

**OLG Hamburg (Vergabesenat), Beschluss vom 16.04.2020 – 1
Verg 2/20****Titel:**

Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen

Normenketten:

GWB § 107 Abs. 1 Nr. 4, § 135 Abs. 1 Nr. 2

HmbRDG § 14 Abs. 1 Nr. 2

GVG § 17a Abs. 2 S. 1

Redaktionelle Leitsätze:

1. Der Anwendung der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB auf die Ausschreibung mit der Rechtsfolge unter anderem des Ausschlusses des Rechtswegs zu den Vergabenachprüfungsinstanzen steht die vermeintliche Europarechtswidrigkeit der Regelung des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht entgegen. (Rn. 45)

2. Bei fehlender Statthaftigkeit des Verfahrens vor der Vergabekammer ist gemäß § 17a Abs. 2 S. 1 GVG die Verweisung von den Vergabesenaten in den Rechtsweg zu den öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten möglich und geboten, sofern der Antragsteller sein Rechtsschutzziel im anderen Rechtsweg weiterverfolgen will und kann. (Rn. 54)

Rechtsgebiete:

Öffentliches Wirtschaftsrecht, Privates Baurecht, Vergaberecht

Schlagworte:

Ausschreibung, Auswahlverfahren, Bereichsausnahme, Nachprüfungsantrag, Rettungsdienstleistung, Vergabeverfahren

ECLI:

ECLI:DE:OLGHH:2020:0416.1VERG2.20.0A

Rechtskraft:

rechtskräftig

Text1

Hanseatisches Oberlandesgericht

1 Verg 2/20

Beschluss

In der Sache

...

vertreten durch die Geschäftsführer P.

- Antragstellern und Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

gegen

Freie und Hansestadt H., ...

-Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

beschließt

das Hanseatische Oberlandesgericht - Vergabesenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Panten, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Weyhe und den Richter am Oberlandesgericht Rehling

am 16. April 2020:

Tenor:

Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist unzulässig.

Das Verfahren wird an das Verwaltungsgericht Hamburg verwiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

1Die Antragstellerin wendet sich gegen die Zurückweisung ihres Nachprüfungsantrags in einer öffentlichen Ausschreibung der Antragsgegnerin über die Durchführung der Notfallrettung im öffentlichen Rettungsdienst.

2Die Antragsgegnerin veröffentlichte die vorgenannte Ausschreibung am 3. Dezember 2019 im Wege der nationalen Bekanntmachung, wobei die vorgesehene Angebotsfrist am 16. Januar 2020 endete. Ausweislich der Vergabeunterlagen bezeichnete die Antragsgegnerin das Ausschreibungsverfahren als ein verwaltungsrechtliches Auswahlverfahren unter Anwendung der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 2 des Hamburgischen Rettungsdienstgesetzes (HmbRDG), das deshalb nicht dem Vergaberecht des GWB unterläge. In den Vergabeunterlagen wird weiter ausgeführt, dass die Vergabe an gemeinnützige Organisationen beabsichtigt sei („Allgemeines zum Verfahren“, S. 1) und dass der Bieter unter anderem einen Nachweis über die Zustimmung der zuständigen Behörde zur Mitwirkung im Katastrophenschutz beizubringen habe (a.a.O., Ziffer 7.2.3., S. 9). Der Vertragswert wurde seitens der Antragsgegnerin mit mehr als € 100.000.000 angegeben.

3Die im Jahr 1989 gegründete Antragstellerin, bei der es sich um eine gemeinnützige Gesellschaft in der Rechtsform der GmbH handelt, hat durch ihre am 5. Dezember 2019 bevollmächtigten Verfahrensbevollmächtigten am 19. Dezember 2019 eine Rüge gegen die Ausschreibung erhoben und hiermit unter anderem geltend gemacht, dass das Vergaberecht gemäß Teil 4 des GWB Anwendung finden müsse. Mit ihrer Rüge hat die Antragstellerin, deren satzungsmäßiger Zweck namentlich die Durchführung von Krankentransporten unter anderem mit Rettungswagen sowie die Durchführung von Sanitätsdiensten ist und die diese Leistungen insbesondere mit derzeit acht Rettungswagen seit insgesamt mehr als 30 Jahren in Hamburg erbringt, zugleich mitgeteilt, dass sie bereits, und zwar am 12. Dezember 2019, einen Antrag auf Mitwirkung im Katastrophenschutz gestellt habe, über den indes noch nicht entschieden worden sei.

4Die Antragsgegnerin hat mit Schreiben vom 30. Dezember 2019 auf die Rüge erwidert und unter anderem daran festgehalten, dass sie den Kreis der Leistungserbringer gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 2 HmbRDG beschränken und insofern von der Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß GWB absehen könne; die seitens der Antragstellerin erhobenen Rügen wurden insgesamt zurückgewiesen.

5Am 8. Januar 2020 hat die Antragstellerin bei der Vergabekammer bei der Finanzbehörde Hamburg einen Nachprüfungsantrag gestellt und nachfolgend am 16. Januar 2020 ein Angebot auf das Los 2 der Ausschreibung (Einsatzbereich Volksdorf und Marienthal) abgegeben. Auf dieses Los ist lediglich ein weiteres Angebot der Malteser Hilfsdienst gemeinnützige GmbH abgegeben worden. Die Antragsgegnerin hat insoweit mit Schriftsatz vom 2. April 2020 mitgeteilt, sie beabsichtige nach Abschluss des streitgegenständlichen Verfahrens auf dieses Angebot den Zuschlag zu erteilen und den entsprechenden öffentlich-rechtlichen Beauftragungsvertrag zu schließen.

6Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag geltend gemacht, die Zuständigkeit der Vergabekammer sei deshalb eröffnet, weil der in Rede stehende öffentliche Dienstleistungsauftrag nach dem maßgeblichen Landesrecht auch von gewerblichen Anbietern erbracht werden könne. Das Vorliegen einer Bereichsausnahme sei eine materiell-rechtliche Frage und deshalb nicht auf der Ebene der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags, sondern vielmehr dessen Begründetheit zu klären. Sie, die Antragstellerin, habe die Rechtsverstöße der vorliegenden Ausschreibung auch unverzüglich gerügt.

7In der Sache sei ihr Nachprüfungsantrag begründet, weil die Antragsgegnerin verpflichtet sei, Teil 4 des GWB auf die Ausschreibung anzuwenden. Es fehle insoweit aber bereits an der verpflichtenden europaweiten Bekanntmachung, was schon für sich genommen die Aufhebung des Verfahrens nach sich ziehen müsse. Im Übrigen sehe das hamburgische Landesrecht die Zulassung Privater, also auch gewerblicher Anbieter, zum Rettungsdienst ausdrücklich vor, hieran könnten konkrete Vorgaben in einer einzelnen Ausschreibung nichts ändern. Demgemäß könne die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB in Hamburg aber per se nicht mehr eingreifen, dies hätte vielmehr zwingend vorausgesetzt, dass der Bieterkreis bereits in § 14 HmbRDG gesetzlich auf gemeinnützige Organisationen beschränkt worden wäre. Allerdings sei eine europarechtskonforme Auslegung des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB aber ohnehin nicht möglich, die Anwendbarkeit der dort vorgesehenen Bereichsausnahme scheitere zudem auch daran, dass die in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB genannten Leistungen bereits durch Private erbracht würden, was auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Ausschreibungspflicht gemäß GWB nach sich ziehe.

8Darüber hinaus sei die in § 14 Abs. 1 Satz 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. Insbesondere gelte in diesem Zusammenhang, dass in einem Vergabeverfahren nicht gefordert werden könne, dass der Bieter bereits bei Angebotsabgabe über sämtliche sachlichen und personellen Mittel zur Auftragsdurchführung verfügen müsse. Insofern müsse entgegen § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 HmbRDG in jedem Fall auch bereits die auf die Mitwirkung im Katastrophenschutz gerichtete Antragstellung ausreichen.

9Der auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 HmbRDG gestützte Ausschluss von dem Ausschreibungsverfahren sei zudem mit der Europäischen Grundrechtecharta nicht zu vereinbaren und verletze insbesondere die Dienstleistungsfreiheit, dies bedeute zugleich auch einen Verstoß gegen den grundgesetzlich verbürgten Schutz der Berufsfreiheit und den Gleichbehandlungsgrundsatz. Überdies ginge die Regelung des § 14 HmbRDG über § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB noch hinaus, weswegen auch ein Verstoß gegen die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zu prüfen sei.

10Ein Schutz der Hilfsorganisationen vor Wettbewerb sei lediglich dort gerechtfertigt, wo tatsächlich überwiegend mit Ehrenamtlichen gearbeitet werde, hiervon abgesehen müsse nachgewiesen werden, dass tatsächlich eine Schutzbedürftigkeit gegeben sei. Es bestünde im Übrigen bereits seit 2008 eine Pflicht zur Durchführung von Vergabeverfahren und die Hilfsorganisationen seien immer noch intakt, die Hilfsorganisationen könnten also auch im Wettbewerb durchaus überleben.

11In formeller Hinsicht hat die Antragstellerin unter anderem beanstandet, dass die Ausschreibungsfristen insgesamt zu kurz seien und hierdurch die lokalen Hilfsorganisationen bevorzugt würden. Die Bindefrist von ca. acht Monaten sei demgegenüber zu lang, weil die Anbieter hierdurch in ihren sonstigen geschäftlichen Entschlüssen und Dispositionen, namentlich mit Blick auf die Bewerbung um andere Aufträge und deren Finanzierung, erheblich eingeschränkt seien.

12Schließlich seien die seitens der Antragsgegnerin erfolgten Antworten auf die von ihr, der Antragstellerin, angebrachten Rügen und Fragen zum großen Teil unzulänglich geblieben.

13Die Antragstellerin hat vor der Vergabekammer beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht eine rechtmäßige Auswahlentscheidung über das Los 2 nur nach einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren unter Beteiligung der Antragstellerin und ggf. weiterer geeigneter Dritter zu treffen;
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären;
3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

14Die Antragsgegnerin hat beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin notwendig war,
3. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen.

15Die Antragsgegnerin hat den Nachprüfungsantrag bereits für unzulässig gehalten, weil sie die in Rede stehende Ausschreibung in rechtlich zulässiger Weise auf gemeinnützige Organisationen beschränkt habe und insofern die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB eingreife mit der Folge, dass der Rechtsweg zur Vergabekammer nicht eröffnet sei und die Antragstellerin Rechtsschutz vielmehr nur vor den Verwaltungsgerichten in Anspruch nehmen könne. Insbesondere fielen, was unstreitig gewesen ist, die ausgeschriebenen Rettungsdienstleistungen unter die in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB genannten Referenznummern des Common Procurement Vocabulary. Der Anwendung des § 107 Abs.

1 Nr. 4 GWB stünde es auf der Grundlage der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auch nicht entgegen, dass die dort vorgesehene Anknüpfung der Gemeinnützigkeit an die Anerkennung als Zivil- und Katastrophenschutzorganisation mit der zu Grunde liegenden Richtlinie der Europäischen Union nicht zu vereinbaren sei. Sie, die Antragsgegnerin, habe, dies ist ebenfalls unstreitig gewesen, sich vor diesem Hintergrund auch nicht etwa darauf beschränkt, die Gemeinnützigkeit allein anhand einer entsprechenden Anerkennung zu Grunde zu legen, sondern den Bewerbern in den Ausschreibungsunterlagen vielmehr den Nachweis der Gemeinnützigkeit anhand eines Bescheides gemäß § 52 AO sowie zusätzlich der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrags abverlangt. Nur die Angebote entsprechender Bewerber könnten bei der Auswahlentscheidung überhaupt Berücksichtigung finden, einer vorherigen Überprüfung der Mittelverwendung durch die beauftragten Hilfsorganisationen bedürfe es hiernach nicht.

16Eine Verpflichtung zur Durchführung eines förmlichen Kartellvergabeverfahrens nach Teil 4 des GWB folge auch weder aus dem europäischen Primärrecht noch aus dem nationalen Verfassungsrecht. Für Ersteres fehle es unter anderem bereits an der Binnenmarktrelevanz der in Rede stehenden Ausschreibung, zudem habe der Europäische Gerichtshof auch keinerlei Bedenken gegen die der Regelung des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB zu Grunde liegende Richtlinie erkennen lassen. An dem grundgesetzlichen Grundrechtsschutz der Berufsfreiheit und der Gleichbehandlung sei die fragliche Ausschreibung demgegenüber schon deshalb nicht zu messen, weil auf der Grundlage der „Solange-Rechtsprechung“ des Bundesverfassungsgerichts die Feststellung der - ohnehin nicht gegebenen - Verfassungswidrigkeit des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht in Betracht komme. Darüber hinaus sei eine Verpflichtung zur Durchführung eines Kartellvergabeverfahrens auch landesgesetzlich nicht statuiert, vielmehr eröffne § 14 Abs. 1 HmbRDG gerade die Möglichkeit der Beschränkung des Wettbewerbs auf gemeinnützige Organisationen und in deren Folge die Anwendung der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB. Die gemeinnützigen Hilfsorganisationen bedürften auch des Schutzes vor dem Wettbewerb, da sie im freien Wettbewerb ihr Modell nicht aufrecht erhalten könnten, ihr Beitrag sei aber besonders wichtig für eine bestmögliche Gesundheitsfürsorge und daher schützenswert.

17Lediglich hilfsweise hat die Antragsgegnerin ferner geltend gemacht, dass die der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung zu Grunde liegende Ermessensentscheidung zur Beschränkung des Wettbewerbs auf gemeinnützige Organisationen nicht zu beanstanden sowie auch die in § 14 Abs. 1 Nr. 2 HmbRDG vorgesehene Verzahnung des öffentlichen Rettungsdienstes mit dem Katastrophenschutz sachgerecht und auch am Maßstab der Berufsfreiheit nicht als rechtswidrig zu beurteilen sei. Eine qualitativ hochwertige Leistungserbringung sei nur durch die enge Verbindung zwischen Rettungsdienst und Katastrophenschutz zu gewährleisten. Insoweit müsse das Interesse der Antragstellerin, die nicht über die in § 14 Abs. 1 Nr. 2 HmbRDG genannten Voraussetzungen verfüge, hinter dem öffentlichen Interesse an einem funktionsfähigen System der öffentlichen Sicherheit zurückstehen.

18Mit Beschluss vom 12. Februar 2020 hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen, der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin auferlegt und zugleich die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Beteiligten für notwendig erklärt.

19Zur Begründung ihrer Entscheidung hat die Vergabekammer im Wesentlichen ausgeführt, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wegen des Eingreifens der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB bereits unzulässig sei. § 14 Abs. 1 Satz 1 HmbRDG lasse die von der Antragsgegnerin vorgenommene Beschränkung der Vergabe von Rettungsdienstleistungen auf gemeinnützige Organisationen ausdrücklich zu. Von der Gleichrangigkeit gemeinnütziger und gewerblicher Anbieter sei hiernach gerade nicht auszugehen, es sei vielmehr eher als verfassungswidrig zu beurteilen, sofern landesgesetzliche Regelungen die in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB bundesrechtlich normierte Bereichsausnahme des Vergaberechts durch die Gleichrangigkeit gemeinnütziger und gewerblicher Anbieter unterliefen.

20Die in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB normierte Bereichsausnahme des Vergaberechts stünde auch in Übereinstimmung mit der zu Grunde liegenden Richtlinie 2014/24/EU, der Europäische Gerichtshof habe allein die in § 107 Abs. 1 Nr. 4, Halbsatz 2 GWB enthaltene Bestimmung über die pauschale Anerkennung bundes- oder landesrechtlich zugelassener Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen als europarechtswidrig beanstandet. Dies habe lediglich zur Folge, dass die Gemeinnützigkeit der am Auswahlverfahren beteiligten Organisationen jeweils im Einzelfall nachzuweisen sei.

21Eine Zuständigkeit der Vergabekammer habe sich jenseits der einschlägigen Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB auch nicht aus dem Europäischen Primärrecht ergeben. Der Richtlinienggeber habe mit der Bereichsausnahme ersichtlich den Schutz gemeinnütziger Organisationen im Bereich der Notfalldienste beabsichtigt, auch der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs lasse sich nicht entnehmen, dass dies mit dem Primärrecht unvereinbar und deshalb gleichwohl ein wettbewerbliches Verfahren erforderlich sei.

22Auf die seitens der Antragstellerin angezweifelte Verfassungsmäßigkeit des § 14 HmbRDG komme es demgegenüber nicht an, mangels eines vergaberechtlichen Anknüpfungspunktes obliege die diesbezügliche Prüfung vielmehr allein der Verwaltungsgerichtsbarkeit, ohnehin stehe der Vergabekammer als Teil der Verwaltung aber weder eine Normverwerfungskompetenz noch eine Berechtigung zur Vorlage an die Verfassungsgerichtsbarkeit zu.

23Schließlich sei auch eine kartellrechtliche Prüfung oder ein Verstoß gegen beihilferechtliche Vorschriften mangels vergaberechtlicher Anknüpfung im Verfahren vor der Vergabekammer nicht zu prüfen.

24Gegen diesen ihr am 13. Februar 2020 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin am 25. Februar 2020 sofortige Beschwerde erhoben.

25Bereits zuvor, nämlich am 18. Februar 2020, hatte die Antragsgegnerin im Hinblick auf ein vor dem Verwaltungsgericht Hamburg anhängiges Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bekannt gemacht, dass die Zuschlagserteilung in dem vorliegenden Bieterverfahren bis auf weiteres ausgesetzt werde.

26Die Antragstellerin bringt zur Begründung ihrer sofortigen Beschwerde in Ergänzung ihres Vorbringens vor der Vergabekammer weiterhin vor, dass die Vergabekammer zur sachlichen Entscheidung über ihren Nachprüfungsantrag berufen gewesen sei. Ihre, der Antragstellerin, Argumentation ginge dahin, dass die Regelungen der §§ 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB, 14 HmbRDG europarechtswidrig seien, die richtige Anwendung der Bereichsausnahme gemäß GWB sei aber eine Frage des materiellen Rechts und damit allein

im Rahmen der Begründetheit des Nachprüfungsantrags zu klären. Sie berufe sich im Übrigen auf die gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB bereits mangels ausreichender Bekanntmachung anzunehmende Unwirksamkeit des Auftrags.

27Die Zuständigkeit der Vergabekammer sei vorliegend auch schon deshalb eröffnet, weil § 14 Abs. 1 Satz 4 und Abs. 2 HmbRDG seinerseits von der Anwendung des GWB ausginge, diese Regelungen ergäben aber keinen Sinn, wenn Teil 4 des GWB auf Rettungsdienstleistungen ohnehin nicht anwendbar wäre. Die Zuständigkeit der Vergabekammer folge daneben aber auch unter dem Gesichtspunkt des aufgrund der Binnenmarktrelevanz anwendbaren Primärrechts, dem gegenüber das Sekundärrecht, das seinerseits unter anderem an den Grundfreiheiten zu messen sei, keine Sperrwirkung entfalten könne.

28Sie, die Antragstellerin, sei zur Vermeidung von Präklusionen auch gezwungen gewesen, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten, nachdem sie durch die vergaberechtswidrige Ausschreibung und durch die Zurückweisung ihrer im Verfahren erhobenen Rügen an einer erfolgreichen Teilnahme an der Vergabe gehindert worden sei.

29Für den Fall, dass der Senat der Rechtsauffassung der Vergabekammer folgen sollte und der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen nicht eröffnet sei, werde vorsorglich die Verweisung an das Verwaltungsgericht Hamburg beantragt. Dieser Antrag habe, da es sich bei der Vergabekammer nicht um ein Gericht handele, auch nicht bereits vor der Vergabekammer gestellt werden können.

30In der Sache sei ihr Nachprüfungsantrag auch begründet, weil sich die Antragsgegnerin nicht auf die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB berufen könne. § 14 Abs. 1 Satz 1 HmbRDG beschränke den Bieterkreis gerade nicht ausschließlich auf gemeinnützige Organisationen, was die Verpflichtung zur Durchführung eines unionsrechtskonformen Vergabeverfahrens zur Folge habe. Insoweit fehle es aber bereits an einer ausreichenden europaweiten Bekanntmachung der Ausschreibung. Die landesrechtliche Zulassung auch gewerblicher Leistungserbringer entspreche zugleich den bundesrechtlichen Vorgaben und könne deshalb auch nicht im Einzelfall durch die Antragsgegnerin nach ihrem Ermessen abgewählt werden, eine derartige Wahlmöglichkeit habe der hamburgische Gesetzgeber nicht schaffen können. Es seien hiernach sämtliche Leistungserbringer gleichberechtigt am Verfahren zu beteiligen, die Beschränkungen in § 14 Abs. 1 Satz 2 HmbRDG seien demgegenüber diskriminierend und sowohl europarechts- als auch grundrechtswidrig. Die Beschränkung in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 HmbRDG auf im Hamburgischen Katastrophenschutz zugelassene Organisationen stelle sich gegenüber dem vom Europäischen Gerichtshof für europarechtswidrig befundenen § 107 Abs. 1 Nr. 4, Halbsatz 2 GWB aber als eine sogar noch weitergehende unionsrechtswidrige Beschränkung im Sinne einer faktischen Marktzugangsbeschränkung dar.

31Abweichend von der Vergabekammer sei, so die Antragstellerin weiter, im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens schon gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG eine umfassende Prüfung sowohl der Verfassungswidrigkeit der Regelungen der §§ 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB, 14 HmbRDG als auch der Ermessenausübung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 HmbRDG vorzunehmen. Selbst wenn die Anwendung der Bereichsausnahme gemäß § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB von der Ermessenausübung der Antragsgegnerin abhängig gemacht werden können sollte, so hätte dies unter anderem die Prüfung vorausgesetzt, ob die verwendeten und eingenommenen Mittel von den beauftragten Hilfsorganisationen ordnungsgemäß verwendet worden seien. Es müsse bei der Kostenerstattung nämlich darauf geachtet

werden, dass nicht unter dem Vorwand der Freiwilligentätigkeit tatsächlich ein Erwerbszweck verfolgt werde. Da im Bereich der vorliegend ausgeschriebenen Leistungen ohnehin keine ehrenamtliche Beteiligung erfolge, könne es insoweit aber auch kein Hilfsorganisationenprivileg geben. Es sei allerdings auch nicht belegt, warum die Hilfsorganisationen überhaupt des Schutzes durch die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB bedürften. Eine flächendeckende, effektive und wirtschaftliche Versorgung mit rettungsdienstlichen Leistungen sei ersichtlich auch im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens zu erreichen.

32Der Ausschluss gewerblicher Anbieter sei hiernach sowohl unverhältnismäßig als auch mit dem europäischen Primärrecht, namentlich auch der Grundrechtecharta, nicht zu vereinbaren, dieses könne durch die Regelungen des Sekundärrechts nicht ausgehebelt werden. Auch gemessen am Maßstab des nationalen Verfassungsrechts sei der Ausschluss gewerblicher Anbieter unzulässig, der hiermit verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit setze einerseits die Bedrohung eines gewichtigen Gemeinschaftsguts und andererseits die Erforderlichkeit der in Rede stehenden Regelung zur Abwehr dieser Gefahren voraus. Es sei indes nicht erkennbar, warum eine Versorgung mit Rettungsdienstleistungen nicht durch die gleichrangige Berücksichtigung auch privater Anbieter möglich sei.

33Darüber hinaus hält die Antragstellerin auch am Vorliegen zugleich eines Kartellrechtsverstoßes fest und führt in diesem Zusammenhang aus, dass auch ein nicht unter die Vergaberichtlinie fallender Auftrag ein ermessensfehlerfreies und nichtdiskriminierendes Auswahlverfahren voraussetze. Schließlich rügt die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde auch die Verletzung des Beihilferechts.

34Die Antragstellerin beantragt,

1.1 Der Beschluss der Vergabekammer bei der Finanzbehörde (Az. VgK FB 1/20) vom 12. Februar 2020 wird aufgehoben.

1.2 Der Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin (im Folgenden: Antragsgegnerin) wird untersagt, das Vergabeverfahren durch Zuschlagserteilung abzuschließen.

1.3 Der Antragsgegnerin wird bei Fortbestehen der Vergabeabsicht aufgegeben, ein unionsrechtskonformes Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des erkennenden Gerichts durchzuführen.

1.4 Hilfsweise: Der Senat wirkt unabhängig auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hin (vgl. § 168 Abs. 1 S. 2 GWB).

1.5 Der Senat verlängert gemäß § 173 Abs. 1 S. 3 GWB die aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer und damit das Zuschlagsverbot bis zur Entscheidung über die Beschwerde.

1.6 Hilfsweise für den Fall, dass der Senat über den vorstehenden Verlängerungsantrag nicht bis zum Ablauf der Frist des § 173 Abs. 1 S. 2 GWB zu entscheiden vermag: Der Senat verlängert die aufschiebende Wirkung zunächst vorläufig bis zur Entscheidung über den Antrag nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB.

1.7 Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

1.8 Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten. Die Hinzuziehung eines Prozessbevollmächtigten durch die Antragstellerin vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.

sowie zum Rechtsweg,

2.1 Der Vergabesenat entscheidet gem. § 17 a Abs. 3 S. 2 GVG ohne mündliche Verhandlung gem. § 17 a Abs. 4 S. 1 GVG vorab über die Zulässigkeit des Rechtsweges durch begründeten schriftlichen Beschluss gem. § 17 a Abs. 4 S. 2 GVG.

352.2 Es wird beantragt,

die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof nach § 17 a Abs. 4 S. 4 GVG zuzulassen.

2.3 Hilfsweise und vorsorglich für den Fall, dass der Senat der Auffassung der Vergabekammer über die Unzulässigkeit folgen sollte: Der Senat verweist den Rechtsstreit unter Aufhebung des Beschlusses der Vergabekammer gemäß § 17 a Abs. 2 GVG an das zuständige Verwaltungsgericht Hamburg, höchsthilfsweise an das zuständige Landgericht Hamburg.

36Die Antragsgegnerin beantragt,

1.Die Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer vom 12.02.2020 (Az.: VgK FB 1/20) wird zurückgewiesen.

2.Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen außergerichtlichen Auslagen der Antragsgegnerin.

37Sie hält den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin unverändert für unzulässig, da wegen der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen nicht eröffnet und für das vorliegende Auswahlverfahren dementsprechend allein die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit begründet sei. Gemeinnützige Organisationen im Sinne dieser Bereichsausnahme seien auf der Grundlage der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs solche Organisationen, die keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgten und nicht erwerbswirtschaftlich tätig seien, deren Ziel in der Erfüllung sozialer Aufgaben bestehe und die etwaige Gewinne reinvestierten. Die dem § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB sachlich unterfallenden ausgeschriebenen Dienstleistungen würden auch im Sinne dieser Bereichsausnahme von gemeinnützigen Organisationen erbracht, dies sei bereits dann der Fall, wenn sichergestellt sei bzw. sichergestellt werden könne, dass die Leistungen ausschließlich durch derartige Organisationen erbracht würden. Dies sei aufgrund der Regelung in § 14 Abs. 1 Satz 2 HmbRDG bei der vorliegenden Ausschreibung indes gewährleistet, den Bietern sei auch, was als solches unstreitig ist, ein expliziter Nachweis ihrer Gemeinnützigkeit auferlegt worden, wobei in diesem Zusammenhang die Anerkennung gemäß § 52 AO ausreichend sei.

38Aufgrund des Eingreifens der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB sei eine inhaltliche Nachprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen ausgeschlossen. Eine Verpflichtung zur Durchführung eines förmlichen Kartellvergabeverfahrens folge daneben auch nicht aus dem Primär- oder Verfassungsrecht. Dies wäre allenfalls dann zu erwägen, wenn im Sekundärrecht eine Regelungslücke vorläge, was im Hinblick auf die dem § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB zu Grunde liegende Richtlinie 2014/24/EU indes gerade nicht der Fall sei. Deren Schutzwirkung zu Gunsten gemeinnütziger Organisationen würde gerade ausgehebelt, wenn gleichwohl eine primärrechtliche Verpflichtung zur Durchführung eines Vergabeverfahrens bestünde. Daneben sei auch nicht aufgrund der grundgesetzlichen Grundrechtsgewährleistung von einer Verpflichtung zur Durchführung eines Vergabeverfahrens auszugehen, die insbesondere weder aus dem Schutz der Berufsfreiheit noch aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz abzuleiten sei.

39 Ebenso wenig sehe das hamburgische Landesrecht eine entsprechende Verpflichtung vor, vielmehr statuiere § 14 Abs. 1 HmbRDG gerade ein der Ermessensausübung der zuständigen Behörde unterliegendes Wahlrecht dahingehend, ob die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB in Anspruch genommen werde. Diese Regelung sei sowohl europäisch als auch verfassungsrechtskonform, und zwar auch hinsichtlich der Beschränkung auf zugleich im Katastrophenschutz anerkannte Organisationen. Selbst wenn diese Regelung überhaupt am Maßstab der Berufsfreiheit zu messen sein sollte, so sei sie gleichwohl verfassungsgemäß. Sie diene mit dem Schutz der im Katastrophenschutz tätigen Organisationen nämlich deshalb einem wichtigen Gemeinschaftsgut, weil gerade Leistungen des Katastrophenschutzes nur dann zu gemeinverträglichen Kosten sichergestellt werden könnten, sofern vermehrt entsprechend geübtes ehrenamtliches Personal gemeinnütziger Organisationen zum Einsatz komme. Es könne nur derjenige Leistungserbringer die Leistungen des Katastrophenschutzes zu wirtschaftlichen Kosten erbringen, dem durch die Besetzung des Regelbedarfs in der öffentlichen Notfallrettung eine Kreuzverwendung von Material, Personal und Overhead möglich sei. Eine qualitativ hochwertige Leistung setze zudem aber auch den Austausch zwischen Regelrettungsdienst und Katastrophenschutz voraus.

40 Daneben setze diese Norm ferner die Ermessensausübung der zuständigen Behörde im Einzelfall voraus und sei deshalb auch verhältnismäßig. Dieses ihr zustehende Ermessen sei vorliegend auch rechtmäßig ausgeübt worden.

41 Auf die gemäß §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 bis 3 GWB zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den angefochtenen Beschluss der Vergabekammer ist gemäß § 17 a Abs. 2 Satz 1 GVG die Unzulässigkeit des Rechtswegs zu den Vergabenachprüfungsinstanzen auszusprechen und das Verfahren an das Verwaltungsgericht Hamburg zu verweisen.

42 1. Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist nicht gegeben. Die verfahrensgegenständliche Ausschreibung der Antragsgegnerin fällt unter die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB, unterliegt damit insgesamt nicht dem Teil 4 des GWB und mithin auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht den Regelungen der §§ 155 ff. GWB.

43a) Es steht zwischen den Beteiligten nicht im Streit, dass die in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung genannten Rettungsdienstleistungen unter die in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB genannten Referenznummern des Common Procurement Vocabulary fallen und mithin der tatbestandliche Anwendungsbereich dieser Bereichsausnahme von dem Kartellvergaberecht des Teils 4 des GWB insofern eröffnet ist.

44 Die in Rede stehenden Rettungsdienstleistungen werden auf der Grundlage der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung auch im Sinne des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB bzw. des insoweit gleichlautenden Art. 10 Buchst. h) der Richtlinie 2014/24/EU „von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht“. Dies gilt im Übrigen nicht nur dann, wenn allein darauf abgestellt würde, dass auf der Grundlage der Ausschreibung der Antragsgegnerin lediglich eine Auftragsvergabe ausschließlich an gemeinnützige Organisationen in Betracht kommt, sondern sogar dann, wenn mit der Rechtsauffassung der Antragstellerin zusätzlich darauf abzustellen sein sollte, dass auch bislang entsprechende Rettungsdienstleistungen ausschließlich von gemeinnützigen Organisationen erbracht werden. Insofern gilt nämlich für das Rettungsdienstwesen in Hamburg, dass mit der Antragstellerin und den weiteren vier Beteiligten aus den Reihen des Deutschen Roten

Kreuzes, des Arbeiter-Samariter-Bundes, des Malteser Hilfsdienstes und der Johanniter-Unfall-Hilfe bereits gegenwärtig nur gemeinnützige Organisationen an der Notfallrettung im öffentlichen Rettungsdienst beteiligt sind.

45b) Der Anwendung der hiernach tatbestandlich vorliegenden Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB auf die verfahrensgegenständliche Ausschreibung mit der Rechtsfolge unter anderem des Ausschlusses des Rechtswegs zu den Vergabenachprüfungsinstanzen steht entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch nicht die vermeintliche Europarechtswidrigkeit der Regelung des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB entgegen.

46 Insoweit gilt zwar, dass der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 21. März 2019 (- C-465/17 -, NZBau 2019, 314 ff., juris Rn. 56, 61) die Unvereinbarkeit des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB mit der dieser nationalen Gesetzgebung zu Grunde liegenden Richtlinie 2014/24/EU insofern festgestellt hat, als es den in § 107 Abs. 1 Nr. 4, Halbsatz 2 GWB gesetzlich vorgesehenen Schluss von der bundes- oder landesrechtlich erfolgten Anerkennung als Zivil- oder Katastrophenschutzorganisation auf die Gemeinnützigkeit im Sinne des Art. 10 Buchst. h) der Richtlinie betrifft. Gleichwohl hat der Europäische Gerichtshof es in dieser Entscheidung aber ausdrücklich der Beurteilung durch die nationalen Gerichte überlassen, ob der als richtlinienwidrig beurteilte Verweis auf die bloße Anerkennung als Zivil- oder Katastrophenschutzorganisation im Einklang mit der Richtlinie ausgelegt werden könne (a.a.O., Rn. 58). Der seitens des Europäischen Gerichtshofs in diesem Zusammenhang erfolgte Hinweis auf den Prüfungsmaßstab des § 52 AO und die Kriterien unter anderem der dauerhaft selbstlosen Förderung der Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet (a.a.O., Rn. 57, 59, 61) lässt lediglich den Schluss zu, dass gegen die Anwendbarkeit des § 107 Abs. 1 Nr. 4, Halbsatz 1 GWB, der sich, wie erwähnt, insoweit in der wörtlichen Wiederholung des Richtlinienwortlauts erschöpft, demgegenüber gerade keine Bedenken bestehen.

47c) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin kommt, ungeachtet des Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen der in Rede stehenden Bereichsausnahme, eine Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß Teil 4 des GWB, unter Einschluss der hierdurch begründeten Zuständigkeit der Vergabenachprüfungsinstanzen, auch nicht auf der Grundlage des europäischen Primärrechts in Betracht. Der vorstehend in Bezug genommenen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, die sich in der Konturierung der in Art. 10 Buchst. h) der Richtlinie 2014/24/EU, § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB niedergelegten Ausnahme von der Anwendbarkeit des Vergaberechts erschöpft, lässt sich nach Auffassung des Senats schlechterdings nichts dafür entnehmen, dass der Europäische Gerichtshof die Durchführung eines richtlinienkonformen Vergabeverfahrens in jedem Fall auch schon aufgrund des europäischen Primärrechts für geboten hielte.

48d) Schließlich steht es der Anwendbarkeit der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB auf die verfahrensgegenständliche Ausschreibung auch nicht entgegen, dass durch die Regelung in § 14 Abs. 1 Satz 1 HmbRDG die Erbringung von Leistungen des öffentlichen Rettungsdienstes grundsätzlich auch durch Private und mithin auch durch gewerbliche Anbieter ermöglicht worden ist. Diese Regelung schließt die in § 14 Abs. 1 Satz 2 HmbRDG ausdrücklich vorgesehene und, wie die Antragstellerin unter Verweis auf die Gesetzesbegründung (Drucks. 21/16376, S. 44) selbst zutreffend ausführt, vom Gesetzgeber unter expliziter Bezugnahme auf die Regelung des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB

bewusst offen gehaltene Möglichkeit zur Beschränkung des Wettbewerbs auf gemeinnützige Organisationen nämlich nicht aus.

49Es bedarf insoweit nicht der Beantwortung der durch die Vergabekammer in dem angefochtenen Beschluss angerissenen Rechtsfrage, ob die Landesgesetzgeber in Ansehung der bundesgesetzlichen Regelung des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB überhaupt dazu in der Lage sind, die hierin normierte Bereichsausnahme dadurch zu unterlaufen, dass die dort genannten Dienstleistungen von vornherein nicht auf gemeinnützige Organisationen beschränkt, sondern unterschiedslos auch für gewerbliche Anbieter geöffnet werden. Jedenfalls ist nichts dafür ersichtlich, dass der hamburgische Landesgesetzgeber dieser europarechtlich und bundesgesetzlich eröffneten Bereichsausnahme mit der Regelung des § 14 Abs. 1 Sätze 1 und 2 HmbRDG nicht einen substantziellen Anwendungsbereich hat erhalten können.

50Dem stehen insbesondere die von der Antragstellerin für ihre gegenteilige Rechtsauffassung herangezogenen Entscheidungen der Oberlandesgerichte Celle (Beschl. v. 25. Juni 2019 - Verg 4/19 -, NZBau 2020, 57 ff., juris Rn. 18 f.) und München (Beschl. v. 21. Oktober 2019 - Verg 13/19 -, VergabeR 2020, 42 ff., juris Rn. 40 ff.) nicht entgegen. Soweit die insoweit zur Entscheidung berufenen Vergabesenate für das niedersächsische und das bayerische Landesrecht davon ausgegangen sind, dass die dortigen Rettungsdienstgesetze (§ 5 Abs. 1 NRettDG, Art. 13 Abs. 1 BayRDG) keine Beschränkungen auf gemeinnützige Organisationen, sondern vielmehr einen Gleichrang gemeinnütziger und gewerblicher Anbieter vorsehen, entspricht dies nach Auffassung des vorliegend zur Entscheidung berufenen Senats gerade nicht der Rechtslage in Hamburg. Nach der insoweit maßgeblichen Gesetzeslage bedarf es vielmehr der Ermessensausübung der zuständigen Behörde im Einzelfall, ob eine Ausschreibung auf gemeinnützige Organisationen beschränkt und hierdurch zugleich das Vergabeverfahren gemäß Teil 4 des GWB dispensiert wird oder aber ein förmliches Vergabeverfahren unter Einschluss privater Anbieter, auf das die hier diskutierte Bereichsausnahme sodann folgerichtig nicht angewendet werden kann, durchzuführen ist. Gegen eine derartige Gesetzesregelung bestehen gemessen am Maßstab des Art. 10 Buchst. h) der Richtlinie 2014/24/EU, § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB keine durchgreifenden Bedenken.

51Konkurrierende Bewerber außerhalb des in § 14 Abs. 1 Satz 2 HmbRDG genannten Kreises potenzieller Leistungserbringer sind hierdurch auch ersichtlich nicht rechtlos gestellt, da die Ausübung des hiernach eröffneten behördlichen Ermessens zwar nicht mehr durch die Vergabenachprüfungsinstanzen, stattdessen aber im Verwaltungsrechtsweg überprüft werden kann. Insofern ist aber auch vorliegend die Frage, ob der Beschränkung der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung auf gemeinnützige Organisationen eine rechtmäßige Ermessensausübung der zuständigen Behörde vorausgegangen ist, für die Frage, ob die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB tatbestandlich eingreift, ohne Bedeutung. Selbst wenn hiervon nicht auszugehen sein sollte, so vermöchte dies doch nichts daran zu ändern, dass die Ausschreibung gleichwohl nur an entsprechende Organisationen adressiert und insofern von der Vergaberichtlinie und den Bestimmungen des Teils 4 des GWB ausgenommen und insofern auch eine Sachentscheidungsbefugnis der Vergabenachprüfungsinstanzen nicht eröffnet ist.

52Auch der von der Antragstellerin in diesem Zusammenhang aus den Regelungen des § 14 Abs. 1 Satz 4 und Abs. 2 HmbRDG bemühten Argumentation vermag mit Blick auf die Regelungsintentionen des hamburgischen Landesgesetzgebers gleichfalls keine

maßgebliche Bedeutung mehr zuzukommen. Insoweit gilt vielmehr, dass für den Fall, dass von der in § 14 Abs. 1 Satz 2 HmbRDG vorgesehenen Beschränkungsmöglichkeit auf gemeinnützige Organisationen gerade kein Gebrauch gemacht wird, Teil 4 des GWB ohne weiteres zur Anwendung gelangt und dementsprechend unter anderem auch der Verweis auf §§ 123 f. GWB seine (deklaratorische) Bedeutung behält.

532. Aufgrund der Unzulässigkeit des von der Antragstellerin zu den Vergabenachprüfungsinstanzen beschrittenen Rechtswegs ist das Verfahren in den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten zu verweisen,

54a) Es entspricht insoweit der mittlerweile allgemeinen Ansicht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschl. v. 23. Januar 2012 - X ZB 5/11 -, NZBau 2012, 248 ff., juris Rn. 24) und der Vergabesenate (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19. Dezember 2018 - Verg 40/18 -, NZBau 2019, 332 ff., juris Rn. 87 f.; 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 § 17 a Abs. 2 Satz 1 GVG die Verweisung von den Vergabesenaten in den Rechtsweg zu den öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten möglich und geboten ist, sofern der Antragsteller sein Rechtsschutzziel im anderen Rechtsweg weiterverfolgen will und kann (vgl. hierzu BGH, Beschl. v. 10. Dezember 2019 - XIII ZB 119/19 -, juris Rn. 18).

55Das vorliegende Verfahren ist hiernach an das Verwaltungsgericht Hamburg zu verweisen. Die beabsichtigte Vergabe der Rettungsdienstleistungen durch Beauftragung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 HmbRDG bzw. durch öffentlich-rechtlichen Vertrag (§§ 54 ff. HmbVwVfG) verdeutlicht, dass es sich vorliegend um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO handelt (vgl. OLG Celle, a.a.O., Rn. 22; OLG München, a.a.O., Rn. 38 f.).

56Die Antragstellerin hat durch ihren bereits mit der Beschwerdeschrift hilfsweise formulierten Antrag auf Verweisung des Verfahrens an das Verwaltungsgericht Hamburg auch zu erkennen gegeben, dass sie ihr Rechtsschutzziel für den Fall der fehlenden Zuständigkeit der Vergabenachprüfungsinstanzen vor den Verwaltungsgerichten weiterverfolgen wird. An der Möglichkeit, vor den Verwaltungsgerichten effektiven und ggf. auch einstweiligen Rechtsschutz zu erlangen, besteht kein Zweifel.

57Die anstelle der Verweisung des Verfahrens mangels Statthaftigkeit des Rechtswegs zu den Vergabenachprüfungsinstanzen allein in Betracht kommende Zurückweisung der sofortigen Beschwerde durch den Senat vermag dem Rechtsschutzziel der Antragstellerin ersichtlich nicht besser Rechnung zu tragen.

58b) Für eine Aufhebung des nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen rechtmäßig ergangenen Beschlusses der Vergabekammer, einschließlich der dort getroffenen Nebenentscheidungen, durch den Senat besteht keine Veranlassung.

59Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat die Antragstellerin im Übrigen auch schon nach dem Rechtsgedanken des § 17 b Abs. 2 Satz 2 GVG zu tragen (vgl. BGH, Beschl. v. 23. Januar 2012, a.a.O., Rn. 26). Eine Entscheidung über die Kosten des Verfahrens vor dem Senat ist gemäß § 17 b Abs. 2 Satz 1 GVG nicht veranlasst.

603. Die Voraussetzungen des § 17 a Abs. 4 Satz 5 GVG für die Zulassung der Beschwerde an den Bundesgerichtshof sind nicht gegeben.

61a) Eine Divergenz zu einer Entscheidung eines obersten Gerichtshofs des Bundes oder des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes liegt nicht vor.

62b) Der Rechtsfrage kommt aber auch keine grundsätzliche Bedeutung zu.

63Eine Rechtssache hat dann grundsätzliche Bedeutung, wenn eine klärungsbedürftige Frage zu entscheiden ist, deren Auftreten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu erwarten ist und die deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an einheitlicher Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt (BGH, Beschl. v. 4. Juli 2002 - V ZB 16/02 -, BGHZ 151, 221 ff., juris Rn. 4).

64Insoweit gilt, dass der Senat die grundsätzliche Frage der Anwendbarkeit der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB und deren Vereinbarkeit mit dem europäischen Recht durch das bereits vorstehend in Bezug genommene Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 21. März 2019 für höchstrichterlich geklärt erachtet. Die Beurteilung des konkreten Eingreifens der in Rede stehenden Bereichsausnahme auf die verfahrensgegenständliche Ausschreibung unterliegt demgegenüber der tatrichterlichen Würdigung durch den Senat.

65Eine über den Gerichtsbezirk des Hanseatischen Oberlandesgerichts hinausgehende Klärungsbedürftigkeit des Regelungszusammenhangs des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB mit § 14 Abs. 1 Sätze 1 und 2 HmbRDG besteht schließlich schon mit Blick auf die Vielfalt der landesgesetzlichen Regelungen des Rettungsdienstwesens nicht.

Zitiervorschlag:

OLG Hamburg Beschl. v. 16.4.2020 – 1 Verg 2/20, BeckRS 2020, 7323