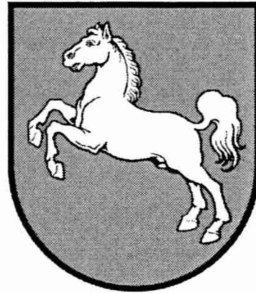


# Abschrift

## NIEDERSÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT



Az.: 11 ME 583/09  
7 B 6016/09

### BESCHLUSS

In der Verwaltungsrechtssache

der [REDACTED]  
vertreten durch die Geschäftsführer,  
[REDACTED]

Antragstellerin und  
Beschwerdeführerin,

Proz.-Bev.: [REDACTED]

g e g e n

die Region [REDACTED], vertreten durch den Regionspräsidenten,  
[REDACTED]

Antragsgegnerin und  
Beschwerdegegnerin,

Streitgegenstand: Vergabe von Rettungsdienstleistungen

hat das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht - 11. Senat - am 11. Juni 2010 be-  
schlossen:

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Hannover - 7. Kammer - vom 21. Dezember 2009 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 15.000,-- EUR festgesetzt.

### Gründe

Die Antragstellerin - [REDACTED] - wendet sich im Wege einer einstweiligen Anordnung gegen die Einleitung eines vergaberechtlichen Verfahrens (Erbringung von Rettungsdienstleistungen) durch die Antragsgegnerin - Region Hannover -.

Mit Bescheid vom 6. Oktober 2004 teilte die Antragsgegnerin der [REDACTED], [REDACTED] - einer hundertprozentigen Tochter der Antragstellerin - mit, dass der Regionsausschuss beschlossen habe, sie gemäß § 5 Abs. 1 NRettDG mit Wirkung ab 1. Januar 2005 mit der Durchführung von Leistungen des Rettungsdienstes in den Rettungswachenbereichen [REDACTED] und [REDACTED] zu beauftragen. In der Folge schlossen die Beteiligten am 25. November 2004 einen "Beauftragungsvertrag Rettungsdienst", dessen § 14 Abs. 1 Satz 3 lautet:

"Der Vertrag endet mit Ablauf des 31.12.2009, ohne dass es einer Kündigung bedarf."

Die Finanzierung wurde in § 12 Abs. 1 wie folgt geregelt:

"Der Träger erstattet der Beauftragten die aus der vertraglichen Durchführung des Rettungsdienstes entstehenden wirtschaftlichen Kosten nach Maßgabe des für das jeweilige Kalenderjahr vereinbarten und mit den Kostenträgern abgestimmten Kostenbudgets. Zwischen der Beauftragten und dem Träger wird zur Erstattung dieser Kosten ein Gesamtbudget für das Rechnungsjahr 2005 in Höhe von 3.547.650 Euro vereinbart..."

Mit weiterem Bescheid der Antragsgegnerin vom 26. September 2006 wurde der " [REDACTED] " mitgeteilt, dass sie mit Wirkung ab 1. Januar 2007 auch mit der Durchführung von Leistungen des Rettungsdienstes in den Rettungswachenbereichen Bu [REDACTED], L [REDACTED] und S [REDACTED] beauftragt werde. In der Folge wurde am 11. Oktober 2006 auch insoweit ein "Beauftragungsvertrag Rettungsdienst" geschlossen, dessen § 14 Abs. 1 Satz 5 lautet:

"Ansonsten endet der Vertrag mit Ablauf des 31.12.2009, ohne dass es einer Kündigung bedarf."

Das vereinbarte Gesamtbudget für das Rechnungsjahr 2007 betrug [REDACTED] EUR (§ 12 Abs. 1 Satz 1 des Beauftragungsvertrages).

Das Niedersächsische Rettungsdienstgesetz wurde durch Gesetz vom 12. Juli 2007 mit Wirkung vom 1. Oktober 2007 geändert (Nds. GVBl. S. 316). Insbesondere wurde Satz 4 ("Bei der Auswahl der Beauftragten ist der Vielfalt der Anbieter und den gewachsenen Strukturen unter Berücksichtigung von Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit Rechnung zu tragen") in § 5 Abs. 1 NRettDG gestrichen.

Am 16. Juni 2009 beschloss die Regionsversammlung der Antragsgegnerin, für das Jahr 2010 eine Interimsbeauftragung im Wege der freihändigen Vergabe von Rettungsdienstleistungen vorzunehmen. Mit Bescheid vom 6. November 2009 teilte die Antragsgegnerin der " [REDACTED] " mit, dass sie entsprechend ihrem Angebot für die Laufzeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 2010 den Zuschlag für die Rettungswachenbereiche [REDACTED] [REDACTED] erhalten habe und mit der Durchführung rettungsdienstlicher Leistungen beauftragt werde. Die Beauftragung beinhalte eine Vergütung als Festpreis in Höhe von [REDACTED] EUR. Ein entsprechender "Beauftragungsvertrag Rettungsdienst" wurde Ende Dezember 2009 abgeschlossen.

Mit dem bereits erwähnten Beschluss der Regionsversammlung vom 16. Juni 2009 war die Antragsgegnerin zusätzlich beauftragt worden, ein nationales öffentliches Ausschreibungsverfahren über die Vergabe von Rettungsdienstleistungen für den Zeitraum vom 1.

Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2015 nach den Vorschriften des 4. Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), der Vergabeverordnung (VgV) und den Bestimmungen der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) vorzubereiten. Gegen die Einleitung dieses Ausschreibungsverfahrens hat die Antragstellerin am 4. Dezember 2009 beim Verwaltungsgericht um vorläufigen Rechtsschutz mit folgenden Anträgen nachgesucht:

1. Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO bis zu einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren vorläufig untersagt, auf ein Angebot (eines) oder mehrerer Drittanbieter für die Erbringung von Rettungsdienstleistungen für die Antragsgegnerin in einem vergaberechtlichen Verfahren den Zuschlag oder eine Genehmigung zu erteilen oder mit diesen Verträge zu schließen.
2. Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO bis zu einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren vorläufig untersagt, ein vergaberechtliches Verfahren mit dem Ziel der Vergabe der Erbringung von Rettungsdienstleistungen für die Antragsgegnerin durchzuführen.

Hilfsweise:

3. Es wird festgestellt, dass die Antragsgegnerin an die Auswahlentscheidung (aus) den bestandskräftigen Verwaltungsakt(en) vom 6. Oktober 2004 und 26. September 2006 gebunden ist.
4. Die Antragsgegnerin wird im Wege einer einstweiligen Anordnung bis zu einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren verpflichtet, die unter Ziffer 1) genannten streitgegenständlichen Leistungen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu vergeben.
5. Die Antragsgegnerin wird im Wege einer einstweiligen Anordnung verpflichtet, eine Auswahlentscheidung für Drittanbieter zur Erbringung von Rettungsdienstleistungen im Bereich der Antragsgegnerin nur nach Durchführung eines ordnungsgemäßen verwaltungsrechtlichen Auswahlverfahrens gemäß dem NRettdG zu treffen.

Das Verwaltungsgericht hat die Anträge mit Beschluss vom 21. Dezember 2009 abgelehnt und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

Es könne dahinstehen, ob die Anträge bereits mangels Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges bei fehlender Verweisungsmöglichkeit an die Vergabekammer unzulässig seien und ob es sich bei der Anfechtung einer beabsichtigten Ausschreibung um eine nach § 44 a VwGO unzulässige Anfechtung einer Verfahrenshandlung handele. Denn die Antragstellerin habe einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht.

Der von der Antragstellerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch könne nicht auf die Bescheide vom 6. Oktober 2004 und vom 26. September 2006 gestützt werden. Bei diesen handele es sich lediglich um die Bekanntgabe einer Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin an die jeweiligen Adressaten im Anschluss an ein früheres beschränktes Ausschreibungsverfahren, während die eigentliche Beauftragung gemäß § 5 NRettDG durch die Beauftragungsverträge vom 25. November 2004 und vom 11. Oktober 2006 erfolgt sei, die bis zum 31. Dezember 2009 befristet seien. Insbesondere könne den Bescheiden nicht entnommen werden, dass sich die Antragsgegnerin auf Ewigkeit an die Antragstellerin oder an eine andere GmbH des [REDACTED] habe binden wollen. Da auch der einjährige Beauftragungszeitraum der "[REDACTED] [REDACTED]" am 31. Dezember 2010 auslaufe, verfüge die Antragstellerin für den hier streitigen Zeitraum ab 1. Januar 2011 über keine Rechtsposition, die ihr aus eigenen Rechten einen Abwehranspruch gegen die Antragsgegnerin auf Unterlassung einer bestimmten Verfahrensweise vermittele.

Ebenso wenig lasse sich der geltend gemachte Anspruch aus § 5 NRettDG herleiten. Der Streichung des Satzes 4 in § 5 Abs. 1 NRettDG mit Wirkung vom 1. Oktober 2007 liege das Motiv des Landesgesetzgebers zugrunde, den Rettungsdienstträgern die Ausschreibung von Rettungsdienstleistungen nach dem GWB-Vergaberegime zu ermöglichen, wenn auch nicht zwingend vorzuschreiben. Dass hierdurch unterschiedliche Vergabepraktiken bei den Rettungsdienstträgern in Niedersachsen entstehen könnten, werde vom Landesgesetzgeber jedenfalls bis zu einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes im Verfahren EU-Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland (C-160/08) in Kauf genommen. Die Hilfsanträge seien bereits wegen Vorwegnahme der Hauptsache unzulässig, aber auch unbegründet.

Gegen diesen Beschluss hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt, mit der sie ihr Begehren weiterverfolgt.

Die Regionsversammlung der Antragsgegnerin fasste am 9. März 2010 folgenden Beschluss:

1. Die Region Hannover als Trägerin des Rettungsdienstes bereitet auf der Basis des § 5, Absatz 1 des NRettDG ein verwaltungsrechtliches Auswahlverfahren für den Vergabezeitraum vom 1.1.2011 bis 31.12.2016 vor.
2. Ein Sonderkündigungsrecht für beide Seiten bei Änderung der Rechtslage wird Bestandteil der abzuschließenden Verträge.
3. Für den Fall einer Verpflichtung zur europaweiten Ausschreibung nach Änderung der Rechtslage durch den EuGH legt die Verwaltung Konzepte zur Sicherstellung des Rettungsdienstes in der Region Hannover vor. Als eine Option ist unter Beteiligung der Beauftragten zur Sicherstellung eines Betriebsübergangs und des Katastrophenschutzes eine Konzeption zur Kommunalisierung des Rettungsdienstes zu entwickeln.

Im Laufe des Beschwerdeverfahrens wurde am 29. April 2010 das Urteil des Europäischen Gerichtshofes in dem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen der Vergabe von Rettungsdienstleistungen (C-160/08) verkündet (veröff. u. a. in juris).

Die Beschwerde der Antragstellerin hat keinen Erfolg.

Das Verwaltungsgericht hat die Anträge der Antragstellerin zu Recht abgelehnt. Ihre mit der Beschwerde vorgebrachten Einwände geben zu einer Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung keinen Anlass.

Das nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu beurteilende Rechtsschutzbegehren der Antragstellerin zielt vorrangig darauf ab, der Antragsgegnerin bis zu einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren zu untersagen, ein vergaberechtliches Verfahren für die Erbringung von Rettungsdienstleistungen im Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2015 nach den Vorgaben der §§ 97 ff. GWB, der VgV und der VOL/A (im Folgenden: GWB-Vergaberegime) einzuleiten und damit zu verhindern, dass die Antragsgegnerin

eine ihr gegenüber negative Auswahlentscheidung in einem derartigen Vergabeverfahren trifft. Stattdessen möchte sie erreichen, dass ein verwaltungsrechtliches Auswahlverfahren nach § 5 NRettDG durchgeführt wird. Sie macht damit einen Unterlassungsanspruch im Wege des vorläufigen vorbeugenden Rechtsschutzes geltend. Möglicherweise könnte für dieses Begehren nicht der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, sondern die Zuständigkeit der Vergabekammern (§ 104 GWB) gegeben sein (so zur Überprüfung der Vergabe von Rettungsdienstleistungen nach dem RettG NRW, OVG NRW, Beschl. v. 30.9.2008 - 13 B 1384/08 -, NWVBl. 2010, 146 = juris). Sollte man sich dieser Auffassung auch für Niedersachsen anschließen, wären die Anträge unzulässig. Dies würde dazu führen, dass die Beschwerde der Antragstellerin schon deshalb zurückgewiesen werden müsste, weil eine Verweisung an die zuständige Vergabekammer nicht möglich wäre. Bei dieser handelt es sich nämlich nicht um ein Gericht im Sinne des § 17 a Abs. 2 GVG, sondern um ein Verwaltungsorgan (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl., Anh. § 41 Rn. 16; Jahn, Beauftragung Dritter mit der Durchführung von Rettungsdienstleistungen, Nds. VBl. 2010, 33).

Der Senat musste aber - ebenso wie das Verwaltungsgericht - die Frage der Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs nicht abschließend entscheiden. Denn die Anträge der Antragstellerin haben jedenfalls auch im Übrigen keinen Erfolg. Der Senat vermag weder das erforderliche qualifizierte Rechtsschutzinteresse zu erkennen noch liegt ein Anordnungsgrund vor. Unabhängig davon hat die Antragstellerin auch einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. Hierzu im Einzelnen:

Obwohl der Senat mangels Entscheidungserheblichkeit letztlich offen lässt, ob der Verwaltungsrechtsweg für das Begehren der Antragstellerin eröffnet ist, sieht sich der Senat zu dem Hinweis veranlasst, dass er seine Rechtsprechung (vgl. zuletzt Ur. v. 24.4.2008 - 11 LB 266/07 -, Nds. VBl. 2009, 16 = NordÖR 2008, 35) zur Vergabe von Rettungsdienstleistungen aufgrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 29. April 2010 (a.a.O.) nicht mehr in vollem Umfang aufrechterhalten kann. Der Senat vertrat bisher die Ansicht, dass eine Ausschreibungspflicht nach Vergaberecht auch deshalb nicht bestehe, weil die Beauftragung nach § 5 Abs. 1 NRettDG nicht dem fiskalischen Betätigungsfeld der öffentlichen Verwaltung zuzurechnen sei. Vielmehr werde der Beauftragte mit der Heranziehung zu der Verwaltungsaufgabe "Rettungsdienst" hoheitlich tätig. Demgegenüber hat der EuGH (a.a.O.) festgestellt, dass die (vertragliche) Vergabe von Rettungsdienstleistungen nicht mit der Übertragung öffentlicher Gewalt verbunden und somit nicht dem europäischen Vergaberecht entzogen sei (vgl. Rz. 78 ff.). Dementsprechend hat er ent-

schieden, dass die in Art. 45 und 55 EGV (jetzt Art. 51 und 62 AEUV) geregelte Bereichsausnahme, wonach sich die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr nicht auf Tätigkeiten erstrecken, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, auf die Durchführung von Rettungsdienstleistungen keine Anwendung finde. Angesichts dessen hält der erkennende Senat an seiner Auffassung, dass der Beauftragte bei der Wahrnehmung von Rettungsdienstaufgaben im bisher übertragenen Umfang hoheitlich tätig werde, nicht mehr fest.

Darüber hinaus ergibt sich aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes (a.a.O.), dass die Vergabe von Rettungsdienstleistungen im sog. Submissionsmodell dem Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts (Richtlinie 92/50 EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungen bzw. - seit 1.2.2006 - Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge) unterfällt. Das "Submissionsmodell" sei - so der EuGH - dadurch gekennzeichnet, dass der Leistungserbringer, dem der Auftrag erteilt wurde, unmittelbar von dem Auftraggeber, mit dem er den Vertrag geschlossen hat, oder von einer mit diesem Auftraggeber in Verbindung stehenden Finanzierungseinrichtung vergütet wird (a.a.O., Rz. 23 u. 88). Der Europäische Gerichtshof ist ferner davon ausgegangen, dass das Submissionsmodell, bei dem die beauftragten Hilfsorganisationen eine Vergütung durch den Träger des Rettungsdienstes erhalten, in der Vergangenheit auch im Bundesland Niedersachsen praktiziert worden ist. Dies deckt sich mit den Erkenntnissen des Senats. Auch die Antragsgegnerin ist bisher nach diesem Modell in ihrem Gebiet verfahren (vgl. dazu etwa Senatsbeschl. v. 7.2.2006 - 11 ME 26/05 -, Nds. VBl. 2006, 165).

Nach § 5 NRettDG kann der Träger des Rettungsdienstes Dritte mit der Durchführung der Leistungen des Rettungsdienstes ganz oder teilweise beauftragen (Abs. 1 Satz 1); dabei ist sicherzustellen, dass der Beauftragte die ihm übertragene Aufgabe so erfüllt, wie dies der Träger des Rettungsdienstes selbst nach diesem Gesetz oder nach den aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen tun müsste (Abs. 1 Satz 2). Der Rettungsdienststräger muss deshalb auch in finanzieller Hinsicht sicherstellen, dass der Beauftragte die ihm übertragenen Pflichten erfüllen kann. In § 14 Abs. 1 NRettDG ist ausdrücklich bestimmt, dass bei der Ermittlung der Kosten des Rettungsdienstes der Rettungsdienst-



träger - soweit er einen Dritten beauftragt hat - auch die bei diesem Dritten anfallenden Kosten und Entgelte in die Ermittlung mit einbeziehen muss. Maßstab der Kostenermittlung sind dabei die Kosten eines wirtschaftlich arbeitenden Rettungsdienstes (§ 15 Abs. 1 Satz 4 NRettDG). Reicht etwa das dem Beauftragten zur Verfügung gestellte Budget nicht aus, die durch die Beauftragung entstandenen wirtschaftlich notwendigen Kosten zu decken, ergibt sich ggf. ein Nachzahlungsanspruch (vgl. Senatsurt. v. 23.3.2006 - 11 LB 55/05 -, juris). Die Beauftragung des Dritten stellt sich nach bisheriger Verwaltungspraxis in Niedersachsen als zweistufiges Verfahren dar, welches eine ermessensgerechte Auswahlentscheidung zwischen mehreren konkurrierenden Bewerbern und den auf dieser basierenden eigentlichen Beauftragungsvorgang umfasst. Die Auswahlentscheidung ist ein Verwaltungsakt (vgl. Ufer, NRettDG, Kommentar, Stand: März 2006, § 5 Rn. 6 f). Die Beauftragung kann gleichfalls durch Verwaltungsakt, aber auch in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrages erfolgen (vgl. Senatsbeschl. v. 7.2.2006, a.a.O.). Sollte die Antragsgegnerin auch künftig Aufträge, die Rettungsdienstleistungen zum Gegenstand haben, im Wege einer vertraglichen Vereinbarung vergeben wollen, müsste sie deshalb nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 29. April 2010 (a.a.O., Rz. 88 ff.) wohl grundsätzlich die Vorgaben des (EU-)Vergaberechts beachten. Allerdings ist durch dieses Urteil nicht geklärt, welche Vorschriften im Einzelnen in derartigen Fällen anzuwenden sind. Denn dies hängt u. a. davon ab, welcher Leistungsanteil überwiegt. Ist der Wert der Verkehrsleistungen höher als der Wert der medizinischen Leistungen, sind die Regelungen der Richtlinie 2004/18/EG vollständig anzuwenden (vgl. Anhang II A). Überwiegen demgegenüber medizinische Leistungen im Sinne der Kategorie 25 des Anhangs II B der Richtlinie 2004/18/EG, gelten lediglich bestimmte Pflichten (vgl. PricewaterhouseCoopers Legal AG Rechtsanwaltsgesellschaft: Ausschreibungspflicht bei Rettungsdienstleistungen, [http://www.pwc-legal.de/6\\_4\\_69.html](http://www.pwc-legal.de/6_4_69.html); Esch/Quintern/Clarke in: Rettungsdienst 2010, 580). Ob eine Ausschreibungspflicht nach dem GWB-Vergaberechtsregime dann nicht besteht, wenn auch die Beauftragung selbst durch Verwaltungsakt (mit Nebenbestimmungen) und nicht im Vertragswege erfolgt, ist vom Europäischen Gerichtshof nicht entschieden worden. Der erkennende Senat hält in einem solchen Fall den Verzicht auf das Vergabeverfahren nach §§ 97 ff. GWB nicht von vornherein für ausgeschlossen, zumal das niedersächsische Rettungsdienstrecht weder das bislang praktizierte zweistufige Verfahren noch eine vertragliche Vergabe von Rettungsdienstleistungen vorschreibt, sondern dies gerade offen lässt. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Begründung des Gesetzentwurfes zur Streichung des § 5 Abs. 1 Satz 4 NRettDG (LT-Drs. 15/3953, S. 4 f), in der es heißt:

„Die vom Ausschuss mehrheitlich empfohlene Streichung der im bisherigen Absatz 1 Satz 4 vorgesehenen Verpflichtung, bei der Auswahl der Beauftragten der ‚Vielfalt der Anbieter und den gewachsenen Strukturen unter Berücksichtigung von Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit Rechnung zu tragen‘, soll das mit dieser Vorgabe verbundene Risiko eines europarechtswidrigen Auswahlverfahrens beseitigen und gleichzeitig den Handlungsspielraum der Rettungsdienstträger erweitern. Nach der ständigen Rechtsprechung des OVG Lüneburg schließt die Verpflichtung, die gewachsenen Strukturen zu berücksichtigen, eine Auswahl unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten aus. Es ist zweifelhaft, ob dies europarechtlich zulässig ist, denn die EU-Kommission vertritt im laufenden Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2005/4077 entgegen der Bundesrepublik die Auffassung, dass auf die Auftragsvergabe im öffentlichen Rettungsdienst – Niedersachsen wird insoweit ausdrücklich erwähnt – die europarechtlichen Vergaberichtlinien anzuwenden sind. Die vorgeschlagene Streichung des Satzes 4 ermöglicht für den Fall, dass sich die Auffassung der Kommission durchsetzt, eine europarechtskonforme Ausgestaltung des Auswahlverfahrens durch Anwendung der §§ 97ff. GWB. Allerdings verpflichtet der Vorschlag die Rettungsdienstträger nicht ausdrücklich zur Anwendung dieser Vorschriften. Dies entspricht dem Wunsch des Ausschusses, dem Rettungsdienstträger auch zukünftig die Möglichkeit zu erhalten, die Kriterien der gewachsenen Strukturen und der Vielfalt der Anbieter berücksichtigen zu dürfen, wenn sich im Vertragsverletzungsverfahren die Position der Bundesrepublik bestätigt, dass Wettbewerbsbeschränkungen wegen der Besonderheiten der Rettungsdienstleistungen grundsätzlich zulässig sind. Der vorgeschlagene gänzliche Verzicht auf ausdrückliche gesetzliche Vorgaben für das Auswahlverfahren führt dazu, dass entsprechend der Rechtsprechung des OVG Lüneburg (vgl. NdsVBI. 2006, 165, 166) bei der Auswahl unter mehreren Bewerbern im Rahmen der Ermessensentscheidung der Grundsatz der Chancengleichheit und das Transparenzgebot zu beachten sind. Diese Vorgaben lassen nach Auffassung der Ausschussmehrheit eine Berücksichtigung der Vielfalt der Anbieter bzw. der gewachsenen Strukturen grundsätzlich zu, der Rettungsdienstträger ist aber nicht mehr von Gesetzes wegen zu einer vorrangigen Beachtung dieser Kriterien verpflichtet“.

Insbesondere der dort betonte ausdrückliche Verzicht auf gesetzliche Vorgaben dürfte darauf hindeuten, dass die Rettungsträger in der Ausgestaltung des Auswahl- und Beauftragungsverfahrens landesrechtlich weitgehend frei sein sollen. Der Senat sieht aber keinen Anlass, diese Frage im Rahmen des vorliegenden Verfahrens abschließend zu beantworten.

Die Antragstellerin möchte die von ihr geltend gemachten Unterlassungsansprüche im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO sichern. Für den Erfolg derartiger Anträge auf vorläufigen vorbeugenden Rechtsschutz ist zunächst das

Bestehen eines qualifizierten Rechtsschutzbedürfnisses und eines Anordnungsgrundes erforderlich (vgl. etwa Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl., § 123 Rn. 39). Beide Voraussetzungen, die sich teilweise überschneiden können, sind hier jedoch nicht erfüllt.

Vorbeugender Rechtsschutz ist dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Regelfall fremd, da grundsätzlich nachträglicher Rechtsschutz für angemessen und ausreichend angesehen wird (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl., Vorb. § 40 Rn. 33; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 123 Rn. 45). Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn die Inanspruchnahme nachträglichen Rechtsschutzes für den Antragsteller mit unzumutbaren Nachteilen verbunden wäre. Das kann etwa bei einer sonst drohenden wirtschaftlichen Existenzgefährdung oder bei Schaffung irreversibler Zustände in Betracht kommen (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 24.5.1994 - 10 S 451/94 -, DVBl. 1994, 1250; OVG NRW, Beschl. v. 17.3.2004 - 13 B 2691/03 -, GewArch 2004, 297; Finkelburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl., Rn. 104). Ein derartiger Fall ist hier jedoch nicht zu erkennen.

Der Senat hat bereits Zweifel, ob die begehrte vorbeugende einstweilige Anordnung derzeit geboten ist. Die Antragstellerin muss sich entgegenhalten lassen, dass überhaupt nicht absehbar ist, ob und ggf. wann es zu der von ihr befürchteten Ausschreibung von Rettungsdienstleistungen nach dem GWB-Vergaberegime durch die Antragsgegnerin kommen wird. Insofern hat sich die Sachlage gegenüber der Entscheidung des Verwaltungsgerichts vom 21. Dezember 2009 wesentlich geändert. Damals galt noch der Beschluss der Regionsversammlung der Antragsgegnerin vom 16. Juni 2009, mit dem die Verwaltung beauftragt worden war, ein nationales Ausschreibungsverfahren nach dem GWB vorzubereiten. Im Laufe des Beschwerdeverfahrens hob die Regionsversammlung am 9. März 2010 jenen Beschluss aber auf und beauftragte die Verwaltung nunmehr auf der Basis des § 5 Abs. 1 NRettDG mit der Vorbereitung eines verwaltungsrechtlichen Auswahlverfahrens. Dieser Beschluss hat - wie eine telefonische Nachfrage bei der Antragsgegnerin am 2. Juni 2010 ergeben hat - weiterhin Bestand. Allerdings hat die Antragsgegnerin ergänzend darauf hingewiesen, dass angesichts des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 29. April 2010 geprüft werde, ob nunmehr zwingend das (EU-)Vergaberecht anzuwenden sei. Nach Zeitungsberichten vom 8. Juni 2010 (HAZ: "Überraschende Wende beim Rettungsdienst" und NP: "Retter bangen um ihre Jobs") vertreten das Niedersächsische Innenministerium und das Niedersächsische Wirtschaftsministerium die Auffassung, dass eine deutschlandweite Ausschreibung der Rettungsdienstleis-

tungen aufgrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofes notwendig sei. Dies habe die Antragsgegnerin auch den Mitgliedern des zuständigen Feuerschutzausschusses auf der Sitzung vom 7. Juni 2010 mitgeteilt. Aus den Zeitungsberichten geht weiter hervor, dass die Regionsverwaltung ihre Prüfung noch nicht abgeschlossen hat. Aber selbst wenn sich die Antragsgegnerin der Meinung der beiden niedersächsischen Ministerien anschließen sollte, ist nicht abzusehen, welche Entscheidung die Regionsversammlung abschließend treffen wird. Es lässt sich nicht ausschließen, dass sie sich unter Beibehaltung des verwaltungsrechtlichen Auswahlverfahrens für eine Beauftragung durch Verwaltungsakt (mit Nebenbestimmungen) oder sogar - was in dem Beschluss der Regionsversammlung vom 9. März 2010 als Option erwähnt wird - für eine Kommunalisierung des Rettungsdienstes entscheidet. Welchem dieser Modelle letztlich der Vorzug gegeben wird, erscheint deshalb ungewiss. Im Unterschied zu der Situation im Zeitpunkt des Erlasses des erstinstanzlichen Beschlusses besteht derzeit jedenfalls nicht die Gefahr, dass die Einleitung eines vergaberechtlichen Ausschreibungsverfahrens unmittelbar bevorsteht. Unter diesen Umständen ist auch der erforderliche Anordnungsgrund, d. h. die Dringlichkeit der von der Antragstellerin begehrten Regelung, nicht mehr gegeben (vgl. Sodan/Ziekow, a.a.O., § 123 Rn. 82). Allein die Möglichkeit, dass es zukünftig zu einer Gefährdung von Rechtspositionen der Antragstellerin im Zusammenhang mit der Vergabe von Rettungsdienstleistungen kommen könnte, reicht insoweit nicht aus (vgl. Finkelnburg/Dombert/ Kulpmann, a.a.O., Rn. 161). Sollte ein Vergabeverfahren nach §§ 97 ff. GWB durchgeführt werden, wäre die Antragstellerin nicht gehindert, ein Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 102 ff. GWB bei der zuständigen Vergabekammer anzustrengen. Es ist nicht erkennbar, dass dies für sie zu nicht wieder gutzumachenden Nachteilen führen könnte. Die Antragstellerin hat - ebenso wie andere mit Rettungsdienstleistungen beauftragte Hilfsorganisationen - die Möglichkeit, an einem derartigen Ausschreibungsverfahren teilzunehmen und auf diese Weise ihre Chance auf Erteilung des Zuschlages gemäß § 97 Abs. 5 GWB zu wahren.

Ungeachtet dieser prozessualen Bedenken müsste die Beschwerde der Antragstellerin aber auch in der Sache erfolglos bleiben. Denn sie hat einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. Zur Begründung verweist der Senat insoweit auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichts, denen er sich anschließt (§ 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO). Das Vorbringen der Antragstellerin im Beschwerdeverfahren rechtfertigt in dieser Hinsicht keine andere Beurteilung. Insbesondere kann sie den von ihr geltend gemachten Unterlas-

sungsanspruch weder auf die bisherige Beauftragung mit Rettungsdienstleistungen noch auf § 5 NRettDG oder auf die Grundrechte des Art. 12 und 14 GG stützen.

Das Verwaltungsgericht hat zutreffend dargelegt, dass die Bescheide vom 6. Oktober 2004 und vom 26. September 2006, mit denen der Antragstellerin die jeweilige Auswahlentscheidung mitgeteilt worden ist, in einem engen Zusammenhang mit den sich daran anschließenden Beauftragungsverträgen stehen. Diese Verträge waren ausdrücklich bis zum 31. Dezember 2009 befristet. Die folgende Interimsbeauftragung für das Jahr 2010 ergab sich sogar direkt aus dem Bescheid vom 6. November 2009. Die Antragstellerin konnte deshalb nicht darauf vertrauen, dass sie auch zukünftig mit der Erbringung von Rettungsdienstleistungen beauftragt werden würde.

Ebenso wenig kann sie ein schutzwürdiges Interesse an der Beibehaltung der bisherigen Vergabepaxis aus § 5 NRettDG herleiten. Spätestens mit dem Inkrafttreten des Änderungsgesetzes zum Niedersächsischen Rettungsdienstgesetz am 1. Oktober 2007 war die Möglichkeit einer Auftragsvergabe nach §§ 97 ff. GWB eröffnet worden. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Senatsurteil vom 24. April 2008 (a.a.O.). Zwar wird darin ausgeführt, dass nach der Streichung von § 5 Abs. 1 Satz 4 NRettDG weiterhin die Berücksichtigung der bisherigen Auswahlkriterien - zu der auch die "gewachsenen Strukturen" des Rettungsdienstes gehören - zulässig bleibe, doch sei dies nicht mehr zwingend, wie aus der Begründung des Gesetzentwurfes hervorgehe.

Schließlich kann auch die Berufung der Antragstellerin auf Art. 12 und 14 GG nicht zur Bejahung eines Anordnungsanspruchs führen. Nach der in einem vorläufigen Rechtsschutzverfahren nur möglichen summarischen Prüfung würde die Einleitung eines vergaberechtlichen Ausschreibungsverfahrens keinen rechtswidrigen Eingriff in diese Grundrechte der Antragstellerin darstellen. Der Antragstellerin steht insofern - wie bereits näher ausgeführt - kein Vertrauenstatbestand zur Seite. Sie konnte sich nicht darauf verlassen, dass erneut ein verwaltungsrechtliches Vergabeverfahren mit den bisher Beauftragten durchgeführt werden würde, so dass auch die Hinweise auf die bisher von ihr getätigten Investitionen und den zu befürchtenden Verlust von Arbeitsplätzen ihr rechtlich nicht weiterhelfen. Sie hat - wie andere Interessenten auch - die Möglichkeit, sich an einem neuen Auswahlverfahren, sei es verwaltungsrechtlicher oder vergaberechtlicher Natur, zu beteiligen. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass selbst die Vergabe eines

öffentlichen Auftrags an einen Mitbewerber grundsätzlich nicht den Schutz der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) eines erfolglosen Bewerbers berührt (vgl. Beschl. v. 23.4.2009 - 1 BvR 3424/08 -, NVwZ 2009, 835). Auch der in Art. 14 GG gewährleistete Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs gewährt einem befristet beauftragten Erbringer von Rettungsdienstleistungen keinen Anspruch auf Beibehaltung der bisherigen Vergabepaxis.

Der Senat sieht keinen Anlass für die von der Antragstellerin angeregte Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 AEUV (früher Art. 234 EGV). Abgesehen davon, dass ein solches Vorabentscheidungsersuchen in Eilverfahren nur ausnahmsweise in Betracht kommt (vgl. etwa Finkelnburg/Dombert/Külpmann, a.a.O., Rn. 924 f.), steht einer Vorlage entgegen, dass die von der Antragstellerin aufgeworfene Frage, ob ein vergabe-rechtliches Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gegen Art. 106 AEUV verstößt, im vorliegenden Verfahren - wie sich aus den vorstehenden Ausführungen des Senats ergibt - nicht entscheidungserheblich ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus §§ 53 Abs. 1 Nr. 3, 52 Abs. 1 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

Dr. Heidelmann

Kurbjuhn

Tröster