


Gericht:	OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	22.03.2023
Aktenzeichen:	Verg 28/22
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2023:0322.VERG28.22.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. März 2023 – Verg 28/22 –, juris

Tenor

Auf die sofortigen Beschwerden der Antragsgegnerin und des Beigeladenen wird der Beschluss der Vergabekammer Westfalen vom 15.06.2022 (VK 1 - 20/22) aufgehoben.

Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist unzulässig.

Das Verfahren wird an das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen verwiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung im Vergabekammerverfahren notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und des Beigeladenen zu tragen. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten seitens der Antragsgegnerin und seitens des Beigeladenen wird für notwendig erklärt.

Die Kostenentscheidung für das gerichtliche Verfahren bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin wendet sich gegen die Vergabe von Rettungsdienstleistungen an den Beigeladenen, die ohne europaweite Ausschreibung im nicht förmlichen Verfahren erfolgt ist.
- 2 Gemäß Rettungsdienstbedarfsplan des Kreises V. (vgl. 4. Fortschreibung, S. 19, Anlage Ast 2 Nachprüfungsantrag) ist die Antragsgegnerin als mittlere kreisangehörige Kommune Träger der Rettungswachen im Rettungswachengebiet L., das die Stadt L., die Stadt C. und die Gemeinden C.1 umfasst. Insoweit ist sie für die Vorhaltung einer ausreichenden Anzahl von Rettungswachen sowie für die Besetzung der Rettungswachen und Rettungsmittel verantwortlich. Die Antragsgegnerin nahm die rettungsdienstlichen Aufgaben zum Teil selbst wahr, zum Teil wurden sie auch von dem Beigeladenen übernommen. Aus dem Bedarfsplan (4. Fortschreibung, vgl. Anlage Ast 2 Nachprüfungsantrag) ergab sich, dass in dem der Antragsgegnerin zugewiesenen Gebiet ein zusätzlicher Standort für die rettungsdienstliche Versorgung einzurichten war. Infolgedessen war die Bereitstellung eines Rettungswagens und von Personal zur Durchführung der Notfallrettung im Rettungswachengebiet L. zu vergeben (vgl. § 1 und § 2 des abgeschlossenen Vertrags, Bl. 57 Vergabeakte). Die Antragsgegnerin entschied sich, die Leistung, die ober-

halb des Schwellenwerts gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB lag, übergangsweise für eine Zeit von drei Jahren durch eine gemeinnützige Hilfsorganisation erbringen zu lassen. Dazu forderte sie vier gemeinnützige Organisationen - darunter auch den Beigeladenen - zur Abgabe von Angeboten auf. Eine europaweite öffentliche Ausschreibung und Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union erfolgte nicht. Die Antragsgegnerin begründete ihr Vorgehen damit, dass eine Bereichsausnahme im Sinne des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB vorliege. Lediglich der Beigeladene gab ein Angebot ab, das die Antragsgegnerin annahm. Vertragsbeginn war der 01.04.2022.

- 3 Die Antragstellerin ist ein privater Dienstleistungsanbieter und nimmt als solcher Aufgaben der Notfallrettung und des Krankentransports in Nordrhein-Westfalen wahr.
- 4 Nachdem die Antragstellerin aus der Presse erfahren hatte, dass der Beigeladene die streitgegenständliche Leistung übernehmen sollte, hat sie, vertreten durch ihre Verfahrensbevollmächtigten, am 26.04.2022 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer eingereicht. Sie ist der Ansicht, der Auftrag hätte nur durch eine europaweite öffentliche Ausschreibung und Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union erfolgen dürfen. Eine Bereichsausnahme gemäß § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB liege nicht vor. Die Antragsgegnerin habe kein dahingehendes Ermessen, den Wettbewerb nur auf bestimmte gemeinnützige Organisationen zu beschränken. § 13 RettG NRW als maßgebliche landesrechtliche Vorschrift sehe keine Privilegierung gemeinnütziger Organisationen bei der Übertragung der rettungsdienstlichen Aufgaben vor. Dies lasse sich insbesondere auch daraus ableiten, dass bis zur Novellierung des RettG NRW in der bis zum 31.03.2015 geltenden alten Fassung des § 13 Abs. 1 S. 2 RettG NRW eine solche Privilegierung bestanden habe, indem dort festgelegt worden sei, dass bei gleichem Leistungsangebot die freiwilligen Hilfsorganisationen gegenüber sonstigen privaten Anbietern vorrangig zu berücksichtigen seien. Lediglich dann, wenn die maßgebliche landesrechtliche Vorschrift eine Privilegierung von gemeinnützigen Organisationen vorsehe, könne sich der öffentliche Auftraggeber auf die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB berufen, wie etwa in Brandenburg, Hamburg oder Schleswig-Holstein. Vorliegend habe die Antragsgegnerin aufgrund des § 13 RettG NRW kein Ermessen, den Wettbewerb auf gemeinnützige Organisationen im Sinne des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB zu beschränken, da dieser gleichzeitig und gleichrangig privaten Leistungserbringern und Hilfsorganisationen eröffnet werde.
- 5 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 6 1. festzustellen, dass der geschlossene Vertrag mit der Beigeladenen über Rettungsdienstleistungen für das Gebiet Stadtgebiet C. / Ortsteil S. gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam ist,
- 7 2. der Antragsgegnerin aufzugeben, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Wahl der Verfahrensart zurückzusetzen und den Vertrag über Rettungsdienstleistungen für das Gebiet Stadtgebiet C. / Ortsteil S. bei fortbestehender Beschaffungsabsicht erst nach Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben,
- 8 3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

- 9 Die Antragsgegnerin und der mit Beiladungsbeschluss vom 11.05.2022 zum Verfahren hinzugezogene Beigeladene haben beantragt,
- 10 1. den Nachprüfungsantrag abzulehnen,
- 11 2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragsgegnerin und für den Beigeladenen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung jeweils notwendig war.
- 12 Die Antragsgegnerin und der Beigeladene haben die Ansicht vertreten, dass die Voraussetzungen für eine Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB vorlägen und der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen nicht eröffnet sei.
- 13 Die Vergabekammer hat mit dem angefochtenen Beschluss dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin stattgegeben und den zwischen der Antragsgegnerin und dem Beigeladenen geschlossenen Vertrag mit Vertragsbeginn 01.04.2022 für unwirksam erklärt und die Antragsgegnerin bei Fortbestand der Beschaffungsabsicht verpflichtet, die Vergabe unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen. Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen sei eröffnet. Eine Vergabe, die unter die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB falle, läge nicht vor. Die Vorschrift sei, da sie das Wettbewerbsprinzip zu Lasten der gewerblichen Anbieter aushebele, eng auszulegen. Es reiche insoweit nicht aus, dass der öffentliche Auftraggeber den Anwendungsbereich als eröffnet ansehe. Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Bereichsausnahme sei zudem weder relevant, wer in der Vergangenheit die maßgeblichen Rettungsdienstleistungen erbracht habe, noch wer konkret die Rettungsdienstleistungen erbringen werde. Maßgeblich abzustellen sei auf die landesrechtlichen Regelungen zur Übertragung rettungsdienstlicher Leistungen. Soweit die landesrechtliche Regelung - wie vorliegend § 13 Abs. 1 RettG NRW - keine Privilegierung von gemeinnützigen Organisationen vorsehe, könne sich der öffentliche Auftraggeber nicht auf die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB berufen. Die landesrechtliche Vorschrift des § 13 RettG NRW sehe eine Gleichrangigkeit zwischen gemeinnützigen Organisationen und privaten Akteuren vor, so dass dem öffentlichen Auftraggeber auch kein Ermessen dahingehend zustehe, den Wettbewerb auf gemeinnützige Organisationen zu beschränken. Dies würde einer Privilegierung der gemeinnützigen Anbieter gleichkommen. Eine solche Privilegierung gemeinnütziger Anbieter enthalte die seit dem 01.04.2015 geltende Neufassung des § 13 Abs. 1 RettG NRW - anders als die bis dahin geltende Fassung - gerade nicht, so dass es aufgrund der landesgesetzlichen Vorschrift an der Möglichkeit fehle, den Kreis der Bewerber auf gemeinnützige Organisationen zu beschränken. Dies stehe dabei auch in keinem unauflösbaren Widerspruch zu Art. 10 lit h) der Richtlinie 2014/24 EU und europarechtlichen Vorgaben. Die Richtlinie eröffne mit Art. 10 lit h) lediglich die Möglichkeit, entsprechende Rettungsdienstleistungen ohne die Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften zu vergeben. Eine Pflicht hierzu bestehe nicht. Dass bei einem solchen Verständnis des § 13 RettG NRW die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB für Rettungsdienstleistungen keine Anwendung finde, stelle auch keine Verletzung der Gesetzgebungskompetenz dar, indem quasi der Landesgesetzgeber über seine Regelungen in den Landes Rettungsdienstgesetzen über den Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen entscheide, denn § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB eröffne lediglich die Möglichkeit, von der Bereichsausnahme Gebrauch zu machen. Allein die Frage, in-

wieweit davon tatsächlich Gebrauch gemacht werde, hänge von der landesrechtlichen Ausgestaltung ab.

14 Gegen den ihnen jeweils am 15.06.2022 zugestellten Beschluss der Vergabekammer haben die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 29.06.2022 - eingegangen am selben Tag - und der Beigeladene mit Schriftsatz vom 28.06.2022 - eingegangen am 29.06.2022 - sofortige Beschwerde eingelegt. Sie vertreten wie schon vor der Vergabekammer die Ansicht, dass der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen nicht eröffnet sei, da die Vergabe unter die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB falle.

15 Die Antragsgegnerin beantragt,

16 1. den Beschluss Vergabekammer vom 15.06.2022 aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 26.04.2022 abzulehnen;

17 2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragsgegnerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

18 Der Beigeladene beantragt,

19 1. den Beschluss der Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster vom 15.06.2022 - VK 1 - 20/22 insgesamt aufzuheben;

20 2. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu verwerfen;

21 3. hilfsweise für den Fall, dass der Senat die Zulässigkeit des von der Antragstellerin beschrittenen Primärrechtswegs bejahen sollte, die Rechtsbeschwerde nach § 17a Abs. 4 S. 4 GVG zum Bundesgerichtshof zur Feststellung der Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs zuzulassen.

22 Die Antragstellerin beantragt,

23 die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin vom 29.06.2022 und des Beigeladenen vom 28.06.2022 zurückzuweisen.

24 Die Antragstellerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer.

II.

25 Die nach §§ 171, 172 GWB zulässigen sofortigen Beschwerden der Antragsgegnerin und des Beigeladenen sind begründet. Der Beschluss der Vergabekammer ist aufzuheben und die Sache gemäß § 17a Abs. 2 GVG an das örtlich zuständige Verwaltungsgericht Gelsenkirchen zu verweisen.

26 1. Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist nach §§ 155 ff. GWB nicht eröffnet.

27 Nur bestimmte Vergabevorgänge unterliegen der Nachprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen. Hierbei handelt es sich gemäß §§ 155, 156 Abs. 2 GWB im Zusammenspiel mit den weiteren Vorschriften aus dem 4. Teil des GWB um eine aufdrängende Rechtswegzuweisung (Senat, Beschl. v. 20.03.2019 - VII Verg 65/18; *Horn/Hofmann*, in: *Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar*, 4. Aufl., § 155 GWB Rn. 5). Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist danach eröffnet, wenn ein Unternehmen die Verletzung subjektiver, sich aus dem 4. Teil des GWB ergebenden Rech-

te geltend machen kann. Daran fehlt es vorliegend. Die verfahrensgegenständliche Ausschreibung der Antragsgegnerin unterliegt insgesamt nicht dem 4. Teil des GWB und auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht den Regelungen der §§ 155 ff. GWB, da sie unter die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB fällt.

- 28 a. Nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB sind die Regelungen des 4. Teils des GWB nicht anzuwenden 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 unter die im Einzelnen aufgeführten Referenznummern des Common Procurement Vocabulary fallen mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung.
- 29 b. Bedenken gegen die Anwendbarkeit des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB bestehen nicht.
- 30 § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB ist unionsrechtskonform. Es liegt weder ein Verstoß gegen Art. 10 lit. h) der Richtlinie 2014/24 EU (nachfolgend: Vergaberichtlinie) vor (hierzu unter aa.), noch verstößt § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB gegen primäres Unionsrecht oder Unionsgrundrechte (hierzu unter bb.). Auch ist die genannte Regelung mit dem Grundgesetz vereinbar (hierzu unter cc.).
- 31 aa. Dass § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht gegen Art. 10 lit. h) der Vergaberichtlinie verstößt, folgt bereits daraus, dass die Norm nahezu unverändert den Wortlaut der Richtlinie übernommen hat (OLG Hamburg, Beschl. v. 16.4.2020, 1 Verg 2/20, VergabeR 2020, 925, juris Rn. 65; OVG NRW, Beschl. v. 16.12.2022 - 13 B 839/22, Rn 50, zitiert nach NRWE; OVG Hamburg, Urte. v. 20.09.2022 - 3 Bf 198/21; juris Rn 96 ff.). Lediglich der zweite - hier nicht streitentscheidende - Halbsatz der Vorschrift, wonach gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen im Sinne dieser Nummer insbesondere Hilfsorganisationen sind, die nach Bundes- oder Landesrecht als Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen anerkannt sind, stellt nach der Entscheidung des Gerichtshof der Europäischen Union in seinem Urteil vom 21.03.2019 (C-465/17 - Falck Rettungsdienste und Falck") eine unzureichende Umsetzung des Unionsrechts dar, weil eine solche Anerkennung nach nationalem Recht nicht notwendigerweise die Gemeinnützigkeit der Hilfsorganisationen voraussetzt.
- 32 bb. Die Vorschrift des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB verstößt auch nicht gegen primäres Unionsrecht, insbesondere nicht gegen die primärrechtlich verbürgte Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) oder die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) oder gegen die Unionsgrundrechte der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh), insbesondere das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 15 Abs. 1 GRCh) und der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GrCh). Die prinzipielle Vereinbarkeit der Bereichsausnahme mit diesen Vorgaben kann bereits aus dem Umstand gefolgert werden, dass der Gerichtshof der Europäischen Union in seinem Urteil vom 21.03.2019 (EuGH, Urte. v. 21.03.2019 - C-465/17 Falck Rettungsdienste GmbH, Falck AS/Stadt Solingen, NZBau 2019, 314) keine Bedenken hiergegen geäußert hat (OVG NRW, Beschl. v. 16.12.2022 - 13 B 839/22, Rn 50, zitiert nach NRWE; OVG Hamburg, Urte. v. 20.09.2022 - 3 Bf 198/21; juris Rn 100; OLG Hamburg, Beschl. v. 16.4.2020, 1 Verg 2/20, VergabeR 2020, 925, juris Rn. 66). Zwar ist der Gerichtshof der Europäischen Union in dem Vorabentscheidungsersuchen nicht explizit nach der Unionsrechtsmäßigkeit der Bereichsausnahme gefragt worden (vgl. *Braun/Zwetkow*, NZBau 2020, 219, 220). Gleichwohl stellt die Vereinbarkeit der Bereichsausnahme mit EU-Primärrecht eine logische Vorfrage für die Beantwortung der formulierten Vorlagefragen dar, die der Gerichtshof der Europäischen Union aufgegrif-

fen hätte, wenn er von der Unionsrechtswidrigkeit der Bereichsausnahme ausgegangen wäre (ebenso OVG Hamburg, Urt. v. 20.09.2022 - 3 Bf 198/21; juris Rn 100; *Jaeger*, NZ-Bau 2020, 223, 225 ff.; *Gurlit*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beckscher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl., § 107 Rn 29; *Bühs*, NZBau 2021, 312, 313). Der Gerichtshof der Europäischen Union hat zudem in weiteren Entscheidung über die Reichweite der Bereichsausnahme des Art. 10 lit. h) der Vergaberichtlinie entschieden, ohne ihre Unionsrechtmäßigkeit in Frage zu stellen (vgl. EuGH, Beschl. v. 6.2.2020, C-11/19 [Azienda ULSS], NZ-Bau 2021, 269; EuGH, Urt. v. 07.07.2022 - C-213/21 [Italy Emergenza], VergabeR 2023, 23). In diesen Entscheidungen stellte er positiv fest, dass Art. 10 lit. h) der Vergaberichtlinie die Mitgliedsstaaten berechtige, gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen bei Vergaben vorzuziehen (vgl. EuGH, Beschl. v. 6.2.2020, C-11/19 [Azienda ULSS], NZ-Bau 2021, 269, Rn 51; EuGH, Urt. v. 07.07.2022 - C-213/21 [Italy Emergenza], VergabeR 2023, 23, Rn 40). Dass der Gerichtshof der Europäischen Union § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB als auch die zugrundeliegende Regelung des Art. 10 lit. h) der Vergaberichtlinie (Richtlinie 2014/24 EU) für primärrechtskonform und im Einklang mit der Grundrechtscharter hält, ist vor diesem Hintergrund nicht zweifelhaft.

- 33 cc. Auch bestehen - sollte § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB auch an den Grundrechten des Grundgesetzes und nicht ausschließlich an den Unionsgrundrechten der Charta der Grundrechte der Europäischen Union zu messen sein (so *Gurlit*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beckscher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl., § 107 Rn 30; *Prieß*, NZBau 2015, 343, 345; *Gröning*, NZBau 2015, 690 (693); a. A. *Jaeger*, NZBau 2020, 223, 224) - keine Bedenken an seiner Grundrechtskonformität. Eine verfahrensrechtliche Privilegierung gemeinnütziger Organisationen lässt sich sowohl vor Art. 12 Abs. 1 GG als auch vor Art. 3 Abs. 1 GG mit Blick auf den staatlichen Schutzauftrag für das Grundrecht auf Leben und Gesundheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG legitimieren, der ein flächendeckendes und effizientes System von Rettungsdienstleistungen gebietet (vgl. BVerfG, Beschl. v. 08.06.2010 - 1 BvR 2011, 2959/07, NVwZ 2010, 1212 Rn 96; *Gurlit*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beckscher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl., § 107 Rn 30; a. A. *Braun/Zwetkow*, NZBau 2020, 219).
- 34 c. Die Voraussetzungen der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB sind vorliegend erfüllt.
- 35 aa. Die von der Antragsgegnerin vergebenen Rettungsdienstleistungen (Bereitstellung von einem Rettungswagen und Personal zur Durchführung der Notfallrettung) sind Dienstleistungen der "Gefahrenabwehr" im Sinne des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB, die unter die Referenznummer 75 252 000-7 des Common Procurement Vocabulary (CPV-Code) fallen (vgl. EuGH, Urt. v. 21.03.2019 - C-465/17 Falck Rettungsdienste GmbH, Falck AS/ Stadt Solingen, NZBau 2019, 314 Rn 30 ff., 51). Dies steht zwischen den Parteien auch nicht im Streit.
- 36 bb. Die hier in Rede stehenden Rettungsdienstleistungen werden von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen im Sinne von § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB "erbracht", weil sich die Antragsgegnerin entschieden hat, nur solche Organisationen oder Vereinigungen zur Angebotsabgabe aufzufordern.
- 37 (1) Die gebotene europarechtskonforme Auslegung der Vorschrift, durch die Art. 10 lit. h) der Vergaberichtlinie in nationales Recht umgesetzt worden ist, führt zu dem Ergebnis, dass die zu vergebenden Dienstleistungen dann von gemeinnützigen Organisation oder Vereinigungen "erbracht werden", wenn der öffentliche Auftraggeber das Auswahlverfahren auf diese Organisation oder Vereinigungen beschränkt und nur sie zur Ange-

botsabgabe aufgefordert hat (so auch OLG Brandenburg, Beschl. v. 26.07.2021 - 19 Verg 3/21, juris Rn 80, 81, 88; OLG Hamburg, Beschl. v. 16.04.2020 - 1 Verg 2/20, juris Rn 63; so wohl auch OLG Celle, Beschl. v. 25.06.2019 - 13 Verg 4/19, juris Rn 17 ff.; vgl. auch Jaeger, in: NZBau 2020, 223). Nicht entscheidend sind die konkreten Marktverhältnisse auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt für Rettungsdienstleistungen in der Weise, dass die nachgefragten Rettungsdienstleistungen tatsächlich nur von gemeinnützigen Organisationen angeboten ("erbracht") werden müssen (OLG Brandenburg, Beschl. v. 26.07.2021 - 19 Verg 3/21, juris Rn 80, 81, 88; OLG Celle, Beschl. v. 25.06.2019 - 13 Verg 4/19, juris Rn 19; a. A. Braun/Zwetkow, NZBau 2020, 219).

- 38 (a) Nach dem Wortlaut des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB gilt die Bereichsausnahme für die "Vergabe von öffentlichen Aufträgen", die von gemeinnützigen Organisation oder Vereinigungen "erbracht werden". Art. 10 lit. h) der Richtlinie 2014/24 EU stellt ferner explizit auf die Dienstleistungsaufträge ab, denn es heißt dort: *"Diese Richtlinie gilt nicht für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die ... zum Gegenstand haben Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden ..."*. Bezugspunkt ist somit das aktuelle Beschaffungsvorhaben, also der zu vergebende Auftrag über Rettungsdienstleistungen. Dieser Auftrag soll von den genannten Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden. Dies kann dadurch erreicht werden, dass der öffentliche Auftraggeber sein Auswahlverfahren auf diesen Bieterkreis beschränkt, obwohl auch gewerbliche Anbieter auf dem Markt vorhanden sind. Das gleiche Ergebnis wird erzielt, wenn auf dem konkreten Markt faktisch nur gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen tätig sind und allein aus diesem Grund zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.
- 39 (b) Für das gefundene Auslegungsergebnis ist die teleologische Auslegung der Norm entscheidend. Das Ziel der Bereichsausnahme besteht darin, den speziellen Charakter der gemeinnützigen, Notfalldienste erbringenden Organisationen zu wahren, indem sie nicht den in der Vergaberichtlinie festgelegten wettbewerblichen Verfahren unterworfen werden (EuGH, Urte. v. 21.03.2019 - C-465/17 Falck Rettungsdienste GmbH, Falck AS/ Stadt Solingen, NZBau 2019, 314 Rn 39). Dies folgt aus Erwägungsgrund 28 der Richtlinie 2014/24, der wie folgt lautet:
- 40 *"(28) Diese Richtlinie sollte nicht für bestimmte von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbrachte Notfalldienste gelten, da der spezielle Charakter dieser Organisationen nur schwer gewahrt werden könnte, wenn die Dienstleistungserbringer nach den in dieser Richtlinie festgelegten Verfahren ausgewählt werden müssten. Diese Ausnahme sollte allerdings nicht über das notwendigste Maß hinaus ausgeweitet werden. Es sollte daher ausdrücklich festgelegt werden, dass der Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung nicht ausgenommen sein sollte. In diesem Zusammenhang muss im Übrigen deutlich gemacht werden, dass die CPV [Common Procurement Vocabulary (Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge)]-Gruppe 601 "Landverkehr" nicht den Einsatz von Krankenwagen beinhaltet, der unter die CPV-Klasse 8514 fällt. Es sollte daher klargestellt werden, dass für unter den CPV-Code 8514 30 00-3 fallende Dienstleistungen, die ausschließlich im Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung bestehen, die Sonderregelung [für soziale und andere besondere Dienstleistungen] gelten soll. Folglich würden auch gemischte Aufträge für Dienste von Krankenwagen generell unter die Sonderregelung fallen, falls der Wert des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung höher wäre als der Wert anderer Rettungsdienste."*

- 41 Der Richtliniengeber geht also davon aus, dass die gemeinnützigen Organisationen in der Regel - so auch in Deutschland - dem Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen ausgesetzt sind. Das mit der Ausnahmegesetzgebung verfolgte Ziel, gemeinnützige Organisationen zu privilegieren, würde aber verfehlt, wenn die Vorschrift nur dann anwendbar wäre, wenn auf dem konkreten sachlich und räumlich relevanten Markt ohnehin nur gemeinnützige Organisationen als Anbieter existieren, mithin sie dem Wettbewerb mit gewerblichen Anbietern gar nicht ausgesetzt sind und für eine Privilegierung schon im Ansatz gar kein Bedürfnis besteht (ebenso OLG Brandenburg, Beschl. v. 26.07.2021 - 19 Verg 3/21, juris Rn 80; *Jaeger*, in: NZBau 2020, 223). Sind somit für die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme die konkreten Marktverhältnisse nicht entscheidend, sondern der Gegenstand des zu vergebenden Auftrags und die Auswahl des potentiellen Bieterkreises durch den öffentlichen Auftraggeber, bedeutet dies zugleich, dass der Auftraggeber aufgrund dieser Vorschrift zur Beschränkung des Bieterkreises berechtigt ist, um der Privilegierung gemeinnütziger Organisationen oder Vereinigungen Geltung zu verschaffen.
- 42 (2) Enthält daher § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB die Berechtigung des öffentlichen Auftraggebers, das Auswahlverfahren auf gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen zu beschränken, kann diese durch Bundesgesetz eingeräumte Befugnis nicht durch landesrechtliche Regelungen - hier § 13 Abs. 1 RettG NRW - aufgehoben werden. Für eine solche Regelung fehlt dem Landesgesetzgeber bereits die Gesetzgebungskompetenz (dazu unter (a)). Darüber hinaus enthält § 13 Abs. 1 RettG NRW aber auch inhaltlich nicht die Verpflichtung, bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen nicht nur anerkannte Hilfsorganisationen sondern stest auch gewerbliche Anbieter zur Angebotsabgabe aufzufordern, so dass in jedem Fall ein Vergabeverfahren nach den Vorschriften des 4. Teils des GWB durchzuführen ist (dazu unter (b)).
- 43 (a) Der Landesgesetzgeber ist nicht befugt, den Anwendungsbereich des § 107 Abs. Nr. 4 GWB einzuschränken, indem er den öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, jeweils auch gewerbliche Anbieter in das Auswahlverfahren einzubeziehen. Für eine solche Regelung fehlt dem Landesgesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz.
- 44 (aa) Der Bundesgesetzgeber hat mit der Umsetzung der Vergaberichtlinie und der Einführung der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft), Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG (Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung) und Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (gerichtliches Verfahren) Gebrauch gemacht nach Art. 72 Abs. 2 GG (vgl. BT-Drs. 18/6281, S. 56). Wegen des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 31 GG) finden entgegenstehende landesrechtliche Vorschriften keine Anwendung.
- 45 (bb) Insoweit eröffnet § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB in Bezug auf die Rettungsdienstleistungen auch keinen Spielraum, der durch den Landesgesetzgeber hätte ausgefüllt werden können oder gar müssen, um die Bereichsausnahme zu ermöglichen. Denn hierfür bietet die bundesgesetzliche Regelung des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB keinerlei Anhaltspunkte (vgl. auch *Bühs*, NVwZ 2019, 1410, 1412). Der Bundesgesetzgeber ist ausweislich der Gesetzesbegründung vielmehr davon ausgegangen, dass eine bundesgesetzliche Regelung zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich ist (Art. 72 Abs. 2 GG), da die Änderungen des 4. Teils des GWB weitgehend durch die EU-Vergaberichtlinie vorgegeben sind und eine divergierende Umsetzung der EU-Richtlinie auf Bundes- und Länderebene in einem eng verflochtenen Wirtschaftsraum wie der Bundesrepublik Deutschland zu grundsätzlich unterschiedlichen wettbewerbs-

und vergaberechtlichen Standards führen würde, was eine unzumutbare Behinderung für Unternehmen darstellen würde, die sich bundesweit und über Ländergrenzen hinweg um öffentliche Aufträge bewerben (vgl. BT-Drs. 18/6281, S. 56). Solche unterschiedlichen Rechtszuständen würden aber herbeigeführt werden, wenn die Länder über ihre Landesgesetzgebung die in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB geregelte Bereichsausnahme weiter ausgestalten und deren Anwendbarkeit gegebenenfalls für ihr Bundesland faktisch ausschließen könnten, indem sie etwa bestimmen könnten, dass sich jede Vergabe gleichermaßen an gemeinnützige und private Unternehmen zu richten habe.

- 46 (cc) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass den Ländern die Gesetzgebungskompetenz für das Rettungsdienstwesen als Teil der Gefahrenabwehr ausschließlich zusteht. § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB betrifft allein die Frage der Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Vorschriften des 4. Teils des GWB, betrifft mithin das Verfahren zur Beschaffung rettungsdienstlicher Leistungen. Die Organisation der Rettungsdienste einschließlich der Frage, ob Rettungsdienstleistungen überhaupt und in welchem Umfang von privaten oder gemeinnützigen Organisationen erbracht werden können, unterliegt der Kompetenz der Länder. Entsprechend betrifft die in den Ländergesetzen statuierte Gleichrangigkeit von gemeinnützigen Hilfsorganisationen und gewerblichen Rettungsdienstunternehmen die Auswahlbefugnis der öffentlichen Auftraggeber. Sie regelt aber auch nur diese und normiert nicht - abweichend von Unions- und Bundesrecht - eine Pflicht zur unbedingten vergaberechtlichen Durchführung des Auswahlverfahrens.
- 47 (b) Ohne dass es hierauf nach dem zuvor Gesagten noch ankommt, enthält § 13 Abs. 1 RettG NRW aber auch nicht den von der Antragstellerin geltend gemachten Inhalt. Weder dem Wortlaut der Vorschrift noch der Gesetzgebungsgeschichte lässt sich eine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens zwischen gemeinnützigen und gewerblichen Anbietern entnehmen.
- 48 (aa) Der Wortlaut sieht eine zwingende gleichrangige Einbeziehung gewerblicher Auftragnehmer in das Vergabeverfahren nicht vor.
- 49 In § 13 Abs. 1 RettG NRW heißt es zur Übertragung rettungsdienstlicher Aufgaben wie folgt:
- 50 **"§ 13 Mitwirkung anerkannter Hilfsorganisationen und anderer Leistungserbringer**
- 51 *(1) Der Träger rettungsdienstlicher Aufgaben kann die Durchführung des Rettungsdienstes unter Beachtung der Absätze 2 bis 5 auf anerkannte Hilfsorganisationen und andere Leistungserbringer durch öffentlich-rechtlichen Vertrag übertragen."*
- 52 Demnach kann die Durchführung des Rettungsdienstes auf anerkannte Hilfsorganisationen und andere Leistungserbringer übertragen werden. Die landesrechtliche Vorschrift räumt dem öffentlichen Auftraggeber eine Auswahlbefugnis ein, nicht aber eine Pflicht zur Durchführung eines förmlichen europaweiten Ausschreibungsverfahrens (dies zugrunde legend auch Senat, Vorlagebeschl. v. 12.06.2017 - VII Verg 34/16; Jaeger, in: NZ-Bau 2020, 223).
- 53 (bb) Auch die Gesetzesbegründung weist darauf hin, dass § 13 RettG NRW allein eine organisationsrechtliche Entscheidung des Landesgesetzgebers beinhaltet, ob und welche Organisationen oder Einrichtungen durch den Träger rettungsdienstlicher Aufgaben bei

der Durchführung des Rettungsdienstes herangezogen werden können. So heißt es zu Nummer 13 der Gesetzesbegründung (Drs.16/6088, S. 35) wie folgt:

- 54 *"In der praktischen Anwendung wird darauf zu achten sein, dass die Übertragung auf Dritte rechtskonform nach der Maßgabe des gegebenenfalls einschlägigen Haushalts- und Vergaberechts, welches unberührt bleibt, erfolgt. Eine diesbezügliche Klarstellung, die lediglich rein deklaratorischen Charakter hätte, ist angesichts des selbstverständlichen Vorrangs des höherrangigen Rechts unterblieben.*
- 55 *Die EU-Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe 2014/24 EU (Vergaberichtlinie) sieht vor, dass Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden, von dieser Richtlinie nicht betroffen sind (sog. Bereichsausnahme). Gemäß Art. 90 Abs. 1 der Richtlinie ... sind die nationalen Gesetzgeber verpflichtet, diese ... ins deutsche Recht umzusetzen."*
- 56 Damit erwähnt bereits die Gesetzesbegründung die zu erwartende Umsetzung der Bereichsausnahme ins deutsche Recht, die damit ebenfalls Teil des einzuhaltenden Vergaberechts ist.
- 57 Auf Seite 36 heißt es weiter:
- 58 *"Angesichts der vorrangigen Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers für die Umsetzung der Vergaberichtlinie in das deutsche Recht ist dem Land dabei nur die organisatorische Grundentscheidung zugewiesen, ob der Träger des Rettungsdienstes sich zur Aufgabenerfüllung der Hilfe und Mitwirkung externer Personen oder Institutionen bedienen darf. Derartige Regelungen kann der Landesgesetzgeber ebenso treffen wie etwa Auswahlkriterien, die sich auf eine sachgerechte Aufgabenwahrnehmung erstrecken und nicht schon bundesgesetzlich vorgegeben sind. Demgegenüber sind hinsichtlich der konkreten Form und des Verfahrens der Einbeziehung die höherrangigen Vorgaben des Bundesrechts zu beachten. Dies sieht unter bestimmten Voraussetzungen und nach Maßgabe von Schwellenwerten aktuell eine förmliche Vergabe rettungsdienstlicher Leistungen vor. Insoweit bleibt abzuwarten, wie die Vergaberichtlinie hinsichtlich der Bereichsausnahme umgesetzt wird."*
- 59 Damit weist der Landesgesetzgeber ausdrücklich darauf hin, dass er nur die organisatorische Grundentscheidung regelt, ob der Träger des Rettungsdienstes sich zur Aufgabenerfüllung Mitwirkung externer Personen oder Institutionen bedient. Zugleich macht der Gesetzgeber deutlich, dass hinsichtlich der konkreten Form und des Verfahrens der Vergabe höherrangiges Bundesrecht zu beachten sei, er dieses mithin nicht regelt. Indem er auf die zu erwartende Umsetzung der Vergaberichtlinie hinsichtlich der Bereichsausnahme verweist, macht er zudem deutlich, dass auch diese zu achten sein wird, er jedenfalls insoweit keine entgegenstehende Regelung treffen will.
- 60 Dem Umstand, dass die bis zum 31.03.2015 geltende Regelung des § 13 RettG NRW vorsah, die freiwilligen Hilfsorganisationen gegenüber sonstigen privaten Anbietern vorrangig zu berücksichtigen, die Neuregelung eine derartige Privilegierung nicht mehr enthält, lässt sich hingegen nicht die Intention des Gesetzgebers entnehmen, eine Privilegierung von anerkannten Hilfsorganisationen dahingehend abzuschaffen, dass bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen immer ein Wettbewerb auch mit gewerblichen Unternehmen hergestellt werden müsse. Dem Gesetzgeber ging es ausweislich der Gesetzesbe-

gründung - wie oben dargestellt - lediglich darum, eine organisatorische Grundentscheidung zu treffen. Auf die vorrangige Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers für die Umsetzung der Vergaberichtlinie in das deutsche Recht wurde ausdrücklich hingewiesen.

- 61 (3) Vorliegend hat die Antragsgegnerin von ihrer durch § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB eingeräumten Befugnis zur Bevorzugung gemeinnütziger Organisationen Gebrauch gemacht, indem sie ausschließlich solche Organisationen zur Angebotsabgabe aufgefordert hat. Sowohl im Vergabevermerk zur Auftragsvergabe (vgl. Bl. 1 Vergabeakte) als auch im internen Schriftwechsel (vgl. Bl. 29 Vergabeakte) und in den Aufforderungsschreiben an die im Auswahlverfahren beteiligten Hilfsorganisationen (Bl. 47-50 Vergabeakte) hat sie sich ausdrücklich auf die Bereichsausnahme beziehungsweise die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 21.03.2019 (Az. C 465/17) berufen.
- 62 d. Hat sich der öffentliche Auftraggeber - wie vorliegend - entschieden, von der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB Gebrauch zu machen, ist der Rechtsweg zu den Nachprüfungsinstanzen nicht eröffnet. Ob die Entscheidung der Antragsgegnerin, nur vier gemeinnützige Organisationen und zusätzlich keine gewerblichen Anbieter zur Angebotsabgabe aufzufordern, mit § 13 RettG NRW konform ist, wird durch die Nachprüfungsinstanzen nicht überprüft. Damit ist die Antragstellerin im Ergebnis jedoch nicht rechtsschutzlos gestellt, denn sie kann diese Frage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht klären lassen (vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 26.07.2021 - 19 Verg 3/21, juris Rn 92; OLG Hamburg, Beschl. v. 16.04.2020 - 1 Verg 2/20, juris Rn 73).
- 63 2. Aufgrund der Unzulässigkeit des von der Antragstellerin zu den Vergabenachprüfungsinstanzen beschrittenen Rechtswegs ist das Verfahren nach § 17a Abs. 2 S. 1 GVG auf den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten zu verweisen.
- 64 Es entspricht gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschl. v. 23.01.2012 - X ZB 5/11 -, NZBau 2012, 248 ff., juris Rn. 24) und der Vergabesenate (Senat, Beschl. v. 19.12.2018 - Verg 40/18 -, NZBau 2019, 332 ff., juris Rn. 87 f.; OLG Hamburg, Beschl. v. 16.04.2020 - 1 Verg 2/20, juris Rn 73; OLG Celle, Beschl. v. 16. Oktober 2018 - 13 Verg 3/18 -, NZBau 2019, 268 ff., juris Rn. 18 ff.; OLG München, Beschl. v. 30. Juni 2011 - Verg 5/09 -, NZBau 2011, 505 ff., juris Rn 25 ff., 40 ff.), dass bei fehlender Statthaftigkeit des Verfahrens vor der Vergabekammer gemäß § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG die Verweisung von den Vergabesenaten auf den Rechtsweg zu den öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten möglich und geboten ist, sofern die Antragstellerin ihr Rechtsschutzziel im anderen Rechtsweg weiterverfolgen will und kann (vgl. hierzu BGH, Beschl. v. 10.12.2019 - XIII ZB 119/19 -, juris Rn. 18). Dies ist vorliegend der Fall. Hierzu ist die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung nach § 17a Abs. 2 S. 1 GVG angehört worden ist.

III.

- 65 1. Eine Entscheidung über die Kosten des Verfahrens vor dem Senat ergeht nicht, weil sie als Teil der Kosten behandelt werden, die bei dem Gericht erwachsen, an das der Rechtsstreit verwiesen wurde (§ 17b Abs. 2 S. 1 GVG). Entsprechend bedarf es nicht der Festsetzung eines Gegenstandswerts nach § 50 Abs. 2 GKG.
- 66 Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung im Nachprüfungsverfahren notwendigen Kosten der Antragsgegnerin und des Beigeladenen hat die Antragstellerin nach dem Rechtsgedanken des § 17b Abs. 2 S. 2 GVG zu tragen. Von § 17b Abs. 2 S. 1 GVG werden diese Kosten unmit-

telbar nicht erfasst, da sie nicht in einem gerichtlichen Verfahren entstanden sind (BGH, Beschl. v. 23.01.2012 - X ZB 5/11, NZBau 2012, 248 ff.; OLG Brandenburg, Beschl. v. 26.07.2021 - 19 Verg 3/21, juris Rn 95; OLG Hamburg, Beschl. v. 16.04.2020 - 1 Verg 2/20, juris Rn 78).

- 67 Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin und des Beigeladenen im Verfahren vor der Vergabekammer wird im Ergebnis für notwendig erklärt (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG).
- 68 Über die Notwendigkeit eines Verfahrensbeteiligten, einen Rechtsanwalt zuzuziehen, ist nicht schematisch, sondern auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalls zu entscheiden (BGH, Beschl. v. 26.09. 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 61 - Polizeianzüge; Senat, Beschl. v. 16.03.2020, VII-Verg 38/18, BeckRS 2020, 29123 Rn. 34 und Senat, Beschl. v. 15.05. 2018, VII-Verg 58/17; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 02.11.2017, 11 Verg 8/17, ZfBR 2018, 198, 199). Entscheidend ist, ob der Beteiligte unter den Umständen des Falles auch selbst in der Lage gewesen wäre, aufgrund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen und hieraus die für eine sinnvolle Rechtswahrung oder -verteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und das danach Gebotene gegenüber der Vergabekammer vorzubringen, wobei neben Gesichtspunkten wie der Einfachheit oder Komplexität des Sachverhalts, der Überschaubarkeit oder Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen auch rein persönliche Umstände bestimmend sein können (BGH, Beschl. v. 26.09.2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 61 - Polizeianzüge).
- 69 Bei Anwendung dieser Grundsätze durften sowohl die Antragsgegnerin als auch der Beigeladene die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für erforderlich erachten. Die Prüfung der Frage, ob vorliegend die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB eingreift, war in rechtlicher Hinsicht vor dem Hintergrund, dass diese Frage in Bezug auf das nordrheinwestfälische Rettungsgesetz bisher noch nicht höchstrichterlich geklärt war und hierzu verschiedenste Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte oder Oberverwaltungsgerichte auch unter Berücksichtigung des europäischen Rechts auszuwerten waren, äußerst schwierig.
- 70 2. Die Voraussetzungen des § 179 Abs. 2 S. 1 GWB für eine Divergenzvorlage oder nach § 17a Abs. 4 S. 5 GVG für die Zulassung der Beschwerde an den Bundesgerichtshof sind jeweils nicht gegeben.
- 71 a. Eine Divergenz im Sinne des § 179 Abs. 2 S. 1 GWB liegt nicht vor.
- 72 Eine abweichende einschlägige Entscheidung des Bundesgerichtshofs existiert nicht.
- 73 Auch eine abweichende Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts liegt nicht vor. Die Entscheidungen des OLG München (Beschl. v. 21.10.2019 - Verg 13/19, juris Rn 40ff.) und des OLG Celle (Beschl. v. 25.06.2019 - 13 Verg 4/19, juris Rn 19) sind zu anderen Sachverhalten ergangen.
- 74 Soweit das Oberlandesgerichts München und das Oberlandesgericht Celle oder das Obergerverwaltungsgericht Lüneburg (Beschl. v. 12.06.2019 - 13 ME 164/19, juris Rn 4 ff.) jeweils das Vorliegen einer Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB verneint haben, lagen den Entscheidungen jeweils Ausschreibungen zugrunde, die sich nicht ausschließlich an gemeinnützige Vereinigungen oder Organisationen gerichtet haben, weshalb die Bereichsaufnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB allein schon deshalb keine An-

wendung finden konnte. Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine ausdrückliche Beschränkung der Ausschreibung auf gemeinnützige Beauftragte nach dem niedersächsischen Rettungsgesetz überhaupt zulässig ist, haben das OLG Celle (Beschl. v. 25.06.2019 - 13 Verg 4/19, juris Rn 19) und das OVG Lüneburg in ihren Entscheidung (Beschl. v. 12.06.2019 - 13 ME 164/19, juris Rn 6) explizit offen gelassen. Soweit das OLG München in der oben genannten Entscheidung ausführt, Art. 13 Abs. 1 BayRDG sehe keine Beschränkung auf Organisationen oder Vereinigungen vor, die ohne Gewinnerzielungsabsicht handeln, die Bereichsausnahme könne insoweit keine Anwendung finden, handelt es sich um ein obiter dictum, das sich zudem ausschließlich auf die Regelung im bayerischen Landesrettungsgesetz bezieht.

- 75 b. Der Senat weicht auch nicht von einer Entscheidung eines (anderen) obersten Gerichtshofs des Bundes oder des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes ab (§ 17a Abs. 4 Satz 5 GVG). Der entschiedenen Rechtsfrage zur Anwendbarkeit der Bereichsausnahme im Sinne des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB kommt zudem keine grundsätzliche Bedeutung zu. Eine über den Gerichtsbezirk des Oberlandesgerichts Düsseldorf hinausgehende Klärungsbedürftigkeit des Regelungszusammenhangs des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB mit § 13 Abs. 1 RettG NRW besteht bereits mit Rücksicht auf die Uneinheitlichkeit der landesgesetzlichen Regelungen des Rettungsdienstwesens nicht.