SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN VERICA TRSTENJAK vom 11. Februar 2010[1]

Inhaltsverzeichnis

I — Einführung ..... I - 3719

II — Rechtlicher Rahmen ..... I - 3719

A — Richtlinie 92/50 ..... I - 3719

B — Richtlinie 2004/18 ..... I - 3720

III — Sachverhalt ..... I - 3721

IV — Vorprozessuales Verfahren ..... I - 3722

V — Verfahren vor dem Gerichtshof und Anträge der Parteien ..... I - 3722

VI — Wesentliches Vorbringen der Parteien ..... I - 3723

VII — Rechtliche Würdigung ..... I - 3725

A — Zulässigkeit ..... I - 3725

1. Rettungsdienstleistungen als gemischte Dienstleistungen im System der Vergaberichtlinien ..... I - 3726

2. Umformulierung der Anträge in der Klageschrift ..... I - 3727

3. Ergebnis ..... I - 3730

B — Begründetheit ..... I - 3730

1. Nichtanwendbarkeit der Bereichsausnahme nach Art. 45 Abs. 1 EG ..... I - 3730

2. Kein Rechtfertigungsgrund nach Art. 86 Abs. 2 EG ..... I - 3736

1 — Originalsprache: Deutsch.

3. Analyse der neun beanstandeten Vergabeverfahren ..... I - 3739

a) Auftragsvergabe durch die Stadt Magdeburg (Sachsen-Anhalt) ..... I - 3739

i) Verstoß gegen Art. 16 der Richtlinie 92/50 bzw. Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 ..... I - 3739

ii) Kein Verstoß gegen das primärrechtliche Diskriminierungsverbot und das primärrechtliche Transparenzgebot ..... I - 3740

— Begründetheitsprüfung auf dem Hintergrund der Annahme, dass der Klagegrund des Primärrechtsverstoßes teilweise unzulässig ist ..... I - 3740

— Hilfsweise: Begründetheitsprüfung für den Fall, dass der Klagegrund des Primärrechtsverstoßes in seiner Gesamtheit für zulässig erklärt werden sollte ..... I - 3741

Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Sekundärrechts .... I - 3742

Nachweis eines grenzüberschreitenden Interesses an der Vergabe von nachrangigen Dienstleistungen ..... I - 3747

iii) Ergebnis ..... I - 3749

b) Die Fälle der Auftragsvergabe durch die Städte Bonn (Nordrhein-Westfalen) und Witten (Nordrhein-Westfalen), die Region Hannover (Niedersachsen) und den Landkreis Hameln-Pyrmont (Niedersachsen) ..... I - 3749

c) Auftragsvergabe durch den Landkreis Uelzen (Niedersachsen) ..... I - 3750

d) Die Fälle der Auftragsvergabe durch die Rettungszweckverbände Westsachsen (Sachsen), Chemnitz/Stollberg (Sachsen) und Vogtland (Sachsen) ..... I - 3752

e) Ergebnis ..... I - 3754

4. Rechtswidrige Vergabepraxis in der Bundesrepublik Deutschland ..... I - 3754

VIII — Kosten ..... I - 3757

IX — Ergebnis ..... I - 3757

I — Einführung

1. Der vorliegenden Rechtssache liegt eine Vertragsverletzungsklage der Kommission gemäß Art. 226 EG zugrunde, mit der diese vom Gerichtshof die Feststellung begehrt, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge[2] und der 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[3] sowie gegen die Prinzipien der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 43 EG und 49 EG) verstoßen hat, dass Dienstleistungsaufträge im Bereich des öffentlichen Rettungsdienstes in den Bundesländern Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Sachsen nicht öffentlich ausgeschrieben bzw. transparent vergeben worden sind und dass keine Bekanntmachungen über vergebene Aufträge veröffentlicht worden sind.

2 — ABl. L 209, S. 1.
3 — ABl. L 134, S. 114.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Richtlinie 92/50*

2. Gemäß Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 92/50 sorgen die Auftraggeber dafür, dass keine Diskriminierung von Dienstleistungserbringern stattfindet.

3. Art. 10 der Richtlinie 92/50 bestimmt:

„Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA und des Anhangs IB sind, werden nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI vergeben, wenn der Wert der Dienstleistungen des Anhangs IA größer ist als derjenige der Dienstleistungen des Anhangs IB. Ist dies nicht der Fall, so werden sie gemäß den Artikeln 14 und 16 vergeben."

4. Art. 16 der Richtlinie 92/50 lautet:

„(1) Die Auftraggeber, die einen Auftrag vergeben, schicken dem Amt für

amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften eine Bekanntmachung über die Ergebnisse des Vergabeverfahrens.

(2) Die Bekanntmachungen werden wie folgt veröffentlicht:

…“

B — *Richtlinie 2004/18*

5. Gemäß Art. 2 der Richtlinie 2004/18 behandeln die öffentlichen Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.

6. Art. 22 der Richtlinie 2004/18 bestimmt:

„Aufträge sowohl über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil A als auch über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B werden nach den Artikeln 23 bis 55 vergeben, wenn der Wert der Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil A höher ist als derjenige der Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B. In allen anderen Fällen wird der Auftrag nach Artikel 23 und Artikel 35 Absatz 4 vergeben.“

7. Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 lautet:

„Ein öffentlicher Auftraggeber, der einen öffentlichen Auftrag vergeben oder eine Rahmenvereinbarung geschlossen hat, sendet spätestens 48 Tage nach der Vergabe des Auftrags beziehungsweise nach Abschluss der Rahmenvereinbarung eine Bekanntmachung mit den Ergebnissen des Vergabeverfahrens ab.

…

Bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen des Anhangs II Teil B gibt der öffentliche Auftraggeber in seiner Bekanntmachung an, ob er mit der Veröffentlichung einverstanden ist. Für diese Dienstleistungsaufträge legt die Kommission nach dem in Artikel 77 Absatz 2 genannten Verfahren die Regeln fest, nach denen auf der Grundlage dieser Bekanntmachungen statistische Berichte zu erstellen und zu veröffentlichen sind.

…“

Notfallpatienten sind, unter fachgerechter Betreuung mit Krankentransportwagen.

III — Sachverhalt

8. In der Bundesrepublik Deutschland gehört das Recht der Rettungsdienste zur Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer, die von ihren gesetzgeberischen Gestaltungsmöglichkeiten in unterschiedlicher Weise Gebrauch gemacht haben.

9. In den meisten deutschen Bundesländern werden Rettungsdienstleistungen nach einem dualen System erbracht, das zwischen dem öffentlichen Rettungsdienst und der Erbringung von Rettungsdienstleistungen aufgrund von Genehmigungen nach den Landesrettungsdienstgesetzen unterscheidet.

10. Der öffentliche Rettungsdienst erfasst üblicherweise sowohl Notfalltransportleistungen als auch qualifizierte Krankentransportleistungen. Der Notfalltransport betrifft die Beförderung von lebensbedrohlich verletzten oder erkrankten Personen unter fachgerechter Betreuung mit Notarzt- oder Rettungswagen. Der qualifizierte Krankentransport besteht in der Beförderung von kranken, verletzten oder sonstigen hilfsbedürftigen Personen, die keine

11. Mehrere Bundesländer haben sich dafür entschieden, die Auswahl von Leistungserbringern im öffentlichen Rettungsdienst den einzelnen Städten, Landkreisen, Rettungszweckverbänden usw. zu überlassen. Dazu schließen diese Gebietskörperschaften in der Regel mit einzelnen Dienstleistungsanbietern Verträge über die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Rettungsdienstleistungen ab. Wenn die Vergütung der Dienstleistungen unmittelbar durch die Gebietskörperschaft erfolgt, wird das einschlägige Vertragsmodell als „Submissionsmodell“ bezeichnet. Wenn die Vergütung hingegen durch die Erhebung von Entgelten durch den Auftragnehmer direkt bei den Patienten bzw. den Krankenkassen erfolgt, handelt es sich um das sogenannte „Konzessionsmodell“.

12. Mit ihrer Klage beanstandet die Kommission die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Bereich des öffentlichen Rettungsdienstes in den Bundesländern Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen und Sachsen-Anhalt, in denen durchgehend das Submissionsmodell angewendet wird. Die Kommission rügt insbesondere, dass in diesen Bundesländern den Vergaberichtlinien unterfallende Aufträge im Bereich des öffentlichen Rettungsdienstes in der Regel nicht ausgeschrieben und nicht transparent vergeben worden sind.

IV — Vorprozessuales Verfahren

13. Nachdem mehrere Beschwerden bei der Kommission eingegangen waren, informierte sie mit Schreiben vom 10. April 2006 die Bundesrepublik Deutschland, dass diese bei der Vergabe von entgeltlichen Verträgen über Rettungsdienstleistungen in den Bundesländern Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Sachsen und Sachsen-Anhalt gegen die Vergaberichtlinien sowie gegen Primärrecht verstoßen haben könnte. Zugleich informierte die Kommission die Bundesrepublik Deutschland darüber, dass sie bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen über Rettungsdienstleistungen gegen die Prinzipien der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit verstoßen haben könnte. Daher wurde die Regierung der Bundesrepublik Deutschland aufgefordert, sich gemäß Art. 226 EG binnen zwei Monaten zum Standpunkt der Kommission zu äußern.

14. In ihrer Mitteilung vom 10. Juli 2006 stritt die Bundesrepublik Deutschland die vorgetragenen Gemeinschaftsrechtsverletzungen ab. Darüber hinaus sei in Sachsen 2005 eine Gesetzesänderung erfolgt, so dass auch in diesem Bundesland spätestens ab dem 1. Januar 2009 Rettungsdienstleistungen nach einem Auswahlverfahren vergeben würden, bei dem die Grundsätze eines diskriminierungsfreien Wettbewerbs berücksichtigt würden.

15. Mit Schreiben vom 15. Dezember 2006 übermittelte die Kommission der Bundesrepublik Deutschland die mit Gründen versehene Stellungnahme. Darin gelangte sie abschließend zur Feststellung, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus den Richtlinien 92/50 und 2004/18 sowie gegen die Prinzipien der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit verstoßen habe bzw. weiterhin verstoße. Die Kommission forderte deshalb die Bundesrepublik Deutschland auf, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um der mit Gründen versehenen Stellungnahme binnen zwei Monaten nach Eingang nachzukommen.

16. In ihrer Mitteilung vom 22. Februar 2007 wies die Bundesrepublik Deutschland die Rechtsauffassung der Kommission erneut zurück. Ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht liege in keinem der von der Kommission genannten Einzelfälle vor.

V — Verfahren vor dem Gerichtshof und Anträge der Parteien

17. Da die Bundesrepublik Deutschland der mit Gründen versehenen Stellungnahme nicht nachkam, hat die Kommission am 15. April 2008 Klage nach Art. 226 EG erhoben.

18. Die Kommission beantragt, der Gerichtshof möge wie folgt entscheiden:

— Die Bundesrepublik Deutschland hat gegen ihre Verpflichtungen aus den Richtlinien 92/50/EWG und 2004/18/EG sowie gegen die Prinzipien der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 43 EG und 49 EG) verstoßen, indem sie keine Bekanntmachungen über vergebene Aufträge veröffentlicht hat und Dienstleistungsaufträge im Bereich des öffentlichen Rettungsdienstes nicht öffentlich ausgeschrieben bzw. transparent vergeben hat.

— Die Bundesrepublik Deutschland trägt die Kosten des Verfahrens.

19. Die Bundesrepublik Deutschland beantragt, die Klage abzuweisen und die Kosten des Verfahrens der Kommission aufzuerlegen.

20. Mit Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 16. Dezember 2008 ist das Königreich der Niederlande als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Bundesrepublik Deutschland zugelassen worden. Das Königreich der Niederlande beantragt zur Unterstützung der Bundesrepublik Deutschland die Abweisung der Klage der Kommission.

VI — Wesentliches Vorbringen der Parteien

21. Nach Auffassung der Kommission hat sich in verschiedenen deutschen Bundesländern bei der Vergabe von Aufträgen im Bereich der öffentlichen Notfall- und qualifizierten Krankentransportleistungen die Praxis etabliert, Aufträge vergaberechtswidrig ohne europaweite Ausschreibung bzw. ohne Sicherstellung einer angemessenen Transparenz an örtlich ansässige Anbieter zu vergeben.

22. Unter Verweisung auf neun konkrete Vergabebeispiele aus den Bundesländern Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen und Sachsen-Anhalt hebt die Kommission zunächst hervor, dass die für die jeweilige Vergabe zuständigen Städte, Landkreise und Rettungszweckverbände als öffentliche Auftraggeber im Sinne der Vergaberichtlinien einzuordnen seien. Darüber hinaus seien die im Bereich des öffentlichen Rettungsdienstes vergebenen Aufträge als öffentliche entgeltliche Aufträge zu qualifizieren, deren Auftragswert in den in Rede stehenden Fällen die für

die Anwendbarkeit der Richtlinien 92/50 bzw. 2004/18 einschlägigen finanziellen Schwellenwerte deutlich überschreite.

23. Soweit diese öffentlichen Aufträge vor dem 31. Januar 2006 abgeschlossen worden seien, unterfielen sie der Richtlinie 92/50. Weil sich diese Aufträge auf gemischte Dienstleistungen bezögen, hätten sie unter Einhaltung der Bestimmungen der Abschnitte III bis IV bzw. der Art. 14 und 16 der Richtlinie 92/50 vergeben werden müssen, je nachdem, ob der Wert der Verkehrsdienstleistungen oder derjenige der medizinischen Dienstleistungen überwogen habe. Für die Aufträge, die nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2004/18 abgeschlossen worden seien, enthalte diese Richtlinie eine entsprechende Regelung.

24. In Anbetracht der Tatsache, dass es sich in allen angeführten Beispielsfällen um Aufträge mit grenzüberschreitendem Interesse handele, habe die Bundesrepublik Deutschland ebenfalls gegen das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot verstoßen, die von der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit umfasst seien.

25. Die gerügten Verstöße stellen nach Ansicht der Kommission keine Einzelfälle dar, sondern zeugen von einer allgemeinen gemeinschaftsrechtswidrigen Vergabepraxis. Bestätigt sieht sich die Kommission in dieser Einschätzung durch die äußerst geringe Anzahl von europaweiten Ausschreibungen von Rettungsdienstleistungen bzw. von Bekanntmachungen über vergebene Aufträge.

26. Nach Auffassung der deutschen Regierung ist das Ansinnen der Kommission, mit einem Sachvortrag zu einzelnen Vergabeverfahren in vier von insgesamt sechzehn Bundesländern eine umfassende Verurteilung der Vergabepraxis in der Bundesrepublik Deutschland erreichen zu wollen, unstatthaft. Auch seien verschiedene Tatsachenbehauptungen der Kommission unzutreffend.

27. Die deutsche Regierung beruft sich zudem auf die Bereichsausnahme nach Art. 45 Abs. 1 EG in Verbindung mit Art. 55 EG, nach dem die Kapitel des EG-Vertrags über die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit keine Anwendung auf Tätigkeiten finden, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, was bei den in Rede stehenden Rettungsdienstleistungen der Fall sei. Da die Vergaberichtlinien in diesen beiden Kapiteln des EG-Vertrags ihre Rechtsgrundlage fänden, fänden auch sie vorliegend keine Anwendung.

28. Hilfsweise trägt die deutsche Regierung vor, dass die in Rede stehenden Rettungsdienstleistungen die Voraussetzungen für eine Privilegierung nach Art. 86 Abs. 2 EG erfüllten. Weil Art. 86 Abs. 2 EG nicht nur eine Ausnahme von den Wettbewerbsregeln beinhalte, sondern auch von allen anderen Vorschriften des EG-Vertrags, sei die Klage der Kommission auch aus dieser Perspektive unbegründet. Abschließend weist die deutsche Regierung auf zwei Beschlüsse des Bundesgerichtshofs vom 1. Dezember 2008 hin, nach denen nunmehr auch bei der Vergabe von Verträgen über Rettungsdienstleistungen das Vergaberecht Anwendung finden müsse.

29. Die niederländische Regierung geht davon aus, dass die Bundesrepublik Deutschland weder gegen die Vergaberichtlinien noch gegen Art. 43 EG und Art. 49 EG verstoßen habe. Die in Rede stehenden öffentlichen Rettungsdienste seien als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG zu qualifizieren. Dabei sei zu beachten, dass die in Art. 86 Abs. 2 EG vorgesehene Ausnahme auch im Bereich der Grundfreiheiten gelte. Abschließend erörtert die niederländische Regierung die Möglichkeit einer Anwendung der Bereichsausnahme nach Art. 45 EG und Art. 55 EG. Dabei tendiert die niederländische Regierung zu der Auffassung, dass die Anwendungsvoraussetzungen dieser Ausnahmevorschriften bei den in Rede stehenden Rettungsdienstleistungen erfüllt sein könnten.

VII — Rechtliche Würdigung

A — *Zulässigkeit*

30. Besonderes Merkmal von Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EG ist, dass die Festlegung des Verfahrensgegenstands im Vorverfahren den statthaften Klagegegenstand des daran anschließenden gerichtlichen Verfahrens einschränkt. Nach ständiger Rechtsprechung müssen die mit Gründen versehene Stellungnahme und die anschließende Vertragsverletzungsklage auf die gleichen Gründe und das gleiche Vorbringen gestützt sein, so dass der Gerichtshof eine Rüge, die nicht in der mit Gründen versehenen Stellungnahme erhoben wurde, nicht prüfen kann[4].

31. Diese Zulässigkeitsvoraussetzung, mit der eine Erweiterung der Vorwürfe in der Klage gegenüber dem Vortrag der begründeten Stellungnahme untersagt wird, dient dem Schutz der Verteidigungsrechte des betroffenen Mitgliedstaats, dem die Möglichkeit gegeben werden soll, seinen gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen und sich gegenüber den Rügen der Kommission wirksam zu verteidigen. Zugleich spiegelt sich in dieser Voraussetzung die allgemeine

4 — Vgl. nur Urteile vom 26. März 2009, Kommission/Italien (C-326/07, Slg. 2009, I-2291, Randnr. 29), vom 24. Juni 2004, Kommission/Niederlande (C-350/02, Slg. 2004, I-6213, Randnr. 20), vom 11. Mai 1989, Kommission/Deutschland (76/86, Slg. 1989, 1021, Randnr. 8), vom 7. Mai 1987, Kommission/Belgien (186/85, Slg. 1987, 2029, Randnr. 13).

verfahrensrechtliche Grundregel, dass ein etwaiges streitiges Verfahren einen eindeutig festgelegten Streitgegenstand haben muss[5].

32. Meines Erachtens ist die Kommission im vorliegenden Verfahren bei der Formulierung ihrer Klageanträge in unzulässiger Weise über die in der begründeten Stellungnahme formulierten Vorwürfe hinausgegangen. Zur Klarstellung und Abgrenzung dieser unzulässigen Klageerweiterung werde ich zunächst auf die Einordnung der in Rede stehenden Rettungsdienstleistungen im System der Vergaberichtlinien eingehen. Anschließend werde ich darlegen, wie die Kommission ihre Anträge aus der begründeten Stellungnahme in der Klageschrift umformuliert hat und in welcher Weise mit dieser Umformulierung auch der Verfahrensgegenstand abgeändert worden ist.

33. Der Umstand, dass die Bundesrepublik Deutschland die Unzulässigkeit der Klageerweiterung nicht ausdrücklich gerügt hat, ist indes nicht erheblich. Weil es sich bei dem Verbot der Erweiterung des Streitgegenstands um eine vom EG-Vertrag gewollte wesentliche Garantie handelt, deren Beachtung ein substanzielles Formerfordernis des Verfahrens zur Feststellung der Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats darstellt[6], kann der Gerichtshof dies auch ohne Rüge der Bundesrepublik Deutschland von Amts wegen feststellen[7].

1. Rettungsdienstleistungen als gemischte Dienstleistungen im System der Vergaberichtlinien

34. Sowohl die Richtlinie 92/50 als auch die Richtlinie 2004/18 unterscheiden zwischen sogenannten vorrangigen und nachrangigen Dienstleistungen. Erstere werden im Anhang IA der Richtlinie 92/50 sowie im inhaltsgleichen Anhang IIA der Richtlinie 2004/18 aufgezählt und umfassen u. a. Dienstleistungen im Bereich des Landverkehrs. Letztere werden im Anhang IB der Richtlinie 92/50 sowie im inhaltsgleichen Anhang IIB der Richtlinie 2004/18 aufgezählt und umfassen u. a. Dienstleistungen im Bereich des Gesundheitswesens. Wichtigster vergaberechtlicher Unterschied zwischen den vorrangigen Dienstleistungen der Anhänge IA bzw. IIA und den nachrangigen Dienstleistungen der Anhänge IB bzw. IIB ist, dass nur die vorrangigen Dienstleistungen der vollen Anwendung der entsprechenden Vergaberichtlinie unterworfen sind[8]. Hinsichtlich nachrangiger Dienstleistungen ist hingegen lediglich

5 — Vgl. Urteile vom 22. März 2007, Kommission/Belgien (C-437/04, Slg. 2007, I-2513, Randnrn. 39 f.) und Kommission/Niederlande (in Fn. 4 angeführt, Randnrn. 18 f.).

6 — Vgl. nur Urteil vom 27. April 2006, Kommission/Deutschland (C-441/02, Slg. 2006, I-3449, Randnr. 59).

7 — *Argumentum a fortiori* aus Art. 92 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs. So auch Karpenstein/Karpenstein, in: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 226 EGV, Randnr. 82 (39. Ergänzungslieferung, Stand Juli 2009).

8 — Art. 8 der Richtlinie 92/50 sowie Art. 20 der Richtlinie 2004/18.

vorgesehen, dass die Regeln über technische Spezifikationen gelten und dass die Auftraggeber die Kommission über die Vergabe der Aufträge unterrichten müssen[9].

35. Im vorliegenden Verfahren ist unumstritten, dass die in Rede stehenden Rettungsdienstleistungen als gemischte Dienstleistungen einzuordnen sind, die sowohl vorrangige als auch nachrangige Dienstleistungskomponenten enthalten. Diese Einordnung geht unmittelbar aus dem Urteil Tögel[10] hervor, in dem Rettungs- und Krankentransporte unter Begleitung eines Sanitäters als gemischte Dienstleistungen im Sinne von Art. 10 der Richtlinie 92/50 qualifiziert worden sind[11]. Dabei ist die Personenbeförderung als vorrangige, die medizinische Versorgung während des Transports als nachrangige Dienstleistung einzuordnen.

36. Gemischte Aufträge über vorrangige und nachrangige Dienstleistungen sind gemäß Art. 10 der Richtlinie 92/50 bzw. gemäß Art. 22 der Richtlinie 2004/18 der vollen Anwendung der entsprechenden Vergaberichtlinie unterworfen, wenn der Wert der vorrangigen Dienstleistungen höher ist als der Wert der nachrangigen. Im umgekehrten Fall sind die gemischten Aufträge als Aufträge über nachrangige Dienstleistungen zu behandeln.

2. Umformulierung der Anträge in der Klageschrift

37. In der mit Gründen versehenen Stellungnahme hat die Kommission die gemischte Natur der in Rede stehenden Rettungsdienstleistungen sowohl im Rahmen ihrer rechtlichen Würdigung als auch bei der Formulierung der einzelnen Rügen ausdrücklich berücksichtigt.

38. Die Kommission hat in der begründeten Stellungnahme insbesondere geltend gemacht, dass bei den in Rede stehenden Rettungsdienstleistungen die Verkehrsleistungen im Sinne von Anhang IA der Richtlinie 92/50 bzw. Anhang IIA der Richtlinie 2004/18 überwögen, so dass die Bundesrepublik Deutschland bei der Vergabe dieser Aufträge gegen Art. 10 in Verbindung mit den Abschnitten III bis IV der Richtlinie 92/50 und seit dem 1. Februar 2006 gegen Art. 22 in Verbindung mit den Art. 23 bis 55 der Richtlinie 2004/18 verstoßen habe. Für den Fall, dass in einzelnen der angeführten Fälle die medizinischen Leistungen im Sinne von Anhang IB der

9 — Art. 9 der Richtlinie 92/50 sowie Art. 21 der Richtlinie 2004/18.

10 — Urteil vom 24. September 1998, Tögel (C-76/97, Slg. 1998, I-5357, Randnr. 40).

11 — Die Personenbeförderung fällt unter die Bezeichnung „Landverkehr“ im Sinne von Anhang IA Kategorie 2 der Richtlinie 92/50 bzw. Anhang IIA Kategorie 2 der Richtlinie 2004/18. Die medizinische Versorgung fällt unter die Bezeichnung „Gesundheitswesen“ im Sinne von Anhang IB Kategorie 25 der Richtlinie 92/50 bzw. Anhang IIB Kategorie 25 der Richtlinie 2004/18.

Richtlinie 92/50 bzw. Anhang IIB der Richtlinie 2004/18 überwiegen sollten, rügt die Kommission hilfsweise einen Verstoß gegen Art. 10 in Verbindung mit Art. 16 der Richtlinie 92/50 und seit dem 1. Februar 2006 gegen Art. 22 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 und jedenfalls gegen die Prinzipien der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 43 EG und Art. 49 EG und das von diesen Prinzipien umfasste Diskriminierungsverbot.

39. In ihrer Klage hat die Kommission die Frage, ob die in Rede stehenden Rettungsdienstleistungen schwerpunktmäßig den Personentransport oder vielmehr die medizinische Versorgung betrafen, bewusst unbeantwortet gelassen. Dies könne, so die Kommission, nunmehr dahingestellt bleiben, weil mit den beanstandeten Vergabevorgängen auf jeden Fall die Regeln über die Meldepflicht für vergebene Aufträge gemäß Art. 16 der Richtlinie 92/50 bzw. Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 sowie auch das — von der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit umfasste — Diskriminierungsverbot verletzt worden seien.

40. Mit dieser Umformulierung des Klageantrags hat die Kommission den Klagegegenstand in unzulässiger Weise abgeändert.

41. Während die Kommission in ihrer mit Gründen versehenen Stellungnahme von dem Standpunkt ausgegangen ist, dass mit der Vergabe der Rettungsdienstleistungen nur in den Fällen gegen das primärrechtliche Diskriminierungsverbot und das primärrechtliche Transparenzgebot verstoßen worden sei, in denen der Aspekt der medizinischen Versorgung überwog, geht sie in ihrer Klage von dem abweichenden Standpunkt aus, dass das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot bei der Vergabe der in Rede stehenden Rettungsdienstleistungen stets zu beachten gewesen seien. Dies setzt jedoch notwendigerweise voraus, dass das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot auch bei der Vergabe der Rettungsdienstleistungen mit überwiegendem Transportcharakter unmittelbar verletzt werden könnten, was in der mit Gründen versehenen Stellungnahme weder explizit noch implizit gerügt worden ist.

42. Die Erweiterung des Verfahrensgegenstands besteht somit darin, dass nunmehr ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot, die sich aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergeben, auch bei der Vergabe von gemischten Rettungsdienstleistungen mit überwiegendem Transportcharakter gerügt wird. Insoweit ist die vorliegende Klage für unzulässig zu erklären.

43. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die in den Vergaberichtlinien

vorgesehenen Ausschreibungs- und Bekanntmachungspflichten letztlich eine sekundärrechtliche Ausformulierung des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots und des primärrechtlichen Transparenzgebots darstellen, und dass die Kommission folglich mit ihrem nunmehr primärrechtlich begründeten Antrag inhaltlich nicht über die in der begründeten Stellungnahme formulierten Rügen hinausgegangen sei. Ausschlaggebend ist nämlich, dass die Kommission in ihrer Klage eine Primärrechtsverletzung hinsichtlich vorrangiger gemischter Dienstleistungen rügt, obwohl sie in der begründeten Stellungnahme noch vorgetragen hat, dass diese Dienstleistungen den Vergaberichtlinien vollumfänglich unterfielen, und folglich nur einen Verstoß gegen diese Richtlinien gerügt hat. Demzufolge hat sich die Bundesrepublik Deutschland im Vorverfahren nicht mit der Frage auseinandersetzen können, ob die Vergabe von Aufträgen über die Erbringung von Rettungsdienstleistungen, die schwerpunktmäßig den Personentransport betreffen und deswegen den Vergaberichtlinien vollumfänglich unterfallen, überhaupt unmittelbar am primärrechtlichen Maßstab des Diskriminierungsverbots und des Transparenzgebots gemessen werden kann[12].

44. Wenn die von mir erörterte Änderung der Klagegrundlage für zulässig erklärt werden sollte, würde dies zu einer nicht hinnehmbaren Verletzung der Verteidigungsrechte der Bundesrepublik Deutschland führen, weil ihr dadurch die Möglichkeit genommen würde, sich bereits im vorprozessualen Verfahren mit der Grundsatzfrage auseinanderzusetzen, ob und inwieweit die Kommission ihre Klageanträge hinsichtlich der Vergabe von vorrangigen gemischten Dienstleistungen unmittelbar auf eine primärrechtliche Grundlage stützen durfte.

45. An dieser Stelle sei ebenfalls darauf hingewiesen, dass die Kommission in ihrer Klage stellenweise eine Verletzung von Art. 2 der Richtlinie 2004/18 zu rügen und eine entsprechende Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland anzustreben scheint[13]. Soweit die Klageanträge in diesem Sinne zu deuten sein sollten, ist auch dieser Klageantrag als unzulässig abzuweisen, weil eine Verletzung von Art. 2 der Richtlinie 2004/18 in der mit Gründen versehenen Stellungnahme nicht ausdrücklich gerügt worden ist.

12 — In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, ob eine Prüfung der Vergabe der in Rede stehenden Aufträge auf der Grundlage des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots und des primärrechtlichen Transparenzgebots mit dem Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Sekundärrechts sowie mit dem Sinn und Zweck des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG vereinbar ist. Siehe dazu Nrn. 95 ff. dieser Schlussanträge.

13 — Unter der Überschrift „Der Verstoß gegen Art. 16 der Richtlinie 92/50/EWG und gegen Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG“ führt die Kommission in Randnr. 39 ihrer Klageschrift vom 15. April 2008 an, dass die Art. 14 und 16 der Richtlinie 92/50 sowie die Art. 23 und 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 vorliegend auf jeden Fall anwendbar seien. In Randnr. 40 rügt sie anschließend eine Verletzung von Art. 16 der Richtlinie 92/50 bzw. von Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18. In Randnr. 41 führt die Kommission aus, dass Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 92/50 sowie Art. 2 der Richtlinie 2004/18 vorliegend ebenfalls anwendbar seien, ohne jedoch deren Verletzung ausdrücklich zu rügen oder weitere Ausführungen zu diesen beiden Artikeln zu machen. In der Zusammenfassung ihrer Klageanträge in Randnr. 72 rügt die Kommission allerdings einen Verstoß gegen Art. 10 in Verbindung mit Art. 16 der Richtlinie 92/50 sowie gegen die Art. 2 und 22 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18.

3. Ergebnis

46. In Anbetracht dieser Überlegungen komme ich zu dem Ergebnis, dass die vorliegende Vertragsverletzungsklage als unzulässig abzuweisen ist, soweit mit ihr ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot, die sich aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergeben, auch bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen mit überwiegendem Transportcharakter gerügt wird.

47. Falls der Gerichtshof zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass die Kommission mit ihrer Klage auch die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 2 der Richtlinie 2004/18 beantragt, ist dieser Klageantrag ebenfalls als unzulässig zurückzuweisen.

B — *Begründetheit*

48. Die Bundesrepublik Deutschland tritt der von der Kommission erhobenen Vertragsverletzungsklage mit drei Argumentationslinien entgegen. Die deutsche Regierung beruft sich an erster Stelle auf die Bereichsausnahme nach Art. 45 EG und hilfsweise auf den Rechtfertigungsgrund nach Art. 86 Abs. 2 EG. An zweiter Stelle bestreitet die deutsche Regierung einige der von der Kommission vorgetragenen Tatsachenbehauptungen. An dritter Stelle wendet sich die deutsche Regierung gegen den Antrag der Kommission, die Existenz einer vergaberechtswidrigen Praxis festzustellen.

49. Vor diesem Hintergrund werde ich im Folgenden zunächst die Problematik der Vergabe von Aufträgen über Rettungsdienstleistungen im Licht von Art. 45 Abs. 1 EG in Verbindung mit Art. 55 EG sowie anschließend im Licht von Art. 86 Abs. 2 EG erörtern. Sodann werde ich die neun von der Kommission beanstandeten Vergabeverfahren einzeln prüfen. Zum Schluss wende ich mich der Frage zu, ob die Ergebnisse dieser Prüfung die Feststellung einer vergaberechtswidrigen Praxis rechtfertigen.

1. Nichtanwendbarkeit der Bereichsausnahme nach Art. 45 Abs. 1 EG

50. Gemäß Art. 45 Abs. 1 EG in Verbindung mit Art. 55 EG finden die primärrechtlichen Bestimmungen über das Niederlassungsrecht und über die Dienstleistungsfreiheit keine Anwendung auf Tätigkeiten, die in einem

Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Ist eine Tätigkeit in einem Mitgliedstaat mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden, ist sie folglich von der Anwendung der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ausgenommen.

51. Gleiches hat für die sekundärrechtlichen Bestimmungen zu gelten, die zur Verwirklichung der Kapitel über das Niederlassungsrecht und über die Dienstleistungsfreiheit erlassen werden. Soweit solche sekundärrechtlichen Rechtsakte auch eine Tätigkeit regeln, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, ist im Wege einer vertragskonformen Auslegung der sekundärrechtlichen Regelung festzustellen, dass die genannten Tätigkeiten in den betreffenden Mitgliedstaaten von der Anwendung dieser Regelung ausgenommen sind[14].

52. Wenn die Notfall- und Krankentransportleistungen, die den Gegenstand der in Rede stehenden Auftragsvergaben bilden, mit der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 45 Abs. 1 EG verbunden sein sollten, wäre die von der Kommission gerügte Verletzung der Prinzipien der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit als unbegründet abzuweisen. Weil des Weiteren sowohl die Richtlinie 92/50 als auch die Richtlinie 2004/18 auf der Grundlage von Art. 47 Abs. 2 EG und Art. 55 EG und demnach in Ausübung der primärrechtlichen Kompetenzvorschriften der Kapitel über das Niederlassungsrecht und über die Dienstleistungsfreiheit erlassen worden sind, wäre in diesem Fall auch der Klagegrund der Verletzung dieser Vergaberichtlinien als unbegründet zurückzuweisen.

53. Mir scheint es jedoch fraglich, ob die Durchführung von Notfall- und Krankentransportleistungen als eine Tätigkeit im Sinne von Art. 45 Abs. 1 EG qualifiziert werden kann, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist.

54. An erster Stelle sei daran erinnert, dass die Auslegung des Begriffs „Ausübung öffentlicher Gewalt“ im Sinne von Art. 45 Abs. 1 EG in den Bereich des Gemeinschaftsrechts fällt. Denn die Gemeinschaftsrechtsordnung definiert ihre Begriffe grundsätzlich nicht in Anlehnung an eine oder mehrere nationale Rechtsordnungen, sofern dies nicht ausdrücklich vorgesehen ist[15].

14 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Lenz vom 19. September 1991 in der Rechtssache Kommission/Griechenland (C-306/89, Slg. 1991, I-5863, Nr. 28). Vgl. ferner Randelzhofer/Forsthoff, in Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 45 EGV, Randnr. 14 (39. Ergänzungslieferung, Stand Juli 2009).

15 — Vgl. Urteile vom 18. Dezember 2007, Société Pipeline Méditerranée et Rhône (C-314/06, Slg. 2007, I-12273, Randnr. 21), vom 22. Mai 2003, Kommission/Deutschland (C-103/01, Slg. 2003, I-5369, Randnr. 33), und vom 2. April 1998, EMU Tabac u. a. (C-296/95, Slg. 1998, I-1605, Randnr. 30).

55. Die Beantwortung der Frage, ob eine Tätigkeit eine Verbindung mit der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 45 Abs. 1 EG aufweist, erfolgt somit auf der Grundlage der gemeinschaftsrechtlichen Definition der öffentlichen Gewalt im Sinne dieser Vorschrift.

56. Voraussetzung für die Annahme einer — Teilhabe an der — Ausübung der öffentlichen Gewalt im Sinne von Art. 45 EG ist die Möglichkeit, dem Bürger gegenüber von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen Gebrauch zu machen[16].

57. In Anbetracht der grundlegenden Bedeutung der Grundfreiheiten für den Binnenmarkt ist Art. 45Abs. 1 EG — gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 55 EG — als Ausnahme vom Prinzip der Niederlassungsfreiheit bzw. der Dienstleistungsfreiheit eng auszulegen[17]. Demnach eröffnet nicht jede Tätigkeit, in deren Rahmen dem Bürger gegenüber Sonderrechte, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnisse ausgeübt werden können, den Anwendungsbereich der Ausnahme nach Art. 45 Abs. 1 EG. Erforderlich ist vielmehr, dass diese Teilhabe an der Ausübung der öffentlichen Gewalt eine ausreichende Intensität und Unmittelbarkeit aufweist.

58. Das Tatbestandsmerkmal der „Ausübung öffentlicher Gewalt“ im Sinne von Art. 45 Abs. 1 EG setzt mit anderen Worten eine hinreichend qualifizierte Ausübung von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen voraus. Diese qualitative Wertung der Beteiligung an den Hoheitsaufgaben hat der Gerichtshof in dem Erfordernis zusammengefasst, dass eine Anwendung von Art. 45 Abs. 1 EG — gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 55 EG — eine „unmittelbare“ und „spezifische“ Beteiligung an der Ausübung öffentlicher Gewalt voraussetzt[18].

59. So hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 29. Oktober 1998, Kommission/Spanien[19], im Rahmen der Erörterung der Frage, ob die Tätigkeiten von privaten Sicherheitsunternehmen in Spanien mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden waren, hervorgehoben, dass sogar dann, wenn solche privaten Sicherheitskräfte in bestimmten Situationen die öffentlichen Sicherheitskräfte unterstützen sollten, Erstere nur Hilfstätigkeiten ausübten. Demnach seien die privaten

16 — Schlussanträge von Generalanwalt Mayras vom 28. Mai 1974 in der Rechtssache Reyners (2/74, Slg. 1974, 665).

17 — Diesen einschränkenden Ansatz bestätigt der Gerichtshof in nunmehr ständiger Rechtsprechung mit einem Hinweis darauf, dass bei der Beurteilung der in Art. 45 EG vorgesehenen Ausnahmen von der Niederlassungsfreiheit berücksichtigt werden muss, dass diesen Ausnahmen von der genannten Freiheit durch diesen Artikel gemeinschaftsrechtliche Grenzen gesetzt sind. Vgl. nur Urteil vom 22. Oktober 2009, Kommission/Portugal (C-438/08, Slg. 2009, I-10219, Randnr. 35).

18 — Vgl. nur Urteile Kommission/Portugal (in Fn. 17 angeführt, Randnr. 36) sowie vom 30. März 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Slg. 2006, I-2941, Randnr. 46), und vom 13. Juli 1993, Thijssen (C-42/92, Slg. 1993, I-4047, Randnr. 22).

19 — C-114/97, Slg. 1998, I-6717, Randnrn. 38 f.

Sicherheitsunternehmen nicht „direkt und spezifisch“ an der Ausübung öffentlicher Gewalt beteiligt. Diese Lösung hatte Generalanwalt Alber in seinen Schlussanträgen in jener Rechtssache mit einem Hinweis darauf vorgeschlagen, dass die Unterscheidung zwischen Haupt- und Hilfsfunktionen nicht als ein quantitatives, sondern als ein qualitatives Kriterium zu verstehen sei und dass es einen graduellen Unterschied zwischen den Befugnissen der öffentlichen Sicherheitskräfte und denen der privaten Sicherheitsdienste gebe[20].

60. Ähnlich streng zeigte sich der Gerichtshof zuletzt in seinem Urteil vom 22. Oktober 2009, Kommission/Portugal[21], in dem er entschieden hat, dass die in Rede stehenden Tätigkeiten von privatwirtschaftlichen Organisationen zur technischen Überwachung von Fahrzeugen nicht unter die in Art. 45 EG vorgesehene Ausnahme fielen, obwohl diese Organisationen Bescheinigungen über die von ihnen durchgeführten technischen Überprüfungen ausstellten und in dieser Hinsicht auch hoheitliche Befugnisse ausübten. Diese Ausübung hoheitlicher Befugnisse erfülle jedoch nicht das qualitative Kriterium der „unmittelbaren und spezifischen“ Beteiligung an der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 45 EG. Dazu wies der Gerichtshof einerseits darauf hin, dass mit der Ausstellung der Bescheinigung nur die rechtlich vorgesehenen Konsequenzen aus der einschlägigen technischen Prüfung gezogen würden, ohne dass den technischen Prüfstellen eine wirkliche Entscheidungsautonomie zukomme. Darüber hinaus ergingen die Entscheidungen über die Erteilung oder Versagung der Bescheinigung der technischen Überprüfung im Rahmen einer unmittelbaren staatlichen Aufsicht[22].

61. Zuvor hatte der Gerichtshof bereits anlässlich der Prüfung der Anwendbarkeit der Bereichsausnahme nach Art. 45 EG hinsichtlich Wirtschaftsprüfern bei Versicherungsunternehmen und privaten Vorsorgeeinrichtungen festgestellt, dass die Erbringung von rein helfenden und vorbereitenden Aufgaben für eine Einrichtung, die durch den Erlass der abschließenden Entscheidung tatsächlich öffentliche Gewalt ausübt, nicht als Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne dieser Ausnahmeregelung angesehen werden kann[23].

62. Zusammenfassend ist festzustellen, dass nach nunmehr ständiger Rechtsprechung an die „Ausübung öffentlicher Gewalt“ im Sinne von Art. 45 Abs. 1 EG hohe qualitative Anforderungen gestellt werden müssen, an denen

20 — Schlussanträge von Generalanwalt Alber vom 7. Mai 1998 in der Rechtssache Kommission/Spanien (C-114/97, Slg. 1998, I-6717, Nrn. 27 f.). Bestätigt wurde die Feststellung, dass die Tätigkeit von Bewachungs- oder Sicherheitsunternehmen normalerweise keine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellt, in den Urteilen vom 13. Dezember 2007, Kommission/Italien (C-465/05, Slg. 2007, I-11091, Randnrn. 31 ff.), vom 31. Mai 2001, Kommission/Italien (C-283/99, Slg. 2001, I-4363, Randnrn. 20 ff.), und vom 9. März 2000, Kommission/Belgien (C-355/98, Slg. 2000, I-1221, Randnrn. 25 f.).

21 — In Fn. 17 angeführt.

22 — Zu einem ähnlichen Ergebnis war der Gerichtshof bereits in den Urteilen vom 29. November 2007, Kommission/Deutschland (C-404/05, Slg. 2007, I-10239, Randnrn. 39 ff.) und Kommission/Österreich (C-393/05, Slg. 2007, I-10195, Randnrn. 37 ff.), im Rahmen der Prüfung der Tätigkeiten von privaten Kontrollstellen für Erzeugnisse des ökologischen Landbaus gelangt.

23 — Urteil Thijssen (in Fn. 18 angeführt, Randnrn. 17 ff.). Vgl. ebenfalls das Urteil Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (in Fn. 18 angeführt, Randnrn. 44 ff.) hinsichtlich bestimmter Tätigkeiten der Beratung und des Beistands in Steuerfragen durch die Centri di Assistenza Fiscale in Italien.

die Berufung auf Art. 45 EG bis jetzt nahezu ausnahmslos gescheitert ist[24].

63. Auch im vorliegenden Verfahren scheint mir eine Teilhabe der Erbringer von Notfall- und Krankentransportleistungen an der Ausübung öffentlicher Gewalt zwar in beschränktem Ausmaß gegeben, ohne jedoch die für die Anwendung von Art. 45 EG erforderlichen qualitativen Merkmale aufzuweisen.

64. Die Bundesrepublik Deutschland sieht eine Teilhabe an der Ausübung öffentlicher Gewalt erstens darin begründet, dass die in Rede stehenden Verträge nach deutschem Recht als öffentlich-rechtliche Verträge zu qualifizieren seien. Zweitens hebt die Bundesrepublik Deutschland die Sonderrechte der Rettungsdienste nach Straßenrecht und Straßenverkehrsrecht hervor, die insbesondere darin bestünden, unter Verwendung von Blaulicht und Einsatzhorn Anordnungen gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern zu erlassen, die von diesen befolgt werden müssten und deren Nichtbeachtung mit einem Bußgeld geahndet werden könne. Die Bundesrepublik Deutschland führt drittens an, dass die Rettungsdienste häufig an der Organisation des Rettungsdienstes sowie an der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben im Bereich des Brandschutzes und des Katastrophenschutzes beteiligt seien und auch die polizeiliche Gefahrenabwehr durch die Bereitstellung von Rettungsmitteln im sicherheitsbehördlichen Handlungsraum unterstützten. Viertens betont die Bundesrepublik Deutschland die oft landesrechtlich vorgesehene Bestellung des Rettungsdienstpersonals zu Verwaltungsvollzugsbeamten.

65. Diese Argumente überzeugen nicht.

66. Mit ihrem ersten Argument verkennt die Bundesrepublik Deutschland den Grundsatz, dass die Gemeinschaftsrechtsordnung ihre Begriffe grundsätzlich nicht in Anlehnung an eine oder mehrere nationale Rechtsordnungen definiert[25]. Der Umstand, dass die in Rede stehenden Rettungsdienste nach deutschem Recht öffentlich-rechtlich organisiert sein sollten, ist für die Beantwortung der Frage, ob diese Rettungsdienste in den Geltungsbereich von Art. 45 EG fallen, nicht erheblich.

67. Wenngleich die Bundesrepublik Deutschland anschließend zutreffend von der Annahme ausgeht, dass die Verwendung von Blaulicht und Einsatzhorn durch die Rettungsdienste als

24 — Neben den bereits genannten Urteilen vgl. nur Urteil vom 18. Dezember 2007, Jundt (C-281/06, Slg. 2007, I-12231, Randnrn. 35 ff.), hinsichtlich der Ausübung einer Lehrtätigkeit im Auftrag einer Universität.

25 — Siehe Nrn. 54 f. dieser Schlussanträge.

Ausübung eines Sonderrechts zu werten ist, scheint mir die konkrete Ausgestaltung dieses Sonderrechts nicht die Intensität zu erreichen, die nach ständiger Rechtsprechung zur Eröffnung des Geltungsbereichs von Art. 45 EG gefordert wird. Die vorgetragenen Sonderrechte erschöpfen sich nämlich darin, einerseits Kraftfahrzeuge des Rettungsdienstes besonders einzurichten und mit Blaulicht und Einsatzhorn auszustatten und andererseits mit diesen Fahrzeugen unter bestimmten Bedingungen im Straßenverkehr gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern Vorrang zu beanspruchen, wobei die Nichtbeachtung dieser Sonderrechte durch andere Verkehrsteilnehmer als Bußgeldverstoß zu werten sei. Diese relativ schwach ausgeprägten Sonderrechte erfüllen meiner Meinung nach die bereits erörterten hohen qualitativen Anforderungen an der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 45 EG nicht.

68. In diesem Zusammenhang vermögen auch die von der deutschen Regierung angeführte Beteiligung der Rettungsdienste an der Organisation des Rettungsdienstes und am Brand- und Katastrophenschutz sowie die Bereitstellung von Rettungsmitteln zur Unterstützung von Sicherheitsbehörden und Feuerwehr nicht zu überzeugen. Dazu sei einerseits darauf hingewiesen, dass die Bereitstellung von Rettungsmitteln zur Unterstützung von Sicherheitsbehörden in aller Regel als eine rein unterstützende und vorbereitende Tätigkeit zu werten ist, die nach der bereits erörterten Rechtsprechung keine unmittelbare Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen kann. Sogar wenn die von der Bundesrepublik Deutschland gegebenen Beispiele der Beteiligung der Rettungsdienste an der Organisation des Rettungsdienstes sowie am Brand- und Katastrophenschutz[26] über rein unterstützende und vorbereitende Tätigkeiten hinausgehen sollten, erfüllen auch diese Tätigkeiten nicht die bereits erörterten hohen qualitativen Anforderungen an die Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 45 EG.

69. Das Argument einer oftmals landesrechtlich vorgesehenen Möglichkeit der Bestellung von Rettungsdienstpersonal zu Verwaltungsvollzugsbeamten scheitert schließlich bereits an der Feststellung, dass nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs eine Ausweitung der in den Art. 45 EG und 55 EG gestatteten Ausnahme auf einen Beruf als Ganzen nicht zu billigen ist, wenn die Tätigkeiten, die gegebenenfalls mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, einen abtrennbaren Teil der betreffenden Berufstätigkeit insgesamt darstellen[27].

70. Nach alledem komme ich zu dem Ergebnis, dass die in Rede stehende Tätigkeit der Erbringung von Rettungsdienstleistungen

26 — Als Beispiele der öffentlichen Aufgaben, die von den Rettungsdienstleistern erbracht werden, verweist die Bundesrepublik auf Räumungs-, Sicherungs- und Absperrmaßnahmen im Notfall und allgemein auf die Beteiligung der Rettungsdienstleister an der Planung, Organisation und Verwaltung des Rettungsdienstes, in dessen Rahmen sie beispielsweise das Recht hätten, Dritten Auskunfts- bzw. Meldepflichten aufzuerlegen, oder über den Einsatz anderer Fachdienste entscheiden könnten.

27 — Urteile Kommission/Deutschland (in Fn. 22 angeführt, Randnr. 47) und Kommission/Österreich (in Fn. 22 angeführt, Randnr. 45).

als solche keine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt beinhaltet. Im vorliegenden Verfahren ist die Bereichsausnahme nach Art. 45 EG folglich nicht einschlägig.

2. Kein Rechtfertigungsgrund nach Art. 86 Abs. 2 EG

71. Unter Verweisung auf das Urteil Ambulanz Glöckner[28] trägt die Bundesrepublik Deutschland hilfsweise vor, dass Rettungsdienstleistungen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG einzuordnen seien, wobei der in dieser Bestimmung enthaltene Rechtfertigungsgrund ohne Einschränkung auf den Bereich der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit übertragbar sei.

72. Diese Argumentation überzeugt mich nicht.

73. Der Bundesrepublik Deutschland ist insoweit zuzustimmen, als sie vorträgt, dass der Gerichtshof in den Urteilen vom 23. Oktober 1997, Kommission/Niederlande[29], und vom 18. Juni 1998, Corsica Ferries France[30], den Rechtfertigungsgrund nach Art. 86 Abs. 2 EG auch für staatliche Maßnahmen, die mit den Vorschriften des EG-Vertrags über die Warenverkehrsfreiheit bzw. die Dienstleistungsfreiheit unvereinbar waren, anwendbar erklärt und somit bestätigt hat, dass Art. 86 Abs. 2 EG zur Rechtfertigung von Verstößen gegen Art. 86 Abs. 1 EG in Verbindung mit den Grundfreiheiten herangezogen werden kann[31].

74. In Anbetracht der neueren Entwicklungen in der Rechtsprechung des Gerichtshofs stellt sich jedoch zunächst die Frage, ob die Urteile Kommission/Niederlande und Corsica Ferries France in jenem Punkt noch uneingeschränkte Geltung beanspruchen können. Nach neuester Rechtsprechung bedeutet die Tatsache, dass eine Tätigkeit in Anbetracht ihrer konkreten Ausgestaltung außerhalb des Geltungsbereichs der Wettbewerbsvorschriften liegt, nämlich nicht zwingend, dass sie auch außerhalb des Geltungsbereichs der Vorschriften über den freien Verkehr liegt[32].

75. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die mit den Urteilen Kommission/Niederlande und Corsica Ferries France begründete Rechtsprechungslinie zur Anwendbarkeit von Art. 86 Abs. 2 EG im Bereich der Grundfreiheiten nicht auf den

28 — Urteil vom 25. Oktober 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Slg. 2001, I-8089).

29 — C-157/94, Slg. 1997, I-5699, Randnrn. 27 ff.

30 — C-266/96, Slg. 1998, I-3949, Randnr. 59.

31 — So auch Mestmäcker/Schweitzer, in Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 4. Aufl., München 2007, Art. 86 Abs. 2 EGV, Randnr. 42; Pernice/Wernicke, in Grabitz/Hilf, a. a. O. (Fn. 14), Art. 86 EGV, Randnr. 53.

32 — Urteil vom 11. Dezember 2007, International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union („Viking Line", C-438/05, Slg. 2007, I-10779, Randnr. 53). Vgl. auch Urteil vom 18. Juli 2006, Meca-Medina (C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991, Randnrn. 31 bis 34).

Prüfstand gestellt werden sollte, zumal der Gerichtshof eine solche Anwendbarkeit in seiner älteren Rechtsprechung noch auszuschließen schien[33].

76. Im vorliegenden Verfahren bedarf diese Frage jedoch keiner weiteren Erörterung. Denn die Bundesrepublik Deutschland scheitert bereits am Beweis, dass die Anwendungsvoraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG als solche erfüllt sind.

77. Dem Mitgliedstaat, der sich auf Art. 86 Abs. 2 EG beruft, obliegt der Nachweis, dass dessen Tatbestand erfüllt ist[34].

78. Auf der Tatbestandsebene erfordert Art. 86 Abs. 2 EG vorliegend den Nachweis, dass die in Rede stehenden Rettungsdienstleistungen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse einzuordnen sind, dass eine Änderung der gerügten Vergabepraxis im Sinne des Gemeinschaftsrechts die Erbringung dieser Dienstleistungen rechtlich oder tatsächlich verhindern oder gefährden würde und dass die Entwicklung des Handelsverkehrs durch die beanstandete Praxis nicht in einem mit dem Interesse der Gemeinschaft unvereinbaren Ausmaß beeinträchtigt worden ist.

79. Während unstrittig sein dürfte, dass Notfalltransportleistungen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG einzuordnen sind[35], bleibt die Bundesrepublik Deutschland im vorliegenden Verfahren den Nachweis schuldig, dass die gerügte Vergabepraxis zwingend erforderlich ist und dass die Erfüllung der Aufgabe, die in Rede stehenden Rettungsdienstleistungen zu erbringen, somit nicht mit anderen, gemeinschaftsrechtsfreundlicheren Mitteln sichergestellt werden kann.

80. In dieser Hinsicht trägt die Bundesrepublik Deutschland lediglich vor, dass die Integration immer neuer Rettungsdienstleister in das Rettungsdienstsystem einer Region Quersubventionierungen zwischen Gebieten mit dichter Bebauung, in der das Erbringen von Rettungsdiensten eher profitabel sei, zugunsten von sehr viel weniger profitablen Gebieten mit geringer Bevölkerungsdichte erschweren oder verhindern könnte. Zudem sei der der derzeitigen Vergabepraxis inhärente Schutz der in Deutschland tätigen,

33 — Urteil vom 10. Juli 1984, Campus Oil u. a. (72/83, Slg. 1984, 2727, Randnr. 19).

34 — Vgl. nur Urteil vom 23. Oktober 1997, Kommission/Frankreich (C-159/94, Slg. 1997, I-5815, Randnr. 101).

35 — Vgl. nur Urteil Ambulanz Glöckner (in Fn. 28 angeführt, Randnr. 55).

mitgliedschaftlich organisierten Hilfsorganisationen erforderlich, weil für diese Organisationen eine Katastrophenhilfspflicht bestünde. Nur diese Organisationen gewährleisteten demnach, dass im Katastrophenfall auf eine Vielzahl ortsnah ansässiger ehrenamtlicher Helfer zurückgegriffen werden könnte, wobei diese Helfer die Möglichkeit benötigten, im Rettungsdienst regelmäßig Praxiserfahrung zu sammeln.

81. Dem Argument der Quersubventionierung hat die Kommission in ihrer Erwiderung entgegengehalten, die Behauptung, Rettungsdienstorganisationen bedürften einer Quersubventionierung, um die Versorgung weniger profitabler Gebiete rentabel zu gestalten, sei kein Argument gegen eine Ausschreibung der Rettungsdienstleistungen im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht. Die unterschiedliche Rentabilität bestimmter Gegenden könne durch ein höheres Entgelt für weniger rentable Gegenden berücksichtigt werden. Eine andere Möglichkeit bestünde in der kombinierten Vergabe von Notfallrettungsdienstleistungen und Krankentransporten für geografisch umschriebene Gebiete, die sowohl rentablere wie weniger rentable Gegenden umfassen.

82. In ihrer Gegenerwiderung hat die Bundesrepublik Deutschland nicht behauptet, dass diese von der Kommission vorgetragenen vergaberechtlichen Alternativen unter Berücksichtigung der einschlägigen faktischen und rechtlichen Gegebenheiten die Erfüllung der Aufgabe, Notfalltransportleistungen zu erbringen, erschweren oder sogar unmöglich machen würde. Vor diesem Hintergrund ist das Argument der Notwendigkeit der gerügten Vergabepraxis wegen der daraus folgenden Quersubventionierung als nicht genügend substantiiert zurückzuweisen.

83. Gleiches gilt für das Argument bezüglich der Vielzahl ortsnah ansässiger ehrenamtlicher Helfer. Hierzu hat die Kommission als vergaberechtskonforme Alternative auf die Möglichkeit einer Ausschreibung hingewiesen, bei der die Verfügbarkeit vor Ort als Auswahlkriterium berücksichtigt würde. Auch dieser Möglichkeit hat die Bundesrepublik Deutschland in ihrer Gegenerwiderung nicht substantiiert widersprochen.

84. In Anbetracht dieser Überlegungen komme ich zu dem Ergebnis, dass die Bundesrepublik Deutschland den ihr obliegenden Nachweis nicht erbracht hat, dass die vorliegend gerügte Vergabepraxis für Rettungsdienstleistungen die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG erfüllt.

Ihre Berufung auf Art. 86 Abs. 2 EG ist demnach bereits aus diesem Grund als unbegründet zurückzuweisen.

3. Analyse der neun beanstandeten Vergabeverfahren

85. Die Kommission beanstandet neun Vergabeverfahren für die Erbringung von Rettungsdienstleistungen in vier Bundesländern. Auf dieser Grundlage wird die Feststellung einer rechtswidrigen Vergabepraxis in der Bundesrepublik Deutschland angestrebt. Weil eine rechtswidrige Praxis nur insoweit vorliegen kann, als im Rahmen der Durchführung der einzelnen gerügten Vergabeverfahren tatsächlich gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen worden ist, werde ich zuerst prüfen, ob und inwieweit bei der Durchführung der einzelnen Auftragsvergaben Verstöße gegen die von der Kommission vorgetragenen Vorschriften und Grundsätze festgestellt werden können.

a) Auftragsvergabe durch die Stadt Magdeburg (Sachsen-Anhalt)

86. Nach den Angaben der Kommission hat die Stadt Magdeburg als öffentliche Auftraggeberin ab Oktober 2005 ein sogenanntes „Genehmigungsverfahren“ über die Vergabe von entgeltlichen Verträgen über Rettungsdienstleistungen durchgeführt. Leistungsgegenstand soll die Vorhaltung von Fahrzeugen und Personal für die Notfallrettung bzw. den qualifizierten Krankentransport für den Zeitraum 2007 bis 2011 gewesen sein, mit einem Auftragswert von über 7 Mio. Euro pro Jahr. Eine europaweite Ausschreibung soll nicht durchgeführt worden sein.

87. Dieser Tatsachendarstellung wird von der Bundesrepublik Deutschland nicht widersprochen.

88. In dieser Auftragsvergabe liegt nach Auffassung der Kommission ein Verstoß der Bundesrepublik Deutschland gegen Art. 16 der Richtlinie 92/50 bzw. gegen Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 begründet. Darüber hinaus seien mit dieser Vergabe auch das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot, die von der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit umfasst seien, verletzt worden.

i) Verstoß gegen Art. 16 der Richtlinie 92/50 bzw. Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18

89. Der Kommission stimme ich insoweit zu, dass mit der beanstandeten Auftragsvergabe durch die Stadt Magdeburg auf jeden

Fall gegen Art. 16 der Richtlinie 92/50 bzw. Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 verstoßen worden ist.

90. Nach unbestrittener Darstellung der Kommission hat die Stadt Magdeburg als öffentliche Auftraggeberin im Sinne der Vergaberichtlinien mit einem Dienstleistungserbringer einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag über die Erbringung von Rettungsdienstleistungen abgeschlossen, dessen geschätzter Auftragswert die Schwellenwerte der Richtlinie 92/50 bzw. der Richtlinie 2004/18 übersteigt. Wenngleich nicht genau festgestellt worden ist, zu welchem Zeitpunkt welche vergaberechtlich relevanten Vorgänge stattgefunden haben — nach Kommissionsangaben wurde das Verfahren ab Oktober 2005 durchgeführt — und folglich nicht feststeht, ob die gerügte Vergabe vollständig oder teilweise auf der Grundlage der Richtlinie 92/50 oder vielmehr vollständig oder teilweise auf der Grundlage der Richtlinie 2004/18 zu prüfen ist[36], kann das Fehlen von genaueren Informationen über den chronologischen Ablauf des Vergabevorgangs im vorliegenden Fall nicht zu einer Verneinung des Vergaberechtsverstoßes führen. Denn sowohl unter der Geltung der Richtlinie 92/50 als auch unter der Geltung der Richtlinie 2004/18 hätte die Stadt Magdeburg die Meldepflicht für vergebene Aufträge (Art. 16 der Richtlinie 92/50 bzw. Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18) beachten müssen, und zwar ungeachtet der Frage, ob bei den Rettungsdienstleistungen die Transportkomponente oder vielmehr die medizinische Versorgungskomponente wertmäßig überwog.

ii) Kein Verstoß gegen das primärrechtliche Diskriminierungsverbot und das primärrechtliche Transparenzgebot

— Begründetheitsprüfung auf dem Hintergrund der Annahme, dass der Klagegrund des Primärrechtsverstoßes teilweise unzulässig ist

91. Wie ich bereits im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung erörtert habe, ist die vorliegende Klage als unzulässig abzuweisen, soweit mit ihr die Feststellung beantragt wird, dass bei der Vergabe von Aufträgen über die Erbringung von Rettungsdienstleistungen, die schwerpunktmäßig den Personentransport betreffen, gegen das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot, die sich aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergeben, verstoßen worden ist[37].

92. Der Klagegrund des Verstoßes gegen diese primärrechtlichen Grundsätze ist demnach nur insoweit zulässig, als mit ihm die Vergabe von Rettungsdienstleistungen, die

36 — Maßgeblich ist jeweils die Rechtslage zu dem Zeitpunkt, zu dem die Handlung vorgenommen oder unterlassen werden soll. Vgl. dazu Egger, A., *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden 2008, Randnr. 416. Vgl. ebenfalls Urteil vom 5. Oktober 2000, Kommission/Frankreich (C-337/98, Slg. 2000, I-8377, Randnrn. 38 ff.).

37 — Siehe Nrn. 30 ff. dieser Schlussanträge.

schwerpunktmäßig die medizinische Versorgung betreffen, gerügt wird.

93. Damit dieser — derart eingeschränkte — Klagegrund für begründet erklärt werden könnte, müsste die Kommission an erster Stelle den Nachweis erbringen, dass die von ihr beanstandeten Vergabeverfahren Rettungsdienstleistungen zum Gegenstand hatten, die schwerpunktmäßig die medizinische Versorgung betrafen. Letzteres hat die Kommission im vorliegenden Verfahren jedoch nicht vorgetragen, geschweige denn bewiesen. Vielmehr kann es nach Auffassung der Kommission dahingestellt bleiben, ob die in Rede stehenden Dienstleistungen schwerpunktmäßig den Personentransport oder vielmehr die medizinische Versorgung betreffen.

94. Weil es im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG der Kommission obliegt, die behauptete Vertragsverletzung nachzuweisen und dem Gerichtshof alle Anhaltspunkte zur Beurteilung des Falles zu liefern[38], und die Kommission dieser Darlegungs- und Beweispflicht in Anbetracht der obigen Feststellungen nicht nachgekommen ist, ist der Klagegrund des Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot, die sich aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergeben, soweit zulässig, als unbegründet zurückzuweisen.

— Hilfsweise: Begründetheitsprüfung für den Fall, dass der Klagegrund des Primärrechtsverstoßes in seiner Gesamtheit für zulässig erklärt werden sollte

95. Wenn der Gerichtshof den Klagegrund des Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot, die sich aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergeben, anders als hier vertreten, in seiner Gesamtheit für zulässig erklären sollte, wäre dieser Klagegrund auch in seiner Gesamtheit auf seine Begründetheit hin zu prüfen.

96. Ausgangspunkt für die Begründetheitsprüfung ist in dieser Hypothese die Feststellung, dass die Kommission die Frage, ob die in Rede stehenden Rettungsdienstleistungen schwerpunktmäßig den Personentransport oder vielmehr die medizinische Versorgung betreffen, bewusst offengelassen hat. Dadurch kann nicht festgestellt werden, ob diese Rettungsdienstleistungen — als gemischte Dienstleistungen im Sinne der Richtlinie 92/50 bzw. der Richtlinie 2004/18 — der vollen Anwendung der Vergaberichtlinien unterworfen

38 — Vgl. Urteile vom 29. Oktober 2009, Kommission/Finnland (C-246/08, Slg. 2009, I-10605, Randnr. 52), vom 6. Oktober 2009, Kommission/Schweden (C-438/07, Slg. 2009, I-9517, Randnr. 49), und vom 13. November 2007, Kommission/Irland (C-507/03, Slg. 2007, I-9777, Randnr. 33).

sind[39] und ob sie somit unter Einhaltung der in diesen Richtlinien vorgesehenen Vergabeverfahren hätten ausgeschrieben werden müssen. Dieses Problem hat die Kommission zu umgehen versucht, indem sie in ihrer Klage pauschal einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot, die sich aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergeben, gerügt hat.

Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Sekundärrechts

97. Infolge dieser prozesstaktischen Entscheidung der Kommission stellt sich im vorliegenden Verfahren jedoch die Grundsatzfrage, ob die Kommission, wenn sie zu der Feststellung gelangt, dass das Verhalten eines Mitgliedstaats sowohl gegen Primärrecht als auch vollumfänglich gegen die Richtlinien 92/50 bzw. 2004/18 verstoßen könnte, im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 226 EG frei entscheiden darf, ob sie ihre Klageanträge auf einer primärrechtlichen Grundlage oder vielmehr auf der Grundlage der Vergaberichtlinien erhebt. Diese Frage werde ich im Nachfolgenden unter Heranziehung des Grundsatzes des Anwendungsvorrangs des Sekundärrechts sowie unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Verfahrens nach Art. 226 EG erörtern.

98. Anschließend werde ich auf die strengen primärrechtlichen Anforderungen eingehen, die nach neuester Rechtsprechung für den Nachweis eines grenzüberschreitenden Interesses an der Vergabe von nachrangigen Dienstleistungen gelten, und erörtern, welche Schlussfolgerung sich aus dieser Rechtsprechung für die Beurteilung des vorliegenden Falls ableiten lassen.

99. Nach ständiger Rechtsprechung besagt der Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Sekundärrechts, dass die abschließende sekundärrechtliche Harmonisierung eines bestimmten Bereichs auf Gemeinschaftsebene dazu führt, dass jede diesen Bereich betreffende nationale Regelung anhand der Bestimmungen des sekundären Rechtsakts und nicht anhand der Bestimmungen des EG-Vertrags zu beurteilen ist[40].

100. Im vorliegenden Verfahren rügt die Kommission auf der Primärrechtsebene im Wesentlichen einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot, die sich aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergeben.

39 — Siehe dazu Nrn. 34 ff. dieser Schlussanträge.

40 — Vgl. nur Urteil vom 11. Dezember 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Slg. 2003, I-14887, Randnr. 64).

101. Nach ständiger Rechtsprechung impliziert der primärrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung auf dem Gebiet der öffentlichen Auftragsvergabe, dass alle Bieter unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen müssen[41]. Aus diesem Gleichbehandlungsgebot sowie aus dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit folgt eine Transparenzpflicht, die darin besteht, dass zugunsten der potenziellen Bieter ein angemessener Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen ist, der die Auftragsvergabe dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind[42].

102. Dieses primärrechtliche Gebot der Gleichbehandlung und der Herstellung einer ausreichenden Transparenz ist in der Richtlinie 92/50 und in der Richtlinie 2004/18 auf der Grundlage einer äußerst detaillierten Regelung unterschiedlichster Informations-, Mitteilungs- und Bekanntmachungspflichten weitestgehend harmonisiert worden. Diese sekundärrechtlichen Transparenzpflichten zeichnen sich durch ihre detaillierte Harmonisierung aus, die hinsichtlich verschiedener Punkte als eine Vollharmonisierung zu werten ist[43].

103. Vor dem Hintergrund des Anwendungsvorrangs des Sekundärrechts stellt sich im vorliegenden Verfahren somit die Frage, ob die Kommission einen Verstoß gegen das primärrechtliche Diskriminierungsverbot sowie gegen das daraus folgende Transparenzgebot rügen kann, obwohl die Vergabe der in Rede stehenden Aufträge den Vergaberichtlinien im Falle eines wertmäßigen Überwiegens des Transportelements vollumfänglich unterfallen würde[44] und obwohl das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot, die sich aus der Niederlassungs- und

41 — Urteil vom 13. Oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Randnr. 48).

42 — Urteile vom 15. Oktober 2009, Acoset (C-196/08, Slg. 2009, I-9913, Randnr. 49), und vom 6. April 2006, ANAV (C-410/04, Slg. 2006, I-3303, Randnr. 21). Zu diesem Verhältnis zwischen dem Diskriminierungsverbot und dem Transparenzgebot vgl. Urteile Kommission/Irland (in Fn. 38 angeführt, Randnrn. 30 f.) sowie vom 21. Februar 2008, Kommission/Italien (C-412/04, Slg. 2008, I-619, Randnr. 66), vom 21. Juli 2005, Coname (C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Randnrn. 17 f.), und vom 7. Dezember 2000, Telaustria und Telefonadress (C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Randnrn. 60 ff.).

43 — Es ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass die Richtlinie 92/50 und die Richtlinie 2004/18 die Vergaben von öffentlichen Aufträgen, die in ihren jeweiligen Geltungsbereich fallen, als solche nicht vollständig harmonisieren sollten. Dies ergibt sich bereits aus den Titeln dieser Richtlinien, in denen von der „Koordinierung" der Verfahren zur Vergabe der Aufträge die Rede ist. Der Umstand, dass mit diesen Richtlinien eine Mindestharmonisierung angestrebt wurde, schließt jedoch nicht aus, dass bestimmte Bereiche dennoch abschließend harmonisiert worden sind. In Anbetracht der äußerst detaillierten Regelungen, die diese Richtlinien hinsichtlich der Informations-, Mitteilungs- und Bekanntmachungspflichten in den einzelnen Vergabeverfahren enthalten, ist vor allem in diesem Bereich die Grenzziehung zwischen einer — sehr detaillierten — Mindestharmonisierung und einer abschließenden Vollharmonisierung äußerst schwierig. Wie Generalanwalt Mazák in seinen Schlussanträgen vom 22. September 2009 in der Rechtssache Kommission/Frankreich (C-299/08, Nrn. 12 ff.) zutreffend herausgearbeitet und der Gerichtshof in seinem Urteil vom 10. Dezember 2009 (Kommission/Frankreich, C-299/08, Slg. 2009, I-11587, Randnrn. 28 ff.) bestätigt hat, ist auf jeden Fall die Aufzählung der einzelnen Vergabeverfahren in den Art. 28 ff. der Richtlinie 2004/18 als abschließend zu werten. Daraus folgt unmittelbar, dass zumindest auch einzelne diese Verfahren betreffende Bestimmungen als Ausdruck einer Vollharmonisierung zu werten sind.

44 — Wenn die Kommission hingegen den Nachweis erbracht hätte, dass die Rettungsdienstleistungen als Aufträge über nachrangige Dienstleistungen zu behandeln wären und den Vergaberichtlinien somit nur teilweise unterfallen würden, wäre — bei Vorliegen eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses — eine Anwendung der sich aus den Art. 43 EG und 49 EG ergebenden Grundsätze nach ständiger Rechtsprechung möglich. Vgl. nur Urteil Kommission/Irland (in Fn. 38 angeführt, Randnrn. 29 f.).

der Dienstleistungsfreiheit ergeben, in diesen Vergaberichtlinien detailliert und in bestimmten Bereichen sogar abschließend harmonisiert worden sind.

104. Bis jetzt ist diese Frage in der Rechtsprechung des Gerichtshofs noch nicht abschließend beantwortet worden.

105. Fest steht, dass der Anwendungsvorrang des Sekundärrechts eine Heranziehung von primärrechtlich verankerten Rechtfertigungsgründen für Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten ausschließt, soweit die Beeinträchtigung einen Bereich betrifft, in dem die Rechtfertigungsgründe einer vollständigen Harmonisierung unterliegen[45]. Umgekehrt kann eine nationale Bestimmung, mit der ein Mitgliedstaat seinen Verpflichtungen aus einem sekundären Rechtsakt nachkommt, nicht als ein Verstoß gegen eine Grundfreiheit gewertet werden[46]. Es hieße nämlich den Geltungsanspruch des Sekundärrechts in Frage zu stellen, wenn ein primärrechtliches Erlaubtsein gegen ein sekundärrechtliches Verbot oder ein primärrechtliches Verbot gegen ein sekundärrechtliches Gebot ausgespielt werden könnte[47].

106. Wenngleich in mehreren Vorabentscheidungen ebenfalls bestätigt worden ist, dass nationale Maßnahmen nicht mehr an den Grundfreiheiten gemessen werden können, wenn und soweit eine abschließende sekundärrechtliche Regelung vorliegt[48], ist bis jetzt weitestgehend ungeklärt geblieben, ob die Nichtbeachtung der Grundfreiheiten auch im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens nicht mehr unmittelbar gerügt werden kann, wenn und soweit die beanstandete Vorgehensweise zugleich einen Verstoß gegen eine sekundärrechtliche Regelung darstellt oder darstellen könnte, mit der ein diesen Grundfreiheiten unterfallender Bereich vollständig harmonisiert worden ist[49].

107. Meines Erachtens kann die Nichtbeachtung des Diskriminierungsverbots und des Transparenzgebots, die sich aus der

45 — Urteile vom 24. März 2009, Danske Slagterier (C-445/06, Slg. 2009, I-2119, Randnr. 25), vom 11. Juli 1996, Bristol-Myers Squibb u. a. (C-427/93, C-429/93 und C-436/93, Slg. 1996, I-3457, Randnr. 25), vom 30. November 1983, Van Bennekom (227/82, Slg. 1983, 3883, Randnr. 35), und vom 5. Oktober 1977, Tedeschi (5/77, Slg. 1977, 1555, Randnrn. 33 ff.).

46 — Vgl. nur Urteil Deutscher Apothekerverband (in Fn. 40 angeführt, Randnrn. 52 ff.).

47 — In diesem Sinne: Randelzhofer/Forsthoff, in Grabitz/Hilf, a. a. O. (Fn. 14), vor Art. 39-55 EGV, Randnr. 149.

48 — Als Grundsatzurteil kann auf das Urteil vom 12. Oktober 1993, Vanacker und Lesage (C-37/92, Slg. 1993, I-4947), verwiesen werden. Vgl. ebenfalls Urteile vom 17. April 2007, AGM-COS.MET (C-470/03, Slg. 2007, I-2749, Randnrn. 50 ff.), vom 13. Januar 2005, Denkavit (C-145/02, Slg. 2005, I-51, Randnrn. 22 ff.), vom 14. Dezember 2004, Radlberger Getränkegesellschaft (C-309/02, Slg. 2004, I-11763, Randnrn. 52 ff.), und vom 13. Dezember 2001, DaimlerChrysler (C-324/99, Slg. 2001, I-9897, Randnrn. 32 ff.).

49 — Für eine Einschränkung des Geltungsbereichs der Grundfreiheiten durch vollharmonisierende sekundärrechtliche Rechtsakte vgl. Kingreen, T., *Kommentar zu EUV/EGV* (hrsg. von Calliess, C./Ruffert, M.), 3. Aufl., 2007, Art. 28-30 EGV, Randnr. 18.

Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergeben, im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens nicht mehr unmittelbar gerügt werden, wenn die beanstandete Vorgehensweise zugleich einen Verstoß gegen eine auf diese Grundfreiheiten gestützte sekundärrechtliche Regelung mit vollharmonisierendem Charakter darstellt. Wenn der Kommission hingegen in einem solchen Fall die Wahlmöglichkeit eingeräumt würde, entweder eine Verletzung der Grundfreiheit oder eine Verletzung der vollharmonisierten sekundärrechtlichen Regelung zu rügen, würde dies den Geltungsanspruch des Sekundärrechts massiv untergraben.

108. Die Besonderheit vollharmonisierender sekundärrechtlicher Rechtsakte liegt darin, dass die Mitgliedstaaten die einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben weder über- noch unterschreiten dürfen. Vor diesem Hintergrund sind die vollharmonisierenden Regelungen im Prinzip sehr konkret ausformuliert. Wenn ein einer Grundfreiheit unterfallender Bereich folglich zum Gegenstand einer sekundärrechtlichen Vollharmonisierung gemacht wird, ist es nahezu ausgeschlossen, dass das Primärrecht und das Sekundärrecht den Mitgliedstaaten exakt die gleichen Pflichten auferlegen. Mit der sekundärrechtlichen Regelung ist nämlich eine Ausformulierung und Konturierung der grundfreiheitlichen Bestimmungen in konkrete Rechte und Pflichten erfolgt. Die primärrechtlichen Vorgaben sind hingegen viel allgemeiner und können demnach im Prinzip in unterschiedlicher Weise befolgt werden. Diese unterschiedliche Regelungstiefe führt notwendigerweise zu einem inhaltlichen Spannungsverhältnis zwischen Primärrecht und vollharmonisierendem Sekundärrecht, insbesondere zwischen einem „primärrechtlichen Erlaubtsein“ und einem „sekundärrechtlichen Verbot“ oder umgekehrt.

109. In der bereits erwähnten Rechtsprechung zur Nichtanwendbarkeit von primärrechtlichen Rechtfertigungsgründen, wenn und soweit diese einer vollständigen Harmonisierung unterliegen, wird dieses Spannungsverhältnis zwischen dem „primärrechtlichen Erlaubtsein“ und dem „sekundärrechtlichen Verbot“ zugunsten des sekundärrechtlichen Verbots gelöst, dem somit ein Anwendungsvorrang eingeräumt wird. Auf der Grundlage der gleichen Interessenabwägung muss auch das allgemeine Spannungsverhältnis zwischen der inhaltlich abstrakteren und weniger konturierten primärrechtlichen Grundfreiheit und einer darauf gestützten, inhaltlich stark konkretisierten und konturierten, vollharmonisierenden sekundärrechtlichen Regelung zugunsten dieser sekundärrechtlichen Regelung aufgehoben werden[50], wie der Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung nunmehr in ständiger Rechtsprechung bestätigt[51].

50 — Wenngleich im Urteil Danske Slagterier (in Fn. 45 angeführt, Randnrn. 18 ff.) die Möglichkeit einer Berufung der Bürger auf das Recht auf freien Warenverkehr trotz Vorliegen von zwei Harmonisierungsrichtlinien bestätigt wurde, hat sich der Gerichtshof mit diesem Urteil dennoch nicht gegen den Anwendungsvorrang des Sekundärrechts im hier gemeinten Sinne ausgesprochen. Wie ich in meinen Schlussanträgen vom 4. September 2008 in jener Rechtssache (Nr. 82) hervorgehoben habe, deutet nämlich nichts darauf hin, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber mit diesen Richtlinien auch die Rechte der Unionsbürger ausgestalten und ihnen damit die Möglichkeit nehmen wollte, sich auf ihr Recht auf Warenverkehrsfreiheit aus Art. 28 EG zu berufen.

51 — Vgl. dazu die in Fn. 48 angeführten Urteile.

110. In Anbetracht der vorstehenden Überlegungen kann sich die Kommission, wenn sie zu der Feststellung gelangt, dass das Verhalten eines Mitgliedstaats sowohl gegen primärrechtliche Bestimmungen als auch gegen darauf gestütztes vollharmonisierendes Sekundärrecht verstoßen könnte, im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens nicht darauf beschränken, pauschal eine Verletzung des Primärrechts zu beanstanden.

111. Gleiches hat in einem Fall wie dem vorliegenden zu gelten, in dem ein Verstoß gegen das sich aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergebende Diskriminierungsverbot sowie gegen das daraus folgende Transparenzgebot gerügt wird, obwohl die Vergaberichtlinien vollumfänglich anwendbar sein könnten und gerade das Transparenzgebot in diesen Richtlinien detailliert — und in bestimmten Punkten abschließend — geregelt worden ist. Denn infolge der äußerst detaillierten sekundärrechtlichen Konkretisierung der Transparenzpflichten in den Vergaberichtlinien stellt sich auch an dieser Stelle das Problem eines Spannungsverhältnisses zwischen einem „primärrechtlichen Erlaubtsein“ und einem „sekundärrechtlichen Verbot“ und umgekehrt, das im Lichte der bereits erörterten Wertung zugunsten der sekundärrechtlichen Regelung aufgehoben werden muss[52].

112. In Anbetracht dieser Überlegungen kann sich die Kommission in einem Fall wie dem vorliegenden nicht darauf beschränken, pauschal eine Verletzung des Diskriminierungsverbots und des Transparenzgebots, die sich aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergeben, zu beanstanden.

113. Bestätigt wird diese Feststellung bei einer näheren Analyse von Sinn und Zweck des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG. Dieses Verfahren hat im Wesentlichen eine objektiv-rechtliche Funktion, nämlich die der gleichförmigen Durchsetzung und Gewährleistung des Gemeinschaftsrechts[53]. Ziel des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG ist demnach nicht die Bestrafung eines Mitgliedstaats. Die Feststellung, dass ein bestimmter Vorgang oder Zustand gemeinschaftsrechtswidrig ist, ist kein Selbstzweck, sondern soll

52 — In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass bei einer Mindestharmonisierung die von den Mitgliedstaaten zu erreichenden Mindeststandards festgestellt werden. Wenn diese Mindeststandards strikte Regeln über einzuhaltende Verfahren und Fristen festlegen, die zur Wahrung des Gleichbehandlungs- und Transparenzgebots eingehalten werden müssen, kann ein Spannungsverhältnis mit den primärrechtlichen Vorgaben entstehen, das nicht weniger stark ausgeprägt ist als im Fall einer Vollharmonisierung.

53 — Gaitanides, C., in: von der Groeben, H., Schwarze, J. (Hrsg.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. Aufl., Baden-Baden 2003, Art. 226 EG, Randnr. 2. Vgl. auch Rengeling, H. W./Middeke, A./Gellermann, M., *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 2. Aufl., München 2003, § 6 Randnr. 2.

zunächst Gewissheit darüber verschaffen, ob und inwieweit ein gemeinschaftsrechtswidriger Zustand vorliegt. Die gerichtliche Feststellung einer Vertragsverletzung durch einen Mitgliedstaat soll zugleich die Feststellung ermöglichen, welche Maßnahmen gemeinschaftsrechtlich geboten sind, um den gemeinschaftsrechtskonformen Zustand (wieder)herzustellen[54].

114. Wenn in einem Verfahren wie dem vorliegenden allgemein festgestellt werden sollte, dass die Bundesrepublik Deutschland mit der beanstandeten Auftragsvergabe gegen das primärrechtliche Diskriminierungsverbot und das primärrechtliche Transparenzgebot verstoßen hat, ohne zu klären, ob die in Rede stehenden gemischten Dienstleistungen schwerpunktmäßig vorrangige Dienstleistungselemente aufweisen und die Vergaberichtlinien folglich vollumfänglich anwendbar sind, würde im Nachhinein nicht mit Sicherheit festgestellt werden können, welche Maßnahmen gemeinschaftsrechtlich geboten wären, um einen gemeinschaftsrechtskonformen Zustand (wieder)herzustellen. Wenn die Rettungsdienstleistungen den Vergaberichtlinien nämlich vollumfänglich unterfallen würden, würde eine Einhaltung des inhaltlich weniger stark konturierten und konkretisierten primärrechtlichen Transparenzgebots nicht ausreichen, um die äußerst detaillierten Vorgaben der Vergaberichtlinien zu erfüllen[55].

115. Aufgrund dieser Überlegungen komme ich zu dem Ergebnis, dass die von der Kommission gerügte Auftragsvergabe durch die Stadt Magdeburg unter Berücksichtigung des Anwendungsvorrangs des Sekundärrechts sowie des Zwecks des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG nicht am Maßstab des Diskriminierungsverbots und des Transparenzgebots, die sich aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergeben, gemessen werden kann.

Nachweis eines grenzüberschreitenden Interesses an der Vergabe von nachrangigen Dienstleistungen

116. Rein innerstaatliche Sachverhalte fallen grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten. Demnach muss die Kommission, wenn sie eine Verletzung

54 — Vgl. Gaitanides, C., a. a. O. (Fn. 53), Randnr. 12, nach der es im Verfahren nach Art. 226 EG weder um die Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten im Sinne des allgemeinen Völkerrechts noch um eine Verurteilung, sondern um die objektive Feststellung eines Zustands gehe. Das Verfahren habe eine reine Ordnungsfunktion und verfolge allein den Zweck, die Mitgliedstaaten zum Abstellen gegenwärtiger Vertragsverstöße zu zwingen. Die Anprangerung des vertragswidrigen Staates könne allenfalls eine Nebenwirkung, niemals jedoch das Ziel des Verfahrens sein.

55 — So gebietet die Transparenzpflicht nach ständiger Rechtsprechung zwar, zugunsten der potenziellen Auftragnehmer einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, sie impliziert jedoch nicht zwangsläufig eine Verpflichtung zur Ausschreibung; vgl. Urteile vom 13. November 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Slg. 2008, I-8457, Randnr. 25), sowie Coname (in Fn. 42 angeführt, Randnr. 21). In diesem Zusammenhang weist Egger, A., a. a. O. (Fn. 36), Randnrn. 147 ff., darauf hin, dass die primärrechtlichen Vorgaben den Mitgliedstaaten einen weiteren Spielraum als die Vergaberichtlinien ließen. Dabei hebt er zutreffend hervor, dass nicht nur eine andere Prüfungsdichte gelte, sondern dass die primärrechtlichen Vorgaben allgemeiner und somit insgesamt weniger strikt und detailliert seien. Vgl. I. J. van den Berge, „De reikwijdte van het transparantiebeginsel bij de verlening van dienstenconcessies", *NTER* 2005, S. 241, 243, nach deren Einschätzung die Art. 28 EG, 43 EG und 49 EG kaum allgemeingültige Aussagen über die einzuhaltenden Transparenzpflichten ermöglichen.

des Diskriminierungsverbots und des Transparenzgebots, die sich aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergeben, beanstandet, den Nachweis eines grenzüberschreitenden Interesses an der in Rede stehenden Auftragsvergabe erbringen.

117. In seinem Urteil vom 13. November 2007, Kommission/Irland[56], hat der Gerichtshof in Bezug auf die Vergabe von Dienstleistungen des Anhangs IB der Richtlinie 92/50 hervorgehoben, dass solche Dienstleistungen den Grundsätzen des EG-Vertrags im Bereich des Niederlassungsrechts und der Dienstleistungsfreiheit zwar grundsätzlich unterliegen, die Kommission jedoch stets den Nachweis eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses an dem betreffenden Auftrag zu erbringen hat. In diesem Zusammenhang kann der bloße Hinweis der Kommission auf eine Beschwerde, die sie im Zusammenhang mit dem fraglichen Auftrag erhalten habe, nicht als Nachweis eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses an diesem Auftrag und damit für die Feststellung einer Vertragsverletzung ausreichen[57].

118. Diese strikte Prüfung des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Interesses an der Vergabe nachrangiger Dienstleistungen lässt sich — zumindest teilweise — dadurch erklären, dass Aufträgen über Dienstleistungen des Anhangs IB der Richtlinie 92/50 bzw. des Anhangs IIB der Richtlinie 2004/18 nach Auffassung des Gemeinschaftsgesetzgebers *a priori* keine grenzüberschreitende Bedeutung zukommt. Vor diesem Hintergrund schreiben die Richtlinie 92/50 und die Richtlinie 2004/18 für diese Kategorie von Dienstleistungen lediglich eine nachträgliche Bekanntgabe vor[58].

119. Weil es im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens der Kommission obliegt, dem Gerichtshof alle Anhaltspunkte zur Beurteilung des Falles zu liefern, kann sie die strengeren primärrechtlichen Anforderungen an den Beweis eines grenzüberschreitenden Interesses, die für die Vergabe von gemischten Dienstleistungen mit überwiegend nachrangigen Dienstleistungskomponenten gelten, nicht dadurch umgehen, dass sie die Frage nach der vergaberechtlichen Einordnung der in Rede stehenden gemischten Dienstleistungen bewusst offenlässt. Demnach hat die Kommission auch in einem Fall wie dem vorliegenden den Nachweis eines grenzüberschreitenden Interesses an der Vergabe der in Rede stehenden Dienstleistungen gemäß den strengen Vorgaben zu erbringen, die der Gerichtshof in seinem Urteil vom 13. November 2007, Kommission/Irland, hinsichtlich nachrangiger Dienstleistungen festgelegt hat.

120. Als Nachweis für das Bestehen eines grenzüberschreitenden Interesses an der Auftragsvergabe durch die Stadt Magdeburg verweist die Kommission lediglich auf eine allgemeine Beschwerde bezüglich der

56 — Urteil Kommission/Irland (in Fn. 38 angeführt, Randnrn. 29 ff.).

57 — Ebd., Randnr. 34.

58 — Ebd., Randnr. 25. Vgl. ebenfalls Frenz, W., *Handbuch Europarecht. Bd. III. Beihilfe- und Vergaberecht*, Berlin u. a. 2007, Randnr. 2116.

Vergabe von Rettungsdienstleistungen in Deutschland sowie auf die wirtschaftliche Bedeutung der betreffenden Dienstleistungen, wobei aufgrund des hohen Auftragsvolumens zwangsläufig ein reges Interesse ausländischer Dienstleistungserbringer zu vermuten sei. Diese allgemeinen Ausführungen der Kommission, die in keinerlei Weise auf die Auftragsvergabe durch die Stadt Magdeburg Bezug nehmen und die darüber hinaus teilweise auf Vermutungen gestützt sind, erfüllen die hohen Anforderungen nicht, die an den Nachweis eines grenzüberschreitenden Interesses an der Vergabe von nachrangigen Dienstleistungen gestellt werden.

121. Mangels eines Nachweises des grenzüberschreitenden Bezugs ist das Vorbringen der Kommission, mit der Auftragsvergabe durch die Stadt Magdeburg sei ebenfalls gegen das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot, die sich aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergeben, verstoßen worden, als unbegründet zurückzuweisen.

iii) Ergebnis

122. In Anbetracht der obigen Überlegungen komme ich zu dem Ergebnis, dass in der beanstandeten Auftragsvergabe durch die Stadt Magdeburg ein Verstoß der Bundesrepublik Deutschland gegen Art. 16 der Richtlinie 92/50 bzw. Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 begründet liegt. Im Übrigen ist das Vorbringen der Kommission hinsichtlich der Auftragsvergabe durch die Stadt Magdeburg als unzulässig, zumindest aber als unbegründet abzuweisen.

b) Die Fälle der Auftragsvergabe durch die Städte Bonn (Nordrhein-Westfalen) und Witten (Nordrhein-Westfalen), die Region Hannover (Niedersachsen) und den Landkreis Hameln-Pyrmont (Niedersachsen)

123. Zu den beanstandeten Fällen der Auftragsvergabe durch die Städte Bonn und Witten, die Region Hannover und den Landkreis Hameln-Pyrmont trägt die Kommission Folgendes vor.

124. Im Jahr 2004 habe die Stadt Bonn als öffentliche Auftraggeberin einen Auftrag für Rettungsdienstleistungen für den Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2008 vergeben, ohne europaweite Ausschreibung. Gegenstand des Auftrags sei u. a. der Betrieb von vier Rettungswachen gewesen. Der Auftragswert sei auf mindestens 5,28 Mio. Euro zu beziffern.

125. Zumindest seit 2005 habe die Stadt Witten als öffentliche Auftraggeberin Aufträge für Rettungsdienstleistungen im Wert von 945 753 Euro pro Jahr ohne europaweite Ausschreibung vergeben. Gegenstand der Aufträge sei der Betrieb einer Rettungswache.

126. 2004 habe die Region Hannover als öffentliche Auftraggeberin eine Ausschreibung über die Erbringung von Rettungsdienstleistungen auf ihrem Gebiet durchgeführt, an der sich ausschließlich die bisher Beauftragten — der Arbeiter-Samariter-Bund (im Folgenden: ASB), das Deutsche Rote Kreuz (im Folgenden: DRK), die Johanniter-Unfallhilfe (im Folgenden: JUH) und die RKT GmbH — beteiligen durften. Die Vergabe betreffe den Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2009, mit einem Gesamtwert von ungefähr 65 Mio. Euro.

127. 1993 habe der Landkreis Hameln-Pyrmont den Kreisverband des DRK mit der Erbringung von Rettungsdienstleistungen in seinem Gebiet beauftragt. Der Vertrag mit einer Laufzeit von ursprünglich zehn Jahren sei nicht gekündigt worden, sondern 2003 ohne Durchführung einer Ausschreibung für weitere zehn Jahre verlängert worden. Zusätzlich sei 1999 eine neue Rettungswache in der Gemeinde Emmerthal errichtet worden, mit deren Betrieb das DRK ebenfalls ohne Ausschreibung beauftragt worden sei. Der Gesamtwert dieser Vergabevorgänge belaufe sich auf 7,2 Mio. Euro pro Jahr.

128. Diesen Tatsachendarstellungen wird von der Bundesrepublik Deutschland nicht widersprochen.

129. Die Kommission rügt in allen diesen Fällen einen Verstoß gegen die Regeln über die Meldepflicht für vergebene Aufträge (Art. 16 der Richtlinie 92/50 bzw. Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18). Diese Verstöße liegen unbestritten vor.

130. Den von der Kommission ebenfalls in allen diesen Fällen gerügten Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot, die sich aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergeben, sehe ich hingegen nicht als erwiesen an. Dieser Klagegrund scheitert an den gleichen rechtsdogmatischen und beweisrechtlichen Bedenken, die ich bereits im Rahmen der Analyse der Auftragsvergabe durch die Stadt Magdeburg herausgearbeitet habe[59].

c) Auftragsvergabe durch den Landkreis Uelzen (Niedersachsen)

131. Zur Auftragsvergabe durch den Landkreis Uelzen hat die Kommission vorgetragen, dass das DRK auf der Grundlage eines

59 — Siehe Nrn. 91 ff. dieser Schlussanträge.

Vertrags vom 10. Juli 1984 Rettungsdienstleistungen im Gebiet des Landkreises Uelzen mit Ausnahme des Bereichs Bevensen-Bienenbüttel erbrachte. Im Jahr 2004 seien wesentliche Änderungen an diesem Vertrag vorgenommen worden, die als eine neue Vergabe zu werten seien. Bei dieser Neuvergabe sei Art. 16 der Richtlinie 92/50 nicht eingehalten worden. Zudem sei im Rahmen dieser Neuvergabe gegen das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot, die sich aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergeben, verstoßen worden.

132. Die Bundesrepublik Deutschland macht geltend, dass die 2004 erfolgte Vertragsänderung darauf zurückzuführen sei, dass der Landkreis Uelzen die Samtgemeinde Bevensen 1984 mit den Rettungsdienstleistungen im Bereich Bevensen-Bienenbüttel beauftragt habe. 2002 habe das DRK im Wege einer Betriebsübernahme den gesamten Rettungsdienst der Samtgemeinde Bevensen übernommen. Dies erkläre die 2004 zwischen dem Landkreis Uelzen und dem DRK ausgehandelten vertraglichen Änderungen, die nicht so wesentlich seien, dass sie einen neuen, vergaberechtlich relevanten Beschaffungsvorgang darstellen würden. Weil die beanstandete Auftragsvergabe demnach im Ergebnis aus dem Jahre 1984 stamme und somit vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 92/50 erfolgt sei, könne die Nichtbeachtung dieser Richtlinie nicht mehr gerügt werden.

133. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen Änderungen eines bestehenden Vertrags als eine eigenständige Auftragsvergabe im Sinne der Vergaberichtlinien zu werten sind, hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 19. Juni 2008, Pressetext Nachrichtenagentur[60], beantwortet. Dabei hat er insbesondere hervorgehoben, dass Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer als Neuvergabe des Auftrags im Sinne der Richtlinie 92/50 anzusehen sind, wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrags erkennen lassen[61]. Von einer wesentlichen Änderung ist u. a. die Rede, wenn der Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert wird[62].

134. Aus den von der deutschen Regierung vorgelegten Unterlagen und aus ihren Erklärungen geht hervor, dass der öffentliche Auftrag 2004 um die Erbringung von öffentlichen Rettungsdiensten auf dem Gebiet der Rettungswache Bevensen erweitert worden ist, das etwa ein Viertel der Gesamtfläche des Landkreises ausmacht. Die Bundesrepublik Deutschland erkennt des Weiteren an, dass sich der Wert des Auftrags für den gesamten Landkreis Uelzen auf etwa 4 450 000 Euro pro Jahr beläuft und dass der Wert der zu

60 — Urteil vom 19. Juni 2008, Pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, Slg. 2008, I-4401, Randnrn. 28 ff.).

61 — Ebd., Randnr. 34.

62 — Ebd., Randnr. 36.

erbringenden Rettungsdienste im Einsatzgebiet der Rettungswache Bevensen mindestens 670 000 Euro pro Jahr beträgt[63].

135. Die vertraglichen Änderungen, die 2004 zwischen dem Landkreis Uelzen und dem DRK ausgehandelt worden sind, haben demnach dazu geführt, dass der Auftrag über die Erbringung von Rettungsdienstleistungen auf einen zusätzlichen Bereich im Landkreis ausgeweitet worden ist, wodurch die Gesamtfläche des Einsatzgebiets um etwa 25 % anstieg und der Gesamtwert des Auftrags um mindestens 15 % erhöht worden ist. Damit sind die 2004 ausgehandelten Änderungen des Auftrags als wesentlich einzuordnen, so dass dieser Vorgang als eine neue Vergabe der öffentlichen Rettungsaufträge im gesamten Landkreis zu werten ist, die der Richtlinie 92/50 unterlag. Die — nicht dokumentierten — Angaben der Bundesrepublik Deutschland zur Übernahme des Rettungsbetriebs eines anderen Dienstleistungserbringers ändern nichts an dieser Wertung.

136. Es ist in diesem Zusammenhang unbestritten, dass bei der neuen Vergabe im Jahr 2004 Art. 16 der Richtlinie 92/50 nicht eingehalten worden ist. Der Verstoß der Bundesrepublik Deutschland gegen diese Bestimmung ist somit vorliegend nachgewiesen.

137. Den von der Kommission ebenfalls gerügten Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot, die sich aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergeben, sehe ich hingegen nicht als nachgewiesen an. Dieser Klagegrund scheitert an den gleichen rechtsdogmatischen und beweisrechtlichen Bedenken, die ich bereits im Rahmen der Analyse der Auftragsvergabe durch die Stadt Magdeburg herausgearbeitet habe[64].

d) Die Fälle der Auftragsvergabe durch die Rettungszweckverbände Westsachsen (Sachsen), Chemnitz/Stollberg (Sachsen) und Vogtland (Sachsen)

138. Zu den beanstandeten Fällen der Auftragsvergabe durch die Rettungszweckverbände Westsachsen, Chemnitz/Stollberg und Vogtland trägt die Kommission Folgendes vor.

139. Der Rettungszweckverband Westsachsen habe als öffentlicher Auftraggeber mit dem ASB, dem DRK, der JUH und der Berufsfeuerwehr Zwickau Verträge über die Erbringung von Rettungsdienstleistungen mit einer Laufzeit von jeweils vier Jahren und einem Auftragswert von insgesamt 7,9 Mio.

63 — Klagebeantwortung der Bundesrepublik Deutschland vom 4. September 2008, Randnr. 22.

64 — Siehe Nrn. 91 ff. dieser Schlussanträge.

Euro pro Jahr abgeschlossen. Diese Verträge seien 2003 ohne Ausschreibung für vier Jahre verlängert worden. Bei ihrem Auslaufen seien diese Verträge bis zum 31. Dezember 2008 verlängert worden.

140. Der Rettungszweckverband Chemnitz/Stollberg habe als öffentlicher Auftraggeber mit dem ASB, dem DRK, der JUH und der Berufsfeuerwehr Chemnitz Verträge über die Erbringung von Rettungsdienstleistungen mit einer Laufzeit von jeweils vier Jahren und einem Auftragswert von insgesamt 3,3 Mio. Euro pro Jahr abgeschlossen. Diese Verträge seien 2002 ohne Ausschreibung für vier Jahre verlängert worden. Bei ihrem Auslaufen seien diese Verträge bis zum 31. Dezember 2008 verlängert worden.

141. Der Rettungszweckverband Vogtland habe 2002 bzw. 2004 als öffentlicher Auftraggeber mit dem ASB, dem DRK, der JUH, der privaten Rettungsdienstgesellschaft Plauen und der Berufsfeuerwehr Plauen Verträge über die Erbringung von Rettungsdienstleistungen mit einer Laufzeit von jeweils vier Jahren und einem Auftragswert von insgesamt 3,9 Mio. Euro pro Jahr ohne Ausschreibung abgeschlossen. Diese Verträge hätten eine Laufzeit von vier Jahren und seien bei ihrem Auslaufen ohne Ausschreibung bis zum 31. Dezember 2008 verlängert worden.

142. Die Kommission rügt in allen diesen Fällen einen Verstoß gegen die Regeln über die Meldepflicht für vergebene Aufträge (Art. 16 der Richtlinie 92/50 bzw. Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18). Diese Verstöße liegen vor.

143. Dem stehen die Ausführungen der Bundesrepublik Deutschland nicht entgegen, dass einer Auftragsvergabe auf dem Gebiet der Rettungsdienstleistungen seit dem Inkrafttreten des Sächsischen Gesetzes über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz vom 1. Januar 2005 ein Auswahlverfahren vorausgehen muss. Die Bundesrepublik Deutschland hat insbesondere der Feststellung der Kommission nicht widersprochen, dass die Auftragsvergabe in allen beanstandeten Fällen unter der alten Regelung bis zum 31. Dezember 2008 verlängert worden sei.

144. Nach ständiger Rechtsprechung ist das Vorliegen einer Vertragsverletzung anhand der Lage zu beurteilen, in der sich der Mitgliedstaat bei Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist befand[65]. Im vorliegenden Verfahren ist demnach die Lage am 16. Februar 2007

65 — Urteile vom 6. Oktober 2009, Kommission/Spanien (C-562/07, Slg. 2009, I-9553, Randnr. 23), vom 19. Mai 2009, Kommission/Italien (C-531/06, Slg. 2009, I-4103, Randnr. 98), und vom 19. Juni 2008, Kommission/Luxemburg (C-319/06, Slg. 2008, I-4323, Randnr. 72).

maßgeblich. Zu diesem Zeitpunkt lag die gerügte Verletzung der Vergaberichtlinien vor.

145. Den von der Kommission ebenfalls in allen diesen Fällen gerügten Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot, die sich aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergeben, sehe ich hingegen nicht als nachgewiesen an. Dieser Klagegrund scheitert an den gleichen rechtsdogmatischen und beweisrechtlichen Bedenken, die ich bereits im Rahmen der Analyse der Auftragsvergabe durch die Stadt Magdeburg herausgearbeitet habe[66].

e) Ergebnis

146. In Anbetracht meiner obigen Überlegungen komme ich zu dem Ergebnis, dass in den beanstandeten Fällen der Auftragsvergabe durch die Städte Magdeburg, Bonn und Witten, die Region Hannover, den Landkreis Uelzen und den Landkreis Hameln-Pyrmont sowie durch die Rettungszweckverbände Westsachsen, Chemnitz/Stollberg und Vogtland ein Verstoß der Bundesrepublik Deutschland gegen Art. 16 der Richtlinie 92/50 bzw. Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 vorliegt. Ein weitergehender Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot, die sich aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergeben, ist von der Kommission hingegen nicht nachgewiesen worden.

4. Rechtswidrige Vergabepraxis in der Bundesrepublik Deutschland

147. Im vorliegenden Verfahren macht die Kommission geltend, dass die von ihr gerügten Vergabeverfahren auf das Bestehen einer verfestigten und allgemeinen Vergabepraxis deuten. Vor diesem Hintergrund strebt sie die Feststellung an, dass die Bundesrepublik Deutschland infolge einer rechtswidrigen Vergabepraxis gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen habe.

148. Wenn das Bestehen einer vergaberechtswidrigen Praxis in einem Mitgliedstaat nachgewiesen wird, kann diese Praxis als solche im Rahmen des Verfahrens nach Art. 226 EG gerügt werden[67]. Dazu hat die Kommission in einer ersten Phase in substantiierter Weise wiederholte Verstöße vorzutragen, die auf das Bestehen einer Praxis hinweisen. Anschließend ist es Sache des

66 — Siehe Nrn. 91 ff. dieser Schlussanträge.

67 — In diesem Zusammenhang sei lediglich auf die ständige Rechtsprechung verwiesen, nach der sich ein Verstoß gegen gemeinschaftsrechtliche Verpflichtungen auch aus einer Verwaltungspraxis ergeben kann, sogar wenn die anwendbare nationale Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Vgl. Urteil vom 10. September 2009, Deutschland/Griechenland (C-416/07, Slg. 2009, I-7883, Randnr. 24 mit weiteren Nachweisen).

betroffenen Mitgliedstaats, die beanstandeten Verstöße konkret zu widerlegen. In einer zweiten Phase ist dann zu überprüfen, ob die nachgewiesenen Verstöße als hinreichend dokumentierter und detaillierter Nachweis des Bestehens der gerügten Praxis gewertet werden können[68].

149. Im vorliegenden Fall hat die Kommission nachgewiesen, dass die Städte Magdeburg (Sachsen-Anhalt), Bonn (Nordrhein-Westfalen) und Witten (Nordrhein-Westfalen), die Region Hannover (Niedersachsen), der Landkreis Uelzen (Niedersachsen) und der Landkreis Pyrmont-Hameln (Niedersachsen) sowie die Rettungszweckverbände Westsachsen (Sachsen), Chemnitz/Stollberg (Sachsen) und Vogtland (Sachsen) bei Vergabeverfahren für Rettungsdienstleistungen die Regeln über die Meldepflicht gemäß Art. 16 der Richtlinie 92/50 bzw. Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 missachtet haben.

150. Darüber hinaus hat die Kommission vorgetragen, aus ihren Recherchen ergebe sich, dass im Zeitraum von 2001 bis 2006 für die gesamte Bundesrepublik Deutschland lediglich zwei vergebene Aufträge bekannt gemacht worden seien. Dieser Tatsachenfeststellung hat die Bundesrepublik Deutschland nicht widersprochen.

151. Auf der Grundlage des Vorstehenden ist somit festzustellen, dass in den Bundesländern Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Sachsen eine verfestigte und allgemeine Vergabepraxis für Rettungsdienstleistungen besteht, bei der die Regeln über die Meldepflicht gemäß Art. 16 der Richtlinie 92/50 bzw. Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 missachtet werden.

152. Der Feststellung einer solchen vergaberechtswidrigen Praxis in diesen Bundesländern steht auch das von der Bundesrepublik Deutschland vorgetragene Argument nicht entgegen, dass im Licht zweier Beschlüsse des Bundesgerichtshofs vom 1. Dezember 2008[69] die Bundesländer ihre bisherigen Verfahren zur Vergabe von rettungsdienstlichen Leistungen zu überprüfen und unter Beachtung des Vergaberechts neu auszurichten haben.

153. Wie ich bereits erörtert habe, ist das Vorliegen einer Vertragsverletzung nach ständiger Rechtsprechung anhand der Lage zu beurteilen, in der sich der Mitgliedstaat bei Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist befand[70]. Im vorliegenden Verfahren ist demnach die Lage am 16. Februar 2007 maßgeblich. An

68 — Vgl. Urteil vom 19. März 2009, Kommission/Griechenland (C-489/06, Slg. 2009, I-1797, Randnrn. 40 ff.).

69 — Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 1. Dezember 2008, X ZB 31/08. Vgl. dazu Nr. 28 dieser Schlussanträge.

70 — Siehe Nr. 144 dieser Schlussanträge.

dem Zeitpunkt lagen die gerügten Verletzungen der Vergaberichtlinien vor.

154. Aus dem gleichen Grund sind die Ausführungen der Bundesrepublik Deutschland zur Änderung der Rechtslage im Bundesland Sachsen, wobei das Submissionsmodell mit Eingang vom 1. Januar 2009 aufgegeben worden sei, im vorliegenden Verfahren nicht weiter relevant.

155. Umstritten ist jedoch, ob die Kommission nur die Vergabepraxis in den Bundesländern Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Sachsen gerügt hat oder ob sie die Vergabepraxis in diesen vier Bundesländern als Beispiel für eine verfestigte und allgemeine Vergabepraxis in allen Bundesländern vorgetragen hat.

156. Das Vorbringen der Kommission ist in dieser Hinsicht insoweit widersprüchlich, als sie in ihrer Klageschrift ausdrücklich ausgeführt hat, die vorliegende Klage beschränke sich auf die Vergabepraxis in Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Sachsen, obgleich die streitgegenständliche Vergabepraxis auch in anderen deutschen Bundesländern anzutreffen sei[71]. In ihrer Erwiderung beantragt die Kommission hingegen die Feststellung der Vergaberechtswidrigkeit dieser Praxis für das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland[72].

157. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass neue, im Laufe des Verfahrens gestellte Klageanträge grundsätzlich unzulässig sind[73]. Vor diesem Hintergrund ist im Rahmen des vorliegenden Verfahrens von dem in der Klageschrift enthaltenen, räumlich eingeschränkten Klageantrag auszugehen, mit dem die Kommission lediglich die in Rede stehende Vergabepraxis in den Bundesländern Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Sachsen gerügt hat.

158. In Anbetracht meiner obigen Überlegungen komme ich somit abschließend zu dem Ergebnis, dass die Bundesrepublik Deutschland bei der Vergabe von entgeltlichen Aufträgen über die Erbringung von Rettungsdienstleistungen in den Bundesländern Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Sachsen bis 31. Januar

71 — Vgl. Randnr. 10 der Klageschrift der Kommission vom 15. April 2008. In Randnr. 5 dieser Klageschrift hatte die Kommission bereits ausgeführt, ihre Klage beschränke sich auf die Praxis bei der Auftragsvergabe für Rettungsdienstleistungen nach dem Submissionsmodell, das in der Mehrzahl der deutschen Bundesländer gelte.

72 — Vgl. Randnrn. 17 ff. der Erwiderung der Kommission vom 21. November 2008.

73 — Vgl. Art. 42 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs.

2006 gegen Art. 10 in Verbindung mit Art. 16 der Richtlinie 92/50 und seit 1. Februar 2006 gegen Art. 22 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 verstoßen hat.

VIII — Kosten

159. Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Nach Art. 69 § 3 Abs. 1 der Verfahrensordnung kann der Gerichtshof jedoch die Kosten teilen oder beschließen, dass jede Partei ihre eigenen Kosten trägt, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt oder wenn ein außergewöhnlicher Grund gegeben ist.

160. In der vorliegenden Rechtssache hat die Kommission nur teilweise obsiegt. Ich schlage daher vor, dass der Gerichtshof der Kommission und der Bundesrepublik Deutschland ihre jeweiligen eigenen Kosten auferlegt.

IX — Ergebnis

161. Angesichts der vorstehenden Erwägungen schlage ich vor, dass der Gerichtshof feststellt,

1. dass die Bundesrepublik Deutschland bei der Vergabe von entgeltlichen Aufträgen über die Erbringung von Rettungsdienstleistungen in den Bundesländern Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Sachsen bis 31. Januar 2006 gegen Art. 10 in Verbindung mit Art. 16 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge und seit 1. Februar 2006 gegen Art. 22 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 der 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 verstoßen hat.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Die Europäische Kommission und die Bundesrepublik Deutschland tragen ihre eigenen Kosten.