

<b>Anmerkung zu:</b>	Vergabekammer Münster, Beschluss vom 15.02.2017 - VK 1 - 51/16
<b>Autoren:</b>	Dr. Pascal Friton, LL.M., RA, Dr. Florian Wolf, RA
<b>Erscheinungsdatum:</b>	10.10.2017
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 107 GWB, § 130 GWB, § 64 VgV 2016, 12016E049, 12016E056 ... mehr
<b>Fundstelle:</b>	jurisPR-VergR 10/2017 Anm. 5
<b>Herausgeber:</b>	Dr. Lutz Horn, RA
<b>Zitiervorschlag:</b>	Friton/Wolf, jurisPR-VergR 10/2017 Anm. 5

---

## Vergabe von qualifizierten Krankentransporten

### Leitsatz

**Die Bereichsausnahme des 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB ist auf qualifizierte Krankentransportfahrten nicht anwendbar.**

#### A. Problemstellung

Die VK Münster hatte in ihrem hier besprochenen Beschluss im Wesentlichen die Frage zu beantworten, ob der sog. qualifizierte Krankentransport von der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB erfasst wird. Diese Vorschrift war im Zuge der Vergaberechtsreform 2016 neu geschaffen worden, nimmt bestimmte Dienstleistungen vom Anwendungsbereich des GWB aus und ist in ihrer Reichweite umstritten. Unter qualifizierten Krankentransporten versteht man den Transport von hilfsbedürftigen Personen, die zwar keine Notfallpatienten sind, aber während des Transports einer medizinisch fachlichen Betreuung durch nichtärztliches medizinisches Fachpersonal oder der besonderen Einrichtungen des Krankenkraftwagens bedürfen. Der qualifizierte Krankentransport ist – neben der Notfallrettung – als Teil des Rettungsdienstes in den Rettungsdienstgesetzen der Länder geregelt.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Entscheidung liegt ein Streit zwischen einer nordrhein-westfälischen Stadt als gesetzlicher Trägerin des Rettungsdienstes und gewerblich tätigen Anbietern von Rettungsdienst- und Krankentransportdienstleistungen zugrunde. Die Stadt beabsichtigte, die ihr nach dem nordrhein-westfälischen Rettungsdienstgesetz zugewiesene Erbringung des Rettungsdienstes im Bereich des qualifizierten Krankentransports an dritte Leistungserbringer zu übertragen. Zu diesem Zweck forderte sie drei in ihrem Kreisgebiet tätige Hilfsorganisationen zur Abgabe von Angeboten auf. Eine unionsweite Ausschreibung hielt sie rechtlich nicht für erforderlich, da nach ihrer Ansicht die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB eingreife und die Vorschriften des GWB daher keine Anwendung fänden.

Die gewerblich tätigen Antragsteller erlangten Kenntnis von der beabsichtigten Vergabe des qualifizierten Krankentransports und bekundeten in der Folge bei der Auftraggeberin ihr Interesse am Auftrag. Nach erfolgloser Rüge der geplanten Direktvergabe stellten sie schließlich Nachprüfungs-

antrag. Die Antragsteller sind der Auffassung, dass die Antragsgegnerin verpflichtet sei, den Einsatz von Krankenwagen zur Patientenförderung unionsweit auszuschreiben. Die Bereichsausnahme greife für den qualifizierten Krankentransport nicht ein.

Die VK Münster folgt im Ergebnis dieser Auffassung. Die Vergabekammer arbeitet zunächst den Maßstab heraus, nach dem sie die Regelung in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB auslegt und weist darauf hin, dass diese Auslegung unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Vergaberechts zu erfolgen hat. Als maßgeblichen Anknüpfungspunkt für die Auslegung der Vorschrift nennt die VK Münster den in der Regelung zum Ausdruck kommenden objektivierten Willen des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut und dem Sinnzusammenhang der Vorschrift ergibt. Demgegenüber sei die subjektive Vorstellung von der Bedeutung einer Regelung, die ggf. am Gesetzgebungsverfahren beteiligte Organe oder einzelner ihrer Mitglieder hätten, für die Auslegung nicht entscheidend.

Ausgehend von diesen Maßstäben legt die VK Münster zunächst das Tatbestandsmerkmal „Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr“ aus. Der Begriff der Gefahrenabwehr sei dabei im Kontext des Katastrophen- und Zivilschutzes zu verstehen. Die Gefahrenabwehr müsse einen vergleichbaren Notfall wie einen Katastrophen- oder Zivilschutzfall betreffen. Andernfalls sei bei einer sehr weiten Auslegung des Begriffs der Gefahrenabwehr die Nennung von Katastrophen- und Zivilschutz in der Vorschrift überflüssig. Erste Voraussetzung der Bereichsausnahme sei daher das Vorliegen eines außergewöhnlichen (Groß-)Schadensereignisses, das mit einer Katastrophe vergleichbar ist. Ein außergewöhnliches Schadensereignis – und damit eine Dienstleistung der Gefahrenabwehr – liege bei Dienstleistungen des qualifizierten Krankentransports, die die Antragsgegnerin zu vergeben plane, nicht vor. Damit sei bereits das erste Tatbestandsmerkmal des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB schon nicht erfüllt.

Ferner macht die VK Münster deutlich, dass das nationale Verständnis des Begriffs „Gefahrenabwehr“, wie er in den Rettungsdienstgesetzen oder den Polizei- und Ordnungsgesetzen der Länder Verwendung findet, für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Gefahrenabwehr“ in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht maßgeblich sei. Das Tatbestandsmerkmal „Gefahrenabwehr“ könne nicht durch ein anderes Gesetz definiert werden, „damit der Anwendungsbereich des GWB und der europäischen Richtlinie so ausgestaltet wird, wie der nationale Gesetzgeber sich das vorstellt“.

Die Vergabekammer führt zudem aus, dass auch der Wortlaut des Art. 10 Buchst. h der RL 2014/24/EU sowie Erwägungsgrund 28 dieser Richtlinie das Ergebnis bestätigten, dass insbesondere nicht die alltäglichen qualifizierten Krankentransporte unter die Bereichsausnahme fallen. Denn diese verdeutlichten, dass es sich um eine Ausnahmevorschrift handle, die nicht über das notwendigste Maß hinaus ausgeweitet werden soll. Auch werde in Erwägungsgrund 28 der Notfallcharakter der vom Vergaberecht ausgenommenen Leistungen besonders betont. Folgerichtig bestimme auch § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB, dass der Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung nicht unter die Bereichsausnahme falle.

Im Anschluss führt die VK Münster aus, dass die Frage, ob die zu vergebende Dienstleistung unter eine der genannten CPV-Referenznummern fällt, erst als zweite Tatbestandsvoraussetzung relevant sei. Zwar erfasse § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB den Einsatz von Krankenwagen unter der CPV-Referenznummer 85143000-3. Die beiden Voraussetzungen müssten jedoch kumulativ vorliegen. Einsätze von Krankenwagen nach CPV-Referenznummer 85143000-3 seien nur dann ausschreibungsfrei, wenn auch ein außergewöhnliches Schadensereignis vorliege. Wenn hingegen eine solche Extremsituation nicht feststellbar sei, greife die Ausnahmevorschrift nicht.

Die VK Münster musste sich danach nicht mehr mit der dritten Voraussetzung – Erbringung der Dienstleistung durch eine gemeinnützige Organisation oder Vereinigung – auseinandersetzen.

Sie führt aber aus, dass ihrer Entscheidung die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen C-113/13 (Spezzino) und C-50/14 (CASTA) nicht entgegenstehe. Insbesondere stellt die Vergabekammer klar, dass bei einer Vergabe, die lediglich den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung nach Art. 49 und 56 AEUV unterfällt, eine ausschreibungsfreier Rückgriff auf Freiwilligenorganisationen nur für den Fall erlaubt sei, dass diese tatsächlich im Sinne einer haushaltsrechtlichen Effizienz den Staat im Bereich der Gesundheitsfürsorge uneigennützig unterstützen. Das würde aber voraussetzen, dass sie keine anderen Tätigkeiten erbringen oder mit ihren Leistungen Gewinne erzielen. Für die in Deutschland tätigen Organisationen würde dies bedeuten, dass diese die im Rettungsdienst vereinnahmten Mittel deckungsgleich wiedereinsetzen, also keine anderen Tätigkeitsfelder im Wege einer Quersubventionierung finanzieren. Das sei, so die VK Münster, von den nationalen Gerichten zu prüfen, was durch die Offenlegung der Geschäftsberichte der betroffenen Organisationen ermöglicht werde.

### **C. Kontext der Entscheidung**

Die Entscheidung der VK Münster steht neben weiteren jüngeren Entscheidungen, die sich mit der Anwendbarkeit des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB auf Regel-Rettungsdienstleistungen im Sinne der Landesrettungsdienstgesetze befassen, die eine der derzeit meistdiskutierten Fragen des Vergaberecht darstellt. Zentrale Aussage der Vergabekammer in ihrer Entscheidung ist, dass das Tatbestandsmerkmal der Gefahrenabwehr bei einer Auslegung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts dahingehend verstanden werden muss, dass die unter Anwendung der Bereichsausnahme vergebenen Dienstleistungen im Rahmen eines außergewöhnlichen Schadensereignisses, also eines Extremereignisses, erbracht werden müssen.

Damit steht die Entscheidung im Widerspruch zum Beschluss der VK Rheinland (Spruchkörper Düsseldorf) vom 19.08.2016 (VK D-14/2016-L). In dieser Entscheidung hatte die VK Rheinland die Auffassung vertreten, die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB sei bereits anwendbar, wenn die vergebenen Rettungsdienstleistungen im Zusammenhang mit alltäglichen Notfällen begrenzten Ausmaßes erbracht würden. Die VK Rheinland argumentierte ergebnisbezogen, dass andernfalls Rettungsdienst und qualifizierter Krankentransport nicht von der Bereichsausnahme erfasst seien, was – so die VK Rheinland – der gesetzgeberischen Intention widerspreche. Die VK Münster legt im Widerspruch dazu zunächst den § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB unter Beachtung des Unionsrechts ergebnisoffen aus und kommt zu dem Ergebnis, dass es grundsätzlich eines extremen Schadensereignisses bedürfe. Ein solches sei bei alltäglichen Krankentransporten aber gerade nicht gegeben. Zudem ist die VK Münster – anders als die VK Rheinland – nicht der Auffassung, der Richtliniengeber habe in jedem Fall die Notfallrettung und den qualifizierten Krankentransport (im Sinne der deutschen Landesrettungsdienstgesetze) erfassen wollen. Vielmehr folge aus Erwägungsgrund 28 der Richtlinie, dass der Anwendungsbereich der Bereichsausnahme nur auf das notwendigste Maß beschränkt sein solle.

Gegen die Entscheidung der VK Rheinland sind die dortigen Antragsteller mit der sofortigen Beschwerde vorgegangen. Das OLG Düsseldorf hat in diesem Fall angekündigt, die entscheidungserheblichen Fragen zur Auslegung des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Der von der VK Rheinland zu entscheidende Sachverhalt war ferner Gegenstand einer Parallel-Entscheidung des VG Düsseldorf (Beschl. v. 15.09.2016 - 7 L 2411/16). Eine Hilfsorganisation, die bei der unter Anwendung der Bereichsausnahme vorgenommenen Vergabe von Rettungsdienstleistungen nicht bezuschlagt worden war, hatte vor dem Verwaltungsgericht Rechtsschutz begehrt. Das Verwaltungsgericht bejahte seine Zuständigkeit, da wegen des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB keine abdrängende Sonderzuweisung zu den Vergabekammern gegeben sei. Das Verwaltungsgericht legte das Tatbestandsmerkmal der „Gefahrenabwehr“ ausdrücklich nach dem traditionellen

nationalen Verständnis dieses Rechtsbegriffs aus, um die Einheit der (deutschen) Rechtsordnung zu wahren. Ein unionsrechtliches Begriffsverständnis legte das Gericht seiner Auslegung nicht zugrunde. Diesem Ansatz hat das OLG Düsseldorf im Parallelverfahren mit seiner Entscheidung zur Vorlage der Sache an den EuGH eine klare Absage erteilt.

Eine weitere Entscheidung zur Anwendbarkeit der Bereichsausnahme traf jüngst die Vergabekammer München zu einer Rettungsdienstleistungskonzession (Beschl. v. 14.02.2017 - Z3-3-3194-1-54-12/16). In dem dort zu entscheidenden Fall hatte ein Träger des Rettungsdienstes unter Berufung auf die Bereichsausnahme zwar kein Vergabeverfahren zur Vergabe der Rettungsdienstleistungen nach dem GWB durchgeführt. Er führte aber stattdessen ein wettbewerbliches Verfahren durch, an dem er auch einen gewerblichen Anbieter von Rettungsdienstleistungen beteiligte. Die VK München entschied, dass die Bereichsausnahme nicht eingreife, wenn das Vergabeverfahren gleichermaßen für Hilfsorganisationen als auch für private Unternehmen geöffnet sei, da damit die streitgegenständlichen Dienstleistungen nicht i.S.v. § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen „erbracht“ würden.

Eine Besonderheit der hier besprochenen Entscheidung der VK Münster war zudem, dass der Träger des Rettungsdienstes ausschließlich Leistungen des qualifizierten Krankentransports zu vergeben beabsichtigte, nicht aber Leistungen der Notfallrettung. Die VK Münster hatte daher nicht zu prüfen, ob die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB auch keine Anwendung auf die Notfallrettung oder gemischte Verträge aus beiden Dienstleistungen findet. Die VK Rheinland hatte zuvor zu einem gemischten Vertrag die Auffassung vertreten, dass jedenfalls die Notfallrettung unter die Bereichsausnahme falle.

VK Münster hatte in der besprochenen Entscheidung auch nicht zu entscheiden, ob die in Deutschland tätigen Hilfsorganisationen, an die der streitige Auftrag vergeben werden sollte, gemeinnützige Organisationen i.S.d. § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB sind. Die Frage, ob die deutschen Hilfsorganisationen „gemeinnützige Organisationen“ i.S.v. § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB und Art. 10 Buchst. h der RL 2014/24/EU sind, ist stark umstritten. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Frage zwar grundsätzlich bejaht, indem er in § 107 Abs. 1 Nr. 4 HS. 2 GWB auf die Zivil- und Katastrophenschutzgesetze von Bund und Ländern verweist, in denen die größten in Deutschland im Rettungsdienst tätigen Hilfsorganisationen genannt sind. Die herrschende Literaturansicht äußert allerdings zum Teil erhebliche Zweifel daran, dass diese Hilfsorganisationen auch die Anforderungen erfüllen, die der EuGH in seinen Entscheidungen Spezzino und CASTA an echte Freiwilligenorganisationen gestellt hat, an die Rettungsdienstaufträge direkt vergeben werden (vgl. Prieß/Simonis, NZBau 2015, 731, 733; Prieß, NZBau 2015, 343, 346 f.; Amelung/Janson, NZBau 2016, 23, 26; Burgi, VergabeR 2016, 261, 265; Burgi, Vergaberecht, 2016, § 15 Rn. 13; Gurlit in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 107 Rn. 36; Meister/Terbrack in: BeckOK-Vergaberecht, 3. Ed. § 107 Rn. 38 f.; Esch, VergabeR 2017, 131, 135 f.; a.A: Jaeger, ZWeR 2016, 205 ff.; Ruthig, NZBau 2016, 3, 5 ff.; Risch, KommJur 2017, 129, 130 ff.).

Auch die VK Münster stellt im besprochenen Beschluss fest, dass es für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmal „gemeinnützige Organisation“ jedenfalls nach der Rechtsprechung des EuGH nicht ausreichend ist, dass eine Anerkennung nach den nationalen Zivil- und Katastrophenschutzgesetzen vorliegt. Die Vergabekammer gibt aber Hinweise darauf, unter welchen Voraussetzungen die Hilfsorganisationen die unionsrechtlichen Anforderungen an eine gemeinnützige Organisation erfüllen. Dazu zählt zum einen der Charakter als echte Freiwilligenorganisation und zum anderen die Erfüllung des Äquivalenzprinzips, also eine fehlende Gewinnerzielung. Die Prüfung durch die nationalen Gerichte, ob diese Anforderungen erfüllt seien, könne durch die Offenlegung der Geschäftsberichte der betroffenen Organisationen ermöglicht werden. Die bloße Nennung der Hilfsorganisationen in deutschen Zivil- und Katastrophenschutzgesetzen reiche jedenfalls nach

der Rechtsprechung des EuGH nicht aus. Im Ergebnis hatte die VK Münster nicht zu entscheiden, ob die in Deutschland im Rettungsdienst tätigen Hilfsorganisationen „gemeinnützige Organisationen“ i.S.d. § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB sind, weil die Vergabekammer mangels Vorliegen eines extremen, außergewöhnlichen Schadensereignisses bereits verneinte, dass das Tatbestandsmerkmal „Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr“ erfüllt ist.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Der Anwendungsbereich der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB bleibt trotz des Beschlusses der VK Münster weiterhin ungeklärt. Insbesondere hatte die Vergabekammer nicht über eine Fallgestaltung zu entscheiden, in der (auch) Leistungen der Notfallrettung ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Vorschriften des GWB vergeben werden sollten. Bis zu einer Klärung durch den EuGH und einer nachfolgenden Entscheidung des vorlegenden OLG Düsseldorf in dem zuvor von der VK Rheinland entschiedenen Fall verbleibt bei den Trägern des Rettungsdienstes erhebliche Rechtsunsicherheit, welche Verfahrensvorschriften bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen anzuwenden sind. Träger des Rettungsdienstes sollten daher, wollen sie das Risiko einer rechtswidrigen de-facto-Vergabe vermeiden, bis zu einer rechtssicheren Klärung durch den EuGH Vergabeverfahren nach Maßgabe der § 130 GWB i.V.m. den §§ 64 ff. VgV durchführen.

© juris GmbH