



UNIVERSITÄT  
LEIPZIG

# Das Vergaberecht im Wandel

Die dynamischen Verweisungen des  
SächsVergabeG und ihre Handhabung

Kristina K. Tyufekchieva, LL.M.

KOMKIS Report Nr. 6

**KOMKIS**  
REPORT

Kompetenzzentrum für kommunale Infrastruktur Sachsen  
am Institut für öffentliche Finanzen und Public Management

**Tyufekchieva, Kristina K.**, LL.M., wissenschaftliche Mitarbeiterin am Kompetenzzentrum für kommunale Infrastruktur Sachsen. Zahlreiche Publikationen zu den Themen Vergaberecht und Infrastrukturrecht.

**Zitierempfehlung:**

Tyufekchieva, Kristina K. (2018): Das Vergaberecht im Wandel - Die dynamischen Verweisungen des SächsVergabeG und ihre Handhabung, KOMKIS Report, Nr. 6, Leipzig.

Wenn Sie auf diese KOMKIS-Publikation direkt über einen Digital Object Identifier (DOI) verweisen wollen, nutzen Sie bitte folgenden Link:

<https://doi.org/10.36730/2020.5.komkisir.6>

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek: Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISSN 2702-041X

Erscheinungsjahr 2018

**Ansprechperson:** Kristina K. Tyufekchieva, LL.M., wissenschaftliche Mitarbeiterin  
T +49 341 9733-622 | F + 49 341 9733-589 | [tyufekchieva@wifa.uni-leipzig.de](mailto:tyufekchieva@wifa.uni-leipzig.de)



Diese Publikation wird mitfinanziert durch Steuermittel auf der Grundlage des von den Abgeordneten des Sächsischen Landtags beschlossenen Haushalts.

# Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung.....	2
II.	Die Verweisungsmethodik des SächsVergabeG.....	2
III.	Die Verweisungen auf Regelungen des GWB.....	3
IV.	Die Verweisungen auf die Vergabe- und Vertragsordnungen.....	7
1.	Die Verweisungen auf die Teile B der VOL und VOB.....	8
2.	Die Verweisungen auf die Teile A der VOL und VOB.....	9
V.	Fazit.....	12

## I. Einführung

Insgesamt zwölf dynamische Verweisungen enthält das sächsische Vergabegesetz<sup>1</sup> (SächsVergabeG). Dadurch werden die in Bezug genommenen Texte und Normen aus den GWB<sup>2</sup>, VOL/A<sup>3</sup> und VOL/B<sup>4</sup>, VOB/A<sup>5</sup> und VOB/B<sup>6</sup>, SÄHO<sup>7</sup> sowie dem SächsVwKG<sup>8</sup> Teil der verweisenden Regelungen und zwar in ihrer aktuellsten Fassung. Während die letzten beiden Gesetzestexte für die hiesigen Ausführungen eher unproblematisch sind, werfen die übrigen, insbesondere seit der Reform des Kartellvergaberechts aus dem Jahre 2016, einige praktische und rechtliche Fragen auf. Diese werden im Folgenden näher beleuchtet. Gleichzeitig werden auch verschiedene Möglichkeiten ihrer Handhabung für den Rechtsanwender aufgezeigt.

## II. Die Verweisungsmethodik des SächsVergabeG

Generell betrachtet ist die Verweisungstechnik eine seit langem anerkannte übliche und unter Umständen auch notwendige gesetzestechnische Methode.<sup>9</sup> Zu ihren Vorteilen gehört unter anderem die Gesetzesökonomie: So ermöglichen es Verweisungen, dass Gesetze kurz gehalten werden und keine unnötigen Abweichungen zu anderen Regelwerken aufweisen.<sup>10</sup> Dies geschieht, indem eine Rechtsnorm (sog. Ausgangsnorm) eine andere Norm in Bezug nimmt (sog. Bezugsnorm) und dadurch zum Teil der verweisenden Regelung macht. Stammen die Ausgangs- und die Bezugsnorm von verschiedenen Normgebern, so handelt es sich um

---

<sup>1</sup> Sächsisches Vergabegesetz vom 14. Februar 2013 (SächsGVBl. S. 109).

<sup>2</sup> "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 10 Absatz 9 des Gesetzes vom 30. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3618) geändert worden ist.

<sup>3</sup> Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen - Teil A (VOL/A) Ausgabe 2009 vom 20. November 2009 (BAnz. Nr. 196a).

<sup>4</sup> Verdingungsordnung für Leistungen, Teil B, Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B) in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. August 2003 (BAnz. Nr. 178a).

<sup>5</sup> Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A (VOB/A), Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen (BAnz AT 19.01.2016 B3 v. 19. Januar 2016).

<sup>6</sup> Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B (VOB/B), Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen (BAnz AT 19.01.2016 B3 v. 19. Januar 2016).

<sup>7</sup> Sächsische Haushaltsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. April 2001 (SächsGVBl. S. 153), die zuletzt durch Artikel 13 des Gesetzes vom 15. Dezember 2016 (SächsGVBl. S. 630) geändert worden ist.

<sup>8</sup> Verwaltungskostengesetz des Freistaates Sachsen in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. September 2003 (SächsGVBl. S. 698), das zuletzt durch Artikel 31 des Gesetzes vom 27. Januar 2012 (SächsGVBl. S. 130) geändert worden ist.

<sup>9</sup> Vgl. dazu und zu den Voraussetzungen einer rechtmäßigen Verweisung, wie Erkennbarkeit und Veröffentlichungspflicht u.a. BVerfGE 5, 25 (31); 22, 330 (346).

<sup>10</sup> Zu den Nachteilen der Verweisungstechnik vgl. u.a. *Karpen*, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, S. 222; Schnaupuff, in: DIN Deutsches Institut für Normung e.V. [Hrsg.], Verweisung auf technische Normen in Rechtsvorschriften, S. 12, 41.

eine Fremdverweisung. Eine Verweisung auf eine ganz bestimmte Fassung des Bezugstextes (meistens die, die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Ausgangsnorm gilt) nennt sich statisch oder starr. Demgegenüber handelt es sich bei den Verweisungen des SächsVergabeG um sog. dynamische (auch gleitende oder variable) Verweisungen. Um einen immer wieder eintretenden Aktualisierungsbedarf zu entgehen, beziehen sich diese auf Normen und Texte in ihrer „*jeweils geltenden Fassung*“. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll somit auch der künftige und geänderte Inhalt dieser Normen und Texte mitumfasst werden. Signifikant für die Verweise des SächsVergabeG ist darüber hinaus ihr konstitutiver Charakter. Damit ist der Inhalt des Gesetzes nur unter Heranziehung der maßgeblichen in Bezug genommen Regelungen zu ermitteln.

Auch wenn die Vorteile der (gleitenden) Verweisungstechnik auf der Hand liegen, so weist diese auch einige Nachteile auf. Letztere sind im Rahmen des SächsVergabeG gleich in zweifacher Hinsicht zu spüren. Das erste Problemfeld betrifft die nachträgliche Änderung von Bezugsnormen und resultiert aus der auf Bundesebene erfolgten Vergaberechtsreform 2016 und der damit zusammenhängenden Erweiterung und Umstrukturierung des GWB. Das Zweite dagegen hängt mit der grundlegenden Frage zusammen, inwiefern der Gesetzgeber rechtswirksam auf Regelwerke Privater dynamisch verweisen kann, und betrifft konkret die Verweisungen auf die Vergabe- und Vertragsordnungen. Der unterschiedliche Charakter dieser Problemfelder bedingt auch deren unterschiedliche Handhabung. Diese werden im Folgenden näher erläutert.

### III. Die Verweisungen auf Regelungen des GWB

Auf insgesamt vier Verweisungen im Rahmen des GWB greift das SächsVergabeG zurück.<sup>11</sup> Erst mit dessen Hilfe kann der Anwendungsbereich des Gesetzes in sachlicher und persönlicher Hinsicht bestimmt werden. Wendet man sich daher der Frage zu, unter welchen Voraussetzungen das SächsVergabeG zur Anwendung kommt, ist der Rückgriff auf die „richtigen“ Bezugsnormen des GWB unerlässlich.

Die Bestimmung der „richtigen“ Bezugsnormen ist seit der Vergaberechtsreform 2016 jedoch nicht unproblematisch. Die Erweiterung und Umstrukturierung des GWB führte unter anderem zu einer damit zusammenhängenden Umnummerierung der maßgeblichen Vorschriften. Damit liegt jedoch praktisch kein Gleichlauf mehr zwischen den Ausgangsnormen des SächsVergabeG und den Bezugsnormen des GWB vor. So sieht zum

---

<sup>11</sup> § 1 Abs. 1 SächsVergabeG verweist auf §§ 99 und 100 Abs. 1 GWB. Des Weiteren § 2 Abs. 4 SächsVergabeG, der auf § 98 Nr. 4 und 5, sowie § 4 Abs. 2 SächsVergabeG, der erneut auf § 100 Abs. 1 GWB verweist.

Beispiel § 1 Abs. 1 SächsVergabeG zur Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs des Gesetzes einen Rückgriff auf § 100 Abs. 1 GWB in seiner derzeit geltenden Fassung vor. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte das sächsische Vergabegesetz den rechtlichen Rahmen für diese öffentlichen Aufträge bilden, die die Auftragswerte des § 100 GWB nicht erreichen und damit nicht bereits den Regelungen des Kartellvergaberechts unterliegen. Seit der Vergaberechtsreform 2016 enthält § 100 Abs. 1 GWB in seiner derzeit geltenden Fassung nunmehr die Legaldefinition der Sektorenauftraggeber. Die inhaltlich „richtige“ Bezugsnorm wäre derzeit der neue § 106 Abs. 1 GWB, der den gleichen Regelungsinhalt wie sein Vorgänger aufweist.

Wesentlich komplizierter verhält es sich in diesem Zusammenhang allerdings bei den drei übrigen Verweisungen<sup>12</sup> auf das GWB. Hier wurden im Rahmen der Vergaberechtsreform 2016 nicht nur die entsprechenden Paragraphen unnummeriert, sie wurden darüber hinaus auch (teils wesentlichen) inhaltlichen Änderungen unterzogen<sup>13</sup>. Zu nennen ist hier auch die zusätzliche Problematik der sog. Verweisungsketten. Kennzeichnend hierfür ist, dass die Verweisung nicht mit den Bezugsnormen selbst endet. Vielmehr verweist die Bezugsnorm anschließend auf weitere Normen u.a. des GWB<sup>14</sup>, aber auch der SektVO<sup>15</sup> und VgV<sup>16</sup>, die wiederum selbst inhaltlichen Änderungen unterzogen wurden.

Damit aber stellt sich für den Rechtsanwender unausweichlich die Frage, welche bundesrechtlichen Normen er letztendlich anzuwenden hat. Insbesondere für die öffentliche Hand ist unter dem Gesichtspunkt des Vorrangs des Gesetzes von erheblicher Bedeutung, welche Vorschriften überhaupt angewendet werden dürfen. Maßgeblich für die Ermittlung der im Einzelfall geltenden Norm (Rechtsfindung) sind für den einzelnen Amtswalter dabei die Regeln der Gesetzesauslegung, deren Ausgangspunkt stets der Normtext bildet. Damit geht es im Konkreten primär um die Frage, welche der insgesamt drei denkbaren Möglichkeiten noch den Regeln der Auslegungslehre entsprechen und damit rechtlich vertretbar sind.

---

<sup>12</sup> Die Rede ist hier von § 1 Abs. 1 SächsVergabeG (auf § 99 GWB), § 2 Abs. 4 SächsVergabeG (auf 98 Nr. 4 und 5 GWB) sowie § 4 Abs. 2 SächsVergabeG (auf § 100 Abs. 1 GWB).

<sup>13</sup> So umfasst beispielsweise der Begriff des öffentlichen Auftrags im Sinne von § 99 GWB n.F. im Unterschied zu § 99 Abs. 6 GWB a.F. nicht mehr die Baukonzession. Diese wird nunmehr systematisch der sonstigen Konzessionen zugeordnet und fällt unter dem Anwendungsbereich des § 105 Abs. 1 Nr. 1 GWB n.F.

<sup>14</sup> So wie § 100 Abs. GWB a.F.

<sup>15</sup> Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung - SektVO) vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 657), die durch Artikel 9 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745) geändert worden ist.

<sup>16</sup> Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV) vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die durch Artikel 8 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745) geändert worden ist.

Die erste Möglichkeit bildet hier der Rückgriff auf die konkret vom SächsVergabeG bezeichneten Bezugsnormen in ihrer derzeit geltenden Fassung. Verweist somit § 1 Abs. 1 SächsVergabeG auf den § 100 Abs. 1 GWB, so würde sich der Rückgriff allein auf diese Norm beschränken. Der Vorteil dieser Alternative ist, dass ihre Anwendung dem Gesetzestext und dem Willen des Gesetzgebers am ehesten entspricht. Ihr Nachteil liegt demgegenüber auf der Hand: Durch die inhaltliche Änderung sämtlicher Bezugsnormen ist ihre Heranziehung nämlich wirkungslos. Der neue Sinngehalt dieser Normen erlaubt es nicht mehr, den Anwendungsbereich des SächsVergabeG verlässlich zu bestimmen.

Die zweite Alternative wäre die Anwendung der sinngemäß am nächsten liegenden Vorschriften des derzeit geltenden GWB. Im Unterschied zum vorigen Beispiel würde man hier nicht § 100 Abs. 1 GWB n. F., dafür aber § 106 Abs. 1 GWB n. F. anwenden. Dies würde zumindest dem gesetzgeberischen Willen Rechnung tragen, die jeweils geltende Fassung, wenn auch nicht der Bezugsnorm, zumindest jedoch des Bezugsregelwerks anzuwenden. Nichtsdestotrotz missachtet diese Alternative den Gesetzestext. Zudem stellt sich hier noch die Frage, ob die weitreichenden Änderungen des Bundesgesetzes noch vom Willen des Landesgesetzgebers getragen werden. Sicherlich wollte der sächsische Gesetzgeber ein einheitliches Inkrafttreten für alle Beschaffungen öffentlicher Auftraggeber unabhängig von der Höhe des Auftragswertes sicherstellen. Gleichzeitig wollte er aber durch die Verweisung auf das GWB einen Gleichlauf der Regelungsinhalte der Ausgangs- und Bezugsnormen gewährleisten.

Eine letzte Möglichkeit besteht darin, die Vorschriften des GWB anzuwenden, die zum Zeitpunkt der Verabschiedung des SächsVergabeG gegolten haben. Diese Variante hätte jedoch den entscheidenden Nachteil, dass sie eindeutig dem Gesetzeswortlaut widerspricht und den Willen des Gesetzgebers zumindest teilweise missachtet. Auch eine entsprechende Auslegung der Verweise<sup>17</sup> als statische Verweise wäre auf Grund des eindeutigen Wortlauts illegitim<sup>18</sup>. Damit liegt der entscheidende Nachteil dieser Variante in der schweren Begründbarkeit ihrer Anwendung. Nichtsdestotrotz erscheint sie vom Ergebnis her gedacht am sinnvollsten zu sein, nicht zuletzt, weil sie als einzige eine vom Gesetzgeber gewollte Bestimmung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs des SächsVergabeG Rechnung trägt und damit kohärente Entscheidungen gewährleistet. Im Vergleich zu den beiden sonstigen Alternativen hat die Änderung des in Bezug genommenen Textes keinen

---

<sup>17</sup> Hierbei ist es unerheblich, dass der Zusatz „in der jeweils geltende Fassung“ nicht am Anschluss jeder Verweisung vorzufinden ist. Es reicht die einmalige ausdrückliche Klarstellung, dass gleitend verwiesen wird, Bundesministerium der Justiz [Hrsg.], Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Rn. 243.

<sup>18</sup> Exemplarisch *Mauerer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 5 Rn. 19.



Einfluss auf den Inhalt der Verweisungsnormen genommen und führt damit nicht zu ungewollten oder gar widersinnigen Entscheidungen.

Wenn jedoch die Auslegung des Wortlauts nicht zu einer Abweichung vom eindeutigen Wortlaut der Norm ausreicht (Varianten 2 und 3) und keine brauchbaren Ergebnisse liefert (Variante 1), stellt sich als nächstes die Frage, welche sonstige Möglichkeiten dem behördlichen Rechtsanwender in dieser Hinsicht zur Verfügung stehen.

Eine weitere Möglichkeit, die es ihm erlaubt, über den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes hinaus eine der beiden letzten Varianten zu wählen, hängt mit der sog. „behördlichen Prüfungs- und Normverwerfungskompetenz“ zusammen. In diesem Zusammenhang wird in Rechtsprechung und Literatur diskutiert, inwiefern Verwaltungsbehörden befugt oder gar verpflichtet sind, die Vereinbarkeit von Rechtsnormen mit höherrangigem Recht zu prüfen und im Falle eines Verstoßes vor deren Anwendung im Einzelfall abzusehen. Eine eindeutige Positionierung ist jedoch insofern schwierig, da die Diskussion grundlegende Prinzipien der deutschen Rechtsordnung berührt. An erster Stelle sei hier der mit der Prüfungs- und Normverwerfungskompetenz übergeordnete Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes zu nennen. Als Teil des im Art. 20 GG statuierten Grundsatzes der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung drückt dieser die Bindung der ausführenden Gewalt an die bestehenden Gesetze aus. Hiernach bleibt es der öffentlichen Hand verwehrt, Maßnahmen zu treffen, die in irgendeiner Weise gegen das geltende Recht verstoßen würden.<sup>19</sup> Problematisch erscheint die behördliche Prüfungs- und Normverwerfungskompetenz auch im Hinblick auf die Gewaltenteilung. Das Recht, Rechtsnormen auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu prüfen und gegen höherrangiges Recht verstoßende Rechtsnormen unangewendet zu lassen, steht (jedoch nicht uneingeschränkt)<sup>20</sup> den (Verwaltungs-)Gerichten zu.<sup>21</sup>

Zwischen den drei unter diesem Stichpunkt in der Literatur<sup>22</sup> vertretenen Auffassungen<sup>23</sup> ist im Ergebnis derjenigen der Vorzug zu geben, die dem einzelnen Amtswalter die Möglichkeit einräumt, das Verfahren auszusetzen und die Frage der Unvereinbarkeit auf dem Dienstweg geltend zu machen. Diese Alternative hätte für ihn den Vorteil der Absicherung gegen den Vorwurf einer Dienstpflichtverletzung. Vertretbar erscheint in diesem konkreten Fall auch die Auffassung, die dem Amtswalter eine Normverwerfungskompetenz unter den engen

---

<sup>19</sup> So z.B. *Knack/Hennecke*, VwVfG Kommentar, vor § 35 Rn. 71; *von Münch/Kunig*, Grundgesetz Kommentar, Art. 20 Rn. 67; *Dreier*, Grundgesetz Kommentar, Art. 20 Rn. 92 uvm.

<sup>20</sup> Bei nachkonstitutionellen formellen Gesetzen steht das Verwerfungsmonopol nach Art. 100 GG dem Bundesverfassungsgericht alleinig zu. Entsprechende Ermächtigungen enthalten für die Landesverfassungsgerichte im Hinblick auf Landesgesetze auch die Verfassungen der Länder.

<sup>21</sup> So *Mauerer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 4 Rn. 45.

<sup>22</sup> Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat die Frage bislang offengelassen, OVG Münster, Urteil vom 13.02.2014 - 6A 1894/12.

<sup>23</sup> Eine Übersicht der vertretenen Auffassungen mit Verweise bei *Mauerer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 4 Rn. 46.



Voraussetzungen zuspricht, dass der Verstoß gegen höherrangiges Recht, hier eher die Unvereinbarkeit der Bezugs- mit den Ausgangsnormen, in diesem Fall offensichtlich oder mit anderen Worten eindeutig ist.<sup>24</sup>

Im Ergebnis kann der einzelne Amtswalter dieses Spannungsfeld allein nicht rechtssicher auflösen. Dies liegt daran, dass seine grundlegende Amtspflicht das rechtmäßige Handeln ist.<sup>25</sup> Eine Abweichung hiervon ist rechtlich aus vielerlei Hinsicht problematisch und nur schwer begründbar.

#### IV. Die Verweisungen auf die Vergabe- und Vertragsordnungen

Eine weitere Besonderheit des SächsVergabeG sind die dynamischen Verweisungen auf die Teile A (Abschnitt 1) und B der Vergabe- und Vertragsordnungen für Leistungen (VOL) sowie auf die Teile A (Abschnitt 1) und B für Bauleistungen (VOB).<sup>26</sup> Die A-Teile der Vergabe- und Vertragsordnungen enthalten dabei die allgemeinen Bestimmungen für das öffentliche Auftragswesen und legen damit den Rahmen für den Großteils des Verwaltungshandelns auf dem Gebiet fest. Mit dieser Verweisung stellt der Gesetzgeber somit sicher, dass die Verwaltungstätigkeit im Bereich der Vergabepaxis nicht den Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) unterworfen ist, sondern den Bestimmungen der VOL/A bzw. VOB/A unterliegt. Zeitlich nachgelagert sind die Teile B der VOL und VOB, die erst im Anschluss an dem Zuschlag Bestandteil des Vertrages zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Auftragnehmer werden. Sie enthalten unter anderem Regeln zur Vertragsausführung (z.B. Leistungsstörungen, Rechnungsstellung, Zahlung) und sind ihrer Rechtsnatur nach als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB zu qualifizieren.

Die Besonderheit dieser gleitenden Verweisungen ist eng mit dem Rechtscharakter der genannten Regelwerke verbunden. Weder die VOB noch die VOL wurden von einem Legislativorgan unter Beachtung des dazu vorgeschriebenen Gesetzgebungsverfahrens erlassen<sup>27</sup> und stellen daher strikt gesehen keine formellen Gesetze dar. Indem das

---

<sup>24</sup> Exemplarisch OVG Münster, Urteil vom 13.02.2014 - 6A 1894/12; OVG NRW, Urteil vom 30. Juni 2005 - 20 A 3988/03; BGH, Urteil vom 25. März 2004 - III ZR 227/02.

<sup>25</sup> *Nonnenmacher/Feickert*, VwBlBW 2007 329.

<sup>26</sup> In §§ 1 Abs. 2, 4 Abs. 1 SächsVergabeG.

<sup>27</sup> Die Kompetenz zur Erarbeitung und Fortschreibung der VOB und der VOL liegen beim Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (§ 2 der Satzung des DVA), respektive beim Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen (unter A.I. der Arbeits- und Organisationsschema des DVAL, verabschiedet von der Hauptversammlung des DVAL am 16.09.2009) - zwei nicht rechtsfähige Vereine des privaten Rechts.

SächsVergabeG u.a. in § 1 Abs. 2 S. 2 sie für verbindlich erklärt, erlangen diese Normen nicht-staatlicher Institutionen dennoch eine Rechtsbindungswirkung.<sup>28</sup>

Dies wäre zumindest dann unbedenklich, hätte sich der sächsische Gesetzgeber, ähnlich wie der Bundesgesetzgeber<sup>29</sup>, für eine statische Verweisung entschieden. In diesem Fall wäre lediglich die bei der Verabschiedung des SächsVergabeG geltende Fassung der in Bezug genommenen VOL und VOB in Geltung gesetzt. Vom Ergebnis her gedacht, wären in diesem Fall sämtliche nach 2013 erlassenen Fassungen dieser Regelwerke nicht anzuwenden.<sup>30</sup>

Durch die ausdrückliche Wahl einer gleitenden Verweisung allerdings hat der Gesetzgeber seine Rechtsetzungshoheit in diesem Bereich bis auf weiteres auf einen demokratisch nicht legitimierten Normgeber übertragen. Genau aus diesem Grund gelten dynamische Verweise auf private Regelwerke als besonders problematisch. Diese versteckte Verlagerung von Gesetzgebungsbefugnissen wurde in der Vergangenheit im Schrifttum aus bundesstaatlichen, rechtsstaatlichen und demokratischen Gesichtspunkten kritisiert<sup>31</sup> und von der Rechtsprechung stets als rechtswidrig angesehen.

Gleichwohl scheint sich in letzter Zeit diese Sichtweise unter engen Voraussetzungen bereichsweise zu lockern. Inwiefern sich dies auf die Regelungen des SächsVergabeG auswirkt wird nachfolgend für die Teile A und B separat aufgezeigt. Grund dafür sind die unterschiedlichen Regelungsinhalte und die damit zusammenhängende Intensität der Einflussnahme auf das behördliche Handeln.

## 1. Die Verweisungen auf die Teile B der VOL und VOB

Die bereits angedeutete Lockerung der Rechtsprechung kam als Reaktion der immer öfter vorkommenden gesetzgeberischen Entscheidung, gleitend auf private Regelwerke, insbesondere im Bereich der technischen Regelwerke, zu verweisen. Letztere umfassen

---

<sup>28</sup> Zur Rechtsbindungswirkung privater Regelwerke vgl. z.B. *Görner/Hübner*, Gasreinigung und Luftreinhaltung, B.1.1.2.3.; *Battis/Gusy*, Technische Normen im Baurecht, 122.

<sup>29</sup> Eine starre Verweisung auf die VOB/A enthält für Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich § 2 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV). Ähnliches galt für die VOL/A bei Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vor ihrer Ablösung durch die VgV im Jahre 2016, vgl. § 4 VgV alte Fassung.

<sup>30</sup> Änderungen nach dem In-Kraft-Treten des SächsVergabeG erfuhr die VOL gleich zwei Mal. Im Vergleich dazu wurde die VOB bisweilen keine Änderungen unterzogen.

<sup>31</sup> So z.B. *Ossenbühl*, DVBl 1967 401; *Karpen*, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, 123 ff.

technische Regeln<sup>32</sup> und Normen<sup>33</sup>, die von privaten Normungsinstituten oder (branchen-)spezifischen Verkehrskreisen erarbeitet und veröffentlicht werden. Inhaltlich betrachtet stellen sie Empfehlungen und Vorschläge dar, die Anforderungen an Produkte, Dienstleistungen, Verfahren oder technische Abläufe festlegen. Als solche unterliegen sie einer kontinuierlichen Überarbeitung und Anpassung. Insbesondere diese Aktualität und die Bündelung fachspezifischen Wissens gehören zu den Vorteilen, die den Rückgriff des staatlichen Normgebers auf technische Regelwerke so zweckmäßig machen.<sup>34</sup> Aus diesem Grund lässt auch die Rechtsprechung unter engen Voraussetzungen dynamische Verweisungen auf technische Regelwerke verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. Zu diesen Voraussetzungen gehören ihre Begrenzung auf einen engen technischen Bereich sowie die Eröffnung der Möglichkeit für den Normunterworfenen, sich auf zumutbare Weise Kenntnis über den Inhalt des jeweiligen Regelwerks zu verschaffen.<sup>35</sup>

Gemessen an diesen Voraussetzungen wurde auch die im Verweisungswege inkorporierte VOB/B in Rechtsprechung<sup>36</sup> und Literatur<sup>37</sup> bisweilen nicht als von vorne rein verfassungsrechtlich bedenklich angesehen. Insbesondere im Bereich der Freistellung der VOB/B von der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Rahmen des § 310 Abs. 1 BGB wurde die dynamische Verweisung bisweilen auch höchstrichterlich nicht beanstandet. Wenn man zusätzlich noch berücksichtigt, dass das Ergebnis eines Vergabeverfahrens unstrittig einen privatrechtlichen Beschaffungsvertrag darstellt<sup>38</sup>, so lässt sich diese Auffassung auch gut auf die Vertragsverhältnisse zwischen öffentlichen Auftraggebern und Privaten übertragen. Damit sind die dynamischen Fremdverweisungen des SächsVergabeG auf die Teile B der VOL und VOB als unbedenklich anzusehen. Im Ergebnis zeigt diese Diskussion zumindest für den behördlichen Rechtsanwender praktisch keine Auswirkungen.

## 2. Die Verweisungen auf die Teile A der VOL und VOB

Anders zu beurteilen wären dagegen die Fremdverweisungen auf die Teile A der VOL und VOB. Während die dem Regelungsinhalt der Teile B der VOL und VOB unterfallenden

---

<sup>32</sup> Z.B. „Technische Regeln wassergefährdender Stoffe der Deutschen Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e.V. (DWA)“, „Technische Regeln, die in der Musterliste der technischen Baubestimmungen oder in der Bauregelliste des Deutschen Instituts für Bautechnik (DIBt)“.

<sup>33</sup> Z.B. DIN, DIN EN, DIN EN ISO.

<sup>34</sup> Hierzu insbesondere *Schnaupauff*, in: DIN Deutsches Institut für Normung e.V. [Hrsg.], Verweisung auf technische Normen in Rechtsvorschriften, S. 40f.

<sup>35</sup> Grundlegend BVerwGE 147, 100 ff.

<sup>36</sup> So BGH, Urteil vom 24.07.2008, VII ZR 55/07.

Regelungsgebiet <sup>37</sup> Hierzu insbesondere *Schmidt*, ZfBR 2009 113ff.

<sup>38</sup> *Dörr*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil Rn. 125.

Vertragsbeziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern und Privaten nach einhelliger Ansicht dem Privatrecht zuzuordnen sind<sup>39</sup>, besteht nach wie vor Uneinigkeit darüber, welchem Rechtsgebiet das Zustandekommen (Vertragsanbahnung und Auswahl des Vertragspartners) zuzuordnen ist. Die Zuordnung ist deshalb von entscheidender Bedeutung, da das gesamte Verfahren rund um das Zustandekommen der Beschaffungsverträge den materiellen Anforderungen der Teile A der VOL und VOB unterliegt. Letztere folgen dem zeitlichen Ablauf eines Vergabeverfahrens und enthalten Regelungen zu den Fristen, den Vergabeunterlagen, der Leistungsbeschreibung sowie zur Veröffentlichung bis hin zur Angebotsöffnung, der Prüfung und Wertung der Angebote und der Dokumentation des Vergabeverfahrens. Damit bestimmen die VOL und VOB in ihren A-Teilen über das gesamte Verwaltungshandeln auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens.

Streng genommen gehört die Vergabetätigkeit öffentlicher Auftraggeber zu den sog. fiskalischen Hilfsgeschäften, was der Annahme öffentlich-rechtlicher Bindungen, zumindest in der Vergangenheit, in der Regel entgegenstand.<sup>40</sup> Zunehmend lässt sich diese Ansicht jedoch immer schwerer begründen. Schon lange ist das Vergaberecht über seine haushaltswirtschaftliche Funktion im Dienst sparsamer Beschaffung<sup>41</sup> hinausgewachsen. Durch die systematische Weiterentwicklung lässt sich das Vergaberecht nunmehr in seinem Kern als das Recht eines rechtlich geschaffenen Wettbewerbs der Anbieter zur Befriedigung eines staatlichen Nachfragewunsches definieren.<sup>42</sup> Ferner bildet die Vergabetätigkeit des Staates ein wichtiges politisches Gestaltungsinstrument abseits von Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit. Unter diesen Umständen kanalisiert das Recht über das Vergabeverfahren die staatliche Beschaffungstätigkeit in ein formalisiertes Vergabeverfahren, lässt keine privatautonomen Auswahlentscheidungen zu und eröffnet für Mitbewerber den Rechtsweg.

Aus diesen Gründen kann man getrost mit der herrschenden Meinung<sup>43</sup> eine öffentlich-rechtliche Natur des Vergabeverfahrens bejahen. Damit stellt das Vergabeverfahren ein Verwaltungsverfahren im weiteren Sinn dar. Im Unterschied zu einem „normalen“ Verwaltungsverfahren unterliegt es dabei jedoch nicht verfahrensrechtlichen Regelungen des VwVfG, sondern der Teile A der Vergabe- und Vertragsordnungen. Dadurch, dass das SächsVergabeG gleitend auf VOL/A und VOB/A verweist, wird das gesamte öffentlich-rechtliche Verwaltungshandeln auf dem Gebiet mit jeder Novellierung dieser privaten

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, Rn. 125.

<sup>40</sup> So z.B. *Kirchhof/Korte/Magen* [Hrsg.], Öffentliches Wettbewerbsrecht, 479; *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 35 Rn. 123.

<sup>41</sup> *Ibid.*, § 15 Rn. 3.

<sup>42</sup> *Ibid.*, § 15 Rn. 10.

<sup>43</sup> So etwa *Dörr*, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil Rn. 125 ff.; *Stelkens*, in *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 35 Rn. 123 ff.

Regelwerke automatisch Änderungen unterzogen und zwar ohne jeglicher Mitwirkung des Landesgesetzgebers.

Dass diese Vorgehensweise nicht von vorne rein unproblematisch ist, wird umso deutlicher, wenn man sich die (noch andauernde) Diskussion um die so genannten Verweisungsgesetze anschaut. Als Verweisungsgesetze bezeichnet man die Landes-VwVfGe<sup>44</sup>, deren Regelungsgehalt sich auf die Verweisung auf das VwVfG des Bundes beschränkt. Im Ergebnis unterliegt in diesen Fällen die gesamte öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Landesbehörden den Bestimmungen des VwVfG des Bundes. Insbesondere in der Vergangenheit sorgte diese gesetzgeberische Entscheidung für erhebliche Diskussionen, ob diese Art dynamischer Fremdverweisungen verfassungsrechtlich unbedenklich ist.<sup>45</sup>

Wenn sogar die Fremdverweisung auf ein formelles Gesetz als problematisch angesehen wird, dann ist aber erst recht die Fremdverweisung auf ein privates Regelwerk abzulehnen. Dadurch lässt der Gesetzgeber dem nicht demokratisch legitimierten privaten Normgeber freie Hand bei der Gestaltung der Vorgehensweisen der öffentlichen Hand im Rahmen der Erfüllung ihrer Verwaltungstätigkeit. Damit entzieht er sich in unzulässiger Weise seiner Rechtsetzungskompetenz und -pflicht. Da die Teile A der VOL und VOB nicht nur punktuell, sondern die gesamten Verhaltensanforderungen an öffentliche Auftraggeber regeln, kann auch nicht analog zu den Verweisungen auf technische Regelwerke ausnahmsweise eine Zulässigkeit bejaht werden.

Im Ergebnis verbleiben erhebliche Bedenken im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit der dynamischen Verweisungen auf die Teile A der VOL und VOB. Ähnlich der Verweisungen auf das GWB stellt sich für den einzelnen Amtswalter somit die Frage, welche Auswirkungen diese Erkenntnis auf den Vollzug des SächsVergabeG hat.

Der klare Gesetzeswortlaut lässt eine verfassungskonforme Interpretation der Verweisungsnormen (starre statt dynamische Verweisungen) nicht zu. Gleichzeitig gilt auch hier der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Im Rahmen der behördlichen Prüfungs- und Normverwerfungskompetenz wird auch an dieser Stelle die Auffassung vertreten, dass es dem einzelnen Amtswalter offensteht, ein anhängiges Verfahren auszusetzen und die Frage der Unvereinbarkeit auf dem Dienstweg geltend zu machen. An die auf diesem Wege getroffene Entscheidung bleibt er jedoch gebunden.

---

<sup>44</sup> Dies ist der Fall etwa in Berlin, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen. Früher auch Brandenburg und Sachsen-Anhalt.

<sup>45</sup> Ein Überblick bei *Mauer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 5 Rn. 19. Für die verfassungsrechtliche Bedenklichkeit vgl. insbesondere *Ehlers*, DVBl. 1977 693. Andere Ansicht *Ule/Laubinger*, Verwaltungsverfahrenrecht, § 8 Rn. 16.

## V. Fazit

Die Verweisungsmethodik des SächsVergabeG zeichnet sich durch ihren dynamischen Charakter aus. Damit bleibt der Inhalt der Ausgangsnormen entwicklungsfähig offen mit der Folge, dass Änderungen der rezipierten Bezugsnormen unmittelbar die landesrechtlichen Bestimmungen beeinflussen. Dies birgt insbesondere im Bereich der Verweisungen auf das GWB sowie auf die VOL/A und VOL/B für den behördlichen Rechtsanwender potentielle Gefahren. Zum einen wurde durch die Kartellvergaberechtsreform 2016 der Regelungsinhalt der Bezugsnormen weitestgehend geändert. Zum anderen erzeugt die dynamische Verweisung auf private Regelwerke auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Verwaltungstätigkeit erhebliche Bedenken im Hinblick auf deren Verfassungskonformität. Durch die Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz bleibt es dem einzelnen Amtswalter verwehrt, die praktisch sinnvolle und verfassungskonforme Alternative beim Vollzug des SächsVergabeG zu wählen. Eine rasche Novellierung der Landesregelung bleibt wünschenswert.

Das **Kompetenzzentrum für kommunale Infrastruktur Sachsen (KOMKIS)** stellt eine kostenfreie Informations- und Beratungsplattform für die kommunale Ebene in Sachsen dar. Im Schnittstellenbereich zwischen Verwaltung, Wissenschaft und Politik agiert das KOMKIS als kompetenter Informationsgeber, neutralen Vermittler und inhaltlicher Ansprechpartner zu Themen der kommunalen Infrastrukturbeschaffung, -erhaltung und -bewirtschaftung.

Weitere Veröffentlichungsformate abrufbar unter [www.uni-leipzig.de/komkis](http://www.uni-leipzig.de/komkis):

**KOMKIS Analyse**

**KOMKIS Dialog**

**KOMKIS Position**

**KOMKIS Praxis**



UNIVERSITÄT  
LEIPZIG



Kompetenzzentrum für kommunale Infrastruktur Sachsen  
am Institut für Öffentliche Finanzen und Public Management