscheidung des OVG Sachsen-Anhalt 3 M 307/09 als evident gemeinschaftswidrig.

Hilfsweise werde geltend gemacht, dass das von dem Beklagten durchgeführte Ausschreibungsverfahren auch materiell rechtswidrig sei.

Die Voraussetzungen für das Auswahlverfahren hätten vom Gesetzgeber geschaffen werden müssen. Die Auswahlkriterien und deren Gewichtung oblägen gerade nicht nach Gutdünken der Beklagten, sondern müssten gesetzlich vorgegeben sein. Dies sei nur dann erfüllt, wenn – wie in § 11 Abs. 2 RettDG LSA vorgesehen – förmliches Vergaberecht Anwendung finde.

Der Beklagte habe auch gegen Art. 3 Abs 1 GG verstoßen. Der staatlichen Stelle, die einen öffentlichen Auftrag vergebe, sei es verwehrt, dass Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich zu bestimmen. Jeder Mitbewerber müsse eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für den speziellen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehe-

nen Verfahrens berücksichtigt zu werden. Eine Abweichung von solchen Vorgaben könne eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG bedeuten. Insofern verfüge jeder Mitbewerber über ein subjektives Recht, für das effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden müsse. Das verwaltungsrechtliche Auswahlverfahren verstoße aufgrund der willkürlichen Auswahlentscheidung gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Auch wenn der angefochtene Verwaltungsakt (was nicht der Fall sei) dem direkten Anwendungsbereich der vergaberechtlichen Regelungen durch Art. 17 RL 2004/18/EG entzogen wäre, bewege sich die verwaltungsrechtliche Auswahlentscheidung nicht im vergaberechtsfreien Raum. Zur Schaffung eines freien und unverfälschten Wettbewerbs seien im Geltungsbereich des EG-Vertrages auch außerhalb der vergaberechtlichen Vorschriften die Grundfreiheiten und die sonstigen tragenden Grundsätze des EG-Vertrages zu beachten, insbesondere Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit.

Zudem liege ein Beihilfeverstoß vor. Die Klägerin weise darauf hin, dass durch die rechtswidrige Genehmigung auch eine rechtswidrige Beihilfe an die konkurrierende Beigeladene vergeben worden sei. Gemäß Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrages seien staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschten oder zu verfälschen drohen, mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen. Die fehlende Gemeinschaftskonforme GWB-Vergabe und das objektiv rechtswidrige verwaltungsrechtliche Auswahlverfahren führten zu einer gemeinschaftswidrigen Beihilfe und letztendlich zu einem rechtswidrigen, wenn nicht sogar nichtigen Verwaltungsakt.

Dabei sei auch die Auswahlentscheidung selbst ermessensfehlerhaft. Soweit das OVG die Auffassung vertreten habe, dass der Beklagte nicht gehalten gewesen sei, den Bewerbern die Gesichtspunkte und Kriterien, an denen sie ihre Ermessensentscheidung ausrichten würde, bereits bei der Ausschreibung im Einzelnen aufzuzeigen, sei dies sowohl verwaltungsrechtlich als auch vergaberechtlich falsch. Eine (nachträgliche) Aufstellung wird vom EuGH nur dann gebilligt, wenn die Unterkriterien oder Gewichtungsregeln die Hauptzuschlagskriterien nicht änderten, diese nicht unter Berücksichtigung von Umständen gewählt worden seien, die einen der Bieter diskriminieren könnten und diese nichts enthielten, was, wenn es bei der Vorbereitung der Angebote bekannt gewesen wäre, diese Vorbereitung hätte beeinflussen können.

Auch verwaltungsrechtlich führe über Art. 3 Abs. 1 GG kein Weg an diesem Vorgehen vorbei. Abgesehen davon, dass die unstreitig vorliegende Intransparenz die Rechtswidrigkeit der Entscheidung indiziere, liege auf der Hand, dass die Kenntnis über die Kriterien und deren Gewichtung kalkulationserheblich sei. Weiter sei die Losvergabe rechtswidrig erfolgt. Nach Auffassung des OVG ergebe sich nichts aus den Vorschriften außerhalb des GWB, dass die Ausschreibung nach § 11 RettDG LSA zwingend in Form der Vergabe von Einzellosen zu erfolgen habe. Die Vergabe von Einzellosen ergebe sich aber aus dem Gesetz (§ 97 Abs. 3 GWB). Dass die Bestimmungen der § 97 ff. GWB einschlägig seien,

ergebe sich im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus Art. 31 GG. Das Vorgehen des Beklagten verstoße gegen den Schutz mittelständischer Interessen in § 97 Abs. 3 GWB, weil kleine Bieter, die nur mit Blick auf ein einziges Los leistungsfähig seien, keine Chance auf Beteiligung am Rettungsdienst hätten. Aber selbst wenn der Beklagte zulässiger Weise ein Verwaltungsverfahren durchgeführt hätte, wäre die Ermessensentscheidung für das Gesamtlos rechtswidrig, weil sie sich allein auf die Bekanntheit und die Bewährtheit der Beigeladenen stütze. Im Rahmen der Vergabe von Standplätzen auf Messen und Märkten sei anerkannt, dass dieses Merkmal mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG nicht allein für die Auswahl entscheidend sein könne.

Auch die von dem Beklagten vorgenommene Gewichtung sei rechtswidrig. Die diesbezüglichen Ausführungen des Verwaltungsgerichts seien unzutreffend soweit sie von einer freien Festlegung durch den Beklagten ausgingen. Die vom Erstgericht vorgenommene „Vergleichsberechnung“ sei rein theoretisch und enthalte keine Aussagekraft in Bezug auf eine angenommene rechtmäßige Gewichtung der Kriterien.

Die Auswahlentscheidung und damit die Genehmigung seien zudem rechtswidrig, weil sie ohne Rechtfertigung in die Berufsfreiheit der Klägerin aus Art. 12 Abs. 1 GG eingriffen. Im Hinblick auf die Verletzung des Grundrechts aus Art. 12 GG sei insbesondere die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Rechtsprechung zu Eingriffen in die Berufsfreiheit in regulierten Märkten zu berücksichtigen (B. v. 17.08.2004 – 1 BvR 378/00 NJW 2005, 273, 274). Bei dem Rettungsdienst handele es sich um einen regulierten Markt, in dem die Berufsausübungsfreiheit umfangreichen am Gemeinwohl orientierten Beschränkungen unterworfen sei. Die Durchführung eines rechtswidrigen Auswahlverfahrens greife in die Berufsfreiheit der Klägerin ein.

Insofern bestehe Anspruch auf ein Vergabeverfahren.

Die Klägerin beantragt,

1. Der Bescheid des Landkreises Stendal vom 15. Oktober 2008 wird aufgehoben.
2. Es wird festgestellt, dass die Ausgestaltung des Ausschreibungsverfahrens als Verwaltungsverfahren den Kläger in seinen Rechten verletzt.
3. Die der Johanniter-Unfall-Hilfe e. V., Kreisverband Altmark, erteilte Genehmigung zur Durchführung der Notfallrettungen des qualifizierten Rettungsdienstes und des qualifizierten Krankentransportes vom 19. September 2008 wird aufgehoben.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, ein Vergabeverfahren nach VOL/A durchzuführen.

sowie hilfsweise

1. Dem Europäischen Gerichtshof werden im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens folgende Frage vorgelegt:

a) Entspricht das im RettDG LSA vorgesehene Auswahlverfahren den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere den Vorgaben der Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004?

b) Gewährleistet das RettDG LSA überhaupt ein transparentes und wettbewerbliches Vergabeverfahren entsprechend Erwägungsgrund Nr. 2 und Art. 2 der Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004?

c) Gewährleistet die deutsche Umsetzung der Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004 durch das RettDG LSA ein angemessenes Nachprüfungssystem, welches die Einhaltung der EG-Vertraglichen Grundanforderungen der Fairness und der Transparenz sicherstellt?

d) Gewährleistet die deutsche Umsetzung der Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004 durch das RettDG LSA dann ein transparentes, faires und wettbewerbliches Verfahren, wenn die nationalen Bestimmungen dem öffentlichen Auftraggeber ein Wahlrecht einräumen, auf welche Weise er ein Verfahren zur Deckung seines Bedarfs durchführt?

e) Ist ein Wahlrecht dahingehend, ob die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004 durch öffentliche Auftraggeber angewandt werden oder nicht überhaupt mit den EG-Vertraglichen Anforderungen zu vereinbaren?

f) Fallen Rettungsdienstleistungen oder Krankentransportleistungen im Sinne des RettDG LSA unter die Ausnahmebestimmung von Art. 55 i. V. m. Art. 45 EG-Vertrag, so das die Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004 nicht eingreift?

g) Verstößt die Bundesrepublik Deutschland bei der Vergabe von entgeltlichen Dienstleistungen über Rettungsdienst- und Krankentransportleistungen in Sachsen-Anhalt bei denen Verkehrsdienstleistungen im Sinne von Kategorie 2 (bzw. 3) von Annex I A der Richtlinie 92/50/EWG bzw. von Annex II A der Richtlinie 2004/18/EG überwiegen, gegen Art. 22, 23 bis 55 der Richtlinie 2004/18/EG?

h) Verstößt die Bundesrepublik Deutschland bei der Vergabe von entgeltlichen Dienstleistungen über Rettungsdienst- und Krankentransportleistungen in Sachsen-Anhalt, bei denen medizinische Leistungen im Sinne von Kategorie 25 Annex I B der Richtlinie 92/50/EWG bzw. von Annex II B der Richtlinie 2004/18/EG überwiegen, gegen Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG?

2. Dem Europäischen Gerichtshof werden im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens ferner folgende Fragen vorgelegt:

a) Entspricht die nationale Vorabinformationspflicht den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Richtlinie (89/665/EWG) zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABIEG v. 30.12.1989 Nr. L 395 (S. 33)?

b) Gewährleistet die nationale Vorabinformationspflicht den vom Gemeinschaftsrecht geforderten effektiven Rechtsschutz, wenn die Vorabinformationspflicht dann nicht besteht, wenn das sich beteiligende Unternehmen im Verwaltungsprozess um einstweiligen Rechtsschutz nachsuchen kann?

c) Verstößt die Bundesrepublik Deutschland bei der Umsetzung des nationalen Rechts gegen Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie (89/665/EWG) zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge?

d) Gebietet Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie (89/665/EWG) zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, dass zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes jedes Unternehmen über eine vom Auftraggeber beabsichtigte Zuschlagserteilung informiert werden muss, dass gegenüber dem Auftraggeber ein erkennbares Interesse an dem Erhalt des ausgeschriebenen Auftrages hat und – ggf. – über einen längeren Zeitraum mit diesem in Kontakt stand?

5. Weiter wird hilfsweise beantragt:

Die Bestimmungen des § 11 RettDG LSA, insbesondere dessen Absatz 2, werden dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG vorgelegt.

6. Hilfsweise wird angeregt,

eine Sprungrevision durchzuführen.

7. Äußerst hilfsweise wird beantragt:

die Angelegenheit wird an den Vergabesenat des OLG Naumburg verwiesen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er erwidert: Die gesamte Argumentation der Klägerin fuße auf der Annahme, dass mit der Erteilung der Genehmigung an die Beigeladene gemäß § 11 RettDG LSA ein entgeltlicher Dienstleistungsvertrag i. S. v. § 99 Abs. 1 GWB zustande gekommen sei. Hierbei werde die Erteilung der Genehmigung, die einen Verwaltungsakt darstelle, einem öffentlich-rechtlichen Vertrag gleichgesetzt. Dies entspreche aber nicht der Regelung des Landesgesetzgebers Sachsen-Anhalt für die Genehmigungserteilung im Rettungsdienst. Die Genehmigung sei auch nicht wie bei einem Vertrag durch Leistung und Gegenleistung ge-

kennzeichnet. Soweit die Klägerin auf das Entgelt verweise, das der Leistungserbringer für die Durchführung des Rettungsdienstes erhalte, sei diese Entgeltvereinbarung nicht Teil der Genehmigung nach § 11 RettDG LSA. Insofern handele es sich eben bei der Genehmigung nicht um einen entgeltlichen Dienstleistungsvertrag.

Der Beigeladene beantragt gleichfalls,

die Klage abzuweisen.

Er hält die Klage bereits für unzulässig, da sich die Klägerin auf die Geltung des GWB-Vergaberechtes berufe. Soweit die Klägerin in ihrem Vortrag anführe, die Verwaltungsgerichte seien zuständig, beinhalte diese Behauptung jedenfalls, das GWB-Vergaberecht sei nicht anwendbar. Die Klägerin habe zudem auch keinen Anspruch auf Anwendung des materiellen Vergaberechtes. So sei der Antrag bereits wegen Rügeverfristung im Hinblick auf § 107 Abs. 3 GWB unzulässig. Soweit die Klägerin weiter die falsche Verfahrenswahl rüge, sei sie durch die falsche Verfahrenswahl sogar noch wettbewerbsrechtlich begünstigt worden und hierdurch nicht in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt. Soweit die Klägerin weiter die Intransparenz der Wertungskriterien rüge, hätte sie auch dies frühzeitig rügen müssen. Das Vorbringen einer willkürlichen Losvergabe sei sachlich nicht nachvollziehbar. Der Beklagte habe eine vergaberechtlich absolut zulässige „Parallelausschreibung“ von Los- und Gesamtvergabe vorgenommen. Soweit die Klägerin eine möglicherweise mangelhafte Dokumentation rüge, habe sie nicht dargelegt, inwieweit sie dies in ihren Rechten beeinträchtige. Der Verfahrensfehler als solcher sei irrelevant, wenn hiermit kein konkreter Bieterverstoß im Zusammenhang gebracht werden könne. Auch dies verschweige die Klägerin. Darüber hinaus habe das OVG Sachsen-Anhalt im Verfahren 3 M 307/09 die Rechtsauffassung der Beklagten und ihre eigene Rechtsauffassung hinsichtlich der materiell-rechtlichen Einwendungen geteilt; insofern werde ausdrücklich auf den Beschluss des OVG Sachsen-Anhalt vom 03.12.2009 verwiesen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakte und den Inhalt der Gerichtsakte 1 B 142/09 / MD/3 M 307/09 sowie auf den von dem Beklagten übersandten Verwaltungsvorgang. Sie sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Klage hat keinen Erfolg.

Bezüglich der selbstständigen Klaganträge zu Nr. 2 und Nr. 4, die dem Beigeladenen erteilte Genehmigung aufzuheben und festzustellen, dass bezüglich der Durchführung des Rettungsdienstes im Bereich des Beklagten ein Verfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen unter Berücksichtigung der entsprechenden europarechtlichen Anforderungen durchgeführt werden müsse, fehlt es bereits am Rechtsschutzbedürfnis.

1. Die Klägerin ist deshalb mit ihrem Begehren ausgeschlossen, weil sie das vom Beklagten nach § 11 RettG LSA durchgeführte Verfahren mit den entsprechenden Modalitäten anerkannt und bis zum Abschluss des Verfahrens zu keiner Zeit die von dem Beklagten gewählte Art der Durchführung (Genehmigungsverfahren) bzw. die vom Beklagten vorgegebenen Kriterien gerügt hat.

Die Erteilung der Genehmigung an den Beigeladenen beruht auf § 3 RettDG LSA vom 21.03.2006 (GVBl. LSA S. 64, gültig ab: 01.01.2007). Danach sollen sich die Landkreise und kreisfreien Städte als Träger des bodengebundenen Rettungsdienstes (§ 3 Abs. 1 S. 1 RettG LSA) geeigneter Leistungserbringer bedienen (§ 3 Abs. 2 S. 1 RettDG LSA). Hierfür erteilen sie (die Träger) den Leistungserbringern auf Antrag Genehmigungen nach Maßgabe des § 11 RettDG LSA (§ 3 Abs. 2 S. 2 RettDG LSA). Der Träger des Rettungsdienstes soll dem Leistungserbringer die Genehmigung für den Rettungsdienst erteilen (§ 3 Abs. 2 S. 2 RettDG LSA), wenn dieser (...) in einem Wettbewerb das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat (§ 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 RettDG LSA). Berücksichtigungsfähig sind insbesondere die Zuverlässigkeit bei der bisherigen Mitwirkung im Rettungsdienst und die Leistungsfähigkeit für den Massenansturm an Verletzten und Erkrankten (§ 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 i. V. m. S. 2 RettDG LSA). Für das Angebotsverfahren im Sinne von Abs. 1 Nr. 3 können die Vorschriften des 4. Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend angewandt werden (§ 11 Abs. 2 RettDG LSA).

Danach stellt sich das Verfahren auf Erteilung einer Genehmigung zur Teilnahme am Rettungsdienst als sogenanntes „Antragsverfahren“ i. S. v. § 22 S. 1 Nr. 2 VwVfG dar. Diese Norm regelt den Beginn eines Verwaltungsverfahrens und bestimmt in der vorgenannten Regelung, dass es eines Antrages auf Beginn des Verwaltungsverfahrens bedarf, ansonsten ein Tätigwerden der Behörde rechtswidrig wäre. Dabei handelt es sich um einen sogenannten „mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt“, wobei der das Genehmigungsverfahren auslösende Verwaltungsakt sowohl formellen als auch materiell-rechtlichen Charakter hat. Der Antrag als Verfahrensmoment (formeller Antrag) ist die Kundgabe des Begehrens des Antragstellers an den Träger der öffentlichen Gewalt, hoheitlich tätig zu werden, nämlich hier eine begehrte Genehmigung zu erteilen, die als Verwaltungsakt i. S. d. § 35 VwVfG zu qualifizieren ist. Der Antrag stellt sich mithin als Willensäußerung dar, der auf einen Rechtserfolg (Genehmigung) abzielt, den der Träger öffentlicher Gewalt herbeiführen soll. Mithin bestimmt schon der Antrag des Privaten an die Behörde, das Verfahren als hoheitliches Tätigwerden und kann dieser Antrag insofern nur das Begehren auf Erlass eines Verwaltungsaktes beeinhalten.

Dieser Antrag auf Erlass einer Genehmigung hat neben der formell-rechtlichen Seite – wie angeführt – auch eine materiell-rechtliche Seite. Denn er bezweckt nicht nur die Einleitung des Verwaltungsverfahrens, sondern stellt auch außerdem eine Mitwirkungshand-

lung dar, die insofern materiell-rechtlicher Natur ist, als in ihr das Einverständnis des Betroffenen mit der begehrten Verwaltungshandlung liegt, d. h. der Antrag die Einwilligung in Inhalt und Umfang des begehrten Verwaltungsaktes bewirkt (vgl. OVG Koblenz, U. v. 16.10.1985 – 11 A 16/84 – NVwZ 86, 576, 578 u. Hablitzil, zur Dogmatik des Antrages beim mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsaktes, BayVBl. 1974, 392, 395). Diese formelle und materiell-rechtliche Bindung des Antragstellers an den Antrag führt somit dazu, dass er, da er selbst das Antragsverfahren eingeleitet und sich ihm materiell-rechtlich unterworfen hat, nach Abschluss des Verfahrens – wie hier – die Form und das Ergebnis des Verfahrens, die Erteilung der Genehmigung an einen anderen, nicht als rechtswidrig rügen kann. Denn eine erst nach Abschluss eines von einem Genehmigungsantragsteller akzeptierten Verfahrens erhobene Rüge stellt sich als treuwidrig dar, wenn ein Antragsteller, der ein Genehmigungsverfahren initiiert hat, dieses möglicherweise von Anfang an für sich als rechtswidrig ansieht, bis zum Abschluss des Genehmigungsverfahrens in der Erwartung mit seiner Rüge zuwartet, dass er die begehrte Genehmigung erhält und erst dann das Verfahren rügt, nachdem ein Dritter nach Abschluss des Verfahrens Genehmigungsinhaber geworden ist.

Das treuwidrige Verhalten der Klägerin ergibt sich zudem daraus, dass sie noch während des laufenden Genehmigungsverfahrens, bei dem ihr bekannt war, dass auch andere Rettungsdienstleister den Antrag auf Erteilung einer Genehmigung zur Teilnahme am Rettungsdienst gestellt hatten, mit Schreiben vom 10.06.2008 gerichtet an den Beklagten ausdrücklich erklärt hatte:

„Sehr geehrte Damen und Herren,

die in Ihrem Schreiben zur Einholung des Angebots formulierten Bedingungen aufgestellt in den Punkten 1 bis 14 kennen wir rechtsverbindlich (Unterstreichung durch die Kammer) an (Bl. 2185 BA 4)“.

Spätestens zu diesem Zeitpunkt war der Klägerin bekannt, dass die „Ausschreibung“ des Beklagten nach ihrer Ansicht nicht nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen unter diesbezüglicher Berücksichtigung europarechtlicher Vorschriften erfolgte, ohne dass sie dies entsprechend rügte, wie dies z. B. der Konkurrent „Rettungsdienst GmbH, [REDACTED], anwaltlich vertreten bereits mit Schriftsatz vom 20.05.2008 (Bl. 2514 BA 4) tat. Vielmehr erklärte die Klägerin neben dem Schriftsatz vom 10.06.2008, in dem sie die Rechtsverbindlichkeiten des Verfahrens erklärte, mit weiterem Schriftsatz vom 10.06.2008 (Bl. 2270 BA 4) nur, dass auf ein Antwortungsschreiben von ihr vom 26.05.2008 die Beklagte entscheidungsrelevante Informationen nicht vollständig nachgereicht habe. Eine Verfahrensrüge ist diese Erklärung nicht.

Daher stellt sich die Klage als unzulässige Rechtsausübung dar, da die Klägerin nunmehr ein aus ihrer Sicht genehmes Vergabeverfahren begehrt, obwohl sie ohne zu ihren Gunsten erkennbaren rechtfertigenden Grund ein anderweitiges Genehmigungsverfahren zur Durchführung des Rettungsdienstes beantragt und rügelos bis zu dessen, allerdings für sie negativem Abschluss durchgeführt hat.

2. Die Klägerin ist zudem hinsichtlich der dem Beigeladenen erteilten Genehmigung vom 19.09.2008 auch deshalb nicht klagebefugt (anfechtungsbefugt), weil sie durch das von ihr selbst eingeleitete Antragsverfahren sich nur um die Bedienung einer Rettungswache ([REDACTED]) und nicht um die Bedienung aller Rettungswachen im Bereich des Beklagten (Gesamtlos 8) beworben hat und die angefochtene Genehmigung ausschließlich das Gesamtlos betrifft, für das sie nicht als „Konkurrentin“ aufgetreten ist.

Wie bereits unter Nr. 1 ausgeführt, führt der Antrag auf Erteilung einer Genehmigung materiell-rechtlich dazu, dass darin nur die Einwilligung in Inhalt und Umfang des beantragten Verwaltungsaktes durch den Antragsteller im Rahmen seines Antrages liegt.

Bezüglich des Genehmigungsverfahrens hat das Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt in seinem Beschluss 3 M 307/09 vom 03.12.2009 ausgeführt:

„Der Antragsgegner hat zunächst unter dem 15. März 2008 unter anderem in der örtlichen Presse und im Amtsblatt auf die Absicht hingewiesen, die Genehmigung bzw. die Genehmigungen zur Durchführung der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransportes zum 01. Januar 2009 erneut zu erteilen. In dieser Veröffentlichung ist bereits darauf hingewiesen worden, dass die Genehmigung nach § 11 RettDG LSA erteilt werden soll. Mit Schreiben vom 21. April 2008 sind auch der Antragstellerin die Angebotsunterlagen übersandt worden, welche auch den Rettungsdienstbereichsplan enthielten. In diesem Anschreiben ist darauf hingewiesen worden, dass die zu erbringenden Leistungen in Losen ausgeschrieben werden und die Leistungserbringung ausschließlich von den in den Losen genannten Standorten erbracht werden soll. Ferner wurde darauf hingewiesen, dass sich das Angebot sowohl auf ein Los als auch auf mehrere Lose erstrecken kann. Im Weiteren sind in dem Anschreiben und den beigefügten Anlagen die einzelnen Lose näher beschrieben worden. Aus diesen Unterlagen ergibt sich, dass die Lose 1 bis 7 sich auf einzelne Rettungswachen beziehen, während sich das Los 8 auf den gesamten Rettungsdienst im Gebiet des Antragsgegners bezieht.“

Der Beklagte hat also, wenn auch zeitlich und verfahrensmäßig parallel, 2 „Ausschreibungen“ durchgeführt. Nämlich die „Ausschreibung“ der Rettungswachen als Einzellose sowie separat davon die „Ausschreibung“ der Rettungswachen als Gesamtlos. Dies wurde nicht

nur dadurch deutlich gemacht, dass die 7 als Einzellose „ausgeschriebenen“ Rettungswachen im Rahmen des Gesamtloses Nr. 8 in der „Ausschreibung“ zusammengeführt worden waren, sondern auch dadurch, dass gemessen an der Gesamtsumme der Einzellose bei dem Gesamtlos Nr. 8 zusätzlich 3 weitere Rettungsfahrzeuge als zur Vorhaltung notwendig angesehen wurden. Es konnte also keinem der Antragsteller auf Erteilung einer Genehmigung zur Beteiligung am Rettungsdienst, so auch nicht der Klägerin, unbekannt bleiben, dass es sich bei dem Gesamtlos Nr. 8 gemessen an der Ausschreibung der Einzellose um ein anderes Antragsverfahren nach Maßgabe des § 11 RettDG LSA handelte.

An der „Ausschreibung“ des Gesamtloses hat sich die Klägerin nicht beteiligt. Die „Ausschreibung“ war rechtmäßig. Diesbezüglich bestimmt § 11 Abs. 3 S. 1 RettDG LSA, dass die Genehmigung sich auf einen Teil des Rettungsdienstes beschränken kann. Danach ist die Genehmigung der Bedienung des gesamten Rettungsbereiches durch einen Leistungserbringer nicht verboten und kann sich das Angebotsverfahren vom Gesetz gedeckt sowohl auf einzelne Rettungsdienstwachen als auch auf deren Gesamtheit beziehen. Hiernach obliegt es dem Antragsteller, der eine Genehmigung zur Erbringung des Rettungsdienstes beantragt sich für den Fall, dass parallel Verfahren zur Bedienung einzelner Rettungswachen als auch zur Bedienung aller Rettungswachen als Gesamtlos eingeleitet werden, durch seinen Antrag zu bestimmen, um welche Lose er sich bewirbt. Bewirbt er sich nicht um das Gesamtlos, liegen aber diesbezüglich Bewerbungen durch Konkurrenten vor und wird die Erteilung der Genehmigung für das Gesamtlos durch den Träger des Rettungsdienstes favorisiert, kann sich gegen die dem Konkurrenten erteilte Genehmigung zur Erbringung des Rettungsdienstes im gesamten Rettungsbereich nur derjenige wenden, der sich gleichfalls für das Gesamtlos beworben hat. Denn nur ein „Konkurrent“ der seinerseits durch das von ihm eingeleitete Antragsverfahren nach Inhalt und Umfang dasselbe begehrt, wie der zum Zuge gekommene „Konkurrent“, kann durch die dem anderen erteilte Genehmigung eine Rechtsverletzung geltend machen. Ein „Bewerber“, der, wie die Klägerin, nicht an dem Verfahren teilgenommen hat, kann sich daher nicht auf eine Rechtsverletzung hinsichtlich eines Verfahrens berufen, das er selbst nicht betrieben hat und dass – wie dargelegt – als „Gesamtlosverfahren“ im Hinblick auf die einzelnen Lose (Rettungswachen) mit den die Einzellose betreffenden Anforderungen nicht identisch war.

3. Das Klagebegehren hat darüber hinaus auch deshalb keinen Erfolg, weil die von der Klägerin gerügten Verstöße gegen Bestimmungen des 4. Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sowie der VOL/A und der Vergabeordnung nicht vorliegen, da unter Berücksichtigung der formellen und materiellen Anforderungen des § 11 RettDG LSA der Gesetzgeber dem Träger des Rettungsdienstes zwar vor der Erteilung einer Genehmigung nach §§ 3 Abs. 2, 11 Abs. 1 RettDG LSA die Verpflichtung zur Einholung von Angeboten in einem Antragsverfahren auferlegt hat, nicht jedoch zwingend die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach Maßgabe des 4. Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Hierzu hat das Obergerverwaltungsgerichts des Landes Sachsen-Anhalt in seinem Beschluss 3 M 307/09 vom 03.12.2009 ausgeführt:

„Das Verwaltungsgericht hat zunächst zutreffend unter Bezugnahme auf den Beschluss des Senats vom 2. Februar 2009 (3 M 555/08, NZBau 2009, 362) ausgeführt, dass Gegenstand des vorliegenden Verfahrens nicht - wie im vorgenannten Verfahren - die Erteilung eines Zuschlages i. S. d. § 97 Abs. 5 GWB ist, sondern die Erteilung einer Genehmigung in Gestalt eines Verwaltungsaktes und die Anordnung der sofortigen Vollziehung dieser Genehmigung. Diese Unterscheidung, ob die Erteilung eines Zuschlages oder die Erteilung einer Genehmigung im Streit steht, kommt im Übrigen entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch in den neueren Entscheidungen des Vergabesenates des OLG Naumburg zum Rettungsdienstrecht in Sachsen-Anhalt zum Ausdruck (vgl. zuletzt OLG Naumburg, Beschl. v. 03.09.2009 - 1 Verg 4/09 - juris).

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin war der Antragsgegner nicht zwingend gehalten, parallel zum Genehmigungsverfahren bzw. in ein solches integriert ein Vergabeverfahren nach Maßgabe der §§ 97 f. GWB durchzuführen. Die Notwendigkeit der Durchführung eines solchen Vergabeverfahrens ergibt sich zunächst nicht aus der von der Antragstellerin zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen vom 1. Dezember 2008 (Az.: X B 31/08, BGHZ 179, 84). Der Bundesgerichtshof hat in der Begründung hervorgehoben, dass seine Entscheidung auf die rechtliche Konstellation anwendbar ist, dass Gegenstand des Verfahrens die Vergabe von öffentlichen Aufträgen i. S. des § 99 Abs. 1 GWB ist. Er hat weiter ausgeführt, dass es unerheblich ist, dass die streitige sächsische Regelung den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages vorschreibt. § 99 Abs. 1 GWB unterscheidet nicht nach der Rechtsnatur des abzuschließenden Vertrages. Er weist Rechtsgeschäfte allein deshalb dem GWB-Vergaberegime zu, weil der öffentliche Auftraggeber Leistungen durch einen Dritten für wünschenswert oder notwendig erachtet und dies zum Anlass nimmt, deren Erbringung auf vertraglichem Weg und nicht in anderer Weise, etwa durch einen Beleihungsakt sicher zu stellen. Mit dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofes ist nunmehr geklärt, dass das Vergaberecht zumindest für das sog. Submissionsmodell im Rettungsdienstwesen anwendbar ist (so auch Ruthig/Zimmermann, NZBau 2009, 485; Wenzel, LKV 2009, 298). Insofern beschränkt sich der Anwendungsbereich der Entscheidung des Bundesgerichtshofes auf die Vergabe öffentlicher Aufträge i. S. des § 99 Abs. 1 GWB und erfasst somit gerade nicht den Fall, dass - wie im vorliegenden Fall - durch Hoheitsakt die Genehmigung zur Erbringung von Rettungsdienstleistungen erteilt wird.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ergibt sich die Verpflichtung zur Anwendbarkeit des Vergaberechtsregimes nach dem GWB auch nicht aus der Begründung des Entwurfes zum Rettungsdienstgesetz des Landes Sachsen-Anhalt. In der Begründung des Regierungsentwurfes, welche die Antragstellerin nur verkürzt wiedergibt, heißt es (LT-Drucksache 4/2254, S. 29):

„Es besteht dazu nun die ausdrückliche Verpflichtung zur öffentlichen Ausschreibung (Absatz 2). Bislang war in der Rechtsprechung in Sachsen-Anhalt entschieden worden, dass eine Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung im Rettungswesen nicht besteht (Beschlüsse des OLG Naumburg vom 19.10.2000, Az.: - 1 Verg 9/00 - und des OVG Sachsen-Anhalt vom 21. Dezember 2000, Az.: - 1 M 316/00 -). Dabei wurde festgestellt, dass die Vorschriften der §§ 97 ff. GWB über öffentliche Aufträge nicht anwendbar seien, weil die im RettDG LSA 1993 festgelegte, hoheitlich zu erteilende Berechtigung zur Leistungserbringung nicht mit der Rechtsnatur eines Auftragsverhältnisses vereinbar sei. Aufgrund dessen ist die Durchführung eines Angebotsverfahrens mit öffentlicher Ausschreibung daher im neuen RettDG ausdrücklich aufzunehmen. Zur Verdeutlichung werden einige Vorschriften des Ausschreibungsrechts für entsprechend anwendbar erklärt, aber nicht *zwingend* (Hervorhebung durch den Senat). Durch Verweisung auf den Vierten Abschnitt des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen kann letztlich auch auf das Verfahren nach der Verdingungsordnung für Leistungen, Teil A. zurückgegriffen werden. Dies betrifft hauptsächlich die Vorschriften der §§ 6 ff. zur Leistungsbeschreibung sowie zu Form und Frist der Angebote. Ausgenommen ist aber die Zuschlagserteilung, weil ein Vertrag zu einem bestimmten Angebotspreis nicht zustande kommen soll, sondern die Einigung über Preise der Leistungen im Rettungsdienst dem Vertrag zwischen Leistungserbringer und Krankenkassen gemäß § 12 Abs. 2 vorbehalten ist. Die Auswahl unter den Leistungserbringern hat sich nicht nur nach dem preisgünstigsten Angebot zu richten. Von ebenso großer Bedeutung ist die Qualität der Leistungserbringung, die aus der bisherigen Teilnahme am Rettungsdienst beurteilt werden kann. Berücksichtigt werden darf auch das Leistungsvermögen für eine Heranziehung des Leistungserbringers beim Massenansturm an Verletzten und Erkrankten. Firmen mit Billigangeboten, ohne ausreichende Erfahrung, Fachkräfte und Ausstattung sollen keine Möglichkeit haben, im Rettungsdienst tätig zu werden“.

Der Gesetzgeber in Sachsen-Anhalt hat sich mithin nicht dafür entschieden, Rettungsdienstleistungen ausschließlich im Wege der Erteilung eines öffentlichen Auftrages zu vergeben, wie dies - der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zufolge - in Sachsen der Fall ist.

Auch der Verweis der Antragstellerin auf den Vorlagebeschluss des Vergabesenates des OLG München vom 2. Juli 2009 (Verg 5/09, NZBau 2009, 666) führt nicht zu einer abweichenden Bewertung. Der Vorlagebeschluss bezieht sich auf die Rechtslage in Bayern, wo sich der Gesetzgeber bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen für das sog. Konzessionsmodell entschieden hat und aus Sicht des Oberlandesgerichts durch den Europäischen Gerichtshof zu klären ist, ob auch auf die bayrischen Regelungen die Bestimmungen des Vergaberechtsregimes der Richtlinie 2004/18/EG anwendbar sind. Die Antragstellerin legt nicht dar, inwieweit eine vergleichbare Rechtslage in Sachsen-Anhalt gegeben sein könnte.

Die Antragstellerin legt ferner auch nicht dar, dass § 11 RettDG LSA nur dann als verfassungskonform anzusehen ist, wenn die Bestimmungen des Vergaberechts im Rahmen des Verwaltungsverfahrens zur Erteilung der Genehmigung zwingend angewandt werden. Sie legt insbesondere nicht dar, warum die Einbeziehung der Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge in das Genehmigungsverfahren nach § 11 RettDG LSA aus verfassungsrechtlichen Gründen insbesondere im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 GG geboten ist, um einem unterlegenen Mitbewerber im Angebots- und Auswahlverfahren sowohl in verfahrensrechtlicher als auch in materiellrechtlicher Hinsicht hinreichenden Rechtsschutz gewähren zu können. Einmal davon abgesehen, dass in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits geklärt ist, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrages an einen Mitbewerber grundsätzlich nicht den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG berührt (BVerfG, Beschl. v. 23.04.2009 - 1 BvR 3424/09 - NVwZ 2009, 835), ist in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung allgemein anerkannt, dass Behörden bei der Ausübung ihres Auswahlmessens im Rahmen von Verwaltungsverfahren, welche die Erbringung von auch im öffentlichen Interesse stehenden Leistungen durch Private betreffen, neben den gesetzlichen Auswahlkriterien an den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden sind (vgl. zum Personenbeförderungswesen: OVG Berlin-Brandenburg, Urte. v. 18.06.2009 - 1 B 1.08 - juris; zur Auswahl von Sachverständigen: OVG Koblenz, Urte. v. 09.09.2009 - 6 A 11097/08 - juris; zur Krankenhausplanung: BVerwG, Urte. v. 25.09.2008 - 3 C 35.07 - NVwZ 2009, 525; zum Luftrettungsdienst: OVG Lüneburg, Urte. v. 24.04.2008 - 11 LB 266/07 - NdsVBl. 2009, 16). Jeder Mitbewerber muss die faire Chance erhalten, nach Maßgabe der gesetzlichen bzw. behördlich rechtmäßig festgelegten Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden (vgl. hierzu auch BVerfG, Beschl. v. 23.05.2006 - 1 BvR 2530/04 - BVerfGE 116, 1). Es ist weiter in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt, dass aus Art. 12 Abs. 1 GG im Einzelfall auch die Verpflichtung einer Behörde abgeleitet werden kann, bereits im Vorfeld eines Verwaltungsverfahrens und damit unabhängig von einer verwaltungsverfahrensrechtlichen Beteiligtenstellung einem potenziellen Verfahrensbeteiligten Informationen zur Verfügung zu stellen, welche dieser bedarf, um sachgerecht die Frage prüfen und entscheiden zu können, ob und in welchem Umfang er sich um eine behördliche Genehmigung bewirbt (vgl. BVerwG, Urte. v. 02.07.2003 - 3 C 46.02 - NJW 2003, 2696). Insoweit ist auch nach dem Vorbringen der Antragstellerin in der Beschwerdebeurteilung nicht ersichtlich, dass der Antragsgegner gegen eine eventuelle Verpflichtung zur Vorabinformation im Rahmen des zur Genehmigungserteilung führenden Verwaltungsverfahrens verstoßen haben könnte. Der Antragsgegner hat zunächst unter dem 15. März 2008 unter anderem in der örtlichen Presse und dem Amtsblatt auf die Absicht hingewiesen, die Genehmigung bzw. die Genehmigungen zur Durchführung der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransportes zum 1. Januar 2009 neu zu erteilen. In dieser Veröffentlichung ist bereits darauf hingewiesen worden, dass die Genehmigung nach § 11 RettDG LSA erteilt werden soll. Mit Schreiben vom 21. April 2008 sind auch der Antragstellerin die Angebotsunterlagen übersandt worden, welche auch den Rettungsdienstbereichsplan enthielten. In diesem Anschreiben ist weiter darauf hingewiesen worden, dass die zu erbringenden Leistungen in Losen ausgeschrieben werden und die Leistungserbringung ausschließlich von den in den Losen genannten Standorten erbracht werden soll. Ferner wurde darauf hingewiesen, dass sich das Angebot sowohl auf ein Los

als auch auf mehrere Lose erstrecken kann. Im Weiteren sind in dem Anschreiben und den beigelegten Anlagen die einzelnen Lose näher beschrieben worden. Aus diesen Unterlagen ergibt sich, dass die Lose 1 bis 7 sich auf einzelne Rettungswachen beziehen, während sich das Los 8 auf den gesamten Rettungsdienst im Gebiet des Antragsgegners bezieht. In einem weiteren auch an die Antragstellerin gerichteten Schreiben vom 27. Mai 2008 wurden die Bedingungen und Bemerkungen zur Einholung eines Angebots durch den Antragsgegner nochmals präzisiert. Dem Schreiben waren auch Abschreibungslisten hinsichtlich der bei den Rettungswachen stationierten Fahrzeuge beigelegt.

Der Antragsgegner war auch nicht gehalten, den Bewerbern die Gesichtspunkte und Kriterien, an denen sie ihre Ermessensentscheidung ausrichten würde, bereits bei der Ausschreibung im Einzelnen aufzuzeigen, insbesondere die intern erstellte Bewertungsmatrix den Bewerbern vorab zu übersenden. Eine solche Verfahrensweise sehen weder die Bestimmungen des Rettungsdienstgesetzes noch der Rettungsdienstverordnung vom 15. November 1994 (GVBl. LSA S. 1002) vor, noch ist sie unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten geboten. Die rechtlichen Anforderungen, nach denen die Entscheidung über einen Antrag auf Erteilung einer Genehmigung zu treffen ist, ergeben sich aus dem Rettungsdienstgesetz und der auf dieser Grundlage ergangenen Rechtsverordnung. Die Antragstellerin legt auch nicht dar, dass der Antragsgegner in die Bewertungsmatrix Kriterien aufgenommen hat, welche keine Grundlage in den einschlägigen Regelungen haben bzw. über welche der Antragsgegner in den Ausschreibungsbedingungen und -bemerkungen nicht informiert hat. Die Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung sind in § 11 Abs. 1 RettDG LSA aufgeführt. Bereits unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich, dass unter Berücksichtigung aller Umstände das wirtschaftlichste Angebot zu berücksichtigen ist. Ferner sind nach dem Willen des Gesetzgebers auch die Zuverlässigkeit bei der bisherigen Mitwirkung im Rettungsdienst und die Leistungsfähigkeit für den Massenansturm an Verletzten oder Erkrankten zu berücksichtigen. Diese drei im Gesetz ausdrücklich aufgeführten Merkmale sind in der Bewertungsmatrix des Antragsgegners berücksichtigt. Die weiteren in der Matrix aufgeführten Bewertungsmerkmale (Qualifikation und Arbeitszeit des Personals, Kinder- und Jugendarbeit, Unterhaltung/Bereitstellung Lehrrettungswachen, Bereitschaft Personal zu übernehmen) lassen sich entweder aus dem Wortlaut des Rettungsdienstgesetzes bzw. der Rettungsdienstverordnung oder aus der Anforderung eines Angebotes vom 21. April 2008 und der Ergänzung dieser Anforderung vom 27. Mai 2008 entnehmen.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ergibt sich auch nicht aus Vorschriften außerhalb des GWB, dass die Ausschreibung nach § 11 Abs. 1 RettDG LSA zwingend in Form der Vergabe von Einzellosen zu erfolgen hat. § 8 Abs. 1 des Mittelstandsförderungsgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt vom 27. Juni 2001 (MFG LSA, GVBl. LSA S. 230) sieht lediglich bei der Beteiligung an öffentlichen Aufträgen vor, dass, soweit es die technischen und wirtschaftlichen Voraussetzungen zulassen, Leistungen schon bei der Ausschreibung so in Teillote zu zerlegen sind, dass kleine und mittlere Unternehmen in angemessenem Umfang berücksichtigt werden können. Eine weitergehende Verpflichtung, insbesondere im Hinblick auf die Verfahrensweise bei der Erteilung von Genehmi-

gungen, lässt sich aus diesen Vorschriften nicht entnehmen. Abgesehen davon ist nicht einmal im Ansatz dargelegt, weshalb es kleinen und mittleren Unternehmen nicht möglich gewesen sein sollte, ein Angebot auf das Gesamtlos abzugeben.

Soweit die Antragstellerin im Weiteren rügt, dass die vom Antragsgegner vorgenommene Gewichtung der Auswahlkriterien bei der Ermessensentscheidung rechtswidrig sei, setzt sie sich bereits nicht mit den Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung nach § 11 Abs. 1 Nr. 3 RettDG LSA ausreichend auseinander. Wie sich aus den Verwaltungsakten ergibt, hat der Antragsgegner bei der Bewertungsmatrix die im Gesetz aufgeführten Kriterien (Wirtschaftlichkeit, Funktionsfähigkeit, Zuverlässigkeit bei der bisherigen Mitwirkung im Rettungsdienst, Leistungsfähigkeit für den Massenanfall an Verletzten oder Erkrankten) bei seiner Auswahlentscheidung berücksichtigt. Die in § 11 Abs. 1 Nr. 3 RettDG LSA ausdrücklich aufgeführten Merkmale sind mit einem Anteil von 84 % in Relation zur Gesamtheit aller für die Auswahlentscheidung erheblichen Kriterien gewichtet worden. Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang rügt, dass die „Mitwirkung im Katastrophenschutz“ mit 27 % „überwertet“ sei, gibt sie bereits den Inhalt der Bewertungsmatrix nicht vollständig wieder, da dort die Subkriterien Katastrophenschutz/Leistungsfähigkeit für den Massenanfall an Verletzten und Erkrankten (MANV)/SEG - Schnelle Einsatzgruppe - zu einem Hauptkriterium zusammengefasst worden sind. Im Übrigen zeigt die Antragstellerin nicht auf, aus welchen Gründen ein vom Gesetzgeber ausdrücklich als Genehmigungsvoraussetzung genanntes Kriterium bei einer Gewichtung mit ca. 25 % als „überbewertet“ angesehen werden könnte. Der Einwand der Antragstellerin, es handle es sich bei der Leistungsfähigkeit für den Massenanfall an Verletzten oder Erkrankten um ein „vergabefremdes“ Kriterium, greift wie oben bereits ausgeführt, nicht durch.

Die Antragstellerin würdigt in der Antragsbegründung ferner nicht den Umstand, dass der Antragsgegner eine mehrstufige Auswahlentscheidung getroffen hat. Der Antragsgegner hat zunächst im Rahmen einer Gesamtwürdigung auf der ersten Stufe entschieden, dass bei einer Abwägung aller Umstände die Erteilung von Genehmigungen für die einzelnen Rettungswachen nicht zweckmäßig ist und sich daher dafür entschieden, die Genehmigung einheitlich im Hinblick auf das Gesamtlos 8 zu erteilen. Für dieses Gesamtlos hatte sich die Antragstellerin nicht beworben. Zur Begründung seiner Entscheidung hat der Antragsgegner ausgeführt, dass in Anbetracht der jährlichen Einsatzzahlen (ca. 16.000) eine ordnungsgemäße, dauerhafte und effiziente Durchführung des Rettungsdienstes mit fachlich ausreichend qualifiziertem Personal über den ausgeschriebenen Zeitraum zu gewährleisten ist. Die Antragstellerin zeigt in der Beschwerdebeurteilung nicht auf, inwieweit diese Auswahlentscheidung auf der ersten Stufe, also die Entscheidung zu Gunsten einer Genehmigung für die Durchführung des Rettungsdienstes im gesamten Landkreis, ermessensfehlerhaft sein könnte. Die Antragstellerin bezieht sich erneut lediglich auf Erwägungen des Vergaberechtes, welche wie oben dargestellt im vorliegenden Verfahren nicht einschlägig sind. Der Senat kann es offen lassen, ob die Auswahlentscheidung auf der zweiten Stufe, also hinsichtlich der Bewerber um das Los 8 ermessensfehlerfrei erfolgt ist, da sich die Antragstellerin für dieses Los nicht beworben hat. Im Übrigen legt die Antragstellerin auch hinsichtlich dieser Auswahlentscheidung zwischen den Bewerbern um das

Los 8 nicht dar, aus welchen Gründen diese ermessensfehlerhaft erfolgt sein sollte. Soweit die Antragstellerin weiterhin die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und einen Verstoß gegen die Gewährung effektiven Rechtsschutzes rügt, greifen diese Einwendungen ebenfalls nicht durch, da diese Ausführungen der Antragstellerin ebenfalls auf der Annahme beruhen, dass im vorliegenden Fall ein Vergabeverfahren nach Maßgabe der §§ 97 f. GWB hätte durchgeführt werden müssen.“

Dem schließt sich die Kammer an.

Die weitere Begründung der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 18.02.2010, in dem sie vertiefend weiterhin ausführt, dass das von dem Beklagten durchgeführte Auswahlverfahren gegen vergaberechtliche Vorschriften verstoße, weil der Rechtsstandpunkt des Oberverwaltungsgerichts des Landes Sachsen-Anhalt (in dem Beschluss 3 M307/09; ergänzt durch die Kammer) falsch sei und nicht Gemeinschaftsrecht berücksichtige (Nr. 3.3.1 des Schriftsatzes v. 18.02.2010, Bl. 188, 189 GA), führt dies zu keinem anderen Ergebnis.

Die von der Klägerin vorgetragene Gründe würden bei unterstellter Zulässigkeit der Klage nur dann greifen, wenn die Erteilung von Genehmigungen nach dem Rettungsdienstgesetz des Landes Sachsen-Anhalt zwingend nach den Regeln des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und den einschlägigen europarechtlichen Richtlinien zu erfolgen hätte. Das ist jedoch unter Verweis auf den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts des Landes Sachsen-Anhalt 3 M 307/09 vom 03.12.2009 nicht der Fall, da die Übertragung von Aufgaben nach dem Rettungsdienstgesetz des Landes Sachsen-Anhalt entsprechend dem Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt nicht den Begriff des öffentlichen Dienstleistungsauftrags i. S. v. § 99 Abs. 1 u. 4 GWB erfüllt, sondern auch eine vergaberechtliche Bereichsausnahme vorliegt, die die Anwendung des Wettbewerbsrechts ausschließt. Denn die Aufgaben des Rettungsdienstes im Bundesland Sachsen-Anhalt sind öffentlich-rechtlich organisiert. Nach § 2 Abs. 1 RettDG LSA hat der Rettungsdienst als öffentliche Aufgabe im Rahmen der Daseinsvorsorge und der Gefahrenabwehr eine flächendeckende und bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit Leistungen der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransportes dauerhaft sicherzustellen. Aus der öffentlich-rechtlichen Organisation des Rettungsdienstes hat der Vergabesenat des OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 05.04.2006 (VII – Verg 7/06, Vrg 7/06 -, zitiert nach juris) geschlussfolgert:

„Jedoch sind die Aufgaben des Rettungsdienstes im Land Nordrhein-Westfalen öffentlich-rechtlich organisiert. § 6 Abs. 1 RettG NRW qualifiziert sie als staatliche Aufgaben der Gesundheitsvorsorge und Gefahrenabwehr, die von den Trägern des Rettungsdienstes als Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung wahrgenommen werden (§ 6 Abs. 3 RettG NRW). Die Organisation des Rettungsdienstes ist im Gesetz eingehend geregelt. Nach § 7 Abs. 1 RettG NRW sind Leitstellen und Rettungswachen zu errichten und zu unterhalten. Die Träger des Rettungsdienstes

(Kreise und kreisfreie Städte) haben Bedarfspläne mit Festlegungen in Bezug insbesondere auf die Zahl und die Standorte der Rettungswachen, die Qualitätsanforderungen sowie die Zahl der erforderlichen Krankenkraftwagen und Notarzt-Einsatzfahrzeuge aufzustellen (§ 12 Abs. 1 und 2 RettG NRW). Dritte, denen die Aufgaben der Rettungswachen (§ 9 Abs. 1 RettG NRW) durch Vereinbarung übertragen werden können (§ 13 Abs. 1 S. 1 RettG NRW), sind im Fall ihrer Beauftragung Einrichtungen des Rettungsdienstes (vgl. Prütting, a.a.O., § 12 Rn. 18). Sie sind "am Rettungsdienst Beteiligte" und "handeln als Verwaltungshelfer" nach den Anweisungen der Träger rettungsdienstlicher Aufgaben (§ 13 Abs. 2 S. 1 RettG NRW). Bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben sind sie als Hilfspersonen funktional in den Bereich staatlicher Aufgabenerfüllung auf dem Gebiet des Rettungswesens eingegliedert. Die Wahrnehmung rettungsdienstlicher Aufgaben ist - und zwar einheitlich und unmittelbar - der hoheitlichen Betätigung des Staates zuzurechnen (vgl. auch BGH, Ur. v. 21.3.1991 - III ZR 77/90, NJW 1991, 2954; Ur. v. 9.1.2003 - III ZR 217/01, NJW 2003, 1184 f.). Die Entscheidung eines Trägers von Rettungsdiensten (hier des Antragsgegners), welche Hilfsorganisation oder welchen privaten Anbieter er nach § 13 Abs. 1 RettG NRW als Helfer bei der ihm übertragenen hoheitlichen Aufgabenerfüllung zuziehen will, betrifft deshalb im Rechtssinn keine nach Marktgesetzen, d.h. insbesondere im Wettbewerb, zu beschaffende Leistung nach den §§ 97 Abs. 1 und 99 GWB. Aufgrund der in den Ländern Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Bayern und Brandenburg insoweit gleich gelagerten Gesetzeslage haben mehrere Vergabesenate genauso entschieden (vgl. OLG Celle, Beschl. v. 24.11.1999 - 13 Verg 7/99, NZBau 2000, 299; OLG Naumburg, Beschl. v. 19.10.2000 - 1 Verg 9/00, VergabeR 2001, 134; BayObLG, Beschl. v. 28.5.2003 - Verg 7/03, VergabeR 2003, 563; OLG Brandenburg, Beschl. v. 9.9.2004 - Verg W 9/04, NZBau 2005, 236).

c. Gegenteilige Entscheidungen haben - soweit ersichtlich - nur die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf (Beschl. v. 21.2.2005 - VK - 56/2004 - L) und die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Köln mit dem hier angefochtenen Beschluss getroffen. Keine dieser Entscheidungen hat sich indes in einem der Problemlage angemessenen Umfang mit der Rechtslage und den entgegenstehenden Entscheidungen der Vergabesenate auseinandergesetzt. Im hier entschiedenen Fall hat die Vergabekammer zwar darauf hingewiesen, dass auf die Ausschreibung des Antragsgegners mehrere Wettbewerbsangebote eingegangen sind, was indiziell eine Beschaffung von Marktleistungen belege. Der allein faktische Befund, dass mehrere Anbieter (Hilfsorganisationen und/oder private Unternehmen) ein Interesse am Auftrag bekundet haben, stellt jedoch kein geeignetes Kriterium dar, die in Rede stehende Beauftragung zu den dem Vierten Teil des GWB unterfallenden Beschaffungen zu zählen.

Nach Lage der Dinge veranlasst ebenso wenig der Erlass des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen vom 1.12.2005, der die Hinzuziehung von Dritten zur Erfüllung von Aufgaben im Rettungsdienst als öf-

fentlichen Auftrag im Sinne des § 99 GWB einordnet, soweit es sich im Innenverhältnis zwischen dem Träger des Rettungsdienstes und dem Beauftragten um einen entgeltlichen Dienstleistungsvertrag handelt, eine andere rechtliche Beurteilung. Dem Erlass ist - ungeachtet dessen, dass er für den Senat keine Bindungswirkung entfaltet - in der Sache nicht zuzustimmen. Er enthält eine durch rechtliche Überlegungen nicht abgesicherte Rechtsbehauptung. Auch der darin nahegelegten Annahme, werde vom Aufgabenträger eine europaweite Ausschreibung (wie im vorliegenden Fall) tatsächlich durchgeführt, seien die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten, ist nicht in dem Sinn beizupflichten, dass dann das Nachprüfungsverfahren nach dem Vierten Teil des GWB eröffnet sei. Das RettG NRW ermächtigt den öffentlichen Auftraggeber - anders als z.B. das Allgemeine Eisenbahngesetz (AEG) in § 15 Abs. 2 (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.7.2002 - Verg 22/02, VergabeR 2002, 607, 609) - nicht ausdrücklich dazu, ein Vergabeverfahren nach dem Vierten Teil des GWB durchzuführen. Darum unterliegt in Bezug auf Rettungsdienstleistungen ein Vergabeverfahren nicht allein deswegen einer Nachprüfung gemäß den §§ 102 ff. GWB, weil der Auftraggeber - wie im vorliegenden Fall - eine EU-weite Ausschreibung tatsächlich durchgeführt hat.

d. Das vorstehende Ergebnis steht in keinem Widerspruch zum Urteil des EuGH vom 24.9.1998 (Rs. C-76/97, EuZW 1998, 660 - Tögel). Dieses Urteil betraf den Fall einer Übertragung von nicht-hoheitlichen Rettungsdienstleistungen durch privatrechtlichen Vertrag (in Österreich), wohingegen der Rettungsdienst im Land Nordrhein-Westfalen als hoheitliche Aufgabe ausgestaltet ist.

II. Zur Anwendung des Vergaberechts besteht im Streitfall umso weniger Anlass, als der vorstehend nachgewiesene rechtliche Befund im Einklang mit den Bestimmungen des EG-Vertrages steht.

a. Art. 45 Abs. 1 EG regelt im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit (Kapitel 2, Art. 43 bis 48):

Auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, findet dieses Kapitel in dem betreffenden Mitgliedstaat keine Anwendung.

Art. 55 EG bestimmt für die Dienstleistungsfreiheit (Kapitel 3):

Die Bestimmungen der Artikel 45 bis 48 finden auf das in diesem Kapitel geregelte Sachgebiet Anwendung.

Da die EG-Vergaberichtlinien wesentlich auf der Grundfreiheit des ungehinderten Dienstleistungsverkehrs sowie auf dem Bestreben einer Öffnung der Märkte beruhen, bedeutet dies, dass - im Sinn einer Bereichsausnahme - solche Dienstleistungsverträge von einer Anwendung des Vergaberechts ausgenommen sind, die den Auftragnehmer dazu ermächtigen, (dauernd oder zeitweise) öffentliche Gewalt auszuüben. Im 15. Erwägungsgrund der Dienstleistungskoordinerungsrichtlinie 92/50/EWG (DKR) war dazu bemerkt:

Diese Richtlinie steht der Anwendung insbesondere der Artikel 55, 56 und 66 des Vertrages nicht entgegen.

Den früheren Art. 55 und 66 des EG-Vertrages entsprechen - in der Fassung des Amsterdamer Vertrages - die Art. 45 und 55 EG. Zwar ist in der neuen EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG vom 31.3.2004 (VKR) ausdrücklich keine dem Erwägungsgrund 15 der DKR entsprechende Erwägung angestellt worden. Jedoch gehen unabhängig davon die primärrechtlichen Bestimmungen des EG-Vertrages den nachrangigen Richtlinienvorschriften vor. Das ist im zweiten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18/EG unter Bezugnahme auf die im Vertrag niedergelegten Grundfreiheiten auch zum Ausdruck gebracht worden. Die Art. 45 und 55 EG bleiben danach anzuwenden, ungeachtet dessen, dass in der geltenden Richtlinie auf sie nicht (mehr) ausdrücklich hingewiesen worden ist.

b. Art. 45 Abs. 1 EG (in Verbindung mit Art. 55 EG) ist in der Rechtsprechung des EuGH stets dahin ausgelegt worden, dass vom gemeinschaftsrechtlichen Begriff der (dauernden oder zeitweisen) Ausübung öffentlicher Gewalt diejenigen Tätigkeiten erfasst sind, die "für sich genommen eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt mit einschließen" (vgl. EuGH, Urte. v. 21.6.1974 - Rs. C-2/74, Slg. 1974, 631, Tz. 44/45; Urte. v. 5.12.1989 - Rs. C-3/88, NVwZ 1991, 356, Tz. 13). Der Begriff der "Ausübung öffentlicher Gewalt" ist in den Entscheidungen des EuGH nicht im Sinn einer Befugnis zum Einsatz von staatlichen Zwangsmitteln zu verstehen und hierauf begrenzt, sondern umfasst allgemein die Berechtigung, hoheitliche (dem Staat zustehende) Befugnisse auszuüben. Das geht mit letzter Deutlichkeit aus den französisch- und englisch-sprachigen Fassungen des Urteils des EuGH vom 21.6.1974 hervor, die - in keinem auf einen Einsatz staatlicher Gewaltmittel zu beschränkenden Sinn - im betreffenden Punkt (Tz. 44/45) von "l'exercice de l'autorité publique" und "exercise of official authority" sprechen. Darüber hinaus ist kein beachtlicher Grund zu erkennen, eine Ausübung öffentlicher Gewalt durch Dritte auf die Rechtsformen einer staatlichen Beileihung zu beschränken (a.A. Burgi, NZBau 2002, 57, 61; Graef, VergabeR 2004, 166, 173). Allerdings kommt gemäß der Rechtsprechung des EuGH eine Ausweitung der in Art. 45 Abs. 1 EG gestatteten Ausnahme auf einen Beruf als Ganzen nur in Betracht, falls die so gekennzeichneten Tätigkeiten derart (nicht abtrennbar) miteinander verknüpft sind, dass die Liberalisierung der Dienstleistungen für den betreffenden Mitgliedstaat die

Verpflichtung mit sich brächte, die - wenn auch nur zeitweise - Ausübung öffentlicher Gewalt durch Ausländer zuzulassen (vgl. EuGH, Urt. v. 21.6.1974, a.a.O., Tz. 46/47).

c. Die Wahrnehmung von Rettungsdienstaufgaben durch Hilfsorganisationen und/oder private Auftragnehmer schließt im vorstehend dargestellten Sinn eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Gewalt ein. Als Verwaltungshelfer und "verlängerter Arm" (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. Aufl., § 1 Rn. 59) der behördlichen Träger des Rettungsdienstes sind beauftragte Hilfsorganisationen und private Auftragnehmer (jedenfalls zeitweise) bei der Wahrnehmung von Aufgaben des Rettungsdienstes mit denselben hoheitlichen Befugnissen ausgestattet, die dem öffentlich-rechtlichen Träger des Rettungsdienstes zukommen, sofern er diese Aufgaben selbst durchführte. Dazu ist zunächst auf die Sonderrechte hinzuweisen, die Fahrzeuge des Rettungsdienstes nach der Straßenverkehrsordnung haben. Die Ausübung von Sonderrechten durch beauftragte Dritte ist dem Träger des Rettungsdienstes als Behörde im Sinne des § 1 Abs. 4 VwVfG zuzurechnen.

Nach § 35 Abs. 5a StVO sind Fahrzeuge des Rettungsdienstes von den Vorschriften der Straßenverkehrsordnung befreit, wenn höchste Eile geboten ist, um Menschenleben zu retten oder schwere gesundheitliche Schäden abzuwenden. Gemäß § 38 Abs. 1 StVO haben sie dazu blaues Blinklicht zusammen mit dem Einsatzhorn zu verwenden, wodurch unmittelbar angeordnet wird, dass alle übrigen Verkehrsteilnehmer sofort freie Bahn zu schaffen haben. Bei den durch Blaulicht und Einsatzhorn gekennzeichneten Einsätzen üben Rettungsdienstleister gegenüber dem Bürger spezifisch staatliche Hoheitsprivilegien, m.a.W. hoheitliche Eingriffsbefugnisse, aus, die ansonsten den staatlichen Einrichtungen (wie Polizei, Feuerwehr, Katastrophenschutz und Zolldienst) vorbehalten sind (vgl. § 35 Abs. 1 StVO).

Darüber hinaus sind Rettungsdienstleister bei Verletzungen oder Krankheit kraft des RettG NRW befugt, Notfallrettungsmaßnahmen unabhängig von einer vorher einzuholenden Einwilligung des betroffenen Patienten durchzuführen, um Lebensgefahr oder schwere gesundheitliche Schäden abzuwenden. Das ergibt sich aus der in den §§ 2 Abs. 1 und 6 Abs. 1 RettG NRW normierten Aufgabenstellung der Notfallrettung, die - und zwar aus Gründen der Gesundheitsvorsorge und Gefahrenabwehr sowie unter dem Gebot raschen Handelns - darin besteht, lebensrettende Maßnahmen am Notfallort durchzuführen, die Transportfähigkeit des Patienten herzustellen und sie unter Aufrechterhaltung der Transportfähigkeit und Vermeidung weiterer Schäden in ein für die weitere Versorgung geeignetes Krankenhaus zu befördern. Zwar richtet sich die Aufgabe der Notfallrettung an die Träger des Rettungsdienstes. Jedoch nehmen im Sinne von § 13 Abs. 1 RettG NRW beauftragte Rettungsdienstleister als Verwaltungshelfer an dieser Aufgabe teil (vgl. § 13 Abs. 2 RettG NRW). Dem beauftragten Rettungsdienstleister stehen dieselben Sonderbefugnisse

wie dem Träger rettungsdienstlicher Aufgaben zu. Sein Tätigwerden ist dem Träger des Rettungsdienstes wie eigenes zuzurechnen (§ 1 Abs. 4 VwVfG).

Die Ausübung der hoheitlichen Befugnisse des Rettungsdienstes ist mit dem Beruf des Rettungsdienstleiters eng verknüpft (vgl. EuGH, Urt. v. 21.6.1974, a.a.O., Tz. 46/47). Sie bildet einen nicht abtrennbaren Teil der Berufstätigkeit des Rettungsdienstleiters. Denn die Aufgabe der Notfallrettung ist typischerweise mit einer zeitweisen Ausübung von Sonderbefugnissen verbunden und praktisch gar nicht anders wahrnehmbar. Infolgedessen unterliegt die Vergabe von Rettungsdienstleistungen einer im EG-Vertrag konstituierten Bereichsausnahme vom Vergaberecht, die darauf gründet, dass die Mitgliedstaaten ausländischen Staatsangehörigen den Zugang zu dem mit einer Ausübung öffentlicher Gewalt verbundenen Rettungsdienst verwehren dürfen. § 99 GWB ist mit diesem Inhalt europarechtskonform auszulegen.

Der vom Antragsteller vertretenen Auffassung, der Beschaffungsvorgang teile nicht die Rechtsnatur der vom Auftragnehmer wahrzunehmenden Aufgabe, ist jedenfalls mit der daraus abgeleiteten Konsequenz, dass die Beschaffung dem Vergaberechtsregime unterliege, nicht zuzustimmen. Sofern eine Vertragserfüllung - hier die Wahrnehmung von Aufgaben des Rettungsdienstes - wegen des damit verbundenen hoheitlichen Tätigwerdens nur durch Angehörige des Mitgliedstaats in Betracht kommt, muss das Vergabeverfahren nicht so ausgestaltet sein, dass sich - auf eine europaweite Ausschreibung - Angehörige anderer Staaten um den Auftrag bewerben können. Die in den Art. 45 Abs. 1 und 55 EG statuierte Bereichsausnahme nimmt deshalb die Vergabe von Rettungsdienstleistungen vollständig aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts aus.“

(Andere Ansicht: VG Köln, B. v. 29.08.2001 – 7 L 1205/08 –, zitiert nach juris und VG Regensburg, B. v. 30.09.2009 – RN 4 E 09.1503 –, zitiert nach juris).

Dabei schließt sich die Kammer der Auffassung des OLG Düsseldorf deshalb an, weil sowohl das Verwaltungsgericht Köln als auch das Verwaltungsgericht Regensburg verkennen, dass ein Rettungsdienstesinsatz als Gesamtheit zu betrachten ist und sehr wohl hoheitliche Elemente entsprechend der Ausführungen des OLG Düsseldorf enthalten kann und darüber hinaus sich diese Gerichte nicht mit dem Begriff der „Ausübung öffentlicher Gewalt“ auseinandersetzen, die in den Entscheidungen des EUGH nicht im Sinne einer Befugnis zum Einsatz von staatlichen Zwangsmitteln zu verstehen und hierauf begrenzt sind, sondern allgemein die Berechtigung umfasst, hoheitliche (dem Staat zustehende) Befugnisse auszuüben (OLG Düsseldorf, a.a.O., Rdnr. 29). Dabei entspricht Art. 45 EG nunmehr Art. 51 AEUV und Art. 55 EG dem Art. 62 AEUV.

Aus diesen Gründen kann dahinstehen, ob die europarechtlichen Vorschriften, auf deren Verletzung sich die Klägerin beruft, nicht gemäß Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GRC (Schutz von Leben und Gesundheit), die seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissa-

bon am 01.12.2009 unmittelbar anzuwenden sind, dahingehend grundrechtskonform auszulegen sind, dass der Beklagte bei der Organisation des Rettungsdienstes in seinem Zuständigkeitsbereich zumindest nicht gehalten ist, dem wirtschaftlich günstigsten Anbieter die Teilnahme am Rettungsdienst zu genehmigen.

Nach allem hatte die Kammer den von der Klägerin hilfsweise gestellten Anträgen, diverse Fragen im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen, nicht nachzukommen. Denn diese Fragen stellen sich nicht, da unabhängig von der bereits bejahten Unzulässigkeit der Klage die dem Beigeladenen erteilte Genehmigung nicht dem Europäischen Vergaberegime unterfällt.

Eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG scheidet ebenfalls aus. Die Frage, ob die gemeinschaftskonforme Vorschriften des Vergaberechts anzuwenden sind oder die weniger strengen zu einer Genehmigung führenden „Ausschreibungsvorschriften“ des § 11 RettDG LSA anzuwenden sind, ist, wie bereits ausgeführt, von der Qualifizierung des „Ausschreibungsverfahrens“ abhängig. Die Frage, ob das in § 11 RettDG LSA vorgesehene Verfahren dem strengen gemeinschaftlichen Vergaberegime unterfällt, stellt sich in diesem Klageverfahren nicht.

Eine Verweisung des Rechtsstreits an den Vergabesenat des OLG Naumburg gemäß § 17 a Abs. 2 S. 1 GVG ist nicht möglich. Denn im vorliegenden Verfahren greift die Klägerin eine dem Beigeladenen in Form eines Verwaltungsaktes erteilte Genehmigung zur Durchführung des Rettungsdienstes an und begehrt mithin eine Überprüfung des Verwaltungsaktes. Die Überprüfung eines Verwaltungsaktes ist aber kein nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von den dafür zuständigen Gerichten durchzuführendes Verfahren, sondern ist die Überprüfung eines Verwaltungsaktes den dafür zuständigen Sondergerichten, (hier: des Verwaltungsgerichts) zugewiesen, wobei bei Vorliegen der Voraussetzungen allenfalls inzidenter im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der erlassenen Genehmigung wettbewerbsrechtliche Bestimmungen einschließlich der europarechtlichen Voraussetzungen zu prüfen wären.

Danach war die Klage mit der Kostenfolge aus § 154 Abs. 1 VwGO abzuweisen.

Die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 167 VwGO, 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Die Streitwertentscheidung hat ihre Grundlage in § 52 Abs. 2 GKG.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Berufung zu, wenn sie von dem Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt zugelassen wird.

Die Zulassung der Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils zu beantragen. Der Antrag ist bei dem

Verwaltungsgericht Magdeburg,

Breiter Weg 203 – 206, 39104 Magdeburg,

zu stellen. Der Antrag muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist.

Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Breiter Weg 203 – 206, 39104 Magdeburg, einzureichen.

Vor dem Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht eingeleitet wird.

Als Bevollmächtigte vor dem Oberverwaltungsgericht sind zugelassen: Rechtsanwälte, Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt und die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen.

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen; eine Vertretung ist auch durch entsprechend beschäftigte Diplom-Juristen im höheren Verwaltungsdienst zulässig.

Ein Beteiligter, der nach Maßgabe des § 67 Abs. 4 Sätze 3 und 5 VwGO zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

Bei dem Verwaltungsgericht Magdeburg und beim Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt können in allen Verfahren auch elektronische Dokumente nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften des Landes Sachsen-Anhalt vom 1. Oktober 2007 (GVBl. LSA S. 330), geändert durch Verordnung zur Änderung der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften des Landes Sachsen-Anhalt vom 9. Februar 2009 (GVBl. LSA S. 44) eingereicht werden.

Die Streitwertfestsetzung kann durch Beschwerde an das

Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt,

Magdeburg,

angefochten werden, wenn der Beschwerdewert 200 € (zweihundert Euro) übersteigt. Sie ist innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder sich das Verfahren anderweitig erledigt hat, bei dem

Verwaltungsgericht Magdeburg,

Breiter Weg 203 – 206, 39104 Magdeburg,

schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen.

Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann die Beschwerde noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Beschlusses eingelegt werden. Im Fall der formlosen Mitteilung gilt der Beschluss mit dem dritten Tag nach Aufgabe zur Post als bekannt gemacht.

Bei dem Verwaltungsgericht Magdeburg und beim Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt können in allen Verfahren auch elektronische Dokumente nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften des Landes Sachsen-Anhalt vom 1. Oktober 2007 (GVBl. LSA S. 330), geändert durch Verordnung zur Änderung der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften des Landes Sachsen-Anhalt vom 9. Februar 2009 (GVBl. LSA S. 44) eingereicht werden.



