

**SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
FRANCIS G. JACOBS  
vom 17. Mai 2001 <sup>1</sup>**

Inhaltsverzeichnis

|     |   |         |
|-----|---|---------|
| I   | — Einleitung .....  | I- 8095 |
| II  | — Das einschlägige Landesrecht .....  | I- 8095 |
|     | 1. Grundbegriffe .....  | I- 8095 |
|     | 2. Rettungsdienst .....   | I- 8096 |
|     | 3. Finanzierung des Rettungsdienstes .....  | I- 8098 |
|     | 4. Genehmigung der Durchführung von unabhängigen Krankentransportleistungen .....                                   | I- 8099 |
| III | — Ausgangsrechtsstreit .....  | I- 8100 |
| IV  | — Gegenstand des vorliegenden Vorabscheidungsverfahrens .....   | I- 8103 |
| V   | — Zusammenfassung des Vorbringens der Beteiligten .....   | I- 8105 |
| VI  | — Anwendbarkeit von Artikel 86 Absatz 1: Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten .....             | I- 8107 |
|     | 1. Unternehmensbegriff .....  | I- 8107 |
|     | a) Sanitätsorganisationen als Unternehmen .....   | I- 8108 |
|     | b) Öffentliche Behörden als Unternehmen .....   | I- 8109 |
|     | 2. Besondere oder ausschließliche Rechte .....  | I- 8112 |
|     | a) Der Begriff der besonderen oder ausschließlichen Rechte .....  | I- 8112 |
|     | b) Sanitätsorganisationen als Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten .....                        | I- 8114 |
| VII | — Verstoß gegen Artikel 86 Absatz 1 in Verbindung mit anderen Vorschriften des EG-Vertrags .....                    | I- 8115 |
|     | 1. Artikel 86 Absatz 1 und 249 Absatz 3 EG .....  | I- 8116 |
|     | 2. Artikel 86 Absatz 1 und 81 Absatz 1 Buchstabe c EG .....   | I- 8116 |
|     | 3. Artikel 86 Absatz 1 und 82 EG .....  | I- 8117 |
|     | a) Beherrschende Stellung eines oder mehrerer Unternehmen auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes ..... | I- 8118 |
|     | — Relevanter Produktmarkt .....   | I- 8118 |

<sup>1</sup> — Originalsprache: Englisch.

|  |          |
|--|----------|
| — Der geographisch relevante Markt .....   | I - 8119 |
| — Beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt .....  | I - 8120 |
| — Der relevante Markt als wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes ...  | I - 8121 |
| b) § 18 Absatz 3 RettDG und potenzieller Missbrauch einer beherrschenden Stellung .....                                | I - 8124 |
| — Situation, in der ein beherrschendes Unternehmen offensichtlich nicht in der Lage ist, die Nachfrage zu decken ..... | I - 8125 |
| — Entstehung eines Interessenkonflikts .....   | I - 8128 |
| c) Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten .....  | I - 8129 |
| VIII — Rechtfertigung nach Artikel 86 Absatz 2 EG .....  | I - 8132 |
| IX — Ergebnis .....  | I - 8135 |

## I — Einleitung

1. In der vorliegenden Rechtssache ersucht das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz um Vorabentscheidung über die Vereinbarkeit einer Rechtsvorschrift mit Artikel 86 EG in Verbindung mit Artikel 82 EG, nach der privaten Unternehmen die Genehmigung der Durchführung von unabhängigen Krankentransportleistungen (im Folgenden: Krankentransportgenehmigung) zu versagen ist, wenn zu erwarten ist, dass durch die Genehmigung die Funktionsfähigkeit und die Wirtschaftlichkeit des Rettungsdienstes, der für bestimmte geographische Gebiete privaten Sanitätsorganisationen wie dem Roten Kreuz übertragen ist, beeinträchtigt wird.

der Länder. Maßgebliche Regelung in Rheinland-Pfalz ist das Rettungsdienstgesetz in der Fassung vom 22. April 1991<sup>2</sup>, das ich im Folgenden auch als RettDG bezeichne.

### 1. Grundbegriffe

3. Das Rettungsdienstgesetz unterscheidet im Wesentlichen zwischen zwei Arten von Krankentransportleistungen, nämlich dem Notfalltransport und dem Krankentransport.

## II — Das einschlägige Landesrecht

2. In Deutschland ist die gesetzliche Regelung des Krankentransportwesens Sache

4. Der Notfalltransport betrifft Notfallpatienten, also lebensbedrohlich Verletzte oder Erkrankte. Er besteht in der Durchführung lebensrettender Maßnahmen, der Herstellung der Transportfähigkeit und der

<sup>2</sup> — GVBl. 1991, 217.

Beförderung von Notfallpatienten unter fachgerechter Betreuung in ein für die weitere Versorgung geeignetes Krankenhaus<sup>3</sup>.

5. Der Krankentransport betrifft kranke, verletzte oder sonstige hilfsbedürftige Personen, die keine Notfallpatienten sind. Er besteht in der Leistung fachgerechter Hilfe und der Beförderung unter Betreuung<sup>4</sup>.

6. Für den Notfall- und den Krankentransport sind Krankenkraftwagen einzusetzen<sup>5</sup>, von denen es im Wesentlichen zwei Arten gibt.

7. Der Notfalltransport erfolgt gewöhnlich durch Rettungswagen<sup>6</sup>. Ein Rettungswagen muss besonders ausgestattet sein. Die Person, die während der Beförderung den Notfallpatienten versorgt, muss eine Ausbildung als Rettungsassistent<sup>7</sup> haben.

3 — § 2 Absatz 2 RettDG 1991.

4 — § 2 Absatz 3.

5 — § 21 Absatz 1.

6 — § 21 Absatz 2.

7 — § 22 Absatz 3 Nummer 2.

8. Der Krankentransport erfolgt gewöhnlich durch Krankentransportwagen, die nicht die gleiche technische Ausstattung haben müssen. Zudem braucht die Person, die während der Beförderung den Kranken versorgt, nur eine Ausbildung als Rettungssanitäter<sup>8</sup>.

9. Das RettDG gilt nicht für die Beförderung von kranken Personen, die keiner fachgerechten Hilfe oder Betreuung bedürfen, mit anderen als Krankenkraftwagen (Krankenfahrten)<sup>9</sup>.

## 2. Rettungsdienst

10. Gemäß § 2 Absatz 1 RettDG umfasst der Rettungsdienst die bedarfsgerechte und flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Leistungen des Notfall- und des Krankentransportes. Anders als das vorliegende Gericht anzunehmen scheint, ergibt sich aus den dem Gerichtshof vorliegenden Unterlagen, dass auch nach dem vor dem Rettungsdienstgesetz geltenden Recht der Krankentransport (und nicht nur der Notfalltransport) als Teil des Rettungsdienstes

8 — § 22 Absatz 3 Nummer 1.

9 — § 1 Absatz 2 Nummer 3.

galt. Hauptkennzeichen der öffentlichen Aufgabe Rettungsdienst ist, dass die Leistungen des Krankentransports dauerhaft und in gleicher Qualität ungeachtet der Wirtschaftlichkeit der einzelnen Einsätze auch in abgelegenen Gebieten sicherzustellen sind.

11. Zur Durchführung des Rettungsdienstes ist das Land in Rettungsdienstbereiche eingeteilt<sup>10</sup>. In jedem Rettungsdienstbereich werden die Leistungen durch eine Rettungsleitstelle koordiniert<sup>11</sup>. Die Erbringung der Leistungen obliegt den Rettungswachen, die nach den örtlichen Erfordernissen eingerichtet, besetzt und ausgestattet werden<sup>12</sup>. Es muss möglich sein, jeden an einer öffentlichen Straße gelegenen Einsatzort innerhalb von 15 Minuten nach Eingang des Hilfersuchens bei der Rettungsleitstelle zu erreichen<sup>13</sup>.

12. Träger des Rettungsdienstes sind das Land, die Landkreise und die kreisfreien Städte<sup>14</sup>.

13. Nach § 5 Absatz 1 RettDG überträgt jedoch die zuständige Behörde die Durchführung des Rettungsdienstes den „anerkannten Sanitätsorganisationen“, soweit diese in der Lage und bereit sind, einen ständigen Rettungsdienst zu gewährleisten. Eine Übertragung auf Dritte darf nur erfolgen, wenn die in § 5 Absatz 1 genannten Sanitätsorganisationen hierzu nicht in der Lage oder nicht bereit sind<sup>15</sup>.

14. Die Übertragung auf Sanitätsorganisationen bezieht sich nur auf die Durchführung des Rettungsdienstes. Die letzte Verantwortung der übertragenden Behörde für den Rettungsdienst bleibt offensichtlich unberührt, was darin zum Ausdruck kommt, dass sie Aufsichts- und Weisungsrechte und die Pflicht zur Kostentragung behält<sup>16</sup>.

15. Nach Angabe des vorliegenden Gerichts haben nahezu alle Landkreise und kreisfreien Städte den Rettungsdienst auf die anerkannten Sanitätsorganisationen, nämlich das Deutsche Rote Kreuz, den Arbeiter-

10 — § 4 Absatz 1.

11 — § 4 Absatz 3 und § 7.

12 — § 4 Absatz 3 und § 8.

13 — § 8 Absatz 2.

14 — § 3.

15 — § 5 Absatz 3.

16 — §§ 10 und 11.

Samariter Bund, die Johanniter-Unfall-Hilfe und den Malteser-Hilfsdienst übertragen. Die Stadt Trier führt jedoch — in Gestalt der städtischen Feuerwehr — den Rettungsdienst selbst durch.

### 3. Finanzierung des Rettungsdienstes

18. Der Rettungsdienst wird teils vom Staat, teils durch Benutzungsentgelte finanziert.

16. Weiter führt das vorlegende Gericht aus, die Übertragung der Durchführung des Rettungsdienstes sei durch eine einseitige hoheitliche Maßnahme (Beleihung) erfolgt. Gemäß § 5 Absatz 2 RettDG erfolgt die Übertragung jedoch durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen der zuständigen Behörde und der jeweiligen Sanitätsorganisation. Zwei solche Verträge sind dem Gerichtshof vorgelegt worden.

19. Die Kosten der Infrastruktur für die Rettungsleitstellen und der Rettungswachen (Herstellung, Unterhaltung, Ausstattung, Miete) werden zu einem großen Teil unmittelbar vom Land bzw. den Landkreisen und Städten getragen<sup>19</sup>.

20. Nach § 12 Absatz 1 RettDG werden die verbleibenden Kosten — hauptsächlich Betriebskosten — durch Benutzungsentgelte finanziert. Entsprechend dem Selbstkostendeckungsprinzip sind die Benutzungsentgelte so zu bemessen, dass sie alle nicht anderweitig finanzierten Kosten des Rettungsdienstes decken.

17. Die Rettungswachen werden von der Sanitätsorganisation eingerichtet, besetzt und unterhalten, der der Rettungsdienst für den betreffenden Bereich übertragen wurde<sup>17</sup>. Sind die Rettungswachen eines Bereiches mehreren Sanitätsorganisationen zugewiesen, so wird die Rettungsleitstelle von der größten Sanitätsorganisation eingerichtet, besetzt und unterhalten<sup>18</sup>.

21. Nach § 12 Absatz 2 RettDG werden die Benutzungsentgelte zwischen den mit dem Rettungsdienst beauftragten Sanitätsorganisationen und den Verbänden der Krankenversicherer vereinbart. Diese Ver-

17 — § 8 Absatz 1.

18 — § 7 Absatz 4.

19 — § 11.

einbarungen bedürfen der Genehmigung des zuständigen Ministers. Dass den Verbänden der Krankenversicherer bei der Festsetzung der Benutzungsentgelte eine so bedeutende Rolle zukommt, beruht darauf, dass diese Entgelte letztlich von den öffentlichen und privaten Krankenversicherern getragen werden.

22. Die Benutzungsentgelte werden landeseinheitlich festgesetzt. Sie sind also für Krankentransportleistungen in Städten und in abgelegenen Gebieten gleich.

#### *4. Genehmigung der Durchführung von unabhängigen Krankentransportleistungen*

23. Neben den Vorschriften über den Rettungsdienst gibt es allgemeine Vorschriften über die Krankentransportgenehmigung.

24. Diese Vorschriften waren ursprünglich im Personenbeförderungsgesetz<sup>20</sup> enthalten, einem in ganz Deutschland gel-

tenden Bundesgesetz. Nach diesem Gesetz wurden Krankentransportfahrten als eine Art der Beförderung von Personen in einem Mietwagen angesehen. Krankentransportunternehmer benötigten für die Aufnahme dieser Tätigkeit eine Genehmigung. Die Erteilung der Genehmigung setzte die Gewährleistung der Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebes und den Nachweis der Zuverlässigkeit und fachlichen Eignung des Unternehmers voraus. Anders als etwa bei den Taxen war die Zulassung zum Krankentransportgewerbe jedoch nicht an eine Bedürfnisprüfung gebunden. Nach dieser Regelung stand der Rettungsdienst mit seiner Bereitschaftspflicht im gesamten Bereich und rund um die Uhr neben privaten unabhängigen Unternehmern, die Krankentransport hauptsächlich tagsüber und in anderen als Notfällen übernahmen.

25. 1989 wurde das fragliche Bundesgesetz — offenbar auf Wunsch der Länder — dahin abgeändert, dass der Bereich der Krankentransportleistungen nicht mehr diesem Gesetz unterfiel. Damit war der Weg frei für eine landesgesetzliche Neuregelung dieses Bereiches — in Rheinland-Pfalz für das Rettungsdienstgesetz.

26. Daher ist im Rettungsdienstgesetz von 1991 anders als in seinen früheren Fassungen nicht nur der Rettungsdienst, sondern allgemein die Durchführung von Kranken-

20 — BGBl. 1961 I S. 241.

transport und insbesondere die für die Erbringung solcher Leistungen erforderliche Genehmigung geregelt.

27. Wie nach der früheren bundesgesetzlichen Regelung setzt die Erteilung der Genehmigung voraus, dass die Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebes gewährleistet und die Zuverlässigkeit und fachliche Eignung des Unternehmers nachgewiesen ist.

28. § 18 Absatz 3 RettDG, um den es in der vorliegenden Rechtssache geht, stellt jedoch eine weitere Anforderung auf. Er lautet wie folgt:

„Die Genehmigung ist zu versagen, wenn zu erwarten ist, dass durch ihren Gebrauch das öffentliche Interesse an einem funktionsfähigen Rettungsdienst im Sinne des § 2 Abs. 1 beeinträchtigt wird. Hierbei sind im Rahmen der Festlegung des Landesrettungsdienstplanes... insbesondere die flächendeckende Vorhaltung und Auslastung im Rettungsdienstbereich zu berücksichtigen, wobei auch die Einsatzzahlen, die Eintreffzeit und Dauer der Einsätze sowie die Entwicklung der Kosten- und Ertragslage zugrunde zu legen sind ...“

29. Das vorliegende Gericht versteht diese Regelung dahin, dass den Sanitätsorganisationen auf den Märkten für Notfall- und für Krankentransportleistungen faktisch ein Monopol eingeräumt wird. Nach der fraglichen Regelung könne einem unabhängigen Krankentransportunternehmer eine Genehmigung nur erteilt werden, wenn der Rettungsdienst nicht in der Lage sei, den Bedarf zu decken. Dies könne aber niemals eintreten, da der Rettungsdienst zur flächendeckenden Sicherstellung seiner Leistungen rund um die Uhr verpflichtet sei. Welche Kapazitäten der Rettungsdienst dazu benötige, richte sich nicht nach wirtschaftlichen Erwägungen, sondern nach den möglichen Notfällen und sogar Katastrophen. Im Rettungsdienst überwögen daher Bereitschaftszeiten zwangsläufig die Einsatzzeiten. Daher werde es für Genehmigungen für private Unternehmer niemals einen Nutzen oder Bedarf geben. Sie würden im Gegenteil die Auslastung des Rettungsdienstes verringern und sich damit auf die Kosten- und Ertragslage negativ auswirken.

### III — Ausgangsrechtsstreit

30. Die Firma Ambulanz Glöckner (nachstehend: Klägerin) ist ein privates Unternehmen mit Sitz in Pirmasens, das außerhalb des Rettungsdienstes Krankentransportleistungen anbietet. Nach den Akten hat sie zwei Krankentransportwagen und einen Rettungswagen im Einsatz, die ihr gehören. Nach einer Rahmenvereinbarung, die sie mit zwei großen Krankenver-

sicherern geschlossen hat, kann sie für ihre Dienstleistungen eine erstattungsfähige Vergütung verlangen, die offenbar beträchtlich unter den Benutzungsentgelten für den Rettungsdienst liegt.

31. Für den Rettungswagen war der Klägerin im Jahr 1990 — also vor Inkrafttreten des Rettungsdienstgesetzes und noch nach der alten bundesgesetzlichen Regelung — eine Krankentransportgenehmigung erteilt worden, die im Oktober 1994 ablief.

32. Im Juli 1994 beantragte sie beim Landkreis Südwestpfalz (nachstehend: Beklagter) eine Verlängerung der Genehmigung der Durchführung von „Notfall- und Krankentransporten“.

33. Der Beklagte befragte die beiden im Raum Pirmasens mit dem Rettungsdienst beauftragten Sanitätsorganisationen, das Deutsche Rote Kreuz Landesverband Rheinland-Pfalz (nachstehend: DRK) und den Arbeiter-Samariter-Bund Landesverband Rheinland-Pfalz (nachstehend: ASB), zu den Auswirkungen der beantragten Genehmigung.

34. Beide Sanitätsorganisationen äußerten sich dahin, dass die flächendeckende Versorgung mit Krankentransportleistungen ohnehin nicht kostendeckend betrieben werde, so dass beim Hinzutreten eines weiteren Anbieters entweder die Benutzungsentgelte ansteigen müssten oder die Grundvorhaltung des öffentlichen Rettungsdienstes reduziert werden müsse.

35. Der Beklagte lehnte daraufhin die Verlängerung der Genehmigung unter Bezugnahme auf § 18 Absatz 3 RettDG ab. Er führte aus, der Rettungsdienst im fraglichen Bereich sei im Jahr 1993 nur zu 26 % ausgelastet gewesen.

36. Die Klägerin erhob gegen diese Entscheidung nach erfolglosem Widerspruch Klage.

37. Das Verwaltungsgericht Neustadt an der Weinstrasse verpflichtete den Beklagten mit Urteil vom 28. Januar 1998, der Klägerin die beantragte Krankentransportgenehmigung zu erteilen. Es befand im Wesentlichen, § 18 Absatz 3 RettDG dürfe nicht so verstanden werden, dass er die Möglichkeit, unabhängigen Unternehmern die Durchführung von Krankentransport zu genehmigen, in allen Fällen ausschließe. Im Gegenteil leitete es aus der Systematik des fraglichen Gesetzes ab, dass das Gesetz

Privaten die Vornahme von Krankentransport parallel zum Rettungsdienst ermöglichen wolle. Dabei nehme es implizit auch Kostensteigerungen in gewissem Umfang in Kauf. Da die Klägerin mehr als 7 Jahre Krankentransporte durchgeführt habe, sei deutlich geworden, dass durch ihre Tätigkeit der Rettungsdienst in seiner Funktionsfähigkeit und seinem Bestand nicht gefährdet werde.

38. Der Beklagte lege gegen dieses Urteil beim vorlegenden Gericht Berufung ein, das die betroffenen Sanitätsorganisationen, nämlich den ASB und das DRK beilud. Am Verfahren beteiligt ist nach dem einschlägigen Verfahrensrecht außerdem der Vertreter des öffentlichen Interesses.

39. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts hängt der Erfolg der Klage von der Anwendbarkeit des § 18 Absatz 3 RettDG ab. Sei diese Vorschrift anzuwenden, so sei die Verlängerung der Genehmigung von der Behörde zu Recht abgelehnt worden, da die mit dem Rettungsdienst beauftragten Sanitätsorganisationen nicht ausgelastet seien, und die Berufung habe Erfolg. Sei § 18 Absatz 3 dagegen mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar und daher nicht anwendbar, so sei die Berufung zurückzuweisen.

40. Die Sanitätsorganisationen seien Unternehmen, denen „besondere oder aus-

schließliche Rechte“ im Sinne des Artikels 86 Absatz 1 EG gewährt worden seien. Der Erlass des § 18 Absatz 3 RettDG durch den Landesgesetzgeber könne als durch Artikel 86 Absatz 1 EG-Vertrag verbotene „Maßnahme“ angesehen werden. Die streitige Bestimmung schaffe nämlich unter Verstoß gegen die allgemeinen Ziele des EG-Vertrags und gegen das Verbot der Marktaufteilung nach Artikel 81 Absatz 1 Buchstabe c EG auf dem Markt für Krankentransportleistungen Monopole. Die streitige Bestimmung sei nicht gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG gerechtfertigt. Da die vorher bestehende Situation völlig zufriedenstellend gewesen sei, sei die Schaffung eines Dienstleistungsmonopols nicht erforderlich gewesen.

41. Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes hält das vorlegende Gericht zwei Gesichtspunkte für zweifelhaft, nämlich, ob bereits die Gewährung eines ausschließlichen Rechts mit dem EG-Vertrag unvereinbar sei und ob die streitige Maßnahme im Sinne der Artikel 81 f. EG „den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet“ sei.

42. Aus diesen Gründen hat es dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist die Einräumung eines Monopols für Krankentransportleistungen für einen abgegrenzten geographischen Bereich mit Ar-

tikel 86 Absatz 1, 81 f. EG-Vertrag vereinbar?

zung beginne, sind daher eine Reihe von Vorfragen zu klären.

43. Inzwischen hat das vorlegende Gericht den Beklagten verpflichtet, der Klägerin vorläufig, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens, eine Krankentransportgenehmigung zu erteilen.

44. Die Klägerin, der Beklagte, der ASB, der Vertreter des öffentlichen Interesses, die österreichische Regierung und die Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Außerdem haben sie Fragen des Gerichtshofes schriftlich beantwortet. In der mündlichen Verhandlung waren die Klägerin, der Beklagte, der Vertreter des öffentlichen Interesses und die Kommission vertreten.

#### IV — Gegenstand des vorliegenden Vorabentscheidungsverfahrens

45. Eine der Schwierigkeiten des vorliegenden Falles besteht darin, dass die Beteiligten, die Erklärungen eingereicht haben, nicht nur zur Auslegung der maßgeblichen Vorschriften des EG-Vertrags, sondern zur Auslegung der relevanten nationalen Vorschriften, zum Sachverhalt und zur Bedeutung der Vorlagefrage Auffassungen vertreten, die mit der des vorlegenden Gerichts und untereinander nicht übereinstimmen. Bevor ich mit der Erörte-

46. Erstens führt das vorlegende Gericht aus, nach dem bis 1991 geltenden Recht sei den Sanitätsorganisationen nur der Notfalltransport übertragen gewesen; durch das Rettungsdienstgesetz sei auch der Krankentransport übertragen worden<sup>21</sup>. Auf der Grundlage dieses Verständnisses geht z. B. die Kommission in ihren Erklärungen ausführlich der Frage nach, ob ein Mitgliedstaat durch die Wettbewerbsregeln daran gehindert ist, ein bestehendes Monopol für den Notfalltransport auf den neuen Bereich des Krankentransports auszuweiten.

47. Aus den Erklärungen der Beteiligten des Ausgangsverfahrens und insbesondere aus dem Wortlaut des Gesetzes in seiner bis 1991 geltenden Fassung<sup>22</sup> geht jedoch hervor, dass der Rettungsdienst bereits vor 1991 sowohl den Notfall- als auch den Krankentransport erfasste. Vom Geltungsbereich des früheren Gesetzes ausgeschlossen war (wie beim RettDG) lediglich die Beförderung von kranken Personen, die keiner fachgerechten Hilfe oder Betreuung bedürfen, mit anderen als Krankenkraftwagen (Krankenfahrten)<sup>23</sup>.

21 — Siehe oben, Nr. 10.

22 — GVBl. 1986, S. 60. Diese Fassung des Gesetzes wurde dem Gerichtshof übermittelt.

23 — Siehe § 1 Absatz 3 der früheren Fassung und oben, Nr. 9.

48. Da hier die frühere Rechtslage, die nicht unmittelbar Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist, offensichtlich missverstanden wurde, sollte der Gerichtshof meines Erachtens davon ausgehen, dass der Rettungsdienst schon immer sowohl den Notfall- als auch den Krankentransport umfasste. Wo sich offensichtlich kein Problem stellt, sollte der Gerichtshof auch keine Lösung suchen.

49. Zweitens scheinen mehrere Beteiligte, die Erklärungen eingereicht haben, anzunehmen, der vorliegende Fall werfe auch die Frage auf, ob eine Vorschrift wie § 5 RettDG<sup>24</sup>, wonach die Durchführung des Rettungsdienstes in erster Linie den „anerkannten Sanitätsorganisationen“ übertragen werden soll, mit den Wettbewerbsregeln vereinbar ist.

50. Aus dem Sachverhalt des Ausgangsverfahrens und dem Vorlagebeschluss ergibt sich jedoch, dass die Vorschriften über die Übertragung des Rettungsdienstes als solche nicht Streitgegenstand sind. Die Klägerin begehrt nicht die Übertragung des Rettungsdienstes in einem bestimmten Bereich. Sie beantragte lediglich eine Krankentransportgenehmigung parallel zum und außerhalb des Rettungsdienstes. Das vorliegende Gericht scheint sich auch nicht näher damit zu befassen, dass der Ret-

tungsdienst grundsätzlich einer geschlossenen Gruppe von Organisationen vorbehalten ist. Es hält es lediglich für möglich, dass die Vorschriften über die Krankentransportgenehmigung und insbesondere § 18 Absatz 3 RettDG mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar sind.

51. Drittens — und dies ist vielleicht der schwierigste Punkt — versteht das vorliegende Gericht § 18 Absatz 3 RettDG so, dass danach in *allen* Fällen die Erteilung einer Genehmigung an unabhängige Krankentransportunternehmer ausgeschlossen ist<sup>25</sup>. Dies scheint der Grund dafür zu sein, dass es in seiner Frage die Schaffung eines „Monopols“ erwähnt. Ähnlich trägt der Vertreter des öffentlichen Interesses vor, die streitige Bestimmung sei strikt anzuwenden, um eine Beeinträchtigung des Rettungsdienstes auszuschließen.

52. Der Beklagte und der ASB tragen dagegen vor, § 18 Absatz 3 sei dahin auszulegen, dass eine Genehmigung an unabhängige Unternehmer nur dann nicht erteilt werden dürfe, wenn aufgrund der Erteilung mit einer *erheblichen* Beeinträchtigung des Rettungsdienstes zu rechnen sei. Sie verweisen auf das erstinstanzliche Urteil des Verwaltungsgerichts Neustadt an der Weinstraße<sup>26</sup> und die Materialien zu dem

24 — Siehe oben, Nr. 13.

25 — Siehe oben, Nr. 29.

26 — Zusammengefaßt in Nr. 37.

Gesetz. Der ASB schlägt daher vor, die Frage entsprechend umzuformulieren.

53. Zwar lässt sich die vom vorlegenden Gericht vorgeschlagene Auslegung von § 18 Absatz 3 RettDG schwerlich mit der Tatsache in Einklang bringen, dass das Rettungsdienstgesetz in seinen §§ 14 bis 27 nicht nur die Bedingungen, unter denen Krankentransportgenehmigungen erteilt werden dürfen, sondern auch die Pflichten der zugelassenen Unternehmer und die Vergütung für unabhängige Krankentransportleistungen umfassend regelt. Viele dieser Vorschriften wären in der Praxis wohl bedeutungslos, träfe die vom vorlegenden Gericht vertretene Auslegung von § 18 Absatz 3 zu.

54. Dennoch würde ich, weil die richtige Auslegung von innerstaatlichen Rechtsvorschriften nicht Sache des Gerichtshofes ist, die Vorlagefrage nicht wie vorgeschlagen umformulieren. Zudem könnte der Streit über diese Auslegung im Licht der vom Gerichtshof zu treffenden Entscheidung beigelegt werden.

#### V — Zusammenfassung des Vorbringens der Beteiligten

55. Die Klägerin trägt vor, die streitige Bestimmung sei mit Artikel 86 Absatz 1 EG

in Verbindung mit den Artikeln 81 f. EG und 249 EG unvereinbar (wegen Verstoßes gegen die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge<sup>27</sup>).

56. Die für den Rettungsdienst zuständigen Behörden und die mit seiner Durchführung beauftragten Sanitätsorganisationen seien als Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten im Sinne des Artikels 86 Absatz 1 EG anzusehen.

57. Überdies verstießen die Vorschriften des Rettungsdienstgesetzes gegen Artikel 86 Absatz 1 EG in Verbindung mit anderen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, denn

— sie führten zu Verstößen gegen Artikel 81 Absatz 1 Buchstabe c EG, da sie den Sanitätsorganisationen ermöglichten, den nationalen Markt für Krankentransportleistungen untereinander und mit den Behörden aufzuteilen;

<sup>27</sup> — ABl. L 209, S. 1.

- sie führten zu Verstößen gegen Artikel 82 EG, da, erstens, die Sanitätsorganisationen nicht in der Lage seien, die Nachfrage der Verbraucher nach qualifizierten Krankentransportleistungen zu akzeptablen Preisen zu decken<sup>28</sup>, und zweitens, den Behörden und den Sanitätsorganisationen gemeinsam ermöglicht werde, den Marktzugang von Wettbewerbern zu beschränken;
- Artikel 249 EG sei verletzt, da die Behörden bei der Übertragung des Rettungsdienstes auf die Sanitätsorganisationen nicht die Richtlinie über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge beachtet hätten.

58. Die Kommission argumentiert im Wesentlichen auf der gleichen Linie. Nach ihrer Ansicht kann der Gerichtshof jedoch auf der Grundlage der vorliegenden Informationen nicht beurteilen, ob die Stellung der Sanitätsorganisationen auf dem Markt für Krankentransportleistungen einen „wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes“ betrifft und ob die streitige Maßnahme zu einem Verhalten führen kann, das geeignet ist, im Sinne des Artikels 82 EG „den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“. Die Kommission schlägt zu diesen Punkten vor, die erforderlichen Beurteilungen dem vorliegenden Gericht zu überlassen und ihm lediglich allgemeine Hinweise an die Hand zu geben.

59. Nach Auffassung des Beklagten, des ASB, des Vertreters des öffentlichen Interesses und der österreichischen Regierung ist die streitige Maßnahme mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.

60. Erstens sei Artikel 86 Absatz 1 nicht anwendbar, da die Sanitätsorganisationen nicht als Unternehmen mit „besonderen oder ausschließlichen Rechten“ angesehen werden könnten. Artikel 81 Absatz 1 Buchstabe c EG und die Richtlinie über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge seien ebenfalls nicht anwendbar.

61. Zweitens liege kein Verstoß gegen Artikel 86 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 82 vor, denn

- der jeweilige Rettungsdienstbereich der einzelnen Sanitätsorganisationen mache keinen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes aus,

<sup>28</sup> — Urteil des Gerichtshofes vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90 (Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979).

- der Handel zwischen Mitgliedstaaten sei nicht spürbar beeinträchtigt,

- die bloße Schaffung einer beherrschenden Stellung falle nicht unter diese Vorschriften,
- die Leistungen der Sanitätsorganisationen seien stets zufriedenstellend und die verlangten Benutzungsentgelte gerechtfertigt gewesen.
- den behaupteten Verstoß gegen Artikel 86 Absatz 1 in Verbindung mit anderen Vorschriften des EG-Vertrags, und
- die mögliche Rechtfertigung gemäß Artikel 86 Absatz 2.

62. Drittens sei die streitige Maßnahme jedenfalls nach Artikel 86 Absatz 2 EG gerechtfertigt. Die Sanitätsorganisationen, die den Rettungsdienst durchführten, seien „mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut“. Durch eine Außerkraftsetzung von § 18 Absatz 3 RettDG würde „die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“. Es sei nämlich insbesondere erforderlich, den Rettungsdienst in gewissem Umfang vor dem Herausgreifen lukrativer Leistungen durch unabhängige Unternehmer zu schützen, die bestrebt seien, ihre Dienste nur zu gewinnträchtigen Spitzenzeiten in dicht besiedelten und daher leicht erreichbaren Gebieten anzubieten.

#### VI — Anwendbarkeit von Artikel 86 Absatz 1: Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten

64. Artikel 86 Absatz 1 gilt für „Unternehmen“, denen Mitgliedstaaten „besondere oder ausschließliche Rechte“ gewähren.

##### 1. Unternehmensbegriff

63. Angesichts dieses Vorbringens werde ich nacheinander folgende Punkte behandeln:

- die Anwendbarkeit von Artikel 86 Absatz 1,
- 65. Die Klägerin macht geltend, sowohl die Sanitätsorganisationen als auch die in erster Linie für den Rettungsdienst zuständigen Behörden seien als Unternehmen anzusehen.

- a) Sanitätsorganisationen als Unternehmen — von ihnen werden die Rettungsleitstellen und -wachen innerhalb dieser Rettungsdienstbereiche eingerichtet, besetzt und unterhalten;

66. Keiner der Beteiligten hat vorgetragen, dass die Sanitätsorganisationen nicht als Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts anzusehen seien. Folgende Informationen liegen vor:

- die Infrastrukturkosten für den Rettungsdienst werden hauptsächlich unmittelbar durch den Staat und die Betriebskosten hauptsächlich durch Benutzungsentgelte finanziert;
- In dem betroffenen Land gibt es vier anerkannte Sanitätsorganisationen<sup>29</sup>, unter denen das DRK offensichtlich die bedeutendste ist;
- entsprechend dem Selbstkostendeckungsprinzip sind die Benutzungsentgelte so zu bemessen, dass sie alle nicht anderweitig finanzierten Kosten des Rettungsdienstes decken.
- diese sind Vereine ohne Gewinnerzielungsabsicht;

- ihre Tätigkeiten umfassen u. a. die Durchführung von Leistungen des Notfall- und des Krankentransports;

- in dem betroffenen Land wurden sie in nahezu allen Rettungsdienstbereichen mit der Durchführung des Rettungsdienstes beauftragt;

67. Im Rahmen des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft umfasst der Begriff des Unternehmens bekanntlich unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit<sup>30</sup>. Die Grundfrage ist, ob die fragliche Einheit eine Tätigkeit ausübt, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten<sup>31</sup>, und die zumindest im Grundsatz von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werden könnte<sup>32</sup>.

30 — Vgl. Urteil Höfner und Elser, in Fußnote 28 angeführt, Randnr. 21.

31 — Urteil des Gerichtshofes vom 12. September 2000 in den verbundenen Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98 (Pavlov u. a., Slg. 2000, I-6451, Randnr. 75).

32 — Vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache C-67/96 (Albany International, Slg. 1999, I-5751, Nr. 311).

29 — Sie sind in Nr. 15 namentlich genannt.

68. In der vorliegenden Rechtssache geht aus dem Sachverhalt eindeutig hervor, dass in Deutschland in der Vergangenheit nicht durch Notfall veranlasster Krankentransport von privaten Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht durchgeführt wurde. Zudem ergibt sich aus der Akte, dass die Klägerin in der Vergangenheit auch Notfalltransporte durchführte. Nichts deutet daher darauf hin, dass Notfall- oder Krankentransport so geartet ist, dass er *notwendig* von öffentlichen Einrichtungen durchgeführt werden müsste<sup>33</sup>. Ob Notfall- oder Krankentransport Gewinn abwirft, hängt ausschließlich von der Vergütung ab, die der Unternehmer für seine Leistungen erhält. Überdies stellt das vorlegende Gericht fest, dass auch nach deutschem Zivilrecht das Verhältnis zwischen dem Krankentransportunternehmer und dem Patienten als „gewöhnlicher“ Dienstleistungsvertrag betrachtet wird. Die Durchführung von Krankentransport stellt daher eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes dar.

69. Dieses Ergebnis wird nicht beeinflusst durch die Rechtsstellung der Sanitätsorganisationen<sup>34</sup>, die Methode der Finanzierung ihrer Tätigkeiten<sup>35</sup> oder die Tatsache, dass sie mit Aufgaben betraut wurden, die im öffentlichen Interesse liegen<sup>36</sup>. Hin-

sichtlich der beiden letzten Punkte ist zu beachten, dass öffentliche Dienstleistungspflichtigen die Dienstleistungen eines Unternehmers gegenüber denjenigen anderer Unternehmer im Wettbewerb benachteiligen können, so dass sie unter bestimmten Bedingungen die Gewährung von besonderen oder ausschließlichen Rechten oder von staatlichen Beihilfen rechtfertigen können. Aus den Artikeln 86 Absätze 1 und 2 und 87 EG folgt jedoch, dass öffentliche Dienstleistungspflichten, besondere oder ausschließliche Rechte oder staatliche Finanzierung dem nicht entgegenstehen, die Tätigkeiten eines Unternehmers als wirtschaftliche Tätigkeiten anzusehen<sup>37</sup>.

70. Daher gelange ich zu dem Ergebnis, dass die fraglichen Sanitätsorganisationen hinsichtlich der Durchführung von Krankentransport als Unternehmen im Sinne des Artikels 86 Absatz 1 anzusehen sind.

b) Öffentliche Behörden als Unternehmen

71. Zweitens macht die Klägerin geltend, dass auch die fragliche Behörde, insbesondere der Beklagte, als Unternehmen anzusehen sei. Sie weist darauf hin, dass mit dem Rettungsdienstgesetz die Aufgabe der Durchführung des Rettungsdienstes in erster Linie auf die Behörden übertragen

33 — Vgl. Urteil Höfner und Elser, in Fußnote 28 angeführt, Randnr. 22. Vgl. auch meine Schlussanträge Albany International, in Fußnote 32 angeführt, Nrn. 330 und 338.

34 — Vgl. in Bezug auf Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht: Urteile des Gerichtshofes vom 29. Oktober 1980 in der Rechtssache 209/78 (Van Landewyck/Kommission, Slg. 1980, 3125, Randnr. 88), vom 16. November 1995 in der Rechtssache C-244/94 (Fédération française des sociétés d'assurance u. a., Slg. 1995, I-4013, Randnr. 21); in Bezug auf Vereinigungen, implizit: Urteil des Gerichtshofes vom 21. März 1974 in der Rechtssache 127/73 (BRT, Slg. 1974, 313, Randnr. 7).

35 — Vgl. z. B. Urteil des Gerichtshofes vom 11. Dezember 1997 in der Rechtssache C-55/96 (Job Centre, Slg. 1997, I-7119, Randnr. 21).

36 — Vgl. Urteil vom 21. September 1999 in der Rechtssache Albany, in Fußnote 32 angeführt, Randnummer 86, sowie Schlussanträge Nr. 312 mit weiteren Angaben.

37 — Vgl. zum Beispiel Urteil Albany, in Fußnote 32 angeführt, Randnummer 86.

worden sei. Diese müssten daher als potenzielle Konkurrenten von unabhängigen Unternehmern wie der Klägerin angesehen werden.

72. Hier ist meines Erachtens eine differenzierte Betrachtung erforderlich. Nach ständiger Rechtsprechung kann eine öffentliche Einrichtung, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, als Unternehmen anzusehen sein<sup>38</sup>. Doch sind Tätigkeiten in Ausübung öffentlicher Gewalt von der Anwendung der Wettbewerbsregeln ausgenommen<sup>39</sup>. Überdies ist der Begriff „Unternehmen“ relativ in dem Sinne, dass eine bestimmte Einrichtung für einen Teil ihrer Tätigkeiten als Unternehmen anzusehen sein kann, während der Rest außerhalb der Wettbewerbsregeln fällt<sup>40</sup>.

73. Im System des Rettungsdienstgesetzes treten die Behörden in dreierlei Funktion auf: Erstens als die für den Rettungsdienst in erster Linie zuständigen Stellen, und als solche betreiben sie den Rettungsdienst in einigen Gebieten selbst; zweitens übertragen sie in den meisten Gebieten den Rettungsdienst auf Sanitätsorganisationen; und drittens entscheiden sie über die Genehmigungen für unabhängige Unternehmer.

38 — Urteil des Gerichtshofes vom 16. Juni 1987 in der Rechtsache 118/85 (Kommission/Italien, Slg. 1987, 2599, Randnrn. 6 bis 16) und Urteil Höfner und Elser, in Fußnote 28 angeführt.

39 — Vgl. z. B. Urteil Kommission/Italien, in Fußnote 38 angeführt, Randnrn. 7 und 8, und Urteil des Gerichtshofes vom 18. März 1997 in der Rechtsache C-343/95 (Diego Cali & Figli, Slg. 1997, I-1547).

40 — Vgl. zum Beispiel die Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, Urteil Kommission/Italien, in Fußnote 38 angeführt, Randnr. 7, und die Bundesanstalt für Arbeit, Urteil Höfner und Elser, in Fußnote 28 angeführt.

74. Soweit sie den Rettungsdienst selbst betreiben (wie offenbar in Trier der Fall), üben sie die wirtschaftliche Tätigkeit „Durchführung von Krankentransport“ aus. In diesen Gebieten sind die fraglichen Behörden als Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln anzusehen.

75. Die Übertragung des Rettungsdienstes durch die Behörden auf die Sanitätsorganisationen ist schwieriger einzuordnen. Es ließe sich sagen, dass bereits die Übertragung von Verantwortung für eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit von einer (öffentlichen) auf eine andere (private) Stelle für sich allein als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen sei. Dem ließe sich entgegenhalten, dass eine Behörde in einem solchen Fall als Träger öffentlicher Gewalt aufträte und daher kein Unternehmen im Sinne der Artikel 81 f. EG sei<sup>41</sup>. Da das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen die Übertragung des Rettungsdienstes auf die Sanitätsorganisationen nicht unmittelbar betrifft<sup>42</sup>, muss ich mich zu dieser schwierigen Frage nicht abschließend äußern.

76. Im Ausgangsverfahren geht es um die Erteilung oder Versagung von Krankentransportgenehmigungen. Nach der Rechtsprechung handelt eine Stelle in Ausübung

41 — Urteil des Gerichtshofes vom 4. Mai 1988 in der Rechtsache 30/87 (Bodson, Slg. 1988, 2479, Randnr. 18).

42 — Siehe oben, Randnr. 50.

öffentlicher Gewalt, wenn die fragliche Tätigkeit „ihrer Art, ihrem Gegenstand und den für sie geltenden Regeln nach mit der Ausübung von [Befugnissen] zusammen[hängt],... die... typischerweise hoheitlich“ sind<sup>43</sup>. Eine Entscheidung über die Erteilung oder Versagung von Krankentransportgenehmigungen im Rahmen des Rettungsdienstgesetzes fällt eindeutig unter diese Definition. Vor Erteilung der Genehmigung prüft die Behörde die Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebes, die Zuverlässigkeit und fachliche Eignung des Unternehmers sowie — gemäß der streitigen Bestimmung — die Auswirkungen einer Genehmigung auf den Rettungsdienst. Die Erteilung oder Versagung einer Genehmigung ist mithin eine typische Entscheidung der Verwaltung, die in Ausübung von gesetzlich verliehenen Befugnissen ergeht, die gewöhnlich der öffentlichen Gewalt vorbehalten sind. Es ist nicht ersichtlich, wie in dieser Entscheidungstätigkeit ein Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf bestimmten Märkten gesehen werden könnte.

77. Die von der Klägerin angeführte Tatsache, dass die Behörden *potenzielle* Konkurrenten auf dem Markt für Leistungen des Krankentransports sind, ist meines Erachtens für die Einordnung ihrer Entscheidungstätigkeit irrelevant.

78. Erstens glaube ich nicht, dass die Artikel 81 f. EG für potenzielle Unternehmen

gelten. Behörden können theoretisch fast jede wirtschaftliche Tätigkeit aufnehmen und würden also ständig in den Bereich der Wettbewerbsregeln fallen.

79. Jedenfalls sind selbst dann, wenn die Behörden *tatsächliche* Konkurrenten unabhängiger Unternehmer sind (wie offenbar in Trier der Fall), der Betrieb des Krankentransports (wirtschaftliche Tätigkeit) und die Erteilung oder Versagung von Krankentransportgenehmigungen (Entscheidungstätigkeit) getrennt zu beurteilen. Nur in Bezug auf die erstgenannte Tätigkeit handeln die Behörden als Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln.

80. Zwar sollte nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes eine staatliche Einrichtung, die mit Regelungsbefugnissen für einen bestimmten Markt ausgestattet ist, von den auf diesem Markt tätigen Unternehmen unabhängig sein<sup>44</sup>. Diese Rechtsprechung besagt aber nicht, dass eine Regelungstätigkeit einer Behörde automatisch als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen ist, sondern betrifft nur die Vereinbarkeit des sich ergebenden Interessenkonflikts mit dem EG-Vertrag.

43 — Urteil des Gerichtshofes vom 19. Januar 1994 in der Rechtssache C-364/92 (SAT Fluggesellschaft, Slg. 1994, I-43, Randnr. 30).

44 — Vgl. zum Beispiel Urteile des Gerichtshofes vom 19. März 1991 in der Rechtssache C-202/88 (Frankreich/Kommission, Slg. 1991, I-1223) und vom 13. Dezember 1991 in der Rechtssache C-18/88 (GB-Inno-BM, Slg. 1991, I-5941).

81. Daher gelange ich zu dem Ergebnis, dass die Behörden, wenn sie Krankentransportgenehmigungen erteilen oder versagen, nicht als Unternehmen anzusehen sind.

## 2. Besondere oder ausschließliche Rechte

82. Nach Auffassung der Klägerin und der Kommission sind die Sanitätsorganisationen Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt worden sind. Sie verweisen zum einen auf die Übertragung des Rettungsdienstes gemäß § 5 RettDG und zum anderen auf den besonderen Schutz durch § 18 Absatz 3 RettDG. Der Beklagte und der ASB tragen vor, die Sanitätsorganisationen seien niemals mit besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgestattet, sondern stets dem Wettbewerb von unabhängigen Unternehmen ausgesetzt gewesen.

a) Der Begriff der besonderen oder ausschließlichen Rechte

83. Der Begriff der besonderen oder ausschließlichen Rechte, namentlich der besonderen Rechte, ist nicht leicht zu definieren.

84. Im Bereich der Telekommunikation hat der Gerichtshof 1991 und 1992 zwei Richtlinien der Kommission teilweise für nichtig erklärt, die Mitgliedstaaten zur Aufhebung besonderer oder ausschließlicher Rechte, die interessierten Betreibern gewährt worden waren, verpflichteten. Zu den besonderen Rechten befand der Gerichtshof, die Kommission habe nicht angegeben, „welche Art von Rechten konkret gemeint ist und inwiefern das Bestehen dieser Rechte den verschiedenen Vertragsvorschriften zuwiderlaufen soll“<sup>45</sup>.

85. Daraufhin definierte die Kommission in der Richtlinie von 1994<sup>46</sup> die besonderen Rechte wie folgt:

„[B]esondere Rechte‘ sind Rechte, die ein Mitgliedstaat durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften für eine begrenzte Anzahl von Unternehmen in einem bestimmten Gebiet gewährt, wenn der Staat

- die Anzahl dieser Unternehmen auf zwei oder mehrere Unternehmen begrenzt, ohne sich dabei an objektive, angemessene und nicht-diskriminierende Kriterien zu halten, um eine Leistung zu erbringen oder eine Tätigkeit zu betreiben, oder

45 — Urteil Frankreich/Kommission, in Fußnote 44 angeführt, Randnrn. 45 bis 47; Urteil des Gerichtshofes vom 17. November 1992 in den Rechtssachen C-271/90, C-281/90, C-289/90 (Spanien u. a./Kommission, Slg. 1992, I-5833, Randnrn. 28 bis 32).

46 — Richtlinie 94/46/EG der Kommission vom 13. Oktober 1994 zur Änderung der Richtlinien 88/301/EWG und 90/388/EWG, insbesondere betreffend die Satellitenkommunikation (ABl. 1994, L 268, S. 15).

— mehrere konkurrierende Unternehmen nach anderen als diesen Kriterien bestimmt, um eine Leistung zu erbringen oder eine Tätigkeit zu betreiben, oder

Zahl von Unternehmen gewähren, ohne sich dabei an objektive, angemessene und nichtdiskriminierende Kriterien zu halten, und die die Fähigkeit anderer Unternehmen, im selben Gebiet zu im Wesentlichen gleichen Bedingungen Telekommunikationsnetze einzurichten oder zu betreiben oder Telekommunikationsdienste zu erbringen, wesentlich beeinträchtigen“<sup>47</sup>.

— einem oder mehreren Unternehmen nach anderen als diesen Kriterien, [durch] Rechts- oder Verwaltungsvorschriften besondere Vorteile einräumt, die die Fähigkeit anderer Unternehmen, denselben Telekommunikationsdienst in demselben Gebiet unter wesentlich gleichen Bedingungen zu leisten, wesentlich beeinträchtigen.“

87. Nach den vier Hauptmerkmalen dieser Definition muss es sich um Rechte handeln,

— die von den Behörden eines Mitgliedstaats verliehen werden,

86. 1996 verwendete der Gerichtshof im Rahmen der Auslegung mehrerer anderer Richtlinien des Telekommunikationssektors eine Definition der besonderen und ausschließlichen Rechte, die offensichtlich von der Definition der Kommission beeinflusst ist und wonach

— die einem Unternehmen oder einer begrenzten Zahl von Unternehmen verliehen werden,

— die die Fähigkeit anderer Unternehmen, die fragliche wirtschaftliche Tätigkeit im selben Gebiet zu im Wesentlichen gleichen Bedingungen auszuüben, wesentlich beeinträchtigen, und

„... die besonderen oder ausschließlichen Rechte allgemein als Rechte zu verstehen sind, die die Behörden eines Mitgliedstaats einem Unternehmen oder einer begrenzten

47 — Urteil des Gerichtshofes vom 12. Dezember 1996 in der Rechtssache C-302/94 (British Telecommunications, Slg. 1996, I-6417, Randnr. 34).

— die gemäß anderen als objektiven, angemessenen und nichtdiskriminierenden Kriterien verliehen werden.

b) Sanitätsorganisationen als Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten

88. Meines Erachtens können die ersten drei Merkmale dieser Definition anders als das vierte auch für den Begriff der besonderen oder ausschließlichen Rechte in Artikel 86 Absatz 1 EG verwendet werden. Durch das vierte Merkmal — nämlich dass die fraglichen Rechte gemäß anderen als objektiven, angemessenen und nichtdiskriminierenden Kriterien verliehen werden — soll der Liberalisierungsprozess im Telekommunikationssektor auf die Rechte beschränkt werden, deren Verleihung nicht gerechtfertigt ist. Es dient also der Abgrenzung zwischen gerechtfertigten und ungerechtfertigten besonderen oder ausschließlichen Rechten. In Artikel 86 Absatz 1 EG soll durch den Begriff der besonderen oder ausschließlichen Rechte dagegen nur der Anwendungsbereich dieser Vorschrift festgelegt werden. Die andere und zusätzliche Frage, ob diese Rechte gerechtfertigt sind, ist nach den Vertragsvorschriften, auf die Artikel 86 Absatz 1 EG verweist, und nach Artikel 86 Absatz 2 EG zu beurteilen.

89. Unter besonderen oder ausschließlichen Rechten im Sinne des Artikels 86 Absatz 1 verstehe ich daher Rechte, die von den Behörden eines Mitgliedstaats einem oder einer begrenzten Anzahl von Unternehmen verliehen werden und die die Fähigkeit anderer Unternehmen, die fragliche wirtschaftliche Tätigkeit im selben Gebiet zu im Wesentlichen gleichen Bedingungen auszuüben, wesentlich beeinträchtigen.

90. Angesichts des Vorbringens der Beteiligten könnten drei staatliche Maßnahmen — zwei mit Vorschrifts-, eine mit Entscheidungscharakter — möglicherweise als Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte angesehen werden, nämlich

— § 5 RettDG, wonach die Durchführung des Rettungsdienstes vorrangig den „anerkannten“ Sanitätsorganisationen zu übertragen ist<sup>48</sup>,

— die tatsächliche Übertragung des Rettungsdienstes für ein bestimmtes geographisches Gebiet an eine Sanitätsorganisation, und

— die Einführung von § 18 Absatz 3 RettDG, der nach der Auslegung des vorlegenden Gerichts die Erteilung von Genehmigungen an unabhängige Unternehmer ausschließt<sup>49</sup>.

91. Was, erstens, § 5 RettDG angeht, so hat die Klägerin keinen Antrag auf Über-

48 — Siehe oben, Nr. 13.

49 — Siehe oben, Nrn. 51 bis 54.

tragung des Rettungsdienstes gestellt; diese Vorschrift ist auch weder von einem der anderen Beteiligten noch vom vorlegenden Gericht beanstandet worden. Deshalb erübrigt sich eine Stellungnahme zu der Frage, ob die besondere Behandlung einer geschlossenen Gruppe von Organisationen als Gewährung von besonderen oder ausschließlichen Rechten anzusehen ist.

92. Zweitens liegt in der *bloßen* tatsächlichen Übertragung des Rettungsdienstes an eine bestimmte Sanitätsorganisation noch keine Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte, da durch sie allein die Fähigkeit konkurrierender Unternehmer, im fraglichen Gebiet Krankentransportleistungen anzubieten, nicht beeinträchtigt wird. Insoweit ist zu beachten, dass vor 1991 die Übertragung des Rettungsdienstes an bestimmte anerkannte Sanitätsorganisationen keinerlei Einfluss auf die Möglichkeit unabhängiger Unternehmer hatte, eine Krankentransportgenehmigung zu beantragen.

93. Damit gelange ich, drittens, zu § 18 Absatz 3 RettDG. Vor dem Inkrafttreten dieser Bestimmung konnten Unternehmer die erforderliche Krankentransportgenehmigung relativ leicht erhalten. Ihre Erteilung setzte voraus, dass die Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebes gewährleistet und die Zuverlässigkeit und fachliche Eignung des Unternehmers nachgewiesen war. Nach dem neuen § 18 Ab-

satz 3 RettDG ist die Genehmigung zu versagen, wenn zu erwarten ist, dass durch die Erteilung der Genehmigung die Funktionsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit des Rettungsdienstes beeinträchtigt wird.

94. Es ist daher § 18 Absatz 3 RettDG, durch den den mit dem Rettungsdienst beauftragten Sanitätsorganisationen besondere oder ausschließliche Rechte verliehen werden. Nur § 18 Absatz 3 und seine Anwendung durch die Behörden beeinträchtigen die Fähigkeit anderer Unternehmen, die fragliche wirtschaftliche Tätigkeit im selben Gebiet wie die Sanitätsorganisationen auszuüben.

95. Daher gelange ich zu dem Ergebnis, dass durch die Einführung von § 18 Absatz 3 RettDG den betroffenen Sanitätsorganisationen besondere oder ausschließliche Rechte im Sinne des Artikels 86 Absatz 1 EG verliehen wurden. Sie sind folglich als Unternehmen anzusehen, die unter diese Bestimmung fallen.

#### VII — Verstoß gegen Artikel 86 Absatz 1 in Verbindung mit anderen Vorschriften des EG-Vertrags

96. Im Fall von Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten

verbietet Artikel 86 Absatz 1 EG den Mitgliedstaaten, „diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln... 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen“ zu treffen oder beizubehalten. Artikel 86 Absatz 1 kann daher nicht isoliert angewendet werden, sondern ist stets in Verbindung mit einer anderen Vorschrift des EG-Vertrags anzuwenden.

97. Die Klägerin behauptet<sup>50</sup>, die streitige Bestimmung verstoße gegen Artikel 86 Absatz 1 EG in Verbindung mit drei verschiedenen Vorschriften, nämlich den Artikeln 249 Absatz 3, 81 Absatz 1 Buchstabe c und 82 EG.

*1. Artikel 86 Absatz 1 und 249 Absatz 3 EG*

98. Die Klägerin macht geltend, die Vorschrift, durch die der Rettungsdienst vorrangig den anerkannten Sanitätsorganisationen übertragen werde, sei mit der Richtlinie 92/50 über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge unvereinbar<sup>51</sup>.

99. Ich habe jedoch bereits ausgeführt, dass die Übertragung des Rettungsdienstes au-

ßerhalb des Gegenstands des vorliegenden Vorabentscheidungsverfahrens liegt<sup>52</sup>. Die Klägerin beanstandet im Ausgangsverfahren nicht, dass die Sanitätsorganisationen mit dem Rettungsdienst beauftragt wurden, sondern nur, dass ihr keine Krankentransportgenehmigung erteilt wurde. Das Verwaltungsverfahren zur Erteilung einer solchen Genehmigung unterscheidet sich erheblich von dem der Erteilung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags; es unterfällt daher nicht den Vergabevorschriften.

*2. Artikel 86 Absatz 1 und 81 Absatz 1 Buchstabe c EG*

100. Nach Auffassung des vorliegenden Gerichts und der Klägerin stellt das Verhalten der Behörden sowie des DRK und des ASB bei der Versagung der Genehmigung<sup>53</sup> eine verbotene Marktaufteilung dar. Außerdem führe die durch das Rettungsdienstgesetz eingeführte Regelung unweigerlich dazu, dass es zwischen den Behörden und den Sanitätsorganisationen Vereinbarungen gebe, die nach Artikel 81 Absatz 1 Buchstabe c verboten seien.

<sup>50</sup> — Siehe oben, Nr. 55.

<sup>51</sup> — Siehe oben, Nr. 55 und Fußnote 27.

<sup>52</sup> — Siehe oben, Nr. 50.

<sup>53</sup> — Siehe oben, Nrn. 33 bis 35.

101. Meines Erachtens ist Artikel 81 EG nicht anwendbar, da das Rettungsdienstgesetz nicht zu Vereinbarungen zwischen Unternehmen im Sinne dieses Artikels führt.

102. Zum einen handeln nämlich die Behörden in Ausübung öffentlicher Gewalt, wenn sie Genehmigungen erteilen oder versagen<sup>54</sup>. Sie sind daher insoweit nicht wirtschaftlich tätig und können nicht als Unternehmen im Sinne des Artikels 81 EG angesehen werden.

103. Zum anderen scheint es jedenfalls keine „Vereinbarungen“ oder „abgestimmte Verhaltensweisen“ zwischen den Behörden und den Sanitätsorganisationen zu geben. Die Sanitätsorganisationen schlagen schlicht und einfach eine Entscheidung vor, die dann von den Behörden einseitig getroffen wird. Die Zuständigkeit und Verantwortung für diese Entscheidung liegt allein bei den Behörden, die Erklärungen der Sanitätsorganisationen sind für sie offensichtlich unverbindlich.

### 3. Artikel 86 Absatz 1 und 82 EG

104. Nach Artikel 86 Absatz 1 EG dürfen die Mitgliedstaaten keine Maßnahmen er-

lassen, die Artikel 82 widersprechen. Artikel 82 richtet sich jedoch nur an Unternehmen, nicht an Mitgliedstaaten. Zusammen betrachtet sind die beiden Vorschriften daher so zu verstehen, dass staatliche Maßnahmen verboten sind, durch die das Verbot in Artikel 82 EG seine Wirksamkeit verlieren würde.

105. Zu untersuchen ist daher nicht, ob bestimmte Missbräuche einer beherrschenden Stellung begangen wurden (für die das betroffene Unternehmen für sich allein betrachtet nach Artikel 82 eine Verantwortlichkeit treffen könnte), sondern ob der fragliche Mitgliedstaat Maßnahmen erlassen oder beibehalten hat, die eine Situation herbeiführen können, in der die betroffenen Unternehmen zu solchen Missbräuchen veranlasst werden.

106. Aufgrund des Wortlauts der Artikel 86 Absatz 1 und 82 EG werde ich daher erstens prüfen, ob die fraglichen Sanitätsorganisationen eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes haben, zweitens, ob eine Vorschrift wie § 18 Absatz 3 RettDG eine staatliche Maßnahme ist, die eine Situation herbeiführen kann, in der die betroffenen Unternehmen zu einem Missbrauch dieser beherrschenden Stellung veranlasst werden, und drittens, ob die Maßnahme oder das missbräuchliche Verhalten den Handel zwischen Mitgliedstaaten einträchtigen können.

54 — Siehe oben, Nrn. 76 f.

a) Beherrschende Stellung eines oder mehrerer Unternehmen auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes

109. Mich überzeugt dieses Vorbringen nicht ganz. „Relevanter Produktmarkt“ lässt sich wie folgt definieren:

— Relevanter Produktmarkt

„Der sachlich relevante Produktmarkt umfasst sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden.“<sup>55</sup>

107. Die Kommission trägt vor, es lägen zwei getrennte Märkte vor, nämlich der Markt für Notfalltransport und der Markt für Krankentransport.

110. Im Licht dieser Definition stimme ich der Kommission zu, dass die Märkte für den Notfall- und für den sonstigen Krankentransport als getrennte Märkte zu betrachten sind. Erstens werden Patienten Leistungen des nicht durch Notfall veranlassten Krankentransports normalerweise nicht als gültiges Substitut des Notfalltransports ansehen (außer vielleicht als letztes Mittel bei Katastrophen oder großen Unfällen). Umgekehrt wird der Notfalltransport auch nicht als gültiges Substitut des sonstigen Krankentransports angesehen werden, da der Notfalltransport erheblich teurer ist. Überdies erwarten Patienten, dass Notfalltransport so schnell wie möglich, rund um die Uhr und durch hochqualifiziertes Personal erfolgt. Krankentransport zum Beispiel von Krankenhaus zu Krankenhaus kann zu passenden Zeiten während der Woche durchgeführt werden,

108. Der Beklagte und der Vertreter des öffentlichen Interesses behaupten hingegen, es gebe einen einheitlichen Markt für Krankentransportleistungen. Es komme in der Praxis häufig vor, dass ein Rettungswagen für den nicht durch Notfall veranlassten Krankentransport eingesetzt werde. So sei zum Beispiel auch der Rettungswagen der Klägerin, um den es im Ausgangsverfahren gehe, für den sonstigen Krankentransport eingesetzt worden. Umgekehrt könne es zu Situationen kommen (zum Beispiel große Unfälle, Katastrophen), in denen Krankentransportwagen für Notfalltransporte verwendet würden. Überdies schlage ein bestimmter Prozentsatz (nach Angabe des Beklagten 8 % bis 10 %) der Krankentransporte während der Beförderung in eine Notfallrettung um.

55 — Vgl. zum Beispiel die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997, C 372, S. 5, Nr. 7 der Bekanntmachung.

wenn das fragliche Fahrzeug verfügbar ist. Außerdem sind die gesetzlichen Anforderungen an die medizinisch-technische Ausrüstung der Fahrzeuge und die Ausbildung des Hilfspersonals unterschiedlich. Aufgrund seiner Besonderheit ist die effiziente Planung des Notfalltransports erheblich schwieriger als die Planung des sonstigen Krankentransports. Infolge dieser grundlegenden Unterschiede sind die Kosten des Notfalltransports viel höher.

111. Meines Erachtens gibt es daher zwei relevante Produktmärkte, nämlich den Markt für Notfalltransport und den Markt für sonstigen Krankentransport.

— Der geographisch relevante Markt

112. Die Kommission behauptet, der geographisch relevante Markt sei das Land Rheinland-Pfalz.

113. „Geographisch relevanter Markt“ lässt sich wie folgt definieren:

„Der geographisch relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten

Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.“<sup>56</sup>

114. Man könnte argumentieren, dass der geographisch relevante Markt für die Durchführung von Krankentransportleistungen auf einen Rettungsdienstbereich begrenzt ist, also im Ausgangsverfahren den Rettungsdienstbereich Pirmasens. Bezogen auf diesen Bereich wird über die Genehmigungen entschieden und werden die Sanitätsorganisationen angehört sowie die Auswirkungen auf den Rettungsdienst beurteilt.

115. Ich neige jedoch der Auffassung der Kommission zu und meine, dass als geographisch relevanter Markt das Land Rheinland-Pfalz anzusehen ist. Der rechtliche Rahmen und die Organisationsstrukturen für die Durchführung von unabhängigen Krankentransportleistungen sind überall im Land gleich. Die Benutzungsentgelte für den Rettungsdienst werden einheitlich auf Landesebene festgesetzt<sup>57</sup>. Die Klägerin könnte daher in anderen geographischen Gebieten des Landes zu genau denselben Bedingungen ihrer Tätigkeit nachgehen und Genehmigungen für ihre Krankenwagen beantragen.

<sup>56</sup> — Ebd., Nr. 8 der Bekanntmachung.

<sup>57</sup> — Siehe oben, Nr. 22.

116. Die Klägerin trägt vor, die Rechtslage in den verschiedenen Ländern bezüglich der Durchführung von Krankentransportleistungen sei sehr ähnlich, weshalb Deutschland als einheitliches Gebiet mit nahezu identischen Marktbedingungen anzusehen sei. Der Vertreter des öffentlichen Interesses bestreitet dies und behauptet, es gebe beträchtliche Unterschiede zwischen den Rechtsvorschriften der Länder.

117. Es wird Sache des nationalen Gerichts sein, zu entscheiden, ob die Wettbewerbsbedingungen auf den beiden Märkten für Notfall- und für sonstigen Krankentransport in ganz Deutschland so homogen sind, dass das gesamte Gebiet dieses Mitgliedstaats als geographisch relevanter Markt anzusehen ist.

118. Diesen Schlussanträgen lege ich die Annahme zugrunde, dass das Land Rheinland-Pfalz der geographisch relevante Markt ist.

— Beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt

119. Nach der Auslegung des § 18 Absatz 3 RettDG durch das vorlegende Gericht hat eine Sanitätsorganisation, der der

Rettungsdienst für eine bestimmte Rettungswache übertragen ist, ein gesetzlich geschütztes Monopol in dem von dieser Rettungswache betreuten Bereich.

120. Im Rettungsdienstbereich Pirmasens wurden dem DRK sechs Rettungswachen und der Betrieb der Rettungsleitstelle zugewiesen, während der ASB nur eine Rettungswache betreibt. Die Klägerin ist der einzige unabhängige Krankentransportbetreiber. Das DRK hat somit eine beherrschende Stellung in diesem Rettungsdienstbereich.

121. Was den geographisch relevanten Markt, also das Land Rheinland-Pfalz angeht, so geht aus den Akten hervor, dass dem DRK im weitaus größten Teil des Landes der Rettungsdienst zugewiesen ist. Die drei anderen Sanitätsorganisationen scheinen in viel kleinerem Umfang zu arbeiten, und es gibt offenbar nur zwei unabhängige Betreiber. Daher dürfte das DRK im Land Rheinland-Pfalz eine beherrschende Stellung sowohl auf dem Markt für Notfall- als auch auf dem Markt für sonstigen Krankentransport haben.

122. Letztlich wird über die Frage der beherrschenden Stellung ebenfalls das vorlegende Gericht zu befinden haben. Sollte es eine beherrschende Stellung des DRK allein

verneinen, so wird es prüfen müssen, ob eine kollektive beherrschende Stellung der anerkannten Sanitätsorganisationen gegeben ist.

einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes<sup>59</sup>.

123. Für diese Schlussanträge lege ich die Annahme zugrunde, dass das DRK im Land Rheinland-Pfalz eine beherrschende Stellung hat.

125. Der Beklagte und der ASB behaupten, es sei keine beherrschende Stellung auf einem „wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes“ gegeben. Durch dieses Kriterium sollten Unternehmen, die auf einem lokalen oder einem kleinen regionalen Markt eine beherrschende Stellung hätten, von den Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft ausgenommen werden, weil ihre beherrschende Stellung den Wettbewerb auf dem gemeinsamen Markt nicht wirklich bedrohe. Die fraglichen Sanitätsorganisationen fielen daher nicht unter Artikel 82 EG.

— Der relevante Markt als wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes

126. Der Gerichtshof hat im Urteil Suiker Unie folgendes Grundkriterium aufgestellt:

124. Die Klägerin behauptet, der geographisch relevante Markt, also Rheinland-Pfalz, stelle einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes im Sinne des Artikels 82 EG dar. Es verweist erstens auf das Urteil *Merci Convenzionali Porto di Genova*, in dem der Gerichtshof entschieden habe, der Hafen von Genua sei ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes<sup>58</sup>, und zweitens auf das Urteil *Centre d'insémination de la Crespelle*, in dem der Gerichtshof entschieden habe, die fraglichen nationalen Vorschriften schufen durch das Nebeneinanderstellen territorial begrenzter Monopole, die in ihrer Gesamtheit das ganze Gebiet eines Mitgliedstaats erfassen, eine beherrschende Stellung auf

„Bei der Beurteilung der Frage, ob ein bestimmtes Gebiet von hinreichender Bedeutung ist, um ‚einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes‘ im Sinne von Artikel 86 des Vertrages darzustellen, sind vor allem Struktur und Umfang der Produktion und des Verbrauchs des in Betracht kommenden Erzeugnisses sowie die Gewohnheiten und die wirtschaftlichen Möglichkeiten der Verkäufer und der Käufer zu berücksichtigen“<sup>60</sup>.

59 — Urteil des Gerichtshofes vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-323/93 (*Centre d'insémination de la Crespelle*, Slg. 1994, I-5077, Randnr. 17).

60 — Urteil vom 16. Dezember 1975 in den verbundenen Rechtssachen 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73 (*Suiker Unie u. a./Kommission*, Slg. 1975, 1663, Randnr. 371).

58 — Urteil des Gerichtshofes vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache C-179/90 (*Merci Convenzionali Porto di Genova*, Slg. 1991, I-5889, Randnr. 15).

127. Dieses Kriterium stellt die wirtschaftliche Bedeutung eines bestimmten Gebiets in den Mittelpunkt. In manchen Fällen hat der Gerichtshof sogar geographisch kleine Gebiete als wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes angesehen. Maßgeblich in solchen Fällen war die besondere wirtschaftliche Bedeutung des fraglichen Gebiets. Im Urteil *Merci Convenzionali Porto di Genova* stellte der Gerichtshof zum Beispiel auf den Umfang des Frachtverkehrs in dem genannten Hafen und dessen Bedeutung für die gesamte Ein- und Ausfuhr auf dem Seewege in den betreffenden Mitgliedstaat ab<sup>61</sup>. Diese Argumentation ist meines Erachtens nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar. Die Bedeutung der Krankentransportleistungen in Rheinland-Pfalz für die deutsche Wirtschaft ist weder besonders groß noch besonders gering.

128. Trotzdem ist das Land Rheinland-Pfalz nach meiner Auffassung als wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes anzusehen. Mangels besonderer wirtschaftlicher Verhältnisse in einem bestimmten Gebiet gewinnen geographische Faktoren an Bedeutung.

129. Rheinland-Pfalz hat eine Fläche von fast 20 000 qkm und etwa vier Millionen

Einwohner<sup>62</sup>, ist also größer und hat mehr Einwohner als einige Mitgliedstaaten.

130. Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass „Süddeutschland“, also ein kleineres Gebiet als ein Mitgliedstaat, „einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes“ bilde<sup>63</sup>. Eine ähnliche Feststellung ist im Urteil *Bodson* zu finden, wo die von der *Société des Pompes funèbres générales* kontrollierte Gruppe von Unternehmen eine ausschließliche Konzession in weniger als 10 % der französischen Gemeinden hatte, deren Bevölkerung aber mehr als einem Drittel der Gesamtbevölkerung entsprach. Der Gerichtshof entschied in diesem Fall, der viele Ähnlichkeiten mit dem vorliegenden aufweist:

„Artikel... [82 EG] ist auf eine Gesamtheit von — sich auf *einen bestimmten Teil des Staatsgebiets* erstreckenden... — Gemeindemonopolen anwendbar, die ein und derselben Unternehmensgruppe übertragen wurden, deren Vorgehen auf dem Markt von der Muttergesellschaft bestimmt wird ...“<sup>64</sup>

131. In einer anderen Rechtssache führte Generalanwalt Warner aus, der Inhaber

61 — Randnr. 15 des Urteils; vgl. auch Urteile des Gerichtshofes vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-242/95 (*Gr-Link*, Slg. 1997, I-4449, Randnr. 37) und Urteil des Gerichtshofes vom 23. Mai 2000 in der Rechtssache C-209/98 (*Sydhavnens Sten & Grus*, Slg. 2000, I-3743, Randnr. 64).

62 — Weitere Informationen im Internet unter [www.rheinland-pfalz.de](http://www.rheinland-pfalz.de).

63 — Vgl. Urteil *Suiker Unie*, in Fußnote 60 angeführt, Randnrn. 441 bis 451.

64 — Hervorhebung nur hier, Urteil in der Rechtssache 30/87, in Fußnote 41 angeführt, Randnr. 35.

eines Monopols oder Quasi-Monopols auf dem luxemburgischen Markt für ein bestimmtes Produkt müsse ebenfalls Artikel 82 EG unterliegen<sup>65</sup>.

132. Darüber hinaus halte ich die im Urteil Crespelle angestellten Überlegungen für nützlich.

133. Zwar erfassten dort die regionalen Monopole das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaats, während hier das fragliche gesetzliche System nur das Gebiet des Landes Rheinland-Pfalz erfasst (wenn auch die Klägerin behauptet, die Situation sei in ganz Deutschland im Wesentlichen dieselbe). Auch waren in der Rechtssache Crespelle die Monopole eindeutig durch nationale Rechtsvorschriften eingeräumt, während vorliegend § 18 Absatz 3 RettDG die mit dem Rettungsdienst betrauten Unternehmen nur mittelbar schützt.

134. Doch besteht zwischen den beiden Fällen ein weiterer Unterschied, der für eine Anwendung von Artikel 82 im vorliegenden Fall spricht. In der Rechtssache Crespelle waren die streitigen regionalen Monopole offenbar in der Hand verschiedener Wirtschaftsteilnehmer. Im nationalen Maßstab war daher jeder dieser Wirtschaftsteilnehmer von relativ geringer Bedeutung. In der vorliegenden Rechtssache scheint das DRK in den meisten Bereichen von Rheinland-Pfalz mit dem Ret-

tungsdienst betraut zu sein. Folgt man der Auslegung des § 18 Absatz 3 RettDG durch das vorlegende Gericht, besteht also eine Reihe nebeneinander gestellter Monopole, die alle in der Hand *einer* Sanitätsorganisation sind. Entgegen den Ausführungen des Beklagten und des ASB scheint daher die fragliche Sanitätsorganisation kein Wirtschaftsteilnehmer von geringer Bedeutung zu sein, der nur im lokalen oder kleinen regionalen Maßstab tätig ist.

135. Diese Übersicht über die Rechtsprechung legt nahe, dass es keine einheitliche Formel gibt, um zu ermitteln, ob eine beherrschende Stellung auf einem „wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes“ besteht. Sie zeigt auch, warum es keine solche einheitliche Formel gibt: Die Bandbreite der möglichen Fälle ist zu groß, und jeder Fall ist als Einzelfall zu beurteilen. Die Übersicht führt jedoch auch zu dem Ergebnis, dass dann, wenn im vorliegenden Fall die beherrschende Stellung sich auf ganz Rheinland-Pfalz erstrecken sollte (und natürlich erst Recht, wenn sich herausstellen sollte, dass die Situation überall in Deutschland dem gleichen Muster entspricht), die beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes besteht.

136. Dementsprechend lege ich folgende Annahme zugrunde: Die relevanten Märkte sind die Märkte für den Notfall- und den Krankentransport in Rheinland-Pfalz. Das

65 — Schlussanträge in der Rechtssache 77/77 (BP/Kommission, Slg. 1978, 1513, 1537).

DRK hat auf beiden Produktmärkten eine beherrschende Stellung. Diese beherrschende Stellung besteht auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes.

b) § 18 Absatz 3 RettDG und potenzieller Missbrauch einer beherrschenden Stellung

137. Die Klägerin trägt im Wesentlichen vor, die streitige Bestimmung verstoße gegen Artikel 86 Absatz 1 EG, indem sie zu zwei Arten von Verstößen gegen Artikel 82 EG führe. Die streitige Bestimmung begünstige eine Situation, in der die Sanitätsorganisationen nicht in der Lage seien, die Nachfrage der Verbraucher nach qualifizierten Krankentransportleistungen zu akzeptablen Preisen zu decken<sup>66</sup>, und räume den Behörden und den Sanitätsorganisationen gemeinsam die Befugnis sein, den Marktzugang von Konkurrenten zu beschränken.

138. Die Gegenseite trägt im Wesentlichen vor, die bloße Schaffung einer beherrschenden Stellung falle nicht unter Artikel 86 Absatz 1 und Artikel 82 EG und die Leistungen der Sanitätsorganisationen seien stets zufriedenstellend und die Preise akzeptabel gewesen.

139. Der Gerichtshof hat entschieden, dass die bloße Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung eines ausschließlichen Rechts im Sinne von Artikel 86 Absatz 1 EG noch nicht mit dem EG-Vertrag unvereinbar sei<sup>67</sup>. Er hat jedoch auch entschieden, dass Artikel 86 Absatz 1 zwar von der Existenz von Unternehmen ausgehe, die bestimmte besondere oder ausschließliche Rechte hätten, dass damit jedoch nicht alle besonderen oder ausschließlichen Rechte zwangsläufig mit dem Vertrag vereinbar seien; dies hänge vielmehr von den einzelnen Vorschriften ab, auf die Artikel 86 Absatz 1 verweise<sup>68</sup>.

140. Der Gerichtshof hat seinen Standpunkt zu dieser Frage vor kurzem wie folgt formuliert:

„... allein die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung ausschließlicher Rechte im Sinne von Artikel [86 Absatz 1 EG] [ist] als solche noch nicht mit Artikel [82 EG] unvereinbar. Ein Mitgliedstaat verstößt nur dann gegen die in diesen beiden Bestimmungen enthaltenen Verbote, wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen ausschließlichen Rechte seine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt oder wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der dieses Unternehmen einen solchen Missbrauch begeht ...“<sup>69</sup>

67 — Urteil Crespelle, in Fußnote 59 angeführt, Randnr. 18.

68 — Urteil Frankreich/Kommission, in Fußnote 44 angeführt, Randnr. 22.

69 — Urteil Pavlov, in Fußnote 31 angeführt, Randnr. 127.

66 — Urteil Höfner und Elser, in Fußnote 28 angeführt.

141. Ich werde zuerst prüfen, ob § 18 Absatz 3 RettDG eine Situation schafft, in der die Sanitätsorganisationen offensichtlich nicht in der Lage sind, die Nachfrage zu decken, und dann, ob daraus ein Interessenkonflikt entsteht, der die Sanitätsorganisationen zu einem Missbrauch ihrer beherrschenden Stellung durch Beschränkung des Marktzugangs von unabhängigen Betreibern veranlasst.

— Situation, in der ein beherrschendes Unternehmen offensichtlich nicht in der Lage ist, die Nachfrage zu decken

142. Aus dem Urteil Höfner und Elser<sup>70</sup> ergibt sich, dass die Entscheidung eines Mitgliedstaats, besondere oder ausschließliche Rechte zu gewähren, vertragswidrig ist, wenn das betroffene Unternehmen offensichtlich nicht in der Lage ist, die Nachfrage zu decken, und daher veranlasst wird, seine beherrschende Stellung zu missbrauchen durch „Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher“ (Artikel 82 Buchstabe b EG).

143. Unter den Beteiligten gehen die Meinungen, ob dies vorliegend der Fall ist, weit auseinander.

<sup>70</sup> — Rechtssache C-41/90, in Fußnote 28 angeführt.

144. Die Klägerin trägt vor,

— hinsichtlich des Notfalltransports, dass Sanitätsorganisationen die im Rettungsdienstgesetz vorgeschriebenen Eintreffzeiten nicht immer hätten einhalten können<sup>71</sup>;

— hinsichtlich des Krankentransports in anderen als Notfällen, dass Verzögerungen von einer bis zweieinhalb Stunden vorkämen, was z. B. bedeute, dass technische Einrichtungen in Krankenhäusern während der Wartezeiten, nicht effizient genutzt würden;

— dass die Sanitätsorganisationen für ihre Leistungen unangemessen hohe Benutzungsentgelte verlangten, die auf Fehlern in der Betriebsführung, dem Fehlen von Konkurrenzdruck und der Sicherheit beruhten, dass letztlich alle Verluste vom Staat gedeckt würden<sup>72</sup>; dies werde durch den Umstand bestätigt,

<sup>71</sup> — Die Klägerin hat dem Gerichtshof mehrere Presseberichte über verzögerte Notfalltransportleistungen in einigen Gebieten von Rheinland-Pfalz vorgelegt, in einem Fall kam offenbar eine Person infolge einer solchen Verzögerung zu Tode.

<sup>72</sup> — Die Klägerin hat dem Gerichtshof die Antwort einer Staatssekretärin im Bundesministerium für Gesundheit auf die schriftliche Frage eines Mitglieds des Bundestages vorgelegt. Darin heißt es, dass der Rettungsdienst, der unter die ausschließliche Zuständigkeit der Länder falle, an einer systemimmanenten Unwirtschaftlichkeit leide. Die Gründe seien insbesondere die monopolartigen Angebotsstrukturen, das Selbstkostendeckungsprinzip und die Beschränkung des Einflusses des Krankenversicherungssektors auf die Benutzungsentgelte.

dass die Leistungen von unabhängigen und also gewinnorientierten Betreibern viel günstiger seien;

— hinsichtlich Verzögerungen beim Krankentransport in anderen als Notfällen, dass die Klägerin ihre Behauptung nicht bewiesen habe;

— dass seit der Einführung von Regelungen wie dem § 18 Absatz 3 RettDG die Kosten für den Rettungsdienst in Deutschland überproportional gestiegen seien; in Deutschland seien die Kosten des Krankentransports von 1,76 Milliarden DM in 1991 auf 3,14 Milliarden DM in 1997 gestiegen (Steigerung um 78,41 %), und in Rheinland-Pfalz seien die Kosten von 86 Millionen DM in 1992 auf 128 Millionen DM in 1999 gestiegen (Steigerung um 49,75 %) <sup>73</sup>.

— dass die höheren Benutzungsentgelte des Rettungsdienstes sich durch die Kosten der Leistungsbereitschaft während täglich 24 Stunden und überall im Land erklärten; wenn aus sozialen Gründen die Benutzungsentgelte überall im Land gleich seien, so müssten sie zwangsläufig höher sein als die Vergütung, die von Privaten verlangt werde, die ihre lukrativen Leistungen nur in dicht besiedelten Gebieten und zu Spitzenzeiten anböten;

145. Der Beklagte, der Vertreter des öffentlichen Interesses und der ASB tragen dagegen vor,

— hinsichtlich des Notfalltransports, dass die Sanitätsorganisationen die vorgeschriebenen Eintreffzeiten in über 90 % der Fälle eingehalten hätten; in Einzelfällen werde es immer Verzögerungen geben, was noch kein Beweis für einen Fehler des Systems sei;

— dass der Anstieg der Kosten des Krankentransports in Deutschland und in Rheinland-Pfalz hauptsächlich auf strukturellen Verbesserungen im Rettungsdienst in den letzten zehn Jahren beruhe; in Rheinland-Pfalz seien neun zusätzliche Rettungswachen geschaffen worden, die Anforderungen an die Ausbildung des Begleitpersonals seien verschärft worden und es sei ein System von Notärzten errichtet worden. Überdies umfassten die von der Klägerin vorgelegten Statistiken die Kosten für die Beförderung von nicht hilfebedürftigen Kranken in anderen als Krankenkraftwagen, die zu dem fraglichen Kostenanstieg überproportional beigetragen hätten.

<sup>73</sup> — Die Klägerin hat dem Gerichtshof mehrere Statistiken vorgelegt.

146. Meines Erachtens kann der Gerichtshof nicht darüber entscheiden, wer in dieser Frage Recht hat. Die Entscheidung, ob das DRK oder andere Sanitätsorganisationen nicht in der Lage sind, die Nachfrage zu decken, erfordert eingehende wirtschaftliche und tatsächliche Beurteilungen. In einem Vorabentscheidungsverfahren sind solche Feststellungen Sache des vorlegenden Gerichts.

147. Bei solchen Feststellungen sollten die nationalen Gerichte meines Erachtens folgende Faktoren berücksichtigen<sup>74</sup>.

148. Erstens müssen die nationalen Gerichte die jeweiligen Zuständigkeiten der nationalen Gesetzgeber und der Sanitätsorganisationen im Rahmen der Artikel 86 Absatz 1 und 82 EG in Rechnung stellen. Ein Mitgliedstaat haftet nur dann nach Artikel 86 Absatz 1, wenn in dem errichteten System ein Fehler vorliegt, d. h., wenn sein Eingreifen durch Vorschriften oder Entscheidungen einen Missbrauch zur Folge hat, während Unternehmen, denen ausschließliche oder besondere Rechte zustehen, alleine für die Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln verantwortlich sind, die ausschließlich ihnen selbst zuzurechnen sind. Die Artikel 86 Absatz 1 und 82 sind daher nicht verletzt, wenn der einzige Grund dafür, dass eine Sanitätsorganisation „offensichtlich außer-

stande ist, die Nachfrage zu decken“, ihre ineffiziente Betriebsführung ist.

149. Zweitens müssen die Mitgliedstaaten, da die Übertragung ausschließlicher Rechte schwierige wirtschaftliche Beurteilungen und soziale Entscheidungen mit sich bringt, einen gewissen Spielraum bei der Entscheidung haben, ob der Monopolist die Nachfrage decken kann. Der Gerichtshof hat deshalb seine Kontrolle und die durch das vorlegende Gericht auf nationale Vorschriften beschränkt, die *offensichtlich* unangemessen sind.

150. Drittens ist ein schneller Krankentransport mit hoher Qualität — wie der Vertreter des Beklagten zu Recht erläuterte — eine Frage von Leben und Tod und daher für die gesamte Gesellschaft von höchster Bedeutung.

151. Das vorlegende Gericht sollte daher in erster Linie untersuchen, ob Genehmigungen für unabhängige Betreiber zu kürzeren Eintreffzeiten und zu einer allgemein höheren Qualität der Leistungen beitragen können, oder ob im Gegenteil der Rettungsdienst ohne solche Genehmigungen ohne Schwierigkeiten in der Lage ist, die erforderlichen Leistungen unter allen Umständen und zu jeder Zeit zu erbringen. Entscheidender Faktor sollte meines Erachtens die Fähigkeit des Rettungsdienstes sein, Leistungen schnell und mit hoher Qualität auch zu Spitzenzeiten zu

74 — Vgl. zu einer ähnlichen Situation meine Schlussanträge in der Rechtssache Albany, in Fußnote 32 angeführt, Nrn. 412 bis 414.

erbringen. Reichen die Kapazitäten des Rettungsdienstes zu Spitzenzeiten nicht aus (d. h. kommt es in Städten regelmäßig zu Verzögerungen von Krankentransport in anderen als Notfällen), so hielte ich es für unakzeptabel, unabhängigen Unternehmen Genehmigungen systematisch zu versagen.

152. Meines Erachtens kann jedoch das vorliegende Gericht den angeblich zu hohen Preisen des Rettungsdienstes weniger Gewicht beimessen. Zu beurteilen, ob ein Preis zu hoch ist, wird immer ein schwieriges Unterfangen sein, und eine entsprechende Feststellung haben der Gerichtshof oder die Kommission unter den Wettbewerbsregeln, selten, wenn überhaupt je getroffen. Preisvergleiche sind außerdem deshalb schwierig, weil der Rettungsdienst mit seinen besonderen Pflichten eine andere Kostenstruktur hat als private Unternehmen, die sich auf besonders gewinnträchtige geographische Gebiete konzentrieren.

153. Daher gelange ich zu dem Ergebnis, dass es Sache des vorliegenden Gerichts ist, festzustellen, ob § 18 Absatz 3 RettDG eine Situation schafft, in der die Sanitätsorganisationen offensichtlich nicht in der Lage sind, die Nachfrage zu decken. Besondere Bedeutung sollte das vorliegende Gericht der Frage beilegen, ob die Sanitätsorganisationen schnell und mit hoher Qualität zu Spitzenzeiten leistungsfähig sind.

— Entstehung eines Interessenkonflikts

154. Die Klägerin macht unter Berufung auf das Urteil Raso<sup>75</sup> geltend, durch § 18 Absatz 3 RettDG entstehe ein Interessenkonflikt, da den Sanitätsorganisationen und den Behörden gemeinsam ermöglicht werde, den Marktzugang ihrer potenziellen Konkurrenten zu beschränken. Den Sanitätsorganisationen und den Behörden dürfe nicht gestattet werden, an der Entscheidung über Krankentransportgenehmigungen unabhängiger Unternehmen mitzuwirken.

155. Nach ständiger Rechtsprechung kann ein Verstoß gegen die Artikel 86 Absatz 1 und 82 EG vorliegen, wenn eine staatliche Maßnahme zu einem Interessenkonflikt zwischen zwei wirtschaftlichen Tätigkeiten eines Unternehmens mit besonderen oder ausschließlichen Rechten<sup>76</sup> oder zwischen einer einem Unternehmen übertragenen Regelungsaufgabe und seinen wirtschaftlichen Interessen<sup>77</sup> führt.

156. In der vorliegenden Rechtssache scheint die Klägerin eher einen Interessenkonflikt der letztgenannten Art zu rügen, nämlich einen Konflikt zwischen Regelungsbefugnissen und wirtschaftlichen Interessen.

75 — Urteil vom 12. Februar 1998 in der Rechtssache C-163/96 (Raso u. a., Slg. 1998, I-533).

76 — Urteil des Gerichtshofes vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89 (ERT, Slg. 1991, I-2925), und Urteil Raso, in Fußnote 75 angeführt.

77 — Vgl. zum Beispiel Urteil Frankreich/Kommission, in Fußnote 44 angeführt, Randnr. 51; Urteil GB-Inno-BM, in Fußnote 44 angeführt, Randnr. 26; Urteil des Gerichtshofes vom 9. November 1995 in der Rechtssache C-91/94 (Tranchant, Slg. 1995, I-3911, Randnr. 19).

157. In diesem Zusammenhang befragte der Beklagte, wie erwähnt, die mit dem Rettungsdienst im Bereich Pirmasens beauftragten Sanitätsorganisationen, bevor er die Genehmigung versagte. Wie ebenfalls bereits erwähnt, sprachen sich beide Sanitätsorganisationen für diese Versagung aus.

158. Diese Verfahrensweise ist meines Erachtens nicht durch die Artikel 86 Absatz 1 und 82 EG verboten.

159. Erstens handeln die nationalen Behörden, wie bereits erwähnt, nicht als Unternehmen, wenn sie Genehmigungen erteilen oder versagen. Sie handeln lediglich in Ausübung öffentlicher Gewalt ohne wirtschaftliches Interesse am Verfahrensausgang. Daher fallen sie nicht in den Anwendungsbereich der Artikel 86 Absatz 1 und 82 EG.

160. Die Sanitätsorganisationen fallen zwar in den Anwendungsbereich dieser Artikel und haben ein wirtschaftliches Interesse am Ausgang des Genehmigungsverfahrens. Doch besteht ihr Anhörungsrecht nur während des Genehmigungsverfahrens; die abschließende Entscheidung wird von den Behörden allein getroffen. Es wurde nicht vorgetragen, dass der Beklagte an die tatsächlichen Feststellungen oder die Empfehlungen der Sanitätsorganisationen gebunden wäre. Den Sanitätsorganisationen

ist daher keine Regelungsbefugnis im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes verliehen.

161. Überdies ergibt sich aus dem Rettungsdienstgesetz, dass der Beklagte bei seiner Entscheidung über kein Ermessen verfügt, vielmehr die Genehmigung erteilen muss, wenn der betreffende Krankentransportunternehmer die gesetzlichen Anforderungen erfüllt. Wie das Ausgangsverfahren zeigt, unterliegt eine Versagung der vollen gerichtlichen Kontrolle. Dies sind zwei wichtige Vorkehrungen gegen parteiische Entscheidungen.

162. Daher gelange ich zu dem Ergebnis, dass die bloße Anhörung der mit dem Rettungsdienst beauftragten Sanitätsorganisationen während des Genehmigungsverfahrens nicht gegen die Artikel 86 Absatz 1 und 82 EG verstößt.

c) Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten

163. Der Beklagte, der ASB, der Vertreter des öffentlichen Interesses und die österreichische Regierung tragen vor, die streitige Maßnahme habe keine spürbaren Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten, so dass die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft nicht anwendbar

seien. Alle Merkmale des vorliegenden Falles seien nicht nur auf einen einzigen Mitgliedstaat, sondern auf ein Gebiet beschränkt, das nur einen Teil eines Mitgliedstaats ausmache. Der Notfalltransport sei definitionsgemäß eine auf den lokalen Bereich beschränkte Tätigkeit, da der Patient so schnell wie möglich in das nächste geeignete Krankenhaus gebracht werden müsse. Grenzüberschreitender Krankentransport finde selten statt und werde durch die streitige Bestimmung nicht berührt.

164. Nach dem EG-Vertrag setzt die Anwendbarkeit der Artikel 86 Absatz 1 und 82 EG voraus, dass durch die Auswirkungen des Missbrauchs oder der staatlichen Maßnahme der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann<sup>78</sup>.

165. Der Gerichtshof hat hierzu entschieden:

„Auslegung und Anwendung der in den Artikeln... [81 und 82 EG] hinsichtlich der Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten genannten Voraussetzung müssen von dem Zweck dieser Voraussetzung ausgehen, nämlich auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts von dem des innerstaatlichen Rechts abzugrenzen. Unter den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen so alle Kartelle und alle Übungen, die geeignet sind, die Freiheit des Handels zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu gefährden, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen Marktes zwi-

schen den Mitgliedstaaten nachteilig sein kann, indem insbesondere die nationalen Märkte abgeschottet werden oder die Wettbewerbsstruktur im Gemeinsamen Markt verändert wird ...“<sup>79</sup>

166. Der Gerichtshof hat außerdem erläutert, dass der Nachweis einer tatsächlichen Auswirkung nicht erforderlich sei; eine potenzielle Auswirkung reiche aus<sup>80</sup>. Doch müsse die fragliche Auswirkung „spürbar“ und nicht nur geringfügig sein<sup>81</sup>.

167. Aus der Rechtsprechung ergibt sich außerdem, dass ein Unternehmen sich bei Streitigkeiten, die hinsichtlich seiner eigenen Situation keine grenzüberschreitenden Bezüge aufweisen<sup>82</sup>, gegenüber seinem eigenen Staat auf die Artikel 86 Absatz 1 und 82 EG berufen kann. Das beste Beispiel dafür dürfte das Urteil Höfner und Elser liefern, wo der Gerichtshof die Regeln über die Dienstleistungsfreiheit nicht anwendete, weil die im Ausgangsverfahren fraglichen Tätigkeiten in jeder Hinsicht auf einen Mitgliedstaat beschränkt waren<sup>83</sup>. Die Wettbewerbsregeln wendete er jedoch an, weil die fraglichen nationalen Vorschriften potenziell die Einstellung von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten beeinträchtigen<sup>84</sup>.

79 — Urteil des Gerichtshofes vom 31. Mai 1979 in der Rechtssache 22/78 (Hugin/Kommission, Slg. 1979, 1869, Randnr. 17).

80 — Urteil Höfner und Elser, in Fußnote 28 angeführt, Randnr. 32.

81 — Vgl. in Bezug auf Artikel 85 EG-Vertrag (jetzt Artikel 81 EG) Urteil des Gerichtshofes vom 28. April 1998 in der Rechtssache C-306/96 (Javico, Slg. 1998, I-1983, Randnr. 16).

82 — Vgl. zum Beispiel den Sachverhalt in der Rechtssache Corbeau, Urteil des Gerichtshofes vom 19. Mai 1993 in der Rechtssache C-320/91 (Corbeau, Slg. 1993, I-2533).

83 — Urteil Höfner und Elser, in Fußnote 28 angeführt, Randnrn. 37 bis 40.

84 — Ebd. Randnrn. 32 und 33.

78 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Bodson, in Fußnote 41 angeführt, Randnr. 25.

168. Die Kommission — sie nimmt in dieser Frage einen neutralen Standpunkt ein — führt zugunsten der Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft an, dass die Nähe von Rheinland-Pfalz zu Belgien, Frankreich und Luxemburg grenzüberschreitende Beförderungen wahrscheinlicher mache. Sie führt ferner drei Situationen an, in denen Krankentransport über größere Entfernungen und Staatsgrenzen hinweg erfolgen könnte, nämlich wenn ein Patient wünsche, für eine besondere Operation in ein spezialisiertes Krankenhaus gebracht zu werden, wenn ein Wanderarbeitnehmer im Heimatland behandelt werden möchte, oder im Fall von Urlaubsverletzungen (zum Beispiel Skiunfälle).

169. Wären die fraglichen Vorschriften als Verbot solcher Arten von grenzüberschreitender Leistung zu verstehen, so wären sie meines Erachtens tatsächlich als Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten anzusehen.

170. Jedoch fallen, wenn ich die streitige Bestimmung richtig verstehe, gelegentliche grenzüberschreitende Beförderungen von Patienten wohl nicht unter ihren Anwendungsbereich. § 18 Absatz 3 RettDG dürfte hauptsächlich ein Hindernis für die Unternehmer sein, die in Rheinland-Pfalz Krankentransportleistungen eher auf Dauer erbringen wollen. Es handelt sich um eine Vorschrift, die den Zugang von Betreibern aus anderen Mitgliedstaaten zum Markt in Rheinland-Pfalz erschwert.

171. Beeinträchtigt eine solche Vorschrift den Handel zwischen Mitgliedstaaten? Auf den ersten Blick erscheint es unwahrscheinlich, dass Krankentransportunternehmer aus anderen Mitgliedstaaten Genehmigungen zum Betrieb ihrer Krankentransportwagen in Rheinland-Pfalz beantragen. Die Auswirkungen auf den Handel wären also im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht spürbar.

172. Die Klägerin hat jedoch in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, ein in Luxemburg und zwei in Frankreich niedergelassene Unternehmer hätten bereits versucht, Krankentransportgenehmigungen in Rheinland-Pfalz einzuholen, doch seien diese Genehmigungen auf der Grundlage des Rettungsdienstgesetzes versagt worden. Unternehmer aus anderen Mitgliedstaaten hätten bei der Kommission Beschwerden gegen das in Rheinland-Pfalz und anderen Teilen Deutschlands bestehende restriktive Genehmigungssystem eingereicht.

173. Es wird Sache des vorliegenden Gerichts sein, zu prüfen, ob diese Ausführungen zutreffen. Es wird sodann — unter Berücksichtigung der Ergebnisse seiner Prüfung — festzustellen haben, ob es angesichts der wirtschaftlichen Beschaffenheit der beiden Produktmärkte für Krankentransportleistungen in Rheinland-Pfalz ausreichend wahrscheinlich ist, dass eine Vorschrift wie § 18 Absatz 3 RettDG Un-

ternehmer mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten daran hindert, Krankentransport in Rheinland-Pfalz zu betreiben<sup>85</sup> oder sich dort gar niederzulassen<sup>86</sup>.

§ 18 Absatz 3 RettDG erforderlich ist, um die Erfüllung der den Sanitätsorganisationen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich sicherzustellen.

### VIII — Rechtfertigung nach Artikel 86 Absatz 2 EG

174. Der Beklagte, der ASB, der Vertreter des öffentlichen Interesses und die österreichische Regierung tragen vor, eine Bestimmung wie § 18 Absatz 3 RettDG sei, selbst wenn prima facie ein Verstoß gegen die Artikel 86 Absatz 1 und 82 EG vorliegen sollte, jedenfalls nach Artikel 86 Absatz 2 EG gerechtfertigt.

175. Meines Erachtens kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Sanitätsorganisationen im Sinne des Artikels 86 Absatz 2 EG mit der Durchführung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse haben in der Gemeinschaft eine besondere Bedeutung, was jetzt in Artikel 16 EG (früher Artikel 7d, eingefügt durch den Vertrag von Amsterdam) hervorgehoben wird. Es gibt ein offensichtliches und starkes öffentliches Interesse daran, dass jedem Bürger effiziente Notfall- und sonstige Krankentransportleistungen hoher Qualität offen stehen. Fraglich ist allein, ob eine Bestimmung wie

176. Der Beklagte, der ASB und der Vertreter des öffentlichen Interesses tragen erstens vor, die Präsenz unabhängiger Unternehmer auf den Märkten für Notfall- und für sonstige Krankentransportleistungen könne bei Unfallopfern und Patienten zu Unklarheiten mit möglicherweise fatalen Folgen führen. Insbesondere in Notfällen dürften Personen, die einen Rettungswagen rufen wollten, nicht vor einer verwirrenden Wahl zwischen mehreren Krankentransportbetreibern stehen.

177. Dieses Argument halte ich nicht für stichhaltig. Es ist offensichtlich erforderlich, solche Unklarheiten zu vermeiden. Wahrscheinlich wird es jedoch nicht viele Fälle geben, weil unabhängige Betreiber gewöhnlich den nicht durch Notfall veranlassten Krankentransport bevorzugen werden. Jedenfalls sollte es machbar sein, die Dienste unabhängiger Betreiber mit dem Rettungsdienst in einer Weise zu koordinieren, dass für die Öffentlichkeit Unklarheiten ausgeschlossen sind. Eine wichtige Rolle könnte z. B. in jedem Bereich die Rettungsleitstelle spielen, die die Arbeit ohne Diskriminierung zu verteilen hätte und durch einen einzigen Anruf erreichbar wäre.

85 — Urteil Bodson, in Fußnote 41 angeführt, Randnr. 25.

86 — Vgl. zu Behinderungen der Niederlassungsfreiheit im Rahmen der Wettbewerbsregeln, Urteil des Gerichtshofes vom 28. Januar 1986 in der Rechtssache 161/84 (Pro-nuptia, Slg. 1986, 353, Randnr. 26).

178. Der Beklagte, der ASB, der Vertreter des öffentlichen Interesses und die österreichische Regierung tragen zweitens vor, ein gewisses Maß an Schutz des Rettungsdienstes vor Wettbewerb durch unabhängige Betreiber sei aus folgenden wirtschaftlichen Gründen erforderlich.

179. Die Präsenz von unabhängigen Betreibern auf dem Markt verringere die Einnahmen des Rettungsdienstes. Da Krankentransporte nur in einer bestimmten Zahl anfielen, bringe eine Zunahme der Beförderungen durch unabhängige Betreiber eine entsprechende Abnahme der Beförderungen durch den Rettungsdienst mit sich.

180. Überdies sei zu erwarten, dass unabhängige gewinnorientierte Betreiber ihre Leistungen vorzugsweise in dichtbesiedelten Gebieten mit kurzen Wegen erbrächten. Desgleichen sei zu erwarten, dass sie als Tätigkeitsschwerpunkt den Markt für nicht durch Notfall veranlassten Krankentransport vorziehen würden. Der Notfalltransport erfordere nämlich kostspielige Investitionen in Ausstattung und qualifiziertes Personal, und eine kostenorientierte Planung sei schwierig. Private Betreiber würden daher ihre Tätigkeit auf den nicht durch Notfall veranlassten Krankentransport in dichtbesiedelten Gebieten konzentrieren und sich damit in gewisser Weise die lukrativen Leistungen herausgreifen.

181. Der damit verbundene Rückgang der Einnahmen des Rettungsdienstes — der

nach wie vor abgelegene Gebiete mit Notfall- und sonstigen Krankentransportleistungen zu versorgen habe — werde nicht durch einen entsprechenden Kostenrückgang ausgeglichen. Der Rettungsdienst sei nämlich gesetzlich zur Einsatzbereitschaft während täglich 24 Stunden im ganzen Bereich verpflichtet. Die Kosten seien überwiegend Vorhaltekosten, die unabhängig davon anfielen, ob Dienstleistungen tatsächlich erbracht würden.

182. Zu beachten sei auch, dass Verluste des Rettungsdienstes nicht nur Verluste der Sanitätsorganisationen seien, sondern die Gesellschaft insgesamt belasteten. Der Rettungsdienst werde letztlich durch Steuern oder durch Krankenversicherungsbeiträge finanziert. Mit den Worten der österreichischen Regierung: Es bestehe ernsthaft die Gefahr, dass die unvermeidbaren Verluste des Rettungsdienstes sozialisiert, die möglichen Gewinne dagegen privatisiert würden.

183. Mit einer wichtigen Ausnahme halte ich diese Argumente für stichhaltig.

184. Artikel 86 Absatz 2 soll das Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter

Unternehmen als Instrument der Wirtschafts- oder Sozialpolitik mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung des Binnenmarkts in Einklang bringen<sup>87</sup>.

185. Als Bestimmung, die Ausnahmen von den Vorschriften des EG-Vertrags erlaubt, ist Artikel 86 Absatz 2 eng auszulegen<sup>88</sup>. Jedoch können die Mitgliedstaaten, wenn sie festlegen, welche Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sie bestimmten Unternehmen übertragen, nicht daran gehindert werden, nationale politische Zielsetzungen zu berücksichtigen. Insofern ist ferner zu beachten, dass die Mitgliedstaaten nach wie vor für die Organisation ihres Gesundheitswesens zuständig sind.

186. Außerdem setzt die Anwendbarkeit der Ausnahme in Artikel 86 Absatz 2 EG nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht voraus, dass der Fortbestand der mit der Dienstleistung von allgemeinem Interesse betrauten Unternehmen gefährdet ist. Es reicht aus, dass die betroffenen Unternehmen die ihnen übertragenen besonderen Aufgaben ohne die fraglichen besonderen oder ausschließlichen Rechte nicht erfüllen könnten<sup>89</sup> oder dass die Beibehaltung dieser Rechte erforderlich ist, um den Unternehmen die Erfüllung ihrer Aufgaben unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen<sup>90</sup>.

187. Meines Erachtens ergibt sich aus dieser Rechtsprechung, dass ein Mitgliedstaat grundsätzlich berechtigt ist, sowohl den Notfall- als auch den sonstigen Krankentransport Unternehmen vorzubehalten, die den Rettungsdienst durchführen. Zwar wird ein solches System Quersubventionen mit sich bringen, die unter bestimmten Umständen wettbewerbsrechtlich überprüfungsbedürftig sein könnten. Hier geht es um zwei Arten von Quersubventionierung: Einnahmen aus dicht besiedelten Gebieten tragen zu den Kosten für die Durchführung des Rettungsdienstes in abgelegenen Gebieten bei, und Einnahmen aus dem nicht durch Notfall veranlassten Krankentransport tragen zu den Kosten für die Durchführung des Notfalltransports bei. Ich halte aber die wirtschaftlichen Bedingungen, unter denen das fragliche System funktioniert, für annehmbar. Überdies ist diese Art von Quersubventionierung für den Wettbewerb weniger gefährlich als Übertragungen von Mitteln aus einem lukrativen geschützten Sektor in einen Sektor mit Wettbewerb (diese Gefahr besteht vor allem auf dem Postsektor)<sup>91</sup>.

188. Ein Vorbehalt scheint mir jedoch wichtig. Werden unabhängigen Betreibern Genehmigungen versagt, obwohl mit dem Rettungsdienst betraute Sanitätsorganisationen offensichtlich nicht in der Lage sind, die Nachfrage zu decken (z. B. zu Spitzenzeiten)<sup>92</sup>, so können die soeben erörterten wirtschaftlichen Gründe in mei-

87 — Urteil des Gerichtshofes vom 23. Oktober 1997 in der Rechtssache C-157/94 (Kommission/Niederlande, Slg. 1997, I-5699, Randnr. 39).

88 — Ebd., Randnr. 37.

89 — Ebd., Randnr. 52.

90 — Urteil Corbeau, in Fußnote 82 angeführt, Randnrn. 14 bis 16.

91 — Siehe den nützlichen Beitrag von L. Hancher and J-L. Buendia-Sierra, „Cross-subsidisation and EC Law“, *Common Market Law Review*, 1998, S. 901.

92 — Siehe oben, Nr. 151.

nen Augen nicht als Rechtfertigung für eine restriktive Genehmigungspolitik angeführt werden. In solchen Situationen könnte eine Nichterteilung von Genehmigungen an unabhängige Betreiber die beteiligten Sanitätsorganisationen finanziell begünstigen. Dieser wirtschaftliche Vorteil wäre jedoch zu Lasten der Hauptzielsetzung der streitigen nationalen Rechtsvorschrift erkaufte, nämlich der Versorgung der Bevölkerung mit effizienten Krankentransportleistungen hoher Qualität. Er würde außerdem dem Zweck des Artikels 86 Absatz 2 EG, nämlich der Sicherstellung einer effizienten Durchführung von Dienstleistungen von

allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, widersprechen.

189. Daher gelange ich zu dem Ergebnis, dass eine Bestimmung wie § 18 Absatz 3 RettDG nach Artikel 86 Absatz 2 EG gerechtfertigt ist, soweit sie nicht die Erteilung von Genehmigungen an unabhängige Betreiber ausschließt, wenn die Sanitätsorganisationen, die den Rettungsdienst durchführen, offensichtlich nicht in der Lage sind, die Nachfrage zu decken.

## IX — Ergebnis

190. Aus diesen Gründen ist die Vorlagefrage meines Erachtens wie folgt zu beantworten:

Ausgehend von der Annahme, dass nach den Feststellungen des vorlegenden Gerichts das DRK allein oder mehrere Sanitätsorganisationen gemeinsam auf den Märkten für Notfall- und für Krankentransportleistungen in Rheinland-Pfalz eine beherrschende Stellung einnehmen, verstößt eine Vorschrift, nach der privaten Krankentransportunternehmern die Genehmigung zur Durchführung unab-

hängiger Krankentransportleistungen zu versagen ist, wenn zu erwarten ist, dass durch die Erteilung der Genehmigung die Funktionsfähigkeit oder die Wirtschaftlichkeit des Rettungsdienstes beeinträchtigt wird, gegen Artikel 86 Absatz 1 EG in Verbindung mit Artikel 82 EG und ist nicht nach Artikel 86 Absatz 2 gerechtfertigt, sofern

- diese Vorschrift zu einer Situation führen kann, in der die Sanitätsorganisation(en), der (denen) der Rettungsdienst übertragen ist, offensichtlich nicht in der Lage ist (sind), die Nachfrage insbesondere nach einem schnellen Krankentransport mit hoher Qualität zu Spitzenzeiten zu decken, und
- es angesichts der wirtschaftlichen Beschaffenheit der fraglichen Märkte ausreichend wahrscheinlich ist, dass diese Vorschrift Unternehmer mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten daran hindert, in Rheinland-Pfalz Krankenkraftwagen zu betreiben oder sich dort niederzulassen.