

Wer darf Ausschreibungsverfahren für Rettungsdienste regeln?*

Eine Besprechung der Entscheidung des
Vergabesenats des Bundesgerichtshofs vom 1.
Dezember 2008

Oliver García**

27. Januar 2009

Inhaltsangabe

Der Bundesgerichtshof hat sich in einem Beschluß vom 1. Dezember 2008 mit der Frage befaßt, welche vergaberechtlichen Anforderungen für die Übertragung von Rettungsdienstleistungen auf Private in Sachsen bestehen. Der Autor bespricht die Entscheidung unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten und kommt zu dem Ergebnis, daß sie sowohl inhaltlich wie verfahrensrechtlich gegen Vorschriften des Grundgesetzes verstößt. Er weist ferner auf eine aktuelle Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum sächsischen Rettungsdienstrecht mit entgegengesetzter Tendenz hin.

Inhalt

1 Der Fall	2
2 Entwicklung der Rechtsprechung	3
2.1 Rettungsdienst als Ausübung "öffentlicher Gewalt"	3
2.2 Keine Übertragung "öffentlicher Gewalt" auf Private	3
2.3 Eine neue Sicht der Dinge	4
3 Normenkonflikt	5
3.1 Einordnung des Rechts der öffentlichen Vergabe im deutschen Verfassungsrecht	6
3.2 Verhältnis zwischen Rettungsdienst und Recht der Wirtschaft und des Wettbewerbs	8
4 Verfahrensverstoß: Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungs- gerichts	10
5 Ausblick	12

*[URL: http://delegibus.com/2009,1.pdf](http://delegibus.com/2009,1.pdf).

**Impressum: [URL: http://dejure.org/impressum.html](http://dejure.org/impressum.html).

1 Der Fall

Dem Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 1. Dezember 2008¹ lag folgender Sachverhalt und Verfahrenshergang zugrunde:

Das Sächsische Gesetz über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz (SächsBRKG)² definiert den Rettungsdienst als öffentliche Aufgabe, die die Notfallrettung und den Krankentransport umfaßt (§ 2 Abs. 2 Satz 1 SächsBRKG). Diese Aufgabe wird vom Gesetz zunächst den Rettungszweckverbänden sowie den Landkreisen und Kreisfreien Städten als Trägern zugewiesen (§ 3 Nr. 3 SächsBRKG), welche sie jedoch nach einem Auswahlverfahren durch öffentlich-rechtlichen Vertrag auf private Hilfsorganisationen oder andere Unternehmer übertragen sollen (§ 31 Abs. 1 SächsBRKG). Lediglich wenn dadurch die bedarfsgerechte Versorgung nicht sichergestellt ist, führen die Träger den Rettungsdienst selbst durch (§ 31 Abs. 7 SächsBRKG). Näheres zu dem Auswahlverfahren ist gemäß § 31 Abs. 3 SächsBRKG in der Landesrettungsdienstplanverordnung (SächsLRettdPVO)³ bestimmt. Nachdem § 31 SächsBRKG am 1. Januar 2008 in Kraft getreten war, haben die Aufgabenträger die vorgesehenen Auswahlverfahren eingeleitet. Eines dieser Verfahren hat zu dem vorliegenden Rechtsstreit geführt. Ein potentieller Bewerber um die Teilnahme am Rettungsdienst im Bereich des Rettungszweckverbandes Westsachsen machte vor der Vergabekammer geltend, daß das Auswahlverfahren nach dem GWB-Vergaberegime, also den §§ 97 ff. GWB und der dort mittelbar in Bezug genommenen Verdingungsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A), durchzuführen sei. Die Vergabekammer gab dem Antragsteller Recht und verpflichtete den Aufgabenträger zur Ausschreibung nach GWB-Vergaberegime.⁴ Der vom Aufgabenträger dagegen angerufene Vergabesenat beim Oberlandesgericht Dresden teilte die Rechtsansicht der Vergabekammer. Er sah sich allerdings daran gehindert, die Entscheidung der Vergabekammer zu bestätigen, weil das Oberlandesgericht Düsseldorf in einem ähnlich liegenden Fall zum nordrhein-westfälischen Recht das GWB-Vergaberegime für unanwendbar erklärt hatte.⁵ Das Oberlandesgericht Dresden legte deshalb die Beschwerde gemäß § 124 Abs. 2 GWB dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vor.⁶

¹BGH, Beschluß vom 1. Dezember 2008 – X ZB 31/08 – Rettungsdienstleistungen.

²Gesetz vom 24. Juni 2004 (GVBl. S. 245), in Kraft getreten im wesentlichen am 1. Januar 2005, mit Ausnahme einzelner Bestimmungen wie des streitgegenständlichen § 31 SächsBRKG, der am 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist.

³Verordnung vom 24. Januar 2008 (GVBl. S. 79).

⁴VK Sachsen, Beschluß vom 29. August 2008 – 1/SVK/042-08.

⁵OLG Düsseldorf, Beschluß vom 5. April 2006 – Verg 7/06.

⁶OLG Dresden, Beschluß vom 4. Juli 2008 – WVerg 3/08.

2 Entwicklung der Rechtsprechung

2.1 Rettungsdienst als Ausübung "öffentlicher Gewalt"

Das Oberlandesgericht Düsseldorf – auf einer Linie mit der bisher einhelligen Rechtsprechung der Vergabesenate⁷ und der Verwaltungsgerichtsbarkeit⁸ – hatte die Einbindung Privater in ein hoheitlich ausgestaltetes Rettungsdienstwesen nicht als vom Geltungsbereich des GWB-Vergaberegimes erfaßt angesehen. Zwar würden diese Fälle dem vom Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) selbst definierten Anwendungsbereich unterfallen. Die Ausnahme ergebe sich jedoch aus einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung. Das GWB-Vergaberecht stelle insoweit eine 1:1-Umsetzung der EG-Vergaberichtlinien dar. Der Anwendungsbereich der Richtlinien als Sekundärrecht wiederum sei unter Rückgriff auf den EG-Vertrag als Primärrecht zu bestimmen. In den Vorschriften des EG-Vertrags über die Freizügigkeit, also dem Politikbereich, in dessen Rahmen das EG-Vergaberecht entwickelt wird, gibt es mit Art. 45, 55 EG einen Vorbehalt für Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Soweit in diesem Bereich die primärrechtlichen Grundfreiheiten nicht eingreifen, könnte auch deren sekundärrechtliche Entwicklung keine Pflichten der Mitgliedstaaten entstehen lassen.⁹ In diesen Bereich falle das nordrhein-westfälische Rettungsdienstwesen.

2.2 Keine Übertragung "öffentlicher Gewalt" auf Private

Das Oberlandesgericht Dresden teilt zwar den Ansatz der bisherigen Rechtsprechung, weicht aber im Ergebnis insoweit von ihr ab, als es der Meinung ist, daß es sich, was die Teilnahme Privater im öffentlichen Rettungsdienst betrifft, gar nicht um Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des EG-Vertrages handle.¹⁰

⁷*OLG Brandenburg*, Beschluß vom 9. September 2004 – Verg W 9/04; *BayObLG*, Beschluß vom 28. Mai 2003 – Verg 7/03 (die Folgeentscheidung *BayObLG*, Beschluß vom 9. Juli 2003 – Verg 7/03 stellte allerdings die Begründung um: danach war für die Entscheidung maßgeblich, daß es sich im entschiedenen Fall um eine Dienstleistungskonzession handle); *OLG Naumburg*, Beschluß vom 19. Oktober 2000 – 1 Verg 9/00; in seinem Beschluß vom 15. Juli 2008 hat das Oberlandesgericht Naumburg auch unter Auseinandersetzung mit der mittlerweile ergangenen Divergenzvorlage des Oberlandesgerichts Dresden an seiner Rechtsprechung festgehalten (*OLG Naumburg*, Beschluß vom 15. Juli 2008 – 1 Verg 5/08); das Oberlandesgericht Celle hat die Meinung vertreten, schon die Aufgabenübertragung in Form eines öffentlich-rechtlichen statt privatrechtlichen Vertrags schließe das Vergaberecht aus (*OLG Celle*, Beschluß vom 12. November 1999 – 13 Verg 7/99).

⁸*OVG Niedersachsen*, Beschluß vom 7. Februar 2006 – 11 ME 26/05 – ohne Problematisierung hinsichtlich des Geltungsanspruchs des GWB-Vergaberegimes, aber mit dem Hinweis, daß es nicht dem Willen des niedersächsischen Gesetzgebers entspreche, dessen insbesondere auf die Wirtschaftlichkeit zielenden Vorgaben entscheidendes Gewicht einzuräumen; *VG Halle*, Beschluß vom 10. September 2008 – 3 B 231/08, das demnach ohne weiteres davon ausgeht, daß das GWB-Vergaberegime (nur) in dem Maße anwendbar sei, wie der sachsen-anhaltinische Gesetzgeber seine Geltung anordne; *VG Potsdam*, Beschluß vom 14. August 2008 – 10 L 342/08 zu § 5 BbgRettG.

⁹So auch *Burgi*, NVwZ 2007, 383: "primärrechtlich induzierte Ausnahme".

¹⁰In seiner Begründung setzte es sich ausführlich mit der Argumentation des Oberlandesgerichts Düsseldorf auseinander. Eine Einholung einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs gemäß Art. 234 EG zur Auslegung der als sogenannte Bereichsausnahme herangezogenen Art. 45, 55 EG unterließ es jedoch ebenso wie auch alle vorher mit der Frage befaßten Vergabesenate. Erst in einem Beschluß vom 21. Juli 2008, der auf die Gehörsrüge/Gegenvorstellung des Antragstellers hin erging, begründete das Oberlandesgericht Dresden – letztlich nicht überzeugend –, warum eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nicht erforderlich sei (*OLG Dresden*, Beschluß vom 21. Juli 2008 – WVerG 3/08).

2.3 Eine neue Sicht der Dinge

Der Bundesgerichtshof¹¹ entscheidet auf die Vorlage hin, daß das nach § 31 SächsBRKG vorgesehene Auswahlverfahren gemäß GWB-Vergaberegime durchzuführen sei, wenn dessen Voraussetzungen (Erreichen des Schwellenwerts) vorliegen. Er zieht allerdings für dieses Ergebnis nicht Art. 45, 55 EG heran, sondern macht es allein an der in § 99 Abs. 1 GWB enthaltenen gesetzlichen Definition des öffentlichen Auftrags fest. Selbst wenn unter dem Gesichtspunkt "Ausübung öffentlicher Gewalt" das Gemeinschaftsrecht erlaube, Rettungsdienstleistungen außerhalb des allgemeinen Vergaberegimes auszuschreiben, so hat der Gesetzgeber des GWB von diesem Spielraum keinen Gebrauch gemacht: Es spreche nichts dagegen, daß insoweit das GWB über die EG-Vergaberichtlinien hinausgehe.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist so überraschend wie originell. Ihre Originalität liegt darin, daß sie der Diskussion sowohl die Lösung als auch das Problem unter den Füßen wegzieht.

Denn bislang war die Rechtsprechung, ungeachtet der Begründung im Einzelnen, von dem Ausgangspunkt geprägt, "nach deutschem Verständnis" müßten Beleihungsakte oder beleihungsähnliche Akte¹² der vorliegenden Art vom Vergaberegime ausgenommen werden. Warum dies so sei, wurde sparsam begründet, während umso aufwendiger die argumentatorische Abwehr gegen eine denkbare Überlagerung oder Verdrängung dieses deutschen Verständnisses durch Gemeinschaftsrecht war.

Anders nun der Bundesgerichtshof: Er kommt mit einfacher Subsumtionsarbeit zu dem Ergebnis, daß aufgrund Anwendung rein deutschen (Bundes-) Rechts, des GWB, die in Frage stehenden Beleihungsakte dem Vergaberecht unterliegen, selbst wenn das Gemeinschaftsrecht (das heißt letztlich der Europäische Gerichtshof) das bislang von den Gerichten vertretene "deutsche Verständnis" akzeptieren würde. Die zentrale bisherige Frontstellung, nämlich die Frage, ob es sich hier (oder immer in Rettungsdienstfällen) um eine Beleihung mit der "Ausübung öffentlicher Gewalt" handelt, die aus diesem Grund sachlich nicht vom Vergaberecht erfaßt werde, glaubt der Bundesgerichtshof gar nicht mehr thematisieren zu brauchen. Er begnügt sich vielmehr mit der vorgelagerten Frage, ob die Handlungsform des Beleihungs- oder beleihungsähnlichen Akts – öffentlich-rechtlicher Vertrag – formell das Vergaberecht ausschließe, eine Frage, die er mit wenigen Worten – und wohl zutreffend – verneint.¹³

Während also nach bisherigem Diskussionsstand es das Gemeinschaftsrecht war, das drohte, nicht genügend Rücksicht zu nehmen gegenüber einem deutschen staatsrechtlichen Prinzip, stellt sich nun heraus, daß es das einfache deutsche Bundesrecht ist, das sich nicht darum kümmert, ja daß es dieses staatsrechtliche Prinzip, von dem bisher die Rede war, offenbar gar nicht gibt.

¹¹BGH, Beschluß vom 1. Dezember 2008 – X ZB 31/08 – Rettungsdienstleistungen.

¹²Ich spreche im Folgenden der Einfachheit halber nur von Beleihung, auch wenn der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung den Begriff der Beleihung für einen hier nicht vorliegenden, der vertraglichen Gestaltung entgegengesetzten einseitigen Akt gebraucht (BGH, Beschluß vom 1. Dezember 2008 – X ZB 31/08 – Rettungsdienstleistungen, Rz. 17). Das Oberlandesgericht Dresden hingegen verneint zwar auch – tragend für seine Begründung – eine Beleihung, aber aus inhaltlichen, nicht formellen Gründen. Für die Zwecke dieses Beitrags kommt es auf die Unterscheidung nicht an.

¹³Vergleiche allerdings amtliche Begründung zu § 108 GWB-E, jetzt § 99 GWB: BT-Drs. 13/9340 S. 15.

3 Normenkonflikt

Während der Bundesgerichtshof in der Entscheidungsbegründung, soweit sie reicht, sehr sorgfältig und in der Beachtung der verschiedenen Auslegungsmethoden (in Bezug auf das GWB) geradezu lehrbuchartig vorgeht, verhindert sein rein auf das GWB bezogener Lösungsansatz, daß die bisher die Diskussion beherrschenden Argumente noch eine Rolle spielen können. Diese vom Bundesgerichtshof unterlassene Auseinandersetzung mit der Frontstellung "fiskalisch-marktwirtschaftliches Handeln des Staates" und "ordnungsrechtlich-hoheitliches Handeln" stellt einen Begründungsmangel in seiner Entscheidung dar, der hineinführt in ein verfassungsrechtliches Problem.

Solange der Streit auf gemeinschaftsrechtlichem Gebiet verhandelt wurde, war die genannte Frontstellung festgemacht an Art. 45 EG. Dadurch, daß der Bundesgerichtshof den Streit mit seinem neuen Ansatz aus der gemeinschaftsrechtlichen Sphäre herausgeholt hat, um ihn allein mit den Mitteln des deutschen Rechts zu entscheiden, fällt zwar Art. 45 EG als Anknüpfungspunkt weg. Der Bundesgerichtshof irrt aber, wenn er im weiteren davon ausgeht, daß sich dadurch die Frontstellung als solche auflöst. Transportiert ins deutsche Recht stellt sich die Frage als Kompetenzproblem in der Abgrenzung von Bundes- und Landesrecht.

Denn Ausgangspunkt des Rechtsstreits ist ein Normenkonflikt, in dem sich diese Frontstellung im konkreten Fall ausdrückt. Die Vorschrift des § 31 SächsBRKG sieht – dies geht klar aus dem Wortlaut und der Gesetzgebungsgeschichte¹⁴ hervor – ein eigenständiges Ausschreibungsverfahren für Rettungsdienstleistungen vor, das zwar durchaus an das GWB-Vergaberegime angelehnt sein kann, aber ihm nicht unmittelbar unterfällt, weder seinen Kriterien noch seinen besonderen Bindungen nach.¹⁵

In der bisherigen Diskussion, die sich allerdings in diesem Punkt einer klaren Festlegung entzogen hat, bestand der Normenkonflikt in erster Linie zwischen dem SächsBRKG (beziehungsweise ähnlichen Regelungen in anderen Ländern) und der Richtlinie 2004/18/EG (die den Anwendungsbereich hat, der durch Art. 45 EG vorgezeichnet ist). Nach der Lösung des Bundesgerichtshofs, deren Verdienst es ist, die Normenbereiche des Gemeinschaftsrechts und des GWB klar zu trennen, hat sich der Normenkonflikt verschoben oder geklärt als zwischen dem SächsBRKG und dem GWB bestehend. Dies hat der Bundesgerichtshof in seiner Begründung ausdrücklich angesprochen, als er nach sorgfältiger Subsumtion die Anwendbarkeit des GWB bejahte und abschließend festhielt:¹⁶

"Der Umstand, dass der Landesgesetzgeber ein besonderes Auswahlverfahren geschaffen hat, entbindet hiervon [der Beachtung des GWB und der VOL/A] nicht, weil eine Kompetenz des Freistaates Sachsen zur Einschränkung des bundeseinheitlichen Vergaberechts nicht mehr bestand, nachdem der Bund den Vierten Teil

¹⁴Vergleiche etwa Drucksache 3/9866 des sächsischen Landtags, Seite 23 und Anhang, Stellungnahme des Sächsischen Landkreistages.

¹⁵Auch in anderen Ländern geht der Gesetzgeber von der originären Unanwendbarkeit des GWB aus. So sieht etwa das Rettungsdienstgesetz Sachsen-Anhalt vom 21. März 2006 (GVBl. 2006, 84) ausdrücklich ein Angebotsverfahren vor, in dem die Vorschriften des GWB lediglich "entsprechend angewandt werden können" (§ 11 Abs. 2); hierzu auch *OLG Naumburg*, Beschluß vom 15. Juli 2008 – 1 Verg 5/08 und *VG Halle*, Beschluß vom 10. September 2008 – 3 B 231/08.

¹⁶*BGH*, Beschluß vom 1. Dezember 2008 – X ZB 31/08 – Rettungsdienstleistungen, Rz. 27.

des GWB geschaffen hatte (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, 11, 16, Art. 109 Abs. 3 GG).“

Dieser rechtlichen Bewertung folgt jedoch nicht ihrerseits eine Begründung in Form einer Subsumtion. Sie bleibt vielmehr als Behauptung stehen. Mit dieser endet der materielle Teil der Entscheidung des Bundesgerichtshofs, obwohl der Sache nach erst an dieser Stelle der ursprüngliche Streitpunkt wieder erreicht ist.

3.1 Einordnung des Rechts der öffentlichen Vergabe im deutschen Verfassungsrecht

Die Lösung dieses Normenkonfliktes ist nicht so einfach, wie der Bundesgerichtshof es sich machen will. In seiner ganz auf das GWB gestellten Entscheidungsbegründung hat der Bundesgerichtshof nicht die Frage aufgeworfen, ob das GWB überhaupt anwendbar ist, und zwar nicht nur aufgrund seiner eigenen Tatbestandsmerkmale, sondern aufgrund jener zitierten Kompetenzbestimmungen, die der Einordnung des deutschen Vergaberechts in das GWB zugrunde liegen. Denn ähnlich wie zu Anfang der Diskussion Art. 45 EG als äußere Grenze des sachlichen Geltungsbereichs der Vergaberichtlinien herangezogen wurde, findet das GWB-Vergaberecht, ganz gleich, wie es selbst seinen Anwendungsbereich definiert, seine äußerste Grenze in den Bestimmungen des Grundgesetzes über die Zuständigkeit des Bundes zum Erlass des GWB-Vergaberechts.

Der Bund stützte sich bei der Neuordnung des Vergaberechts durch das Vergaberechtsänderungsgesetz von 1998¹⁷ auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 (gerichtliches Verfahren), Nr. 11 (Recht der Wirtschaft), Nr. 16 (Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung = Kartellrecht) sowie Art. 109 Abs. 3 GG (übergreifende gemeinsame Grundsätze für das Haushaltsrecht von Bund und Ländern). Letztere Vorschrift wurde ersichtlich nur flankierend herangezogen, war es doch gerade der Zweck und Inhalt des Vergaberechtsänderungsgesetzes, von der bis dahin geltenden sogenannten haushaltsrechtlichen Lösung auf eine kartellrechtliche Lösung überzugehen. Das Haushaltsrecht wurde und wird zurecht als klassische Heimat des Vergaberechts bezeichnet.¹⁸ So wie die Einnahmenseite der öffentlichen Finanzen im wesentlichen öffentlich-rechtliches Abgaberecht ist, ist auch die Ausgabenseite ihrer Natur nach ein Regelungsgegenstand, der – als Selbstbindung des Staates – öffentlich-rechtlich geprägt ist, eben im Haushaltsrecht, das starke verfassungsrechtliche Bezüge hat und im wesentlichen in der jeweiligen Landeshaushaltsordnung beziehungsweise der Bundeshaushaltsordnung kodifiziert ist.

Daß man mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz gleichwohl von dieser haushaltsrechtlichen Zuordnung abgekommen ist, hatte sicherlich auch seinen Grund darin, daß der enge Kompetenztitel des Art. 109 Abs. 3 GG, der das Zugriffsrecht des Bundes auf ”Grundsätze“ beschränkt und damit sogar enger ist als die vormalige Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 75 GG a. F.¹⁹), nicht mehr als tragfähig für eine weitere Entwicklung eines bundesrechtlichen Vergaberechts betrachtet wurde. Als zentrale Begründung für den Paradigmenwechsel wurde jedoch der Gesichtspunkt des subjektiven Rechts-

¹⁷Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 26. August 1998, BGBl. I S. 2512.

¹⁸Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand 16. Januar 2009, Einleitung, Rz. 26.

¹⁹Fuchs, *GG-HsE* 1949—2006.

schutzes gegen Vergabeentscheidungen herangezogen, der auf Grund Gemeinschaftsrechts einzuführen war.

Die Neuordnung des Vergaberechts außerhalb des Haushaltsrechts war nicht nur ein Novum, sondern durchaus prekär. Obwohl es sich um einen Paradigmenwechsel handelte, wurde die grundsätzliche Frage, ob die demnach heranzuziehenden Kompetenztitel der Nr. 11 und 16 des Art. 74 Abs. 1 GG hierfür überhaupt tragfähig sind, weder im Gesetzgebungsverfahren noch in der Literatur einer expliziten Prüfung unterzogen. So groß und einhellig war der politische Wille zu dieser Lösung, daß man meinte, diese Frage übergehen zu können.

Da die Beschaffungsgeschäfte der öffentlichen Hand von jeher auf dem Boden des allgemeinen Rechtsverkehrs getätigt wurden, war zurecht nie zweifelhaft, daß die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts und auch des Wirtschaftsrechts auf sie Anwendung finden. Ebenso unterfiel die öffentliche Hand, soweit sie wie ein sonstiger Wirtschaftsteilnehmer auf dem Markt auftrat, von jeher den Vorschriften zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung (vergleiche § 130 GWB). Darin lag nicht der Paradigmenwechsel. Die Neuerung lag darin, daß nicht mehr einzelne, konkrete Handlungen der öffentlichen Hand als potentielle Störfaktoren in Wirtschaft und Wettbewerb angesprochen wurden, um mit den Mitteln im Zaum gehalten zu werden, die auch für andere Wirtschaftsteilnehmer bereit stehen. Vielmehr mußte nun das Auftreten des Staates auf dem Markt per se – aufgrund seiner überragende Marktmacht bei einem Nachfragevolumen im dreistelligen Milliarden-Euro-Bereich – als das Problem begriffen werden, auf das gesetzgeberisch reagiert werden sollte. So wurde das GWB-Vergaberegime als Sonderrecht für den Staat ausgestaltet, als Steuerung gerade seines Beschaffungswesens, was es zum Fremdkörper innerhalb des Wirtschafts- und Kartellrechts macht. Steuerung des staatlichen Beschaffungswesens darf man als Materie getrost dem Haushaltsrecht als Teil des Staatsorganisationsrechts zuordnen. Was hinzu trat, war nun die – gemeinschaftsrechtlich ausgelöste – marktwirtschaftliche Motivation, im Rahmen der Ausgabe der Steuergelder in Milliardenhöhe, die im Ausgangspunkt rein fiskalisch bedingt ist, auch dem Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit größere Geltung zu verschaffen und diese subjektiv-rechtlich abzusichern. Ob aber diese Motivation als neues Element im Sinne der Kompetenzordnung des Grundgesetzes ausreichte, daß der Bund – über die Grenzen des Art. 109 Abs. 3 GG hinaus – diese Materie an sich ziehen durfte, konnte bezweifelt werden.

Rechtsvergleichend dürfte die deutsche Zuordnung des Vergaberechts zum Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht ein Unikum sein. In den europäischen Ländern ist das Vergaberecht entweder unmittelbar in verwaltungsrechtlichen Gesetzen geregelt oder in eigenständigen Gesetzen öffentlich-rechtlicher Prägung. In Österreich waren die EG-Vergaberichtlinien bis 2002, als die Bundesverfassung um einen Kompetenztitel für das Vergaberecht zugunsten des Bundes ergänzt wurde,²⁰ in getrennten Gesetzen des Bundes und der Länder, je für ihren Bereich, umgesetzt. Das Vergaberecht als Teil des Kartellrechts oder überhaupt des Wirtschaftsrechts zu verstehen, wurde offenbar nicht als Lösung angesehen, die eine Verfassungsänderung entbehrlich gemacht hätte. Auch dem EG-Vergaberecht schließlich selbst liegt kein Regelungskonzept zugrunde, das sich mit der Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung befaßt. Es stützt sich nicht auf die Zuständigkeit der Gemeinschaft für das Kartellrecht (Art. 81 ff. EG), sondern für die Entwicklung der Freizügigkeit und des freien

²⁰ Art. 14b B-VG, BGBl. I Nr. 99/2002, in Kraft getreten am 1. Januar 2003.

Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs (Art. 39 ff. EG), eine Materie, die gleichermaßen in das private und öffentliche Recht hineinreicht.

Es dürfte allerdings ausgeschlossen sein, daß beim heutigen Stand der tatsächlichen Rechtsentwicklung die Zuständigkeit des Bundes für das Vergaberecht insgesamt noch ernsthaft auf den Prüfstand gestellt wird. Wenn sich auch der politische Wille der Verfassung unterordnen muß und nicht umgekehrt, so kann doch auch bei der Auslegung der Verfassung die Macht der Tatsachen nicht außer Acht bleiben. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 11. Juli 2006²¹ auf Vorlage des Bundesgerichtshofs²², der eine Tariftreuerregelung im Berliner Vergabegesetz für nichtig erklärt wissen wollte, ohne jede Problematisierung die Zuständigkeit des Bundes für das GWB-Vergaberecht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützt (Nr. 16 wurde in der Begründung nicht angesprochen). Das Berliner Vergabegesetz wurde für gültig erklärt, weil das Bundesrecht eine entsprechende Öffnungsklausel vorsehe, der Bund also von der ihm zustehenden Gesetzgebungsbefugnis nicht abschließend Gebrauch gemacht habe. In einer weiteren Entscheidung vom 13. Juni 2006²³, in der sich das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich – anlässlich der Schwellenwerte – mit der Struktur des deutschen Vergaberechts auseinandersetzen hatte, sah es nicht einmal einen Anlaß, auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes einzugehen.

3.2 Verhältnis zwischen Rettungsdienst und Recht der Wirtschaft und des Wettbewerbs

Wenn ich im Rahmen dieses Beitrags gleichwohl die ursprüngliche Fragwürdigkeit der Bundeszuständigkeit für das Vergaberecht thematisiere, so um auf den Umstand hinzuweisen, daß auch bei grundsätzlicher Bejahung einer Bundeszuständigkeit ein auftretender Normenkonflikt zwischen dem einfachen Bundesrecht und Landesrecht unter Rückbezug auf die konkreten Kompetenztitel gelöst werden muß, nämlich indem deren genaue Reichweite ermittelt wird. Läßt sich nämlich für das Vergaberecht als ganzes noch die Subsumtion unter einen Kompetenztitel erreichen, bedeutet dies nicht automatisch, daß im konkreten Normenkonflikt dieser Kompetenztitel noch trägt.

Hier ist der Punkt, wo die oben angesprochene Frontstellung "fiskalisch-marktwirtschaftliches Handeln des Staates" und "ordnungsrechtlich-hoheitliches Handeln", die bislang das Bestreben der Rechtsprechung beherrscht hat, Fälle der vorliegenden Art aus dem GWB-Vergaberecht herauszunehmen, zu einer Frage des Grundgesetzes wird.

Hierbei gilt es, sich zunächst bewußt zu machen, daß der Umstand, daß ein Regelungsbereich gemeinschaftsrechtlich determiniert ist, ohne Bedeutung ist für die Frage, ob er dem Bundes- oder dem Landesrecht angehört. Diese Frage ist allein nach dem Grundgesetz zu beantworten (Art. 70 Abs. 2 GG). Dies kann dazu führen – und führt in vielen Gebieten auch häufig dazu – daß dieselbe EG-Richtlinie teilweise als Bundesrecht, teilweise als Landesrecht umgesetzt wird. Im vorliegenden Fall würde, wenn man eine Bundeszuständigkeit für eine Regelung der Vergabe von Rettungsdienstleistungen verneint, sich die vom Bundesgerichtshof für erledigt gehaltene Frage einer Pflicht zur Einführung ei-

²¹ *BVerfG*, Beschluß vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00.

²² *BGH*, Beschluß vom 18. Januar 2000 – KVR 23/98.

²³ *BVerfG*, Beschluß vom 13. Juni 2006 – 1 BvR 1160/03.

nes richtlinienkonformen Vergaberegimes erneut stellen und diese Einführung würde bejahendenfalls dem Landesgesetzgeber obliegen.

Die bundesverfassungsrechtliche Frage ist nun, ob in einem im wesentlichen öffentlich-rechtlich, als staatliche Aufgabe, strukturierten Rettungsdienstwesens, in das aber private Unternehmen eingebunden werden können, diese Tätigkeit auf wirtschaftlichem und wettbewerblichen Gebiet im Sinne der Kompetenzvorschriften des Grundgesetzes liegt.

Ohne zu erkennen, daß dies – auch – eine Frage der Auslegung von Art. 74 Abs. 1 GG ist, hat das Oberlandesgericht Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 5. April 2006²⁴ der Sache nach genau diesen Punkt behandelt, indem es unter anderem ausführte:

”Die Entscheidung eines Trägers von Rettungsdiensten [...], welche Hilfsorganisation oder welchen privaten Anbieter er nach § 13 Abs. 1 RettG NRW als Helfer bei der ihm übertragenen hoheitlichen Aufgabenerfüllung zuziehen will, betrifft deshalb im Rechtsinn keine nach Marktgesetzen, das heißt insbesondere im Wettbewerb, zu beschaffende Leistung [...].“

In der Tat betreffen die Leistungen, um deren Ausschreibung es hier geht, keine am Markt frei handelbaren Dienstleistungen, oder doch nur in dem Maße, in dem der zuständige Gesetzgeber – und dies ist unbestritten der Landesgesetzgeber – sie als solche ausgestaltet. Ebenso wie – gleichfalls unbestritten – das einfachgesetzliche Wirtschafts- und Kartellrecht den Landesgesetzgeber nicht zwingt, einen Markt für freie Rettungsdienstleistungen herzustellen,²⁵ so kann allenfalls das Ergebnis einer solchen gesetzgeberischen Entscheidung zur Marktöffnung dem Wirtschaftsrecht unterworfen sein, nicht aber das Prozedere der Öffnung selbst. Ob in § 31 SächsBRKG überhaupt eine solche Entscheidung zur Herstellung eines Marktes gesehen werden kann, ist deshalb für die Kompetenzfrage hinsichtlich der Ausschreibungsregeln unerheblich.

Die Auswahl der Privaten, die innerhalb eines Regelungskonzeptes zur Erfüllung von öffentlichen Aufgaben herangezogen werden, ist ein nicht herauslösbarer Teil der Gesamtregelung, muß es vielleicht sogar unter dem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt des Vorbehalts des Gesetzes sein.²⁶ Sie kann deshalb nicht gleichzeitig einem anderen Rechtsgebiet angehören. So würde – beispielsweise – auch völlig der Gedanke fern liegen, daß für die Ausschreibung der Tätigkeiten eines öffentlich bestellten Vermessungsingenieurs²⁷ oder eines Notars²⁸ der Kompetenztitel des Wirtschaftsrechts eingreifen könnte.

Die Frage ist nicht, ob beziehungsweise inwieweit es sich bei der Heranziehung Privater im staatlichen Rettungsdienst um ”Ausübung öffentlicher Gewalt“ handelt. Diese Frage bezog sich in der bisherigen Diskussion auf Art. 45,

²⁴ *OLG Düsseldorf*, Beschluß vom 5. April 2006 – Verg 7/06.

²⁵ Ob aufgrund der Grundrechte eine solche Pflicht in Betracht kommt, ist eine andere Frage, vergleiche *BVerfG*, Beschluß vom 27. Juni 2008 – 1 BvR 2959/07 und *BVerwG*, Urteil vom 3. November 1994 – 3 C 17.92.

²⁶ Die Prüfung dieser Frage hat das Bundesverfassungsgericht in seiner einstweiligen Anordnung vom 27. Juni 2008 – 1 BvR 2959/07 – für das noch anhängige Hauptsacheverfahren angekündigt.

²⁷ In Baden-Württemberg gemäß § 11 VermG.

²⁸ Gemäß § 6b BNotO. Ein realer Kompetenzkonflikt könnte sich hier allerdings derzeit nicht stellen, da der Bund gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG für den Bereich ohnehin zuständig ist. Die ursprünglichen Pläne, im Rahmen der Föderalismusreform 2006 das Notariat aus der Bundesgesetzgebungskompetenz herauszunehmen, konnten sich nicht durchsetzen.

55 EG. Die OLG-Rechtsprechung²⁹ versuchte, hierfür etwas herzuleiten aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf amtshaftungrechtlichen³⁰ und kartellrechtlichem³¹ Gebiet. Doch so zweifelhaft schon diese Querverbindungen waren, für die Kompetenzabgrenzung nach Art. 70 ff. GG ist diese Frage nicht ergiebig. Der zuständige Gesetzgeber kann die Ausgestaltung eines Rechtsgebiets mit Elementen des öffentlichen und des Privatrechts vornehmen, er kann – je nach Materie – eine eingreifend-hoheitliche, schlicht-hoheitliche oder eine – hier nicht in Rede stehende – rein fiskalische Aufgabenerfüllung vorsehen. Nicht die konkrete Ausgestaltung ist Anknüpfungspunkt für die Kompetenzprüfung, sondern das Regelungsanliegen als solches.³²

Es erscheint darüber hinaus auch bedenklich, das Grundgesetz in einer Weise auszulegen, daß der Landesgesetzgeber bei der Ausgestaltung eines Rechtsgebietes, das – wie hier – unbestritten vollständig in seinem Gesetzgebungsbe- reich liegt,³³ bei Einschaltung von Privaten zur Erfüllung staatlicher Aufgaben insoweit eine Mitsprache des Bundes bei der Verfahrensgestaltung hinnehmen muß. Eine solche normative Gemengelage wäre nicht mit den Grundsätzen in Einklang zu bringen, die das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der Zuordnung von Kompetenzbereichen in ständiger Rechtsprechung vertritt. Danach gilt:³⁴

”Bei der Zuordnung einzelner Teilregelungen eines umfassenden Regelungskomplexes zu einem Kompetenzbereich dürfen die Teilregelungen nicht aus ihrem Regelungszusammenhang gelöst und für sich betrachtet werden.“

Demnach wäre selbst dann, wenn man gerade noch einen wirtschafts- und wettbewerbsrechtlichen Einschlag im Sinne des Grundgesetzes bejahen würde, eine Überlagerung des Rettungsdienstrechts durch das GWB-Vergaberecht zu verneinen.

Dadurch, daß der Bundesgerichtshof der Vorschrift des § 99 Abs. 1 GWB einen Inhalt gegeben hat, den sie nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und 16 GG nicht haben kann, stellt sich seine Entscheidung als Verletzung von Art. 70 GG dar.

4 Verfahrensverstoß: Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts

Die Ausblendung der verfassungsrechtlichen Aspekte in der vorliegenden BGH-Entscheidung ist mehr als nur ein Begründungsmangel. Und zwar nicht nur deshalb, weil die Entscheidung – wie ausgeführt – in materiell-rechtlicher Hinsicht falsch ist, sondern auch, weil sie über den Verstoß gegen Art. 70 GG hinaus auch gegen Art. 100 Abs. 1 GG verstößt.

Während ein Normenkonflikt zwischen unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht in der Weise gelöst wird, daß das nationale

²⁹ *OLG Brandenburg*, Beschluß vom 9. September 2004 – Verg W 9/04; *OLG Naumburg*, Beschluß vom 15. Juli 2008 – 1 Verg 5/08.

³⁰ Zu Art. 34 GG: *BGH*, Urteil vom 9. Januar 2003 – III ZR 217/01; *BGH*, Urteil vom 4. Juni 1992 – III ZR 93/91.

³¹ Zu den §§ 19, 20 GWB: *BGH*, Urteil vom 25. September 2007 – KZR 48/05 – Rettungsleitstelle.

³² *BVerfG*, Beschluß vom 10. Mai 1977 – 1 BvR 514/68.

³³ Siehe nur *BVerwG*, Urteil vom 3. November 1994 – 3 C 17.92.

³⁴ *BVerfG*, Urteil vom 17. Februar 1998 – 1 BvF 1/91 – Kurzberichterstattung.

Recht im Streitfall vom Gericht insoweit unangewendet bleibt, sieht das Grundgesetz bei einem Normenkonflikt zwischen Bundesrecht und einem Parlamentsgesetz eines Landes vor, daß ausschließlich das Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung berufen ist. Das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts gemäß Art. 100 Abs. 1 GG soll zum einen die Autorität des unmittelbar demokratisch legimierten Gesetzgebers wahren und zum anderen über den einzelnen Streitfall hinaus eine allgemeingültige Klärung der Rechtslage gewährleisten. So hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, ein Gesetz wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht für nichtig zu erklären, Gesetzeskraft und ist im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen (§ 31 Abs. 2 BVerfGG).

Indem der Bundesgerichtshof, wie oben zitiert, ausdrücklich einen Normenkonflikt anerkennt, diesen aber ohne Anrufung des Bundesverfassungsgerichts gelöst hat, hat er einen selbständigen Verfahrensverstoß begangen. Dafür ist nicht erforderlich, daß er ausdrücklich von der Nichtigkeit einer Norm spricht. Es genügt, wenn er sich über den Geltungsanspruch der Norm hinwegsetzt, indem er sie im Streitfall mit Rücksicht auf die andere Norm unangewendet läßt.

Ewas anderes würde gelten, wenn der Normenkonflikt ein scheinbarer wäre, weil er durch eine verfassungskonforme oder bundesrechtskonforme Auslegung gelöst werden könnte. Wie zum ganzen Komplex eine Begründung fehlt, fehlen auch hier Anhaltspunkte dafür, daß der Bundesgerichtshof derartiges im Sinn hatte.

Unter der Annahme, daß – entgegen der oben vertretenen Meinung – der Bundesgerichtshof zurecht die Kompetenz des sächsischen Gesetzgebers zur selbständigen Regelung des rettungsdienstrechtlichen Ausschreibungsverfahrens verneint hat, wäre aber auch eine solche verfassungskonforme Auslegung nicht möglich. Verfassungskonforme Auslegung bedeutet, von mehreren Auslegungsmöglichkeiten diejenigen auszuscheiden, die im Ergebnis nicht mit der Verfassung im Einklang stehen und stattdessen diejenige Auslegung zu wählen, die es ist. Führen hingegen die allgemeinen Auslegungskriterien nur zu einem Auslegungsergebnis, läßt sich dieses Ergebnis vom Gericht nicht aufgrund dessen "nachbessern", daß es es für verfassungswidrig hält. Mit einem solchen Ansatz würde nämlich das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts unterlaufen und der Zweck des Art. 100 Abs. 1 GG verfehlt werden.

Aus Wortlaut und Systematik des § 31 SächsBRKG geht der Wille des Gesetzgebers zweifellos hervor, daß das hier vorgesehene Ausschreibungsverfahren nicht nach GWB-Regeln erfolgt. Weder hat der Bundesgerichtshof dies in seiner Entscheidung in Zweifel gezogen noch zuvor die Vergabekammer oder das Oberlandesgericht. Im Gegenteil steht in diesem Verfahren die Überzeugung aller Beteiligten und der Gerichte davon, daß dies so ist, gerade im Mittelpunkt. Hätte das Oberlandesgericht Dresden einen Anhaltspunkt dafür gehabt, daß § 31 SächsBRKG so gelesen werden könnte, daß sich schon daraus die Anwendbarkeit auch des GWB-Vergaberegimes ergibt, hätte es dies getan und hätte auch keinen Anlaß gehabt, überhaupt ein Vorlageverfahren einzuleiten.

Auch das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluß vom 27. Juni 2008³⁵, auf den sogleich noch einzugehen sein wird, nicht in Zweifel gezogen, daß der sächsische Gesetzgeber mit § 31 SächsBRKG und den Ausführungsvorschriften der SächsLRettDPVO bezüglich der Ausschreibung von Rettungsdienstleistungen eine abschließende Regelung schaffen wollte.

³⁵ BVerfG, Beschluß vom 27. Juni 2008 – 1 BvR 2959/07.

5 Ausblick

Wird die Entscheidung des Bundesgerichtshofs trotz der aufgezeigten verfassungsrechtlichen Mängel Bestand haben? Wie wird sie in künftigen Rechtsstreitigkeiten zu berücksichtigen sein, sei es in Sachsen oder in Ländern, in denen die Gesetzeslage ähnlich ist?

Im vorliegenden Nachprüfungsverfahren könnte es zur Aufhebung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs durch das Bundesverfassungsgericht kommen, falls der Antragsgegner, der Rettungszweckverband Westsachsen, gegen sie Verfassungsbeschwerde eingelegt hat. Obwohl der Rettungszweckverband als Teil der öffentlichen Gewalt nicht Träger von materiellen Grundrechten ist, ist er mit der Rüge der Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) beschwerdebefugt.³⁶ Der Verstoß des Bundesgerichtshofs gegen Art. 100 Abs. 1 GG ist im vorliegenden Fall zugleich ein – unselbständiger – Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Die Nichtvorlage an ein anderes, zur Entscheidung einer Rechtsfrage berufenes Gericht stellt dann eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter dar, wenn eine grundlegende Verkennung der Vorlageverpflichtung vorliegt, wobei es auf eine Vorwerfbarkeit nicht ankommt und eine irrtümliche Verkennung genügt.³⁷ Dies ist hier der Fall, da der Bundesgerichtshof zwar den verfassungsrechtlichen Bezug der Sache erkannt hat, aber nicht gesehen hat, daß auch eine partielle Normverwerfung (hier: explizite Ersetzung von verfahrensrechtlichen Regelungen durch solche des Bundesrechts) dem Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts unterliegt.

Darüber hinaus kann die Entscheidung des Bundesgerichtshofs, allerdings ohne daß dies ihre Rechtskraft durchbrechen würde, zum Anlaß eines abstrakten Normenkontrollverfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht gemacht werden. Die sächsische Regierung kann gemäß § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG beim Bundesverfassungsgericht eine für künftige Fälle bindende Entscheidung über die Abgrenzung des Bundes- und Landesrechts und damit über die Reichweite des GWB-Vergaberegimes herbeiführen.

Bis zu einer solchen Klärung ist es den Vergabesenaten verwehrt, sich in Fällen der vorliegenden Art die Rechtsmeinung des Bundesgerichtshofs zu eigen zu machen, ohne ihrerseits das Bundesverfassungsgericht anzurufen.

Zwei derzeit beim Bundesverfassungsgericht anhängige³⁸ Verfassungsbeschwerdeverfahren haben bereits die Vorschrift des § 31 SächsBRKG zum Gegenstand und können deshalb inzident eine Klärung zur Abgrenzung der Kompetenzbereiche bringen. In einem der Verfahren macht ein langjährig in Leipzig tätiger Rettungsdienstbetreiber, der befürchtet, bei einer Neuausschreibung möglicherweise nicht mehr zum Zuge zu kommen, einen Verstoß gegen Art. 12 GG (Berufsfreiheit) und Art. 14 GG (Eigentum) unmittelbar durch § 31 SächsBRKG geltend. Die Herstellung eines Verwaltungsmonopols für den öffentlichen Rettungsdienst sei eine verfassungsrechtlich unzulässige Berufszugangsregelung. Darüber hinaus sei die vom sächsischen Landtag getroffene Regelung zum Auswahlverfahren, nämlich seine Ausgestaltung durch Verordnung dem zuständigen Ministerium zu überlassen, ein Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt, da grundrechtsrelevante Entscheidungen im wesentlichen vom parla-

³⁶ *BVerfG*, Beschluß vom 2. Mai 1967 – 1 BvR 578/63; *BVerfG*, Beschluß vom 4. November 2008 – 2 BvR 2162/07.

³⁷ *BVerfG*, Beschluß vom 9. Januar 2001 – 1 BvR 1036/99.

³⁸ 1 BvR 2011/07 und 1 BvR 2011/07.

mentarischen Gesetzgeber in eigener Verantwortung getroffen werden müssen ("Wesentlichkeitstheorie").

Am 27. Juni 2008 hat das Bundesverfassungsgericht eine einstweilige Anordnung erlassen, mit der der Stadt Leipzig untersagt wurde, das Ausschreibungsverfahren nach § 31 SächsBRKG durchzuführen, soweit es den Einsatzbereich des Beschwerdeführers betrifft.³⁹ Wie aus der Begründung hervorgeht, räumt die entscheidende Zweite Kammer des Ersten Senats⁴⁰ der Argumentation des Beschwerdeführers Erfolgsaussichten ein. Die für eine Entscheidung dieser Art ungewöhnlich ausführliche Auseinandersetzung mit den Streitpunkten spricht sogar für beachtliche Erfolgsaussichten.

Das Hauptsacheverfahren mag noch einige Überraschungen bringen. Im Verfahren der einstweiligen Anordnung liegt die Argumentation sowohl des Beschwerdeführers als auch des Gerichts auf der Linie der obigen Ausführungen zur Abgrenzung der Rechtsgebiete in kompetenzieller Hinsicht. § 31 SächsBRKG wird in erster Linie als – mögliche – Herstellung eines Verwaltungsmonopols eingeordnet. Zusätzlich zu dieser hauptsächlich angegriffenen Sachregelung tritt die verfahrensrechtliche Umsetzung (die Regelungen zum Ausschreibungsverfahren) ins Blickfeld, die möglicherweise als solche verfassungswidrig ist, und zwar gerade deshalb, weil sie vom zuständigen Gesetzgeber nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Sachregelung getroffen worden ist, also mit dieser nicht "aus einem Guß" ist. Auf der Grundlage dieses Ansatzes dürfte es ausgeschlossen sein, daß sich das Bundesverfassungsgericht die Rechtsmeinung des Bundesgerichtshofs zu eigen macht und anerkennt, daß Vorschriften, die ein anderer Gesetzgeber in einem anderen Regelungsbereich mit anderen Zielsetzungen erlassen hat, die im verfassungsrechtlichen Sinne "wesentlichen" Regelungen sein können. Unter dem grundrechtlichen Gesichtspunkt, der zur Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht ansteht, erweist sich der Beschluß des Bundesgerichtshofs aber auch noch zusätzlich als pikant: Denn dieser hatte ohne weiteres die VOL/A zur maßgeblichen Regelung des Ausschreibungsverfahrens erklärt, wie sich dies aus dem sogenannten vergaberechtlichen Kaskadenprinzip ergibt.⁴¹ Die VOL/A ist jedoch im Sinne der verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitstheorie ein noch untauglicheres Mittel als eine von einem demokratisch legitimierten Ministerium erlassene Verordnung. Die VOL/A ist nämlich, wie die übrigen Vergabe- und Vertragsordnungen, nicht staatliches Recht, sondern ein privates Regelwerk. Erarbeitet wurde es durch ein von den Interessengruppen der Auftraggeber- und -nehmerseite paritätisch besetztes Gremium, den Deutschen Verdichtungsausschuß für Leistungen.

Rechtsprechung

BayObLG: Beschluß vom 28. Mai 2003 – Verg 7/03.

BayObLG: Beschluß vom 9. Juli 2003 – Verg 7/03.

BGH: Beschluß vom 1. Dezember 2008 – X ZB 31/08 – Rettungsdienstleistungen.

BGH: Beschluß vom 18. Januar 2000 – KVR 23/98.

³⁹ *BVerfG*, Beschluß vom 27. Juni 2008 – 1 BvR 2959/07, Geltung um sechs Monate verlängert durch Beschluß vom 17. Januar 2009.

⁴⁰ Eine stattgebende abschließende Entscheidung ist, soweit sie mit einer Normverwerfung verbunden ist, dem Senat vorbehalten, § 93c Abs. 1 Satz 3 BVerfGG.

⁴¹ *Weyand*, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand 16. Januar 2009, Einleitung, Rz. 75; die gesetzliche Pflicht zur Anwendung der VOL/A ergibt sich aus § 5 VgV, der wiederum aufgrund von § 97 Abs. 6 GWB erlassen wurde.

BGH: Urteil vom 25. September 2007 – KZR 48/05 – Rettungsleitstelle.
BGH: Urteil vom 4. Juni 1992 – III ZR 93/91.
BGH: Urteil vom 9. Januar 2003 – III ZR 217/01.
BVerfG: Beschluß vom 10. Mai 1977 – 1 BvR 514/68.
BVerfG: Beschluß vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00.
BVerfG: Beschluß vom 13. Juni 2006 – 1 BvR 1160/03.
BVerfG: Beschluß vom 2. Mai 1967 – 1 BvR 578/63.
BVerfG: Beschluß vom 27. Juni 2008 – 1 BvR 2959/07.
BVerfG: Beschluß vom 4. November 2008 – 2 BvR 2162/07.
BVerfG: Beschluß vom 9. Januar 2001 – 1 BvR 1036/99.
BVerfG: Urteil vom 17. Februar 1998 – 1 BvF 1/91 – Kurzberichterstattung.
BVerwG: Urteil vom 3. November 1994 – 3 C 17.92.
OLG Brandenburg: Beschluß vom 9. September 2004 – Verg W 9/04.
OLG Celle: Beschluß vom 12. November 1999 – 13 Verg 7/99.
OLG Dresden: Beschluß vom 21. Juli 2008 – WVerG 3/08.
OLG Dresden: Beschluß vom 4. Juli 2008 – WVerG 3/08.
OLG Düsseldorf: Beschluß vom 5. April 2006 – Verg 7/06.
OLG Naumburg: Beschluß vom 15. Juli 2008 – 1 Verg 5/08.
OLG Naumburg: Beschluß vom 19. Oktober 2000 – 1 Verg 9/00.
OVG Niedersachsen: Beschluß vom 7. Februar 2006 – 11 ME 26/05.
VG Halle: Beschluß vom 10. September 2008 – 3 B 231/08.
VG Potsdam: Beschluß vom 14. August 2008 – 10 L 342/08.
VK Sachsen: Beschluß vom 29. August 2008 – 1/SVK/042-08.

Literatur

Burgi, Martin: Die Beleihung als kartellvergaberechtlicher Ausnahmetatbestand (am Beispiel des Subventionsmittlers nach § 44 III BHO) NVwZ, 2007, 383.
Fuchs, Thomas: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949. Historisch-synoptische Edition. 1949—2006 Mannheim, 2008 (URL: <http://lexetius.com/GG>).
Weyand, Rudolf: ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand 16. Januar 2009 ibr-online.de.