

OLG Celle, Beschl. v. 24. 11. 1999 - 13 Verg 7/99

Die Vorschriften der §§ 97ff. GWB über die Vergabe von Waren, Bau- und Dienstleistungen greifen nur bei öffentlichen Aufträgen ein. Dazu gehört nicht die Beauftragung eines Dritten mit Aufgaben nach dem Niedersächsischen Rettungsdienstgesetz. Eine Verpflichtung zur Ausschreibung solcher Aufträge besteht auch nicht auf Grund der Dienstleistungsrichtlinie (92/50/EWG).

Zum Sachverhalt: Der als Ag. aufgetretene Landkreis war in seinem Bereich Träger des Rettungsdiensts nach dem Niedersächsischen Rettungsdienstgesetz (NdsRettDG) vom 29. 1. 1992 (GVBl, 21). Er übertrug mit Vertrag vom 30. 6. 1993 die Durchführung von Aufgaben des Rettungsdiensts zunächst auf die Dauer von zehn Jahren einem Kreisverband des A. Für die Anzahl der Rettungswachen und den Umfang von Rettungsmitteln sollte der gern. § 2 IV NdsRettDG fortzuschreibende Bedarfsplan maßgebend sein. Die Ast. besaßen Genehmigungen für die geschäftsmäßige Durchführung von Krankentransporten gern. § 19 NdsRettDG. Der Ag. beabsichtigte, den Bedarfsplan dahin zu ändern, dass für den betreffenden Kreisverband des A eine weitere Rettungswache und ein zusätzliches Fahrzeug für Krankentransporte und Notfalleinsätze vorgesehen werden würde.

Die Ast. machten vor der Vergabekammer geltend, dass die Fortschreibung des Bedarfsplans die Vergabe von Dienstleistungen beinhalte. Der Ag. sei verpflichtet, die Dienstleistungen gern. §§ 97ff. GWB im Vergabeverfahren auszuschreiben. Die Vergabekammer wies ihre dahingehenden Anträge als unzulässig zurück, weil die zu vergehenden Aufträge keine öffentlichen Aufträge i. S. des § 99 GWB seien. Die Beauftragung nach § 5 1 NdsRettDG erfolge entweder in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrags oder durch Verwaltungsakt. Die Dienstleistungsrichtlinie finde keine Anwendung, weil die Leistungen des Rettungsdiensts nicht auf Grund von Aufträgen erbracht würden, vielmehr handele es sich um einen Auftrag auf Grund Gesetzes.

Auf die sofortige Beschwerde der Ast. wies das OLG die Anträge im Nachprüfungsverfahren unter Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung als unbegründet zurück.

Aus den Gründen: Die Beschwerde ist insoweit begründet, als die Vergabekammer den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und die weiteren Anträge als unzulässig zurückgewiesen hat (I). Die Ast. haben mit ihren Nachprüfungsanträgen jedoch in der Sache keinen Erfolg (II).

I. Die Anträge sind nicht unzulässig, wie die Vergabekammer meint.

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen vor. Die Ast. haben formgerecht und rechtzeitig ein Nachprüfungsverfahren beantragt und geltend gemacht, dass ihre Rechte nach § 97 GWB durch das Unterlassen einer offenen Ausschreibung,

also durch eine Nichtbeachtung von Vergabevorschriften verletzt seien (vgl. §§ 107 1, 11, 108 GWB). Ob die geltend gemachte Rechtsverletzung tatsächlich besteht, weil die zu beschaffenden Leistungen im Vergabeverfahren auszuschreiben waren, ist eine Frage der Begründetheit des Nachprüfungsverfahrens. Aus § 102 GWB folgt nicht, dass der Antrag auf Nachprüfung dieser Frage durch die Vergabekammer unzulässig war.

Die Entscheidung der Vergabekammer muss daher aufgehoben werden (§ 123 S. 1 GWB).

II. Der Senat macht von der Möglichkeit Gebrauch, in der Sache selbst zu entscheiden (§ 123 S. 2 GWB). Die Entscheidung führt zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrags, denn der Antrag ist in der Sache unbegründet. Das geltend gemachte Recht auf Ausschreibung der fraglichen Leistungen in einem offenen Vergabeverfahren steht den Ast. nicht zu:

1. Die Vorschriften der §§ 97ff. GWB über die Vergabe von Waren, Bau- und Dienstleistungen greifen nur bei öffentlichen Aufträgen ein. Öffentliche Aufträge sind nach § 99 1 GWB entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmern, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen oder - hier nicht in Betracht kommende - Auslobungsverfahren zum Gegenstand haben. Entsprechend den zu Grunde liegenden EG-Richtlinien handelt es sich um privatrechtliche Verträge. Öffentlich-rechtliche Verträge oder Verwaltungsakte fallen nicht darunter (RegE zum VergRÄdG, BT-Dr 13/9340, S. 12; Bechtold, GWB, 2. Aufl., § 99 Rdnr. 1; Dreher, DB 1998, 2579 [25871]).

Nach diesen Grundsätzen ist die Beauftragung eines Dritten nach § 5 1 NdsRettDG kein öffentlicher Auftrag i. S. der §§ 97 ff. GWB. Denn die Beauftragung nach § 5 1 NdsRettDG erfolgt durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, möglicherweise auch durch Verwaltungsakt, jedenfalls nicht durch einen privatrechtlichen Vertrag: Nach der Rechtsprechung des OVG Lüneburg werden Dritte nach § 5 1 NdsRettDG in einem zweistufigen Verfahren beauftragt, bestehend aus der Auswahlentscheidung und der eigentlichen Beauftragung. Die Auswahlentscheidung ist entsprechend dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Rettungsdiensts ein Verwaltungsakt, die Beauftragung kann gleichfalls durch Verwaltungsakt oder in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrags erfolgen (OVG Lüneburg, NdsRpfl. 1998, 94, und NdsVB1 1999, 285 = NVwZ-RR 2000, 215 L [Umdr. S. 18 f.]; ferner: VG Göttingen, Beschl. v. 9. 6. 1999 - 4 B 4105/99; wohl auch: Ufer, NdsRettDG-Komm., § 5 Anm. 2).

Der Senat lässt es offen, ob eine Beauftragung nach § 5 1 NdsRettDG auch durch Verwaltungsakt, also durch eine einseitige Entscheidung der Behörde, vorgenommen werden kann. Dass darin kein öffentlicher Auftrag

i. S. der §§ 97 ff. GWB - entgeltlicher Vertrag zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen - gesehen werden könnte, bedarf keiner Erläuterung. Der Auffassung des OVG Lüneburg ist jedenfalls dahin beizutreten, dass eine durch übereinstimmende Willenserklärungen vorgenommene Beauftragung nach § 5 1 NdsRettDG als öffentlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren ist.

Für die Abgrenzung kommt es maßgebend darauf an, ob der Vertrag bzw. das Rechtsverhältnis, das durch ihn begründet, geändert oder aufgehoben wird, objektiv auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts liegt (Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl., § 54 Rdnr. 77; Kopp, VwVfG, 6. Aufl., § 54 Rdnr. 6). Das ist bei der Beauftragung nach § 5 1 NdsRettDG der Fall. Die Beauftragung dient der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, nämlich der dauerhaften Sicherstellung einer flächendeckenden und bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit Rettungsdienstleistungen (§ 2 1 NdsRettDG).

Der Rettungsdienst ist in Niedersachsen öffentlich-rechtlich organisiert. Der Rettungsdienst obliegt den in § 3 1 NdsRettDG genannten kommunalen Trägern als Aufgabe des eigenen Wirkungskreises. Diese haben jeweils für ihren Bereich sicherzustellen, dass die erforderlichen Rettungswachen, Rettungsmittel und Rettungsleitstellen einschließlich einer von den kommunalen Trägern zu bestimmenden örtlichen Einsatzleitung vorhanden sind. Sie haben anhand von regelmäßig fortzuschreibenden Plänen den voraussichtlichen Bedarf zu ermitteln (§ 4 IV NdsRettDG). Die Träger können Dritte mit Leistungen des Rettungsdiensts beauftragen. Der beauftragte Dritte handelt dann im Namen des Trägers des Rettungsdiensts und hat die ihm übertragenen Aufgaben so zu erfüllen, wie dies der Träger selbst nach dem Niedersächsischen Rettungsdienstgesetz tun müsste (§ 5 1 NdsRettDG). Ein vom Land einzurichtender und zu unterhaltender Ausschuss "Rettungsdienst" berät die Träger des Rettungsdiensts und die Beauftragten und befasst sich mit Grundfragen des Rettungsdiensts und seiner Fortentwicklung (§ 13 NdsRettDG).

Danach bezieht sich die Beauftragung eines Dritten nach § 5 1 NdsRettDG im Wesentlichen auf einen öffentlich-rechtlich geregelten Sachverhalt (vgl. zur Qualifizierung einer nach dem BayRettDG erfolgten Beauftragung mit Rettungsdienstleistungen als öffentlich-rechtlicher Vertrag - so allerdings ausdrücklich § 3 W BayRettDG: BGH, NJW 1993, 1526; zum Handeln eines vom Malteser Hilfsdienst gestellten Fahrers eines Rettungswagens in Ausübung eines öffentlichen Amtes: BGH, NJW 1991, 2954; zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit der Erklärung der Notfallrettung zur Ordnungsaufgabe: B VerwG, N-VwZ-RR 2000, 213).

2. Die Ast. machen geltend, aus dem Urteil des EuGH vom 24. 9. 1998 (EuZW 1998, 660) ergebe sich, dass die vom Ag. benötigten zusätzlichen Rettungsdienstleistungen von der Richtlinie 92/50/EWG erfasst würden, dass daher die Rettungsdienstleistungen nach den Vorschriften der Abschnitte III und IV der Richtlinie zu vergeben seien, und dass sicherzustellen sei, dass die Vergabeentscheidungen wirksam nachgeprüft werden könnten.

Damit haben die Ast. keinen Erfolg. Die Erbringung von Dienstleistungen fällt nur insoweit unter die Richtlinie 92/50/ EWG, wie dies auf Grund von Aufträgen erfolgt. Andere Grundlagen wie Gesetz oder Verordnung werden nicht erfasst (Präambel der Richtlinie). Als öffentliche Dienstleistungsaufträge" gelten nur die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge (Art. 1 a der Richtlinie). Demnach sind Aufträge nur privatrechtliche Verträge über die Erbringung einer Leistung gegen Entgelt (vgl. BT-Dr 13/9340, S. 15). Diesem Verständnis entspricht, dass nach dem EWG-Vertrag den Mitgliedsstaaten die Regelungsbefugnis dann belassen wird, wenn es sich um Fragen ihrer öffentlichen Ordnung und Sicherheit oder um Tätigkeiten handelt, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind (Kirchner, WuW 1993, 573 [575]). Da die Beauftragungen nach § 5 NdsRettDG, wie ausgeführt, durch öffentlich-rechtliche Verträge erfolgen, findet die Richtlinie 92/50/EWG keine Anwendung (vgl. OVG Lüneburg, NdsVBl 1999, 285 = NVwZ-RR 2000, 215 [Umdr. S. 18]; VG GötÜ . ngen, Beschl. v. 9. 6. 1999 - 4 B 4105/99).

Dieser Auffassung steht das Urteil des EuGH vom 24. 9. 1998 nicht entgegen. In dem dort zu entscheidenden Fall ging es um durch privatrechtliche Verträge geregelte Beziehungen österreichischer Träger der Sozialversicherung zu den Krankentransportbetreibern.

2. Es kann dahin gestellt bleiben, ob der Einzelstaat frei darin ist, zu bestimmen, welche Tätigkeiten als öffentlich-rechtlich und welche als privatrechtlich anzusehen sind, und wie Sachverhalte zu beurteilen sind, in denen Rechtsverhältnisse bezüglich an sich privatrechtlich zu beschaffende Leistungen als öffentlich-rechtliche ausgestaltet werden, um die Anforderungen der Richtlinie 92/50/EWG zu umgehen (vgl. Kirchner, WuW 1993, 573 [587f.]). Um einen solchen Fall handelt es sich hier nicht. Dass die Gewährleistung eines funktionierenden Systems der Notfallrettung vom Gesetzgeber als eine hoheitliche Aufgabe definiert werden darf, liegt auf der Hand (vgl. Kirchner, 588). Es bestehen aber auch keine durchgreifenden Bedenken, die Leistungen des qualifizierten Krankentransports, also des Transports von Kranken oder Verletzten, die während der Beförderung einer fachgerechten Betreuung oder der besonderen Einrichtung eines Rettungsmittels bedürfen (§ 2 11 Nr. 2

NdsRettDG), in die öffentlich-rechtlich ausgestaltete Regelung mit einzubeziehen. Auch die Abwicklung des qualifizierten Krankentransports ist ein außerordentlich wichtiges Gemeinschaftsgut, auch wenn die Patienten hier keiner akuten Lebensbedrohung unterliegen. Denn bei einer nicht rechtzeitigen oder nicht fachgerecht durchgeführten Abwicklung des Krankentransports können bei den Patienten schwere gesundheitliche Schäden auftreten. Außerdem besteht die Gefahr, dass bei der Herausnahme dieser Leistungen aus der Beauftragung nach § 5 1 NdsRettDG Überkapazitäten entstehen, die sich kostenmäßig zum Nachteil der Allgemeinheit auswirken (BVerwG, NVwZ-RR 2000, 213; zur nicht ausreichend gleichmäßigen Versorgung in Niedersachsen durch das frühere System des Nebeneinanders von Rettungsdiensten einzelner Kommunen, Hilfsorganisationen und privaten Unternehmen: LT-Dr 12/3016, S. 7, wiedergegeben bei: Ufer, § 5 Anm. 6).

4. Die Ast. machen außerdem geltend, die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26. 6. 1969 (ABI Nr. L 156 v. 28. 6. 1969, 1-7) i. d. E d. Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 des Rates vom 20. 6. 1991 (ABI Nr. L 169 v. 29. 6. 1991, 1 f.) sei dahin zu verstehen, dass auch für die in §§ 2, 19 NdsRettDG geregelten Fahrleistungen ein Wettbewerb zu schaffen sei, und dass die Beauftragungen gern. § 5 1 NdsRettDG sowie Genehmigungen nach § 19 NdsRettDG auszuschreiben seien. Der Einwand greift schon deshalb nicht durch, weil die Verordnungen im Hinblick auf die hier interessierende Frage einer Nachprüfung etwaiger Vergabeentscheidung nichts enthalten. Im Übrigen ist den Verordnungen auch nicht hinreichend bestimmt zu entnehmen, dass Leistungen des Rettungsdienstes offen ausgeschrieben werden müssen. Die von den Ast. angeführte Bestimmung, dass die Transportunternehmen einen Anspruch auf Freistellung von Lasten des Öffentlichen Dienstes haben, um unrentable Verpflichtungen aufgeben zu können, reicht dazu nicht aus.

III. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer haben die Ast. gern. § 128 111 1 GWB zu tragen. Für die im Beschwerdeverfahren angefallenen Kosten haften sie als unterliegende Parteien (§ 78 GWB entspr.; vgl. Senat, NZBau 2000,98).

Die Festsetzung des Beschwerdewerts beruht auf folgenden Erwägungen: Nach § 12a 11 GKG beträgt der Wert 5% der Auftragssumme. Die Auftragssumme ist nach der Senatsrechtsprechung (Beschl. v. 25. 10. 1999 - 13 Verg 1/99) auf den Wert der vierjährigen Laufzeit begrenzt. Die Ast. haben den Wert der vierjährigen Laufzeit auf der Grundlage der bislang an das A gezahlten Beträge nachvollziehbar mit 2 544 608 DM ermittelt. Der Wert entspricht etwa der Berechnung des Ag., nach welcher die jährlichen Kosten des Beauftragten, also gemäß dem Kostendeckungsprinzip auch seine Vergütung, 608 676 DM, der vierjährige Wert somit 2 434 708 DM, beträgt.