

Vergaberecht: Bereichsausnahme im Rettungsdienst und Beschränkung auf gemeinnützige im Katastrophenschutz eingebundene Organisationen

HmbRDG § 14 I; GWB §§ 97 II, 107 I Nr. 4, 155 f.; AO § 52; AEUV Art. 49, 56; VwGO §§ 55 a, 67 II Nrn. 3-7, 114 S. 1, 134, 154 I, 162 III, 173 S. 1; ZPO § 264 Nr. 2; GG Art. 12 I; RL 2014/24/EU Art. 12

Das von der Feuerwehr als zuständige Behörde durchgeführte Auswahlverfahren wurde unter Anwendung des § 14 I 2 HmbRDG auf gemeinnützige Organisationen, die über eine Anerkennung nach dem Hamburgischen Katastrophenschutzgesetz verfügen, beschränkt. Dies rügte ein Bieter, welcher zwar die Anforderungen der Gemeinnützigkeit erfüllt, allerdings nicht die der Anerkennung im Katastrophenschutz. Mit vorliegender Entscheidung bestätigt das VG Hamburg die grundsätzliche Anwendbarkeit der Bereichsausnahme und stellt zudem klar, dass die im Hamburgischen Rettungsdienst vorgesehene zusätzliche Beschränkung des Bewerberkreises auf im Katastrophenschutz anerkannte gemeinnützige Organisationen zulässig ist.

Leitsatz

Eine Anwendung der Bereichsausnahme und eine Beschränkung des Wettbewerbs auf gemeinnützige, im Katastrophenschutz anerkannte Organisationen, kann einen Eingriff in die Berufsfreiheit der ausgeschlossenen Bewerber darstellen. Dieser findet seine Rechtfertigung jedoch darin, dass die Beschränkung des Wettbewerbs dazu dient, das Schutzniveau im Katastrophenschutz aufrecht zu erhalten oder gar zu verbessern, und damit einen besonders wichtigen Gemeinschaftsgut bezweckt.

VG Hamburg, Urteil vom 26.5.2021 – 14 K 3698/20 (nicht rechtskräftig)

Zum Sachverhalt:

Die Kl. begeht ihre Berücksichtigung in einem Auswahlverfahren, das die Vergabe von Leistungen der Notfallrettung zum Gegenstand hat. Die Kl. ist eine gemeinnützige GmbH und erbringt Leistungen im Bereich des Rettungsdienstes. Auf dem Gebiet der Freien und Hansestadt Hamburg führt sie derzeit überwiegend Dienstleistungen im Bereich des Krankentransports aus. An der Notfallrettung ist sie mit acht Rettungswagen beteiligt.

Die Bekl. machte am 3.12.2019 auf der Website „<https://.....de>“ das Auswahlverfahren „Vergabe Nr. – Durchführung der Notfallrettung im öffentlichen Rettungsdienst“ national bekannt. Die von allen Bieterinnen online einsehbaren Unterlagen enthielten im Teil „Allgemeines zum Verfahren“ folgenden Hinweis: „Es wird ein verwaltungsrechtliches Auswahlverfahren unter Anwendung der so genannten Bereichsausnahme des § 107 I Nr. 4 GWB iVm § 14 I HmbRDG durchgeführt. Der 4. Teil des GWB findet keine Anwendung. Ein Anspruch auf Einhaltung der Vorgaben des GWB und der VgV besteht nicht. Das Verfahren wird in Anlehnung an eine Öffentliche Ausschreibung als einstufiges Vergabeverfahren ausgestaltet.“

Die Ausschreibung wurde von der Bekl. in vier räumliche Einsatzbereiche – so genannte Lose – aufgeteilt. Jede Bieterin durfte nur ein Angebot pro Los abgeben. Im Los 2 wurde der Einsatzbereich Volksdorf und Marienthal ausgeschrieben. Dieses Los umfasste

- die Vorhaltung von vier Rettungswagen im Grundbedarf,
- die Besetzung von Rettungswagen im Umfang von 200 Stunden pro Jahr und die Besetzung von Notarzteinsatzfahrzeugen im Umfang von 80 Stunden pro Jahr im geplanten Sonderbedarf sowie
- die Besetzung eines Rettungswagens binnen maximal 60 Minuten im Rahmen des ungeplanten Sonderbedarfs. Der Grundbedarf erfasst nach den Erläuterungen der Bekl. zu dem Auswahlverfahren den im alltäglichen Geschehen notwendigen Ansatz von Personal und materiellen Ressourcen. Der geplante Sonderbedarf erfasst beispielsweise Großveranstaltungen wie den Hafengeburtstag, Sonderlagen wie Silvester, vorab angemeldete Demonstrationen und ähnliches. Zum ungeplanten Sonderbedarf gehören besondere, nicht im Vorfeld absehbare, spontan eintretende Lagen, beispielsweise Blitzzeis und Epidemien.

Die Beauftragung sollte für den Zeitraum v. 1.9.2020 – 31.12.2025 erfolgen. Zum Eignungskriterium, also zur notwendigen Voraussetzung für die Zuschlagserteilung, wurden unter anderem entsprechend § 14 I 2 HmbRDG die Gemeinnützigkeit der Bieter sowie die Zustimmung zur Mitwirkung im Katastrophenschutz im Hoheitsgebiet der Bekl. gemacht. In einem internen Vermerk vom 3.12.2019 begründete die Bekl. diese Beschränkung des Bieterkreises vor dem Hintergrund des ihr von § 14 I 2 HmbRDG eingeräumten Ermessens wie folgt: Hierfür sei insbesondere maßgeblich gewesen, dass der Charakter der genannten Organisationen aufgrund ihrer gemeinnützigen Ausrichtung nur schwerlich gewahrt werden könne, wenn sich diese generell in einem wettbewerblichen Verfahren mit privaten Anbietern um Aufträge bewerben müssten. Schließlich hätten die gemeinnützigen im Katastrophenschutz tätigen Organisationen in ihrer Gesamtheit eher einen volkswirtschaftlichen als einen betriebswirtschaftlichen Nutzen und leisteten aufgrund ihrer speziellen Ausrichtung einen wichtigen gesellschaftlichen Beitrag für die hamburgische Bevölkerung, der wiederum ihren Schutz vor einem unbeschränkten Wettbewerb in dem vorliegenden Verfahren rechtfertige. Dies gelte umso mehr, wenn der Wettbewerb auf diejenigen Organisationen beschränkt werde, die im hamburgischen Katastrophenschutz anerkannt seien. Denn gerade Leistungen des Katastrophenschutzes könnten regelmäßig nur dann in dem erforderlichen Umfang zu gemeinverträglichen Kosten sichergestellt werden, wenn vermehrt ehrenamtliches Personal gemeinnütziger Organisationen zum Einsatz komme. Aus wirtschaftlichen Aspekten könne aber nur derjenige Leistungserbringer die Leistungen des Katastrophenschutzes zu wirtschaftlichen Kosten erbringen, dem durch die Besetzung des Regelbedarfes eine Kreuzverwendung von Material, Personal und Overhead möglich sei. Andernfalls sei eine solche Leistung wirtschaftlich nicht interessant und könne nicht zu wirtschaftlichen, sondern nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten sichergestellt werden.

Aber auch unter rettungsfachlichen Gesichtspunkten bestehe eine besonders enge Verzahnung, die die Beschränkung des Wettbewerbs rechtfertige. Nur durch den Austausch von Mitarbeitern zwischen Regelrettungsdienst und Katastrophenschutz sei eine qualitativ seien, seien in Folge der geringeren Einsatzfrequenz weniger geübt. Umgekehrt seien Mitarbeiter, die ausschließlich im Grundbedarf tätig seien, bei Sonderlagen des Katastrophenschutzes überfordert. Die Bereiche Rettungsdienst und Katastrophenschutz seien derart verzahnt, dass nur durch die Beauftragung gemeinnütziger, im hamburgischen Katastrophenschutz anerkannter Organisationen ein funktionierender, qualitativ hochwertiger Rettungsdienst und Katastrophenschutz in dem erforderlichen Umfang sichergestellt werden könne. Diese Erwägungen stimmten überein mit den Erwägungen des *BVerwG* in seiner

Entscheidung v. 3.11.1994 (*BVerwGE* 97, 79 = NJW 1995, 3067). Der Nachweis der Gemeinnützigkeit konnte durch die Vorlage eines Bescheides über die Einhaltung der Voraussetzungen nach § 52 AO und Vorlage der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrags erbracht werden. Der Wert des gesamten Auftrags wurde von der Bekl. auf ca. 102,31 Mio. Euro geschätzt. Weiter informierte die Bekl. in den Unterlagen zu dem Auswahlverfahren darüber, dass nach der Eignungsprüfung das wirtschaftlichste Angebot anhand im einzelnen festgelegter Wertungskriterien ermittelt werden solle. Mit demjenigen Bieter, dem nach der Eignungs- und Wirtschaftlichkeitsprüfung der Zuschlag für das jeweilige Los zu erteilen sei, solle ein Beauftragungsvertrag geschlossen werden, der unter anderem den Leistungsumfang und die Vergütung festlege.

Am 12.12.2019 stellte die Kl. einen Antrag auf Mitwirkung im Katastrophenschutz bei der Bekl., am 7.1.2020 einen Antrag auf vorläufige Mitwirkung im Katastrophenschutz. Die Bekl. lehnte den Antrag auf vorläufige Zustimmung mit Bescheid vom 15.1.2020 ab. Den Widerspruch hiergegen wies sie mit Widerspruchsbescheid vom 27.3.2020

VG Hamburg: Vergaberecht: Bereichsausnahme im Rettungsdienst und Beschränkung auf gemeinnützige im Katastrophenschutz eingebundene Organisationen(EuZW 2021, 1087)	1088
--	------

zurück. Hiergegen erhob die Kl. Klage beim *VG Hamburg* (14 K 1576/20). Den Antrag vom 12.12.2019 lehnte die Bekl. mit Bescheid vom 11.1.2021 ab.

Mit Rügeschriften vom 19.12.2019 und 15.1.2020 rügte die Kl. bei der Bekl., dass kein förmliches Vergabeverfahren nach dem 4. Teil des GWB durchgeführt worden sei sowie diverse Folgefehler, die sich hieraus ergäben. Mit dem Rügeschreiben vom 19.12.2019 stellte sie der Bekl. auch eine Reihe von Fragen. Unter anderem betrafen diese die Anzahl der ehrenamtlichen Kräfte der mitbietenden Hilfsorganisationen, die eine Zustimmung zur Mitwirkung im Katastrophenschutz besitzen sowie deren Umgang mit dem derzeit im Rettungsdienst erwirtschafteten Gewinn. Die Bekl. half den Rügen nicht ab.

Am 16.1.2020 gab die Kl. ein Angebot auf das Los 2 der Ausschreibung ab. Auf dieses Los hatte darüber hinaus lediglich die Beigel. ein Angebot abgegeben. Sowohl die Kl. als auch die Beigel. reichten zum Nachweis ihrer Gemeinnützigkeit Bescheide des Finanzamtes ein, in denen festgestellt wird, dass ihre Satzungszwecke § 52 II 1 Nr. 9 AO entsprächen. Die Beigel. besitzt zudem die Zustimmung zur Mitwirkung im Katastrophenschutz. Bereits zuvor, am 8.1.2020 hat die Kl. bei der VK bei der Finanzbehörde Hamburg einen Nachprüfungsantrag gestellt. Sie machte im Wesentlichen geltend, die Zuständigkeit der VK sei mangels Einschlägigkeit der Bereichsausnahme des § 107 I Nr. 4 GWB eröffnet, weil der in Rede stehende öffentliche Dienstleistungsauftrag auch von gewerblichen Anbietern erbracht werde und werden könne. § 14 HmbRDG sehe nämlich auch die Zulassung privater Anbieter zum Rettungsdienst ausdrücklich vor; hieran könne die konkrete Vorgabe der einzelnen Ausschreibung nichts ändern.

In der Sache sei der Nachprüfungsantrag begründet, weil die Bekl. verpflichtet gewesen sei, den 4. Teil des GWB anzuwenden. Es fehle insoweit aber bereits an der verpflichtenden europaweiten Bekanntmachung, was schon für sich genommen die Aufhebung des Verfahrens nach sich ziehen müsse. Darüber hinaus sei die in § 14 II 2 Nr. 2 HmbRDG vorgesehene Beschränkung des Wettbewerbs auf Organisationen, deren Mitwirkung im Katastrophenschutz die zuständige Behörde zugestimmt habe, rechtswidrig und diskriminierend und stelle für Private eine faktische Marktzugangsbeschränkung dar. Auch könne in einem Vergabeverfahren nicht gefordert werden, dass der Bieter bereits bei Angebotsabgabe über sämtliche sachlichen

und personellen Mittel zur Auftragsdurchführung verfügen müsse. Insofern müsse entgegen § 14 I 2 Nr. 2 HmbRDG in jedem Fall auch bereits ein gestellter Antrag auf Mitwirkung im Katastrophenschutz ausreichen, ohne dass dieser bereits positiv beschieden sein müsse. Der auf § 14 I 2 Nr. 2 HmbRDG gestützte Ausschluss von dem Ausschreibungsverfahren sei zudem mit der Europäischen Grundrechtecharta nicht zu vereinbaren und verletze insbesondere die Dienstleistungsfreiheit. Zugleich bewirke dieser einen Verstoß gegen den grundgesetzlich verbürgten Schutz der Berufsfreiheit und den Gleichbehandlungsgrundsatz. Überdies ginge die Regelung des § 14 HmbRDG über § 107 I Nr. 4 GWB noch hinaus, weswegen auch ein Verstoß gegen Art. 12 und Art. 3 GG vorliege. Ein Schutz der Hilfsorganisationen vor Wettbewerb sei lediglich dort gerechtfertigt, wo tatsächlich überwiegend mit Ehrenamtlichen gearbeitet werde. Dies müsse von der Bekl. nachgewiesen werden.

Die VK hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 12.2.2020 (VgK FB 1/20) zurückgewiesen. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, der Nachprüfungsantrag sei wegen des Eingreifens der Bereichsausnahme des § 107 I Nr. 4 GWB bereits unzulässig. § 14 I 1 HmbRDG lasse die Beschränkung der Vergabe von Rettungsdienstleistungen auf gemeinnützige Organisationen ausdrücklich zu. Von einer Gleichrangigkeit gemeinnütziger und gewerblicher Anbieter sei hiernach gerade nicht auszugehen. Die in § 107 I Nr. 4 GWB normierte Bereichsausnahme stünde auch in Übereinstimmung mit der zugrunde liegenden RL 2014/24/EU. Der EuGH habe allein die in § 107 I Nr. 4 Hs. 2 GWB enthaltene Bestimmung über die pauschale Anerkennung bundes- oder landesrechtlich zugelassener Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen als europarechtswidrig beanstandet. Die Zuständigkeit der VK folge auch nicht aus dem Europäischen Primärrecht. Der Richtliniengesetzgeber habe mit der Bereichsausnahme ersichtlich den Schutz gemeinnütziger Organisationen im Bereich der Notfalldienste beabsichtigt. Der Rechtsprechung des EuGH lasse sich nicht entnehmen, dass dies mit dem Primärrecht unvereinbar und deshalb gleichwohl ein wettbewerbliches Verfahren erforderlich sei. Auf die Verfassungsmäßigkeit des § 14 HmbRDG komme es nicht an; es obliege der Verwaltungsgerichtsbarkeit, diese Frage zu klären.

Die Kl. hat hiergegen am 25.2.2020 sofortige Beschwerde beim OLG Hamburg erhoben. Zur Begründung der sofortigen Beschwerde hat sie im Wesentlichen ihre Ausführungen im Nachprüfungsantrag wiederholt und vertieft. Am 2.4.2020 teilte die Bekl. in einem Schreiben an das OLG Hamburg mit, dass das Angebot der Beigel. nach Prüfung und entsprechender Nachforderung vollständig und wertungsfähig sei. Da nach ihrer Ansicht die Kl. auszuschließen sei, da sie jedenfalls den Nachweis über die Zustimmung zur Mitwirkung im Katastrophenschutz nicht erbracht habe, sei der Beigel. nach Abschluss des Verfahrens vor dem OLG Hamburg der Zuschlag für das Los 2 zu erteilen und mit ihr der öffentlich-rechtliche Beauftragungsvertrag zu schließen.

Mit Beschluss vom 16.4.2020 hat das OLG Hamburg den Rechtsweg zu den Vergabennachprüfungsinstanzen für unzulässig erklärt und das Verfahren an das VG Hamburg verwiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Bereichsausnahme des § 107 I Nr. 4 GWB greife vorliegend, so dass die Ausschreibung nicht dem 4. Teil des GWB und mithin in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht den Regelungen der §§ 155 ff. GWB unterliege, was zu seiner Unzuständigkeit führe. Die in Rede stehenden Rettungsdienstleistungen fielen unter die von § 107 I Nr. 4 GWB genannten Referenznummern des Common Procurement Vocabulary. Auch würden sie von gemeinnützigen Organisationen „erbracht“ iSd § 107 I Nr. 4 GWB bzw. des Art. 10 Buchst. h RL 2014/24/EU. Dies gelte nicht nur dann, wenn allein darauf abgestellt werden würde, ob auf der Grundlage der konkreten Ausschreibung die Auftragsvergabe

ausschließlich an gemeinnützige Organisationen in Betracht komme, sondern auch dann, wenn mit der Auffassung der Kl. zusätzlich darauf abzustellen sein sollte, dass auch bislang entsprechende Rettungsdienstleistungen ausschließlich von gemeinnützigen Organisationen erbracht werden. Denn bereits gegenwärtig seien mit der Kl. und den weiteren vier Bet. ..., ..., ... und ... nur gemeinnützige Organisationen an der Notfallrettung im öffentlichen Dienst beteiligt. Die Bereichsausnahme sei auch vereinbar mit Unionsrecht. Der EuGH habe in seinem Urteil v. 21.3.2019 (EuGH ECLI:EU:C:2019:550 = EuZW 2019, 427 – Falck Rettungsdienste und Falck [C-465/17]) lediglich den in § 107 I Nr. 4 Hs. 2 vorgesehenen Schluss von der bundes- oder landesrechtlich erfolgten Anerkennung als Zivil- oder Katastrophenschutzorganisation auf die Gemeinnützigkeit für unionsrechtswidrig erklärt. Gegen die Regelung des § 107 I Nr. 4 Hs. 1 GWB, der sich in der wortlautgetreuen Wiederholung des Art. 10 Buchst. h RL 2014/24/EU erschöpfe, habe er gerade keine Bedenken geäußert.

Eine Verpflichtung zur Durchführung eines Vergabeverfahrens nach dem 4. Teil des GWB folge auch nicht aus dem unionsrechtlichen Primärrecht. Dem Urteil des EuGH vom 21.3.2019 (EuGH ECLI:EU:C:2019:550 = EuZW 2019, 427 – Falck Rettungsdienste und Falck) lasse sich eine solche Verpflichtung schlicht nicht entnehmen. Schließlich stehe es der Anwendbarkeit der Bereichsausnahme des § 107 I Nr. 4 GWB auf die streitgegenständliche Ausschreibung auch nicht entgegen, dass durch § 14 I 1 HmbRDG die Erbringung von Leistungen des Rettungsdienstes grundsätzlich auch durch Private und mithin auch durch gewerbliche Anbieter möglich bleibe. Diese Regelung schließe die in § 14 I 2 HmbRDG ausdrücklich vorgesehene und vom Gesetzgeber unter expliziter Bezugnahme auf die Regelung des § 107 I Nr. 4 GWB bewusst offen gehaltene Möglichkeit zur Beschränkung des Wettbewerbs auf gemeinnützige Organisationen nicht aus. Durch die von der Bekl. vorgenommene Beschränkung auf gemeinnützige Organisationen sei in dem streitgegenständlichen Auswahlverfahren kein Gleichrang gemeinnütziger und gewerblicher Anbieter gegeben, weshalb auch die Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte, denen keine derartige Beschränkungskonstellation zugrunde gelegen habe, nicht auf die vorliegende Konstellation übertragbar seien. Es bedürfe deshalb auch nicht der Beantwortung der durch die VK angerissenen Rechtsfrage, ob die Landesgesetzgeber gegen höherrangiges Recht verstießen, wenn sie Ausschreibungen von Rettungsdienstleistungen nicht auf gemeinnützige Organisationen beschränkten. Konkurrierende Bewerber außerhalb des in § 14 I 2 HmbRDG genannten Kreises seien hierdurch ersichtlich nicht rechtlos gestellt, da die Ausübung des nach dieser Norm eröffneten behördlichen Ermessens durch die Verwaltungsgerichte geprüft werden könne.

Nach der Verweisung ist das Verfahren vor dem VG zunächst ausschließlich als Eilverfahren unter dem Aktenzeichen 14 E 1975/20 geführt worden. Im Rahmen des Eilverfahrens hat die Kl. sich im Wesentlichen auf ihr Vorbringen in den Verfahren vor der VK und vor dem OLG Hamburg bezogen. Nachdem die Bekl. mit Schriftsatz vom 5.6.2020 erklärt hatte, von einer Erteilung des Zuschlags im Los 2 und

VG Hamburg: Vergaberecht: Bereichsausnahme im Rettungsdienst und Beschränkung auf gemeinnützige im Katastrophenschutz eingebundene Organisationen(EuZW 2021, 1087)

1089

damit vom Abschluss des Beauftragungsvertrags mit der Beigel. bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache abzusehen, hat das Gericht in einem richterlichen Hinweis vom 18.6.2020 auf die voraussichtliche Unzulässigkeit eines Antrags im einstweiligen Rechtsschutz hingewiesen. Hieraufhin hat die Kl. mitgeteilt, ihr Anliegen auch in einem Hauptsacheverfahren verfolgen zu

wollen. Daraufhin ist das vorliegende Verfahren anhängig gemacht worden. Das Verfahren 14 E 1975/20 wurde übereinstimmend für erledigt erklärt.

Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens bezieht sich die Kl. insbesondere auf ihren Vortrag im Verfahren 14 E 1975/20 sowie in den Verfahren vor der *VK* und vor dem *OLG Hamburg*.

In der mündlichen Verhandlung hat die Kl. – unter Abänderung ihres angekündigten Antrags zu 2 – beantragt, 1. der Beklagten zu untersagen, auf das Angebot der Beigeladenen in dem Vergabeverfahren ÖA 20192130022 – Durchführung der Notfallrettung im öffentlichen Rettungsdienst, Los 2, den Zuschlag zu erteilen, 2. die Beklagte zu verurteilen, das Angebot der Klägerin in dem Vergabeverfahren: Vergabe Nr. ÖA 20192130022 – Durchführung der Notfallrettung im öffentlichen Rettungsdienst, Los 2, in die Wertung einzubeziehen, hilfsweise: 3. die Bekl. zu verurteilen es zu unterlassen, das streitgegenständliche Vergabe/Auswahlverfahren durch Zuschlagserteilung an die Beigel. abzuschließen, ehe sie nicht (bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht) ein rechtskonformes Vergabe/Auswahlverfahren unter Berücksichtigung des Angebots der Kl. und der Rechtsauffassung des erkennenden Gerichts durchgeführt hat, hilfsweise: 4. die Bekl. (unter Aufhebung ihrer Vergabeentscheidung) zu verurteilen, ein rechtmäßiges Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des erkennenden Gerichts durchzuführen.

Die Bekl. beantragt, die Klage abzuweisen. Die Beigel. beantragt, die Klage abzuweisen. Die Klage hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

41I. Die Klage hat weder hinsichtlich der beiden Hauptanträge [hierzu unter 1.], noch hinsichtlich der Hilfsanträge [hierzu unter 2.] Aussicht auf Erfolg.

42I. Die aufgrund ihres engen inhaltlichen Zusammenhangs zusammen zu prüfenden Hauptanträge zu 1 und 2. sind zulässig [hierzu unter a)], aber nicht begründet [hierzu unter b)].

43a) Die Hauptanträge zu 1 und 2. sind zulässig. Der auf die Verhinderung der Zuschlagserteilung an die Beigel. gerichtete Hauptantrag zu 1 kann in statthafter Weise mit der Leistungsklage in Form der vorbeugenden Unterlassungsklage verfolgt werden. Die Kl. besitzt das hierfür erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. Es droht mit der Zuschlagserteilung an die Beigel. und dem anschließenden Abschluss eines Beauftragungsvertrags eine konkrete Maßnahme, die die Rechtspositionen der Kl. beeinträchtigen würde (vgl. zu diesem Erfordernis *Pietzcker/Marsch* in *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, 39. EL 2020, § 42 Rn. 163). Dies ergibt sich aus dem Schreiben der Bekl. vom 2.4.2020, in dem diese mitgeteilt hat, dass sie beabsichtige, im Los 2 des streitgegenständlichen Auswahlverfahrens der Beigel. den Zuschlag zu erteilen. Die Kl. kann hier auch nicht darauf verwiesen werden, die Zuschlagserteilung abzuwarten und sodann den – im System der VwGO als Regelfall vorgesehenen – Weg des nachträglichen Rechtsschutzes zu beschreiten. Dies gilt unabhängig davon, ob ihr dies bereits deshalb nicht zugemutet werden kann, weil mit der Zuschlagserteilung an die bzw. dem Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Beauftragungsvertrags mit der Beigel. irreversible Nachteile für die Kl. einhergehen (dies bejahend etwa: *OVG Berlin* Beschl. v. 30.11.2010 – 1 S 107/10, BeckRS 2010, 056671 Rn. 8; *Bühs DÖV* 2017, 995 [997])); ablehnend etwa: *OVG Lüneburg NJOZ* 2013, 1223 Rn. 21 = NVwZ-RR 2013, 144 Ls.; *VG Düsseldorf NZBau* 2017, 59). Auch wenn dies zuträfe, widerspräche es dem Grundsatz der Prozessökonomie, die Kl. auf nachträglichen Rechtsschutz zu verweisen, da im vorliegenden Fall sowohl der

vorbeugende als auch der nachträgliche Rechtsschutz im Wege eines Hauptsacheverfahrens mit identischem Prüfungsmaßstab und Streitstoff zu verfolgen wäre.

44Der Antrag zu 2, mit dem die Kl. die Einbeziehung in das streitgegenständliche Auswahlverfahren begeht, kann in statthafter Weise mit der Leistungsklage verfolgt werden. Insbesondere wäre eine Anfechtungsklage gegen die von der Bekl. vorgenommene Beschränkung des Bieterkreises nach § 14 I 2 HmbRDG nicht notwendigerweise vorrangig statthaft. Zwar dürfte die Beschränkung einen Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung darstellen. Allerdings entspräche deren Aufhebung nicht gleichermaßen dem Rechtsschutzziel der Kl. Denn im Falle einer Aufhebung der Beschränkung wäre ein vollständig neues Auswahlverfahren durchzuführen, so dass die Kl. sich gegebenenfalls noch weiteren Konkurrentinnen als der Beigel. stellen müsste.

45Die in der mündlichen Verhandlung von der Kl. vorgenommene Neuformulierung des Antrags zu 2 dahingehend, dass eine Erteilung des Zuschlags an die Kl. nicht Bestandteil ihres Antrags ist, stellt weder eine teilweise Klagerücknahme noch eine Beschränkung iSd § 173 S. 1 VwGO iVm § 264 Nr. 2 ZPO dar. Die Kl. hat ihren Antrag lediglich dahingehend präzisiert, dass nur die Einbeziehung in das streitgegenständliche Auswahlverfahren begeht wird, nicht jedoch die Zuschlagserteilung. Diese Begehren stellen zwar bei abstrakter Betrachtung unzweifelhaft zwei wesensverschiedene Streitgegenstände dar. Im vorliegenden Verfahren hat die Kl. aber durch ihren gesamten Vortrag deutlich gemacht, dass sie in der Sache von Anfang an nur die Einbeziehung in das Auswahlverfahren begeht hat. Dass die ursprüngliche Antragstellung auch die Zuschlagserteilung beinhaltete, stellt sich für das Gericht als Formulierungsfehler dar, dessen Korrektur keine prozessualen Auswirkungen nach sich zieht.
b) Die Anträge zu 1 und 2 sind nicht begründet. Die Kl. hat keinen Anspruch auf Unterlassung der Zuschlagserteilung an die Beigel. und Einbeziehung in das streitgegenständliche Auswahlverfahren zur Vergabe von Notfallrettungsdienstleistungen. Der durch das Gebrauchmachen von der Beschränkungsmöglichkeit des § 14 I 2 HmbRDG bewirkte Ausschluss der Kl. war rechtmäßig und verletzt die Kl. nicht in ihren Rechten. Nach § 14 I 2 HmbRDG kann die zuständige Behörde – sofern sie nach § 14 I 1 HmbRDG Leistungserbringer mit Aufgaben des öffentlichen Rettungsdienstes beauftragt – den Kreis auf Leistungserbringer beschränken, die gemeinnützige Organisationen iSd § 107 I Nr. 4 GWB sind (Nr. 1) und deren Mitwirkung im Katastrophenschutz der Freien und Hansestadt Hamburg gem. § 3 I Nr. 1 iVm § 5 HmbKatSG die zuständige Behörde zugestimmt hat (Nr. 2).

46Die Vorschrift stellt die Beschränkung des Kreises der Leistungserbringer ins Entschließungsermessen der Bekl. Die gerichtliche Überprüfung hat sich daher gem. § 114 S. 1 VwGO danach zu richten, ob die Beschränkung rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist. Derartige Fehler sind nicht ersichtlich. Die Bekl. hat die Grenzen ihres Ermessens nicht dadurch überschritten, dass sie mit der Beschränkung gegen Vorschriften des GWB verstoßen hat [hierzu unter (1)]. Auch hat sie weder die Grundrechte der Kl. verletzt [hierzu unter (2)], noch liegt ein Verstoß gegen Vorgaben des primären Unionsrechts vor [hierzu unter (3)]. Verstöße gegen kartell- oder beihilferechtliche Vorgaben sind ebenfalls nicht ersichtlich [hierzu unter

VG Hamburg: Vergaberecht: Bereichsausnahme im Rettungsdienst und Beschränkung auf gemeinnützige im Katastrophenschutz eingebundene Organisationen(EuZW 2021, 1087)

1090

(4)]. Auch mit sonstigen Ermessensfehlern ist die Entscheidung nicht behaftet [hierzu unter (5)].

47(1) Die Bekl. hat mit der Beschränkung des Kreises der Leistungserbringer in der von § 14 I 2 HmbRDG vorgesehenen Weise nicht gegen Vorgaben des 4. Teils des GWB – die Kl. rügt insoweit vor allem das Gleichbehandlungsgebot des § 97 II GWB – verstoßen. Der Verweisungsbeschluss des *Vergabesenats* entbindet die *Kammer* mangels materieller Bindungswirkung nicht von einer diesbezüglichen Prüfung (vgl. *Ziekow* in *Sodan/Ziekow*, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 17 a GVG Rn. 21). Die *Kammer* teilt allerdings das Ergebnis des *Vergabesenats*, wonach die Vorschriften des 4. Teils des GWB auf das vorliegende Auswahlverfahren keine Anwendung finden, weil die Bereichsausnahme des § 107 I Nr. 4 GWB greift. Danach findet der 4. Teil des GWB keine Anwendung auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen zu Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden und die unter die Referenznummern des Common Procurement Vocabulary 75 250 000-3, 75 251 000-0, 75 251 100-1, 75 251 110-4, 75 251 120-7, 75 252 000-7, 75 222 000-8, 98 113 100-9 und 85 143 000-3 mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung fallen; gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen im Sinne dieser Nr. sind insbesondere die Hilfsorganisationen, die nach Bundes- oder Landesrecht als Civil- und Katastrophenschutzorganisationen anerkannt sind. Diese Vorschrift ist mit Unionsrecht vereinbar [hierzu unter aa)] und ihre Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt [hierzu unter bb)].

48aa) Die Vorschrift des § 107 I Nr. 4 GWB verstößt weder gegen Vorgaben RL 2014/24/EU (so genannte Vergaberichtlinie) noch gegen primäres Unionsrecht. Ein Verstoß gegen Vorgaben RL 2014/24/EU liegt deshalb nicht vor, weil die Vorschrift im ersten Halbsatz wortlautgetreu die darin ebenfalls enthaltene Bereichsausnahme gem. Art. 10 Buchst. h RL 2014/24/EU in nationales Recht umsetzt. Die vom *EuGH* (*ECLI:EU:C:2019:234* = EuZW 2019, 427 Rn. 52 ff. – Falck [*C-465/17*]) festgestellte Unionsrechtswidrigkeit beschränkt sich allein auf den zweiten – hier nicht ausschlaggebenden – Halbsatz der Vorschrift (vgl. *VK Hamburg* Beschl. v. 12.2.2020 – *VgK FB 1/20*, BeckRS 2020, 19170 Rn. 45; *Jäger* NZBau 2020, 223 [227]).

49Der Ausschluss der von § 107 I Nr. 4 bzw. Art. 10 Buchst. h RL 2014/24/EU genannten Dienstleistungsvergaben von den strengen Vorgaben des Kartellvergaberechts verstößt auch nicht per se gegen die primärrechtlich verbürgten Vorgaben der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV oder der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV. Insofern treffen die Ausführungen des *Vergabesenats* im Verweisungsbeschluss zu, wonach die prinzipielle Vereinbarkeit der Bereichsausnahme daraus folge, dass der *EuGH* (*ECLI:EU:C:2019:234* = EuZW 2019, 427 – Falck) keinerlei Bedenken hiergegen geäußert hat (*OLG Hamburg* NZBau 2021, 210 Rn. 65). Zwar ist der Kl. zuzugeben, dass der *EuGH* vom vorlegenden *OLG Düsseldorf* nicht explizit nach der Unionsrechtswidrigkeit der Bereichsausnahme gefragt wurde (vgl. *Braun/Zwetkow* NZBau 2020, 219 [220]). Allerdings stellte die Vereinbarkeit der Bereichsausnahme mit Primärrecht eine logische Vorfrage für die Beantwortung der vom *OLG Düsseldorf* gestellten Fragen dar, der er sich hätte annehmen müssen, wenn er von der Unionsrechtswidrigkeit der Bereichsausnahme ausgegangen wäre (so auch *Jäger* NZBau 2020, 223 [226]). Dies wird bekräftigt durch eine neuere Entscheidung des *EuGH*, in der er erneut über die Reichweite der Bereichsausnahme zu entscheiden hatte und ihre Unionsrechtswidrigkeit nicht in Abrede gestellt hat. Vielmehr stellte er hier positiv fest, dass Art. 10 Buchst. h RL 2014/24/EU die Mitgliedsstaaten berechtige, gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen bei Vergaben vorzuziehen (*EuGH ECLI:EU:C:2020:88* = NZBau 2021, 269 Rn. 51 – *Azienda ULSS n. 6 Euganea* [*C-11/19*]).

50bb) Die Voraussetzungen des § 107 I Nr. 4 GWB bzw. Art. 10 Buchst. h RL 2014/24/EU sind vorliegend erfüllt.

51aaa) Die im streitgegenständlichen Auswahlverfahren ausgeschriebenen Leistungen der Notfallrettung sind solche der Gefahrenabwehr, die unter die Referenznummer 75 252 000-7 des Common Procurement Vocabulary fallen (so auch *OLG Hamburg NZBau 2021, 210 Rn. 62*).

52bbb) Sie werden auch von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen „erbracht“ iSd § 107 I Nr. 4 GWB, Art. 10 Buchst. h RL 2014/24/EU. Bei der Prüfung, ob dieses Merkmal erfüllt ist, ist auf die konkrete Ausschreibung abzustellen und nicht – wie die Kl. meint – auf die Frage, ob die ausgeschriebenen Dienstleistungen allgemein, also auf dem deutschen bzw. europäischen Markt, bisher ausschließlich von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht wurden (*OLG Celle NZBau 2020, 57 Rn. 18 mwN; Jäger NZBau 2020, 223 [224]; ders. ZWeR 2016, 205 [228]; Bühs NVwZ 2019, 1410 [1411]; aA Braun/Zwetkow NZBau 2020, 219*). Die Auffassung der Kl. würde dazu führen, dass die Bereichsausnahme das von ihr bezweckte Ziel der Privilegierung von gemeinnützigen Organisationen weitgehend verfehlt würde, da auf dem deutschen Markt quasi flächendeckend private Anbieter im Bereich des Rettungsdienstes tätig sind (so auch *Bühs NVwZ 2019, 1410 [1411]; Jäger ZWeR 2016, 205 [228]*).

53Zudem spricht auch der Wortlaut des Art. 10 Buchst. h RL 2014/24/EU für die konkrete Betrachtungsweise. Die Vorschrift formuliert:

„Diese Richtlinie gilt nicht für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die Folgendes zum Gegenstand haben: [...]

h) Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden und [...]“

54Durch das Abstellen auf den Gegenstand der öffentlichen Dienstleistungsaufträge wird der Bezug zum konkreten Auswahlverfahren deutlich (so auch *Jäger NZBau 2020, 223 [224]*).

55Überdies spricht auch ein systematischer Vergleich zum benachbarten Art. 10 Buchst. d iv) RL 2014/24/EU für eine konkrete Auslegung. Nach dieser Vorschrift sind

„von Treuhändern oder bestellten Vormunden erbrachte Rechtsdienstleistungen oder sonstige Rechtsdienstleistungen, deren Erbringer durch ein Gericht in dem betreffenden Mitgliedstaat bestellt oder durch Gesetz dazu bestimmt werden, um bestimmte Aufgaben unter der Aufsicht dieser Gerichte wahrzunehmen“ von der Richtlinie ausgenommen. Hier ist eine konkrete Auslegung des Wortes „erbracht“ die einzige mögliche Auslegungsweise, die der Vorschrift Sinn verleiht. Denn es gibt keine Rechtsdienstleistung, die allgemein und in jedem Fall von einem Treuhänder oder einem Vormund zu erbringen ist. Vielmehr werden die Rechtsdienstleistungen erst zu den in Art. 10 Buchst. d RL 2014/24/EU genannten, wenn das Gericht im Einzelfall einen Treuhänder oder einen

VG Hamburg: Vergaberecht: Bereichsausnahme im Rettungsdienst und Beschränkung auf gemeinnützige im Katastrophenschutz eingebundene Organisationen(EuZW 2021, 1087)

1091

Vormund bestellt. Einen einheitlichen Wortgebrauch der Richtlinie unterstellt, spricht dies dafür, dass die Formulierung „erbracht“ auch in Art. 10 Buchst. h RL 2014/24/EU in einem konkret auf das jeweilige Ausschreibungsverfahren bezogenen Sinne zu verstehen ist.

56ccc) Auch das Erfordernis der Gemeinnützigkeit liegt vor.

57Der *EuGH* hat die Erfüllung dieses Kriteriums daran geknüpft, ob es an einer Gewinnerzielungsabsicht der Organisationen fehlt, ob ihr Ziel in der Erfüllung sozialer Aufgaben besteht, ob sie nicht erwerbswirtschaftlich tätig sind und etwaige Gewinne reinvestieren (*EuGH ECLI:EU:C:2019:234* = *EuZW* 2019, 427 Rn. 61 – Falck). Diese Anforderungen werden hier durch die geforderten Nachweise nach §§ 52, 55 AO sichergestellt. Die in § 52 II AO aufgeführten Zwecke sind soziale Zwecke, weil sie einen gesellschaftlichen Mehrwert haben. Die Voraussetzungen der nicht erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit und der Gewinnreinvestition werden durch § 55 AO hinreichend sichergestellt. Dem Beschluss des *BVerfG* vom 30.3.2020 (*BVerfGNZBau* 2020, 607 Rn. 15) ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen; es stellt dort lediglich fest, dass der Rückgriff auf das Abgabenrecht „jedenfalls nicht zwingend“ ist.

58ddd) Etwas Anderes folgt auch nicht aus der in § 14 I 2 HmbRDG eingeführten Voraussetzung der Mitwirkung im Katastrophenschutz. Denn diese ist kumulativ zu verstehen. Es bleibt daher sichergestellt, dass lediglich gemeinnützige Unternehmen iSd § 107 I Nr. 4 GWB an dem Auswahlverfahren teilnehmen.

59(2) Die Bekl. hat bei der zum Ausschluss der Kl. führenden Entscheidung, von der Beschränkungsmöglichkeit des § 14 I 2 HmbRDG Gebrauch zu machen, nicht die Grundrechte der Kl. verletzt. Die Grundrechte werden von der *Kammer* zwar als Prüfungsmaßstab herangezogen [hierzu unter aa)]. Weder ist die Kl. aber in ihrer Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG [hierzu unter bb)] verletzt, noch liegt ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichbehandlungssatz nach Art. 3 I GG [hierzu unter cc)] vor.

60aa) Die Grundrechte des Grundgesetzes bilden vorliegend den für die Entscheidung der *Kammermaßgeblichen Prüfungsmaßstab*. Ein Anwendungsvorrang der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) besteht nicht. Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* treten die Grundrechte als Prüfungsmaßstab dann zurück, wenn ein vollständig durch unionsrechtliches Fachrecht vereinheitlichter Bereich vorliegt. Dies ist danach zu beurteilen, ob das Unionsrecht „gestaltungsoffen“ ist oder den Mitgliedsstaaten einen Spielraum bei der Umsetzung des Unionsrechts lässt. Auch Richtlinien können trotz ihrer Umsetzungsbedürftigkeit vollständig vereinheitlichtes Unionsrecht darstellen (vgl. etwa *BVerfG BVerfGE* 73, 339 = *NJW* 1987, 577 Rn. 117; *BVerfGE* 118, 79 = *NVwZ* 2007, 937 Rn. 68; *BVerfGE* 152, 152 = *BVerfGE* 152, 216 = *EuZW* 2019, 1035 Rn. 78 ff.). Die von der Bekl. nach § 14 I 2 HmbRDG vorgenommene Beschränkung des Bieterkreises ist aber nicht in einem vollständig durch unionsrechtliches Fachrecht vereinheitlichten Bereich ergangen. Ein solcher kann schon von vornherein nicht aufgrund der Bereichsausnahme des Art. 10 Buchst. h RL 2014/24/EU vorliegen, weil sich deren Rechtswirkung in einem negativen Rechtsanwendungsbefehl erschöpft und an dessen Stelle keine positiven Regelungen vorgegeben werden (in diese Richtung: *EuGH ECLI:EU:C:2020:88* = *NZBau* 2021, 269 Rn. 40 u. 52 – *Azienda ULSS n. 6 Euganea*; *EuGH ECLI:EU:C:2019:829* = *NZBau* 2020, 173 Rn. 43 = *EuZW* 2020, 167 Ls. – *Irgita* [C-285/18], der von einer „Ermächtigung“ zum Gebrauchmachen von der Bereichsausnahme spricht; anders wohl: *VK Hamburg* Beschl. v. 12.2.2020 – *VgK FB 1/20*, *BeckRS* 2020, 19170 Rn. 34; *Bühs NVwZ* 2019, 1410 [1412]; *Ruthig NZBau* 2016, 3 [8]; *Jäger ZWeR* 2016, 205 [241]).

61bb) Die Kl. ist durch die gem. § 14 I 2 HmbRDG vorgenommene Beschränkung des Kreises der Leistungserbringer nicht in ihrem Grundrecht auf Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG verletzt. Die Kl. kann sich zunächst als gemeinnütziges Unternehmen auf Art. 12 I GG berufen. Denn auch gemeinnützige Unternehmen können sich auf die Berufsfreiheit berufen, sofern ein ökonomischer Grundbezug vorliegt. Von einem ökonomischen Grundbezug ist dann auszugehen, wenn das Unternehmen geschäftsmäßig und mit dem Ziel, kostendeckend zu

arbeiten am Markt agiert (*BVerwGE* 95, 15 = NJW 1994, 2166 Rn. 20; *OVG Lüneburg* Urt. v. 15.11.2016 – 8 LB 58/16, BeckRS 2016, 55862 Rn. 38; *VGH München NVwZ-RR* 2002, 29 Rn. 24; aA etwa *Mann* in *Sachs*, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 37; *Manssen* in *von Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 41; *Wieland* JZ 1995, 96 [97]). Dies trifft unzweifelhaft auf die Kl. zu; sie erbringt bereits seit einem beträchtlichen Zeitraum Dienstleistungen im Rettungsdienst in der Stadt Hamburg und beschäftigt eine Vielzahl von Mitarbeitern.

62Zudem ist der Schutzbereich des Art. 12 I GG betroffen. Die gewerbliche Erbringung von Rettungsdienstleistungen stellt einen Beruf iSd Art. 12 I GG dar (vgl. *BVerfG* Beschluss v. 8.6.2010 – 1 BvR 2011/07 und 1 BvR 2959/07 *BVerwGE* 126, 112 = NVwZ 2010, 1212 Rn. 86; *BayVerfGH* NVwZ-RR 2012, 665 Rn. 75 ff.).

63Das Gebrauchmachen von der in § 14 I 2 HmbRDG vorgesehenen Beschränkungsmöglichkeit für das streitgegenständliche Auswahlverfahren begründet auch einen Eingriff in die Berufsfreiheit der Kl. Denn Art. 12 I GG sichert auch die Teilhabe am Wettbewerb (*BVerfGE* 116, 135 = NJW 2006, 3701 Rn. 60 f. mwN; *Antweiler* in *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 107 Rn. 15). Ein Ausschluss *a priori*, also die Versagung der Möglichkeit, sich überhaupt in einen Bieterwettstreit zu begeben, greift in dieses Teilhaberecht ein. In dem Ausschluss der Kl. von dem streitgegenständlichen Auswahlverfahren liegt eine schwere Beeinträchtigung ihrer wirtschaftlichen Interessen. Nach der Auskunft der Bekl. in der mündlichen Verhandlung ist nicht absehbar, ob und wann eine weitere Ausschreibung von Leistungen in der Notfallrettung erfolgen und ob dabei (erneut) die Beschränkungsmöglichkeit des § 14 I 2 HmbRDG zur Anwendung gelangen wird. Über die derzeit von ihr in der Notfallrettung eingesetzten acht Rettungswagen hinaus wird sie daher auf zunächst unbestimmte Zeit von diesem Betätigungsgebiet ausgeschlossen. Mit der Beschränkung hat die Bekl. mithin im Hinblick auf die Notfallrettung auf exekutiver Ebene eine Regelung getroffen, die in ihrer Wirkung vergleichbar mit einer objektiven Berufszugangsvoraussetzung auf gesetzlicher Ebene ist. Dabei kann dahinstehen, ob diese nur einen Teilbereich des Berufs des Rettungsdienstunternehmers betrifft, zu dem auch der Krankentransport zählt, dessen Erbringung der Kl. weiterhin unter den Voraussetzungen der §§ 19 ff. HmbRDG offensteht und in den sie derzeit auch in beträchtlichem Maße eingebunden ist. Denn selbst wenn die Erbringung der Notfallrettung als eigenständiger Beruf anzusehen wäre, wäre der dann als objektive Berufszulassungsvoraussetzung zu qualifizierende Eingriff gerechtfertigt.

VG Hamburg: Vergaberecht: Bereichsausnahme im Rettungsdienst und Beschränkung auf gemeinnützige im Katastrophenschutz eingebundene Organisationen(EuZW 2021, 1087)

1092

64Derartige Regelungen können nur Bestand haben, wenn die Regelung den Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes bezweckt und die Gefahren, von denen das Gemeinschaftsgut bedroht ist, schwer sowie nachweisbar oder wenigstens höchstwahrscheinlich sind und die angegriffene Regelung zur Abwehr dieser Gefahren unentbehrlich ist. Dabei kommt der Stelle, von der die Regelung erlassen wird, ein Einschätzungs- und Prognosespielraum im Hinblick auf die Auswirkungen der Regelung und auf die Bedrohungslage für das Gemeinschaftsgut zu (vgl. im Hinblick auf einen allgemeinen gesetzlichen Vorrang von Hilfsorganisationen gegenüber privaten Rettungsdienstleistern: *BayVerfGH* NVwZ-RR 2012, 665 Rn. 94 f. mwN).

65Die Beschränkungsmöglichkeit des § 14 I 2 HmbRDG verfolgt den Zweck, das Schutzniveau im Katastrophenschutz aufrecht zu erhalten bzw. zu verbessern und damit den Schutz eines letztlich in Art. 2 II GG verankerten überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes, dessen

Bedeutung auch in Art. 11 II und Art. 35 GG zum Ausdruck kommt (vgl. zum beabsichtigten Zweck die Ausführungen der Bekl. im Vermerk vom 3.12.2019, sowie die Begründung der ursprünglich geplanten Fassung des § 14 HmbRDG im Senatsentwurf, Drs. 21/16376 v. 26.2.2019; vgl. allg. auch *BVerwG BVerwGE* 97, 79 = NJW 1995, 3067 Rn. 37, dort vor dem Hintergrund von Art. 3 I GG).

66Die von der Bekl. vorgenommene Beschränkung des Teilnehmerkreises ist zur Erreichung dieses Ziels auch geeignet. Die von der Bekl. in ihrem Vermerk vom 3.12.2019 gemachten Ausführungen – unter Berücksichtigung des ihr zustehenden Einschätzungs- und Prognosespielraums – sind insoweit ausreichend und plausibel.

67Danach dient vor allem die Teilnahmeveraussetzung der Mitwirkung im Katastrophenschutz, gegen die sich die Kl. vorliegend allein wenden kann (da sie die weitere Teilnahmeveraussetzung der Gemeinnützigkeit erfüllt, kann sich allein hierdurch eine Beeinträchtigung ihrer Rechte ergeben), der Aufrechterhaltung und Verbesserung des Schutzniveaus im Katastrophenschutz. Denn sie gewährleistet die beim Ineinandergreifen von Notfallrettung und Katastrophenschutz erforderliche personelle und technische Aufwuchsfähigkeit der Notfallrettung. Die im Katastrophenschutz mitwirkenden Organisationen verfügen typischerweise über eine erhebliche Anzahl von ehrenamtlichen Helfern sowie über spezialisiertes Einsatzgerät. Im Katastrophenfall können daher Organisationen, die sowohl an der Notfallrettung als auch beim Katastrophenschutz beteiligt sind, effizienter agieren und zusätzliche Kräfte mobilisieren. Überdies können diese Organisationen ihren im Katastrophenschutz tätigen Kräften Ausbildungs- und Übungsmöglichkeiten in Überschneidungsbereichen zwischen Notfallrettung und Katastrophenschutz bieten (vgl. hierzu auch *BayVerfGH NVwZ-RR* 2012, 665 Rn. 115 f.). Die Geeignetheit der Maßnahme wird entgegen der Ansicht der Kl. nicht dadurch infrage gestellt, dass die Bekl. keine exakten Informationen zu der Anzahl der ehrenamtlichen Kräfte der beim Katastrophenschutz mitwirkenden Organisationen zur Verfügung gestellt hat bzw. über diese nicht verfügt. Denn dass diese Organisationen jedenfalls über einen nicht unerheblichen ehrenamtlichen Personalkörper sowie über technisches Gerät zur Bewältigung von Katastrophenlagen verfügen, trifft unzweifelhaft zu (vgl. etwa die Senatsantwort v. 19.2.2013 – Drs. 20/6858, abrufbar

unter

<https://www.buergerschafthh.de/ParlDok/dokument/39694/unserkatastrophenschutz-%E2%80%93-wieisteraufgestellt-.pdf>; vgl. zur [vorläufigen] Mitwirkung im Katastrophenschutz auch *VG Hamburg* Urt. v. 26.5.2021 – 14 K 1576/20, BeckRS 2021, 029687).

68Die vorliegend von der Bekl. vorgenommene Beschränkung iSd § 14 I 2 HmbRDG war auch erforderlich, da unter Berücksichtigung des Einschätzungs- und Prognosespielraums der Bekl. kein mildereres, aber gleich geeignetes Mittel zur Erreichung des mit ihr verfolgten Zwecks ersichtlich ist. So ist nicht erkennbar, dass die Bekl. das von dem streitgegenständlichen Auswahlverfahren betroffene Einsatzgebiet hätte enger ziehen müssen, um zu erreichen, dass ein Teilbereich für ein unbeschränktes wettbewerbliches Vergabeverfahren verbleibt, das ohne Bieterbeschränkung durchgeführt werden kann. Der Zuschnitt der in dem Auswahlverfahren zu vergebenden Lose, deren Einsatzgebiete einen Umfang maximal sechs (Los 1) Rettungswagen im Grundbedarf umfassen, erscheint jedenfalls nicht evident überdimensioniert.

69Die Bekl. hat mit dem Gebrauchmachen von der Beschränkung auch nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne verstößen. Der Schutz des überragend

wichtigen Gemeinwohlbelanges der Aufrechterhaltung und Verbesserung des Katastrophenschutzes überwiegt im vorliegenden Fall das von Art. 12 I GG geschützte wirtschaftliche Interesse der Kl. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass durch die hier erfolgte Beschränkung eine zukünftige, über das aktuelle Maß hinausgehende Beteiligung nicht gänzlich ausgeschlossen ist, sondern nach § 14 I HmbRDG möglich bleibt. Die Bekl. wird bei zukünftigen Planungen neben dem gewichtigen Interesse der Allgemeinheit an einem ausreichenden Katastrophenschutz auch die Belange der nicht gemeinnützigen bzw. nicht in den Katastrophenschutz eingebundenen Organisationen zu berücksichtigen haben. Insofern besteht ein wesentlicher Unterschied zu einer pauschalen gesetzlichen Vorrangstellung von im einzelnen benannten Hilfsorganisationen, wie sie der Entscheidung des *BayVerfGH* vom 24.5.2012 (NVwZ-RR 2012, 665) zugrunde lag. Überdies ist im Übrigen eine pauschale Vorrangstellung gemeinnütziger Hilfsorganisationen vom *BVerwG* ausdrücklich für mit Art. 12 I GG vereinbar gehalten worden (*BVerwGE* 97, 79 = NJW 1995, 3067 Rn. 29 ff.; *BVerwG* Beschl. v. 27.8.2014 – 3 B 1/14, BeckRS 2014, 56951 Rn. 6; vgl. auch *VG Ansbach* Urt. v. 12.5.2005 – AN 16 K 03.00453, BeckRS 2005, 36290 Rn. 39).

70cc) Die Bekl. hat bei ihrer Entscheidung auch den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 I GG nicht verletzt. Es liegt zwar eine Ungleichbehandlung zwischen den von § 14 I 2 HmbRDG umfassten Organisationen und den nicht von dieser Norm erfassten Unternehmen oder Organisationen im Bereich der Notfallrettung vor. Diese ist allerdings gerechtfertigt. Der sachliche Grund für die Ungleichbehandlung liegt in der oben beschriebenen Schutzbedürftigkeit von Organisationen, die im Katastrophenschutz mitwirken (vgl. *BVerwGE* 97, 79 = NJW 1995, 3067; *Bühs EuZW* 2020, 658 [661]).

71(2) Auch hat die Bekl. mit der Beschränkung des Kreises der Leistungserbringer nicht gegen die sich aus den unionsrechtlich verbürgten Grundfreiheiten der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV und der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV ergebenden Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung verstößen.

72Dabei kann die *Kammer* vorliegend offenlassen, ob die Kl. sich auf diese Grundsätze trotz des – im Hinblick auf die konkret Bet. – rein inländischen Sachverhalts berufen kann (hierfür *VG Kasse/* Urt. v. 6.10.2017 – 5 K 939/13. KS,

VG Hamburg: Vergaberecht: Bereichsausnahme im Rettungsdienst und Beschränkung auf gemeinnützige im Katastrophenschutz eingebundene Organisationen(EuZW 2021, 1087)

1093

BeckRS 2017, 130384 Rn. 128 ff.). Auch kann die *Kammer* offenlassen, ob angesichts der Grenznähe Hamburgs und der Höhe des Auftragsvolumens, das nach Schätzung der Bekl. über 100 Mio. Euro beträgt, ein grenzüberschreitender Sachverhalt gegeben ist, welcher Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten des AEUV ist (vgl. *BVerwG* Beschl. v. 15.12.2020 – 3 B 34/19, BeckRS 2020, 42037 Rn. 30 mit Verweis auf die Rspr. des *EuGH*). Denn auch im Falle der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten wären diese durch die von der Bekl. vorgenommene Beschränkung nach § 14 I 2 HmbRDG nicht verletzt. Die *Kammer* ist vielmehr der Auffassung, dass im vorliegenden Fall der Eingriff in die Grundfreiheiten, der sich va aus der für ausländische Organisationen nur schwer zu erlangenden Voraussetzung der Mitwirkung im Katastrophenschutz der Bekl. ergibt, gerechtfertigt ist.

73Dabei geht die *Kammer* davon aus, dass die Grundfreiheiten trotz der Anwendung der Bereichsausnahme des Art. 10 Buchst. h RL 2014/24/EU grundsätzlich anwendbar sind. Dies folgt bereits aus der Normenhierarchie. So hat auch der *EuGH* in zwei neueren Entscheidungen entschieden, dass die aus Art. 49 und Art. 56 AEUV fließenden Grundsätze der

Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitigen Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz bei der Entscheidung der öffentlichen Stelle darüber, ob von einer „vergaberechtsfreien“ Vergabe, bspw. nach Art. 12 oder – wie hier – nach Art. 10 Buchst. h RL 2014/24/EU Gebrauch gemacht werden soll, Anwendung finden (*EuGH ECLI:EU:C:2020:88* = NZBau 2021, 269 Rn. 45 u. 61 – Azienda ULSS n. 6 Euganea [C-11/19]; *EuGH ECLI:EU:C:2019:829* = NZBau 2020, 173 Rn. 48 = EuZW 2020, 167 Ls. – Irgita; vgl. auch *BVerwG* Beschl. v. 15.12.2020 – 3 B 34/19, BeckRS 2020, 42037 Rn. 30; sowie *Braun/Zwetkow* NZBau 2020, 219 [221]; *Bühs* EuZW 2020, 658 [662]; EuZW 2017, 415 [418]; *Gerlach* NZBau 2020, 426 [428] in Bezug auf Art. 12 RL 2014/24/EU).

74Hier sind die grundsätzlich anwendbaren Grundfreiheiten aber aus einem nach Art. 52 AEUV iVm Art. 62 AEUV unionsrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrund in verhältnismäßiger Weise eingeschränkt worden. Nach diesen Normen sind die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit ua aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit einschränkbar. Dass Einschränkungen der Grundfreiheiten im Bereich der Vergabe von Rettungsdienstleistungen grundsätzlich gerechtfertigt sein können, hat der *EuGH* bereits in den Rechtssachen „Spezzino“ und „Casta“ entschieden. In diesen Entscheidungen hat der *EuGH* ausgeführt, dass unter den vom AEUV geschützten Gütern und Interessen die Gesundheit und das Leben von Menschen den höchsten Rang einnehmen und es Sache der Mitgliedsstaaten – denen insoweit ein weites Ermessen zusteht – ist, zu bestimmen, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen und wie sie dieses Niveau erreichen wollen (*EuGH ECLI:EU:C:2014:2440* = NZBau 2015, 377 Rn. 56 ff. – Spezzino [C-113/13]; *EuGH ECLI:EU:C:2016:56* = EuZW 2016, 299 Rn. 60 ff. – Casta [C-50/14]).

75Die *Kammer* verkennt nicht, dass die Rechtfertigungsgründe dort vor allem in den Besonderheiten des vorrangig auf Freiwilligenorganisationen aufbauenden italienischen Gesundheitssystem lagen und somit mit den Motiven der Bekl. im vorliegenden Fall nicht identisch sind. Allerdings ist auch das vorliegend von der Bekl. verfolgte Ziel der Aufrechterhaltung und Verbesserung des Katastrophenschutzes ein solches, das letztlich dem Schutz der öffentlichen Gesundheit dient. Das hochrangige Schutzbau der öffentlichen Gesundheit überwiegt im vorliegenden Fall das von den Grundfreiheiten verfolgte Interesse an einem beschränkungslosen Binnenmarkt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Bekl., indem sie das streitgegenständliche Auswahlverfahren öffentlich bekannt gemacht und in den zugehörigen Unterlagen über die Teilnahme- und Zulassungskriterien informiert hat, ein faires und transparentes Verfahren für die Auswahl vorgesehen und durchgeführt hat.

76Der in der mündlichen Verhandlung durch den Prozessbevollmächtigten des Kl. gestellte Beweisantrag, festzustellen, dass ein binnenmarktrelevanten Auftrag mit grenzüberschreitendem Interesse vorlag, war daher mangels Erheblichkeit der Beweistatsache abzulehnen.

77(3) Die Entscheidung der Bekl. verstößt auch nicht gegen kartell- oder beihilferechtliche Vorgaben.

78So bestehen keine Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen, da sich die vorgenommene Beschränkung des Teilnehmerkreises nach den obigen Ausführungen gerade nicht als missbräuchlich iSd § 19 GWB darstellt.

79Auch ein Verstoß gegen Beihilferecht scheidet aus. Ein solcher wäre iSd Art. 107 I AEUV dann anzunehmen, wenn die von der Bekl. an die von ihr ausgewählten Organisationen zu zahlende Vergütung eine wirtschaftliche Vergünstigung darstellte, die diese Organisation unter

normalen Marktbedingungen, dh ohne die Beschränkung nicht erhalten hätte (vgl. etwa Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABI. EU 2016 C 262, 1 Rn. 66). Hier hat die Bekl. aber durch die Eröffnung eines nach Preisgesichtspunkten orientierten Wettbewerbs unter den teilnehmenden Organisationen, die die Voraussetzungen des § 14 I 2 HmbRDG erfüllen, in hinreichender Weise sichergestellt, dass nur eine marktkonforme Vergünstigung gezahlt werden muss.

80(4) Die Bekl. hat auch im Übrigen ermessensfehlerfrei gehandelt. Ausweislich des Vermerks vom 3.12.2019 hat sie die Beschränkung nach § 14 I 2 HmbRDG in Kenntnis ihres Ermessens vorgenommen, so dass ein Ermessensausfall nicht vorliegt.

81 Anders als die Kl. meint, hat die Bekl. auch nicht gegen ihre Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung verstoßen und deshalb aufgrund einer unrichtigen Tatsachengrundlage entschieden. Ihr, der Kl., ist zwar darin zuzustimmen, dass der Entscheidung nach § 14 I 2 HmbRDG eine sachliche Prüfung unter Berücksichtigung der Interessen aller potenziellen Bieter – also auch derjenigen der Kl. – vorauszugehen hat. Diese Prüfung muss auch zum Gegenstand haben, ob eine Schutzbedürftigkeit der im Katastrophenschutz mitwirkenden Organisationen tatsächlich gegeben ist. Für diese Prüfung ist aber entgegen der Ansicht der Kl. die Kenntnis der exakten Anzahl der ehrenamtlichen Mitarbeiter in den einzelnen Organisationen nicht erforderlich. Denn dass die Mitwirkung beim Katastrophenschutz von diesen Organisationen im Wesentlichen durch ehrenamtliche Helfer sichergestellt ist, ist ersichtlich der Fall. Es ist zudem nicht erkennbar, dass die Beschränkungen bei der Vergabe der hier streitgegenständlichen Leistungen offensichtlich nicht notwendig waren, um den Schutzzweck zu erfüllen; hiergegen spricht schon, dass die Bekl. in dem streitgegenständlichen Auswahlverfahren erstmalig nach der Novellierung des § 14 HmbRDG im Jahr 2019 Leistungen in der Notfallrettung an externe Leistungserbringer vergeben hat.

VG Hamburg: Vergaberecht: Bereichsausnahme im Rettungsdienst und Beschränkung auf gemeinnützige im Katastrophenschutz eingebundene Organisationen(EuZW 2021, 1087)

1094

82Auch war die Bekl. im Rahmen ihres Ermessens nicht verpflichtet, die Kl. so zu behandeln, als erfüllte sie die Voraussetzung der Mitwirkung beim Katastrophenschutz. Zwar hat die Kl. zum Zeitpunkt des Ablaufes der Bewerbungsfrist des streitgegenständlichen Auswahlverfahrens einen Antrag auf Mitwirkung beim Katastrophenschutz und einen Antrag auf vorläufige Mitwirkung beim Katastrophenschutz gestellt. Die bloße Antragstellung reicht aber nach dem eindeutigen Wortlaut des § 14 I 2 Nr. 2 HmbRDG, der auf die behördliche Zustimmung abstellt, nicht aus. Auch war für die Bekl. zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht schon eindeutig absehbar, dass die Kl. die Zustimmung zur Mitwirkung beim Katastrophenschutz erhalten würde. Vielmehr hängt die Zustimmung von materiellen Voraussetzungen des HmbKatSG ab, deren Vorliegen bei der Kl. nicht von vornherein bejaht werden konnte (vgl. dazu *VG Hamburg Urt. v. 26.5.2021 – 14 K 1576/20*, BeckRS 2021, 29687).

832. Auch die Hilfsanträge können keinen Erfolg haben. Sie betreffen ein mit den Hauptanträgen letztlich inhaltsgleiches Begehren, das nur dann Erfolg haben könnte, wenn die von der Bekl. vorgenommene Beschränkung nach § 14 I 2 HmbRDG rechtswidrig gewesen wäre. Dass dies nicht der Fall ist, ergibt sich aus den obigen Ausführungen.

Anm. d. Schriftltg.:

Zu dieser Entscheidung s. den Beitrag zur Rechtsprechung von *Bühs EuZW 2021, 1083* (in diesem Heft). Gegen diese Entscheidung ist Rechtsmittel eingelegt worden. Das Verfahren läuft beim *OVG* unter dem Az. 5 Bf 198/21. Mit dem *EuGH-Urteil Casta* betreffend die Direktvergabe von Krankentransportleistungen an Freiwilligenorganisationen befasst sich die Anmerkung von *Braun EuZW 2016, 299 (304)*.