Schriften zum Vergaberecht 58

David Meurers

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Vergaberecht

Nomos

Schriften zum Vergaberecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Burgi,
Ludwig-Maximilians-Universität München
Prof. Dr. Hermann Pünder, LL.M. (Iowa),
Bucerius Law School Hamburg

Band 58

David Meurers

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Vergaberecht

Nomos

Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Jena, Friedrich-Schiller-Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-7723-5 (Print)
ISBN 978-3-7489-2119-6 (ePDF)

1. Auflage 2020
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Öffentliches Wirtschaftsrecht, an der Friedrich-Schiller-Universität Jena. Sie wurde im Sommersemester 2020 in leicht veränderter Fassung von der dortigen Rechtswissenschaftlichen Fakultät als Dissertation angenommen. Normen, Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand von Juni 2020.

An erster Stelle gilt mein Dank meinem Doktorvater, RiOLG Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur., nicht nur für die wertvolle Begleitung dieser Arbeit, sondern auch für die vielfältige akademische Förderung schon seit meiner Studienzeit in Freiburg und London. Er ist es auch, der mir das Vergaberecht als dynamisches Rechtsgebiet und Forschungsfeld näher gebracht hat. Ebenso danke ich Jun.-Prof. Dr. Anika Klafki für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Daneben sei an dieser Stelle all meinen ehemaligen Jenaer Kolleginnen und Kollegen, insbesondere Gabriele Weidner, für die schöne Zeit am Lehrstuhl und für die angenehme Zusammenarbeit gedankt.

Das Korrekturlesen der Arbeit haben meine Freundinnen und Freunde Maren Jantz, Dr. Jan-Martin Kleindienst, Thomas Ludl, Dr. Jonas Welge und Friederike Wildberg übernommen. Dafür und für ihre hilfreichen Anmerkungen danke ich ihnen herzlich.

Meinen Eltern Gerd und Agnes Meurers bin ich dankbar für ihren Beistand und ihr unerschütterliches Vertrauen, das sie mir, seit ich denken kann, entgegenbringen.

Ganz besonderer Dank gebührt meiner Frau Miriam Niehaus sowie Aniko und Liv, ohne deren tatkräftige und moralische Unterstützung mir die Fertigstellung dieser Arbeit nicht möglich gewesen wäre. Ihnen ist dieses Buch gewidmet.

Berlin im Oktober 2020 *David Meurers*

Inhaltsübersicht

Einführende Bemerkungen 23

KAPITEL I: Die Verhältnismäßigkeit im Unionsrecht sowie im nationalen Recht 29

A. Verhältnismäßigkeitsprinzip in Deutschland 29
I. Entstehung und Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Rechtsgrundsatz 29
II. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als vor- bzw. außerrechtliche Figur 44
III. Verhältnis der beiden Begründungsansätze und Fazit 48
IV. Anwendung der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht: Systematik, Anwendungsbereich und Adressaten 50

B. Verhältnismäßigkeitsprinzip im Unionsrecht 76
I. Geltungsgrund 76
II. Gehalt der unionalen Verhältnismäßigkeitsgrundsätze 84
III. Zusammenfassung: Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Unionsrecht 92

C. Verhältnismäßigkeit in der EMRK 92

KAPITEL II: Auswirkungen des unionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf das Vergaberecht 94

A. Einfluss des europäischen Primärrechts 95
I. Primärrechtliche Vorgaben für die Vergabe 95
II. Im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien 96
III. Außerhalb des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien (Haushaltsvergaberecht) 98
IV. Ergebniszusammenfassung: Einfluss des Primären Unionsrechts auf das Vergaberecht 101

B. Einfluss des Grundgesetzes 101
I. Rechtsnatur des Vergabeverfahrens: Öffentliches Recht oder Zivilrecht? 102
II. Verfassungsrechtliche Einwirkungen auf das Vergaberecht 107
III. Ergebniszusammenfassung 117

C. Verhältnismäßigkeit im GWB-Vergaberecht 117
I. Genese des vergaberechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes 117
II. Einfachgesetzliche Rechtsgrundsätze als Regelungstechnik 120

D. Verhältnismäßigkeit unterhalb der Schwellenwerte 124

KAPITEL III: Anwendungsfälle der Verhältnismäßigkeit im Vergaberecht 127

A. Vorbemerkung: Regelungsgegenstand des Vergaberechts 128

B. Grundsätze der Vergabe 132
I. Verhältnis der Vergabegrundsätze zueinander 133
II. § 97 Abs. 3 und 5 GWB: Übersichts- und Schaltnormen ohne eigenen Regelungsgehalt 140
III. Vornehmliche Berücksichtigung mittelständischer Interessen (§ 97 Abs. 4 GWB) 143
IV. Anspruch auf Einhaltung des Vergabeverfahrens (Abs. 6) 149
V. Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte 149

C. Persönlicher Geltungsbereich des Vergaberechts 150
I. Auftraggebereigenschaft 151
II. Ausnahmen von der Bindung an das GWB-Vergaberecht 156

D. Wahl des Vergabeverfahrens 161
I. Schätzung des Auftragswerts 161
II. Vergabeverfahrensarten des GWB-Vergaberechts 162
III. Besonderheit: Rahmenvereinbarungen 183

E. Vergaberechtliche Anforderungen an Auftragnehmer, Leistung und Auftragsausführung 188
I. Auftragnehmerbezogene Anforderungen im Vergabeverfahren 189
II. Leistungsbezogene (Mindest-)Anforderungen im Vergabeverfahren 225

III. Anforderungen an die Auftragsausführung und Vertragsbedingungen 234

F. Vergabeverfahrensrecht 242
I. Bekanntmachung 243
II. Ausgestaltung des Vergabeverfahrens 245

G. Prüfung und Wertung der Unterlagen 260
I. Formelle Prüfung der Angebote und Nachforderung von Unterlagen 261
II. Preisprüfung der Angebote 270
III. Angebotswertung und Zuschlag 272
IV. Sonderregelungen für bestimmte Auftragsgegenstände 283

H. Aufhebung des Vergabeverfahrens 287
I. Allgemeines 287
II. Die Fallgruppen im Einzelnen 289
III. Sektorenverordnung 291
IV. Verhältnismäßigkeit bei der Verfahrensaufhebung 292
V. Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 292

I. Dokumentation und Rechtsschutz 293
I. Dokumentationspflichten 293
II. Informations- und Wartepflicht 295
III. Nachprüfungsverfahren 299

J. Vertragsmodifikationen 305
I. Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit 305
II. Kündigung von öffentlichen Aufträgen in besonderen Fällen 308

KAPITEL IV: Ergebnis der Auswertung und Schlussfolgerungen für die Verhältnismäßigkeitsprüfung 311

A. Verhältnismäßigkeit nicht anwendbar 312

B. Verhältnismäßigkeit anwendbar 317
I. „Klassische“ Funktion 317
II. Verhältnismäßigkeit und sogenannte „strategische“ Vergabe 318
III. „Umgekehrt klassische“ Funktion 321
IV. Verhältnismäßigkeit als prozessuales Prinzip 324

C. Vergleich GWB- und Haushaltsvergaberecht 325

D. Folgerungen und Ausblick 328

I. Zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit: Eine Verortung der Verhältnismäßigkeit 328

II. Verhältnismäßigkeit im Mehrebenensystem: Prozess einer Angleichung 331

III. Funktionale Diffusion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes 333

THESEN 336

Bibliographie 341

Inhaltsverzeichnis

Einführende Bemerkungen 23

KAPITEL I: Die Verhältnismäßigkeit im Unionsrecht sowie im nationalen Recht 29

A. Verhältnismäßigkeitsprinzip in Deutschland 29
I. Entstehung und Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Rechtsgrundsatz 29
1. Vorläufer 29
2. Dogmatische Entfaltung im öffentlichen Recht der BRD und Kritik 32
a) Herbert Krueger, 1950 32
b) Rupprecht von Krauss, 1954 33
c) Peter Lerche, 1961 34
d) Kritik am Dezisionismus 35
e) Bernhard Schlink, 1976 36
f) Grundlose Grundsätze 37
g) Kritik am vermeintlichen (Schein-)Rationalismus 38
h) Robert Alexy, 1985 39
3. Rezeption obiger theoretischer Ansätze in der Rechtspraxis 42
II. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als vor- bzw. außerrechtliche Figur 44
1. Verhältnismäßigkeit als Bestandteil des Rechtsbegriffs (Wieacker) 44
2. Verhältnismäßigkeit als dem menschlichen (Ge-)Recht(-igkeit-)sdenken vorgegebenes Datum 45
3. Verhältnismäßigkeit als Korrelation von Ziel und Mittel bzw. von Regel und Ausnahme 46
4. Verhältnismäßigkeit als Gebot der Vernunft 47
5. Verhältnismäßigkeit als kontingente Entscheidung 47
III. Verhältnis der beiden Begründungsansätze und Fazit 48
IV. Anwendung der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht: Systematik, Anwendungsbereich und Adressaten 50
1. Die Teilgrundsätze der Verhältnismäßigkeit 50
2. Anwendungsbereich und Adressaten 52

3. Reichweite der Bindung von Exekutive und Judikative an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 53
a) Einfachrechtliche Anordnung 54
b) Vorbehalt des Gesetzes und Verhältnismäßigkeit 54
c) Vorrang des Gesetzes und Verhältnismäßigkeit 55
d) Zusammenfassung 56
4. Verhältnismäßigkeit auf Tatbestandsebene? – Abgrenzung zur teleologischen Auslegung 57
5. Besonderheiten der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Zivilrecht 62
a) Drittwirkung im Privatrecht 62
aa) Mittelbare Drittwirkung 62
bb) Unmittelbare Drittwirkung 64
cc) Annäherung der Extrempositionen 66
dd) Stellungnahme unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung zur Drittwirkung 67
b) Schutzpflichten als Spielart des Abwehrrechts 70
aa) Herleitung 71
bb) Insbesondere: Vertragsrecht 72
cc) Ergebnis: Auswirkung auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung 73
dd) Fazit und Vergleich zur ständigen Rechtsprechung des BVerfG 75

B. Verhältnismäßigkeitsprinzip im Unionsrecht 76
I. Geltungsgrund 76
1. Art. 5 Abs. 1 und 4 EUV 77
2. Verhältnismäßigkeit als Schrankenschranke der Unionsgrundrechte 77
3. Verhältnismäßigkeit als Schrankenschranke der Grundfreiheiten 81
4. Entwicklung zum allgemeinen Rechtsgrundsatz 82
II. Gehalt der unionalen Verhältnismäßigkeitsgrundsätze 84
1. Prüfprogramm 85
2. Prüfdichte im Bereich der Grundrechte 86
3. Prüfdichte im Bereich der Grundfreiheiten 91
III. Zusammenfassung: Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Unionsrecht 92

C. Verhältnismäßigkeit in der EMRK 92

KAPITEL II: Auswirkungen des unionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf das Vergaberecht 94

A. Einfluss des europäischen Primärrechts 95
I. Primärrechtliche Vorgaben für die Vergabe 95
II. Im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien 96
III. Außerhalb des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien (Haushaltsvergaberecht) 98
1. Eindeutig grenzüberschreitendes Interesse 98
2. Einzelfallabhängige Intensität der primärrechtlichen Wirkungen 99
3. Relevanz der europäischen Grundrechte für das Haushaltsvergaberecht 100
IV. Ergebniszusammenfassung: Einfluss des Primären Unionsrechts auf das Vergaberecht 101

B. Einfluss des Grundgesetzes 101
I. Rechtsnatur des Vergabeverfahrens: Öffentliches Recht oder Zivilrecht? 102
1. Streitstand 104
2. (Keine) Auswirkungen der Zuordnung auf die Wirkung der Grundrechte 105
3. Fazit 106
II. Verfassungsrechtliche Einwirkungen auf das Vergaberecht 107
1. Freiheitsrechte, insbesondere Artikel 12 GG 107
2. Gleichheitsrechte 109
3. Rechtsweggarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG und allgemeiner Justizgewährleistungsanspruch 109
a) Abgrenzung 109
b) Eröffnung des Schutzbereichs 112
c) Eingriff 112
d) Rechtfertigung: Position des BVerfG 113
e) Kritik an der Entscheidung des BVerfG 114
4. Ungleichbehandlung von Auftragsvergaben ober- und unterhalb der Schwellenwerte und Artikel 3 Abs. 1 GG 115
5. Rechtsstaatsprinzip 115
6. Fazit 116
III. Ergebniszusammenfassung 117

C. Verhältnismäßigkeit im GWB-Vergaberecht 117
I. Genese des vergaberechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes 117
II. Einfachgesetzliche Rechtsgrundsätze als Regelungstechnik 120
1. Herkunft 120
2. Funktion 121
a) Auslegungsdirektiven 121
b) Ermessenslenkende Wirkung 121
c) Schließung von Regelungslücken 122
D. Verhältnismäßigkeit unterhalb der Schwellenwerte 124

KAPITEL III: Anwendungsfälle der Verhältnismäßigkeit im Vergaberecht 127

A. Vorbemerkung: Regelungsgegenstand des Vergaberechts 128
B. Grundsätze der Vergabe 132
I. Verhältnis der Vergabegrundsätze zueinander 133
1. Verhältnis von Wettbewerbs-, Transparenz-, Gleichbehandlungs- bzw. Mittelstandsförderungsgrundsatz zueinander 133
2. Verhältnismäßiger Ausgleich von Wettbewerbs- und Wirtschaftlichkeitsgrundsatz 135
3. Verhältnis des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu den übrigen Vergabegrundsätzen 139
4. Zwischenergebnis 140
II. § 97 Abs. 3 und 5 GWB: Übersichts- und Schaltnormen ohne eigenen Regelungsgehalt 140
III. Vornehmliche Berücksichtigung mittelständischer Interessen (§ 97 Abs. 4 GWB) 143
1. Verhältnismäßigkeit 144
2. Systematische Einordnung 146
3. Angebots- und Zuschlagslimitierung gem. § 30 Abs. 1 und 2 VgV 147
IV. Anspruch auf Einhaltung des Vergabeverfahrens (Abs. 6) 149
V. Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte 149
C. Persönlicher Geltungsbereich des Vergaberechts 150
I. Auftraggebereigenschaft 151
1. Öffentliche Auftraggeber 151

2. Sektorenauftraggeber 152
a) Auftraggebereigenschaft 152
b) Sektorentätigkeiten 154
c) Haushaltsvergaberecht 154
3. Zentrale Beschaffungsstellen, § 120 Abs. 4 GWB 155
II. Ausnahmen von der Bindung an das GWB-Vergaberecht 156
1. Vergaben, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen 156
a) Nr. 1: Wahrung wesentlicher Sicherheitsinteressen 156
aa) Verhältnismäßigkeit 157
bb) Systematische Einordnung 158
b) Nr. 3: Zur Geheimhaltung erforderlich 159
2. Konzessionen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit 159
3. Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 160

D. Wahl des Vergabeverfahrens 161
I. Schätzung des Auftragswerts 161
II. Vergabeverfahrensarten des GWB-Vergaberechts 162
1. Verfahrenswahl im Geltungsbereich von VgV und Abschnitt 2 der VOB/A 163
a) Verhältnis der Regelverfahren zueinander 163
b) Verhältnis der Spezialverfahren zu den Regelverfahren bzw. der verschiedenen Spezialverfahren zueinander 165
aa) Verhältnis der Spezialverfahren zu den Regelverfahren 165
bb) Verhältnis zwischen wettbewerblichem Dialog und Innovationspartnerschaft 166
cc) Anwendungsvoraussetzung für das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb 167
(1) Missbrauchsverbot 168
(2) Dringlichkeit der Beschaffung 170
(3) Besonderheiten für Leistungen, zu denen der Auftraggeber rechtlich verpflichtet ist 171
(4) Technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten 173
dd) Systematische Einordnung 173

c) Verhältnis Entwicklungskosten – Auftragswert als besondere Voraussetzung für die Wahl der Innovationspartnerschaft 175
aa) Verhältnismäßigkeit 175
bb) Systematische Einordnung 175
cc) Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 177
d) Verfahrensart für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen 177
2. Verfahrenswahl im Sektorenbereich 178
3. Verfahrenswahl bei verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträgen 179
4. Vergabe von Konzessionen 180
5. Verfahrenswahl im Unterschwellenvergaberecht 181
III. Besonderheit: Rahmenvereinbarungen 183
1. Verhältnismäßigkeit 184
2. Systematische Einordnung 187
3. Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 187

E. Vergaberechtliche Anforderungen an Auftragnehmer, Leistung und Auftragsausführung 188
I. Auftragnehmerbezogene Anforderungen im Vergabeverfahren 189
1. Zwingende und fakultative Ausschlussgründe nach den §§ 123 ff. GWB 189
a) Zwingende Ausschlussgründe 189
b) Fakultative Ausschlussgründe 190
c) Dauer des Ausschlusses 193
d) Selbstreinigung 194
e) Sektorenbereich und Konzessionsvergabe 194
aa) Zwingende Ausschlussgründe nur optional anwendbar 194
bb) Zusätzlicher Ausschlussgrund für VS-Aufträge 195
f) Systematische Einordnung 196
g) Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 196
2. Eignung 197
a) Einzelne Eignungsmerkmale 199
aa) Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung (§ 122 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 GWB) 199

bb) Anforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit (§ 122 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 GWB) 200
(1) Mindestjahresumsätze 201
(2) Informationen über Bilanzen 203
cc) Technische und berufliche Leistungsfähigkeit (§ 122 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GWB) 203
dd) Konzessionsvergabe 205
ee) Vergaben im Sektorenbereich 205
b) Das Kriterium des Auftragsbezugs im Rahmen von Eignung und Zuschlag 206
c) Nachweis der Eignung 207
aa) Öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge 207
(1) Einfache Eigenerklärung 208
(2) Einheitliche Europäische Eigenerklärung 209
bb) Bauaufträge 211
cc) Sektorenaufträge 212
dd) Besonderheit: Qualifizierungssysteme, §§ 37, 48 SektVO 213
ee) Konzessionsvergabe 214
ff) Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 214
d) Fazit: Verhältnismäßigkeit bei der Eignungsprüfung 216
3. Besondere Anforderungen für Bietergemeinschaften und bei Unteraufträgen 217
a) Bietergemeinschaften 217
aa) Eigenart der Anforderungen und Rechtfertigung 218
bb) Verhältnismäßigkeit 219
cc) Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 220
b) Unteraufträge und Eignungsleihe 220
aa) Unterauftrag ohne Eignungsleihe 220
(1) Allgemeines 221
(2) Verhältnismäßigkeit 221
bb) Unterauftrag mit Eignungsleihe 222
(1) Verhältnis Unterauftragnahme und Eignungsleihe 222
(2) Inhaftungnahme des Unterauftragnehmers und Verhältnismäßigkeit 223

(3) Einschränkung der Unterauftragnahme in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit: Selbstausführungsgebote nach § 47 Abs. 5 VgV 223
cc) Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 224
II. Leistungsbezogene (Mindest-)Anforderungen im Vergabeverfahren 225
1. Allgemeine Bestimmtheitsanforderungen 226
2. Zulässigkeit von Wahlpositionen 227
3. (Selbst-)Bindung des Auftraggebers an die Leistungsmerkmale 227
4. Qualitative, innovative, soziale und umweltbezogene Kriterien in der Leistungsbeschreibung 228
5. Besonderheit: Gütezeichen als Nachweis 230
6. Produktscharfe Ausschreibungen 231
7. Konzessionsvergabe 232
8. Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 233
III. Anforderungen an die Auftragsausführung und Vertragsbedingungen 234
1. Besondere Ausführungsbedingungen gem. § 128 Abs. 2 GWB 235
2. Besonderheiten der Bauvergabe 237
3. Rechtliche Überprüfung von Auftragsbedingungen 241
4. Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 242
F. Vergabeverfahrensrecht 242
I. Bekanntmachung 243
1. Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte 243
a) Besonderheiten: Vorinformation und Bekanntmachung im Rahmen eines Qualifizierungssystems 244
b) Verhältnismäßigkeit 245
2. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte 245
II. Ausgestaltung des Vergabeverfahrens 245
1. Allgemein: Fristen in Vergabeverfahren 245
a) Verhältnismäßigkeit 246
b) Systematische Einordnung 248
c) Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 248

2. Insbesondere: Angemessene Aktualisierungsfrist bei Rahmenvereinbarungen im Anschluss an die Einreichung der Angebote in Form elektronischer Kataloge 249
a) Verhältnismäßigkeit 249
b) Systematische Einordnung 250
c) Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 250
3. Begrenzung der aufzufordernden Bewerber 250
a) Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb 250
aa) VgV bzw. VOB/A Abschnitt 2 250
bb) SektVO 253
cc) Besonderheit: Planungswettbewerbe 254
b) Anbieterauswahl beim Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb 255
c) Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 256
4. Vergütung für erbrachte Leistungen vor Zuschlagserteilung 256
a) Anwendbarkeit 256
b) Systematische Einordnung 259
c) Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 260

G. Prüfung und Wertung der Unterlagen 260
I. Formelle Prüfung der Angebote und Nachforderung von Unterlagen 261
1. Ausschluss aus formalen Gründen 261
a) Geltungsbereich der VgV sowie des Zweiten Abschnitts der VOB/A 261
b) Geltungsbereich der SektVO 264
2. Nachforderung von Unterlagen 265
a) Verhältnismäßigkeit im Geltungsbereich der VgV 266
b) Verhältnismäßigkeit im Geltungsbereich von Abschnitt 2 der VOB/A sowie der SektVO 267
c) Möglichkeit des grundsätzlichen Ausschlusses der Nachforderung 267
d) Systematische Einordnung 268
3. Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 269
II. Preisprüfung der Angebote 270
1. Angebotspreis ungewöhnlich niedrig: Aufklärungspflicht 270
2. Rechtsfolge einer unzureichenden Aufklärung 271

3. Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 272
III. Angebotswertung und Zuschlag 272
1. Wirtschaftlichkeit: bestes Preis-Leistungs-Verhältnis 274
a) Umwelt- und Qualitätsbezogene Aspekte 274
b) Leistungsbezug 275
c) Missbräuchliche Verwendung von Zuschlagskriterien 277
2. Gewichtung der Zuschlagskriterien 277
a) Gewichtungsspannen 278
b) Bewertungsmethode 279
3. § 55 SektVO: Drittlandsklausel 280
4. Besonderheiten der Konzessionsvergabe 281
5. Zusammenfassung: Verhältnismäßigkeit im Rahmen des Zuschlags 282
6. Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 283
IV. Sonderregelungen für bestimmte Auftragsgegenstände 283
1. Energieverbrauchsrelevante Leistungen 283
2. Straßenfahrzeuge 285
3. Korrespondierende Normen der SektVO (§§ 58, 59) 286
4. Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 287

H. Aufhebung des Vergabeverfahrens 287
I. Allgemeines 287
II. Die Fallgruppen im Einzelnen 289
III. Sektorenverordnung 291
IV. Verhältnismäßigkeit bei der Verfahrensaufhebung 292
V. Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 292

I. Dokumentation und Rechtsschutz 293
I. Dokumentationspflichten 293
1. VgV und 2. Abschnitt der VOB/A 293
2. SektVO 294
3. Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 294
II. Informations- und Wartepflicht 295
1. Informations- und Wartepflicht, § 134 f. GWB 295
2. Rechtsfolge bei Verstoß: Unwirksame Auftragserteilung 296
3. Verhältnismäßigkeit 298
4. Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 298
III. Nachprüfungsverfahren 299
1. Rügeobliegenheit, § 160 Abs. 3 S. 1 GWB 299

2. Präklusionsermessen der Vergabekammer, § 167 Abs. 2 GWB 300
3. Entscheidungsspektrum der Vergabekammer 302
4. Verlängerung der aufschiebenden Wirkung 304
5. Zusammenfassung: Verhältnismäßigkeit im Nachprüfungsverfahren 304

J. Vertragsmodifikationen 305
I. Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit 305
II. Kündigung von öffentlichen Aufträgen in besonderen Fällen 308
1. Einzelne Kündigungsgründe 308
2. Verhältnismäßigkeit 310
3. Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 310

KAPITEL IV: Ergebnis der Auswertung und Schlussfolgerungen für die Verhältnismäßigkeitsprüfung 311

A. Verhältnismäßigkeit nicht anwendbar 312

B. Verhältnismäßigkeit anwendbar 317
I. „Klassische" Funktion 317
II. Verhältnismäßigkeit und sogenannte „strategische" Vergabe 318
III. „Umgekehrt klassische" Funktion 321
IV. Verhältnismäßigkeit als prozessuales Prinzip 324

C. Vergleich GWB- und Haushaltsvergaberecht 325

D. Folgerungen und Ausblick 328
I. Zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit: Eine Verortung der Verhältnismäßigkeit 328
II. Verhältnismäßigkeit im Mehrebenensystem: Prozess einer Angleichung 331
III. Funktionale Diffusion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes 333

THESEN 336

Bibliographie 341

Einführende Bemerkungen

Mit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016[1] ist zu den Grundsätzen des Vergaberechts ein alter Bekannter hinzugetreten: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wurde in § 97 Abs. 1 S. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) als Vergabegrundsatz eingeführt und damit auch für das Vergaberecht explizit einfachrechtlich für anwendbar erklärt. Auch in die für Aufträge unterhalb der Schwelle geltenden vergaberechtlichen Regelwerke, namentlich in die Basisparagraphen in Teil A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A)[2] sowie die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)[3] wurde der Grundsatz aufgenommen.

In der Begründung zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016 heißt es, die Aufnahme der Verhältnismäßigkeit in die Riege der Vergabegrundsätze geschehe lediglich zur Klarstellung.[4] So folge die Geltung des Grundsatzes bereits ausdrücklich aus dem unionalen Richtlinienrecht.[5] In den einschlägigen Kommentaren wird stets auf die Gesetzesbegründung und die in ihr befindlichen Verweise auf die Vergaberichtlinien hingewiesen,[6] teils ergänzt durch einen Hinweis auf die Geltung des Grundsatzes als ungeschriebener, allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts[7] und auf diesen Befund bestätigende EuGH-Entscheidungen[8]. Darüber hinaus wird die Anwendbarkeit verfassungsrechtlich mit dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG[9] oder gar den Grundrechten[10] untermauert.

Diese in der Gesetzesbegründung aufgestellte These des klarstellenden Charakters des neuen Vergabegrundsatzes wurde bislang nicht wissenschaftlich überprüft. Sie wäre widerlegt, wenn Konstellationen existierten,

---

1 Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, BGBl. 2016 I v. 23.2.2016, S. 203 ff.
2 § 2 Abs. 1 S. 2 VOB/A 2019, BAnz AT 19.2.2019 B2.
3 § 2 Abs. 1 S. 2 UVgO, BAnz AT 07.02.2017 B1.
4 BT-Drucks. 18/6281, S. 67 f.
5 Namentlich aus Art. 3 Abs. 1 RL 2014/23/EU, Art. 18 Abs. 1 RL 2014/24/EU und Art. 36 RL 2014/25/EU, dazu im Einzelnen u. Kap. II (ab S. 94).
6 *Dörr,* in: Burgi/Dreher, Beck VergabeR I, § 97 Abs. 1 GWB Rn. 1.
7 *Müller,* in: Kulartz/Kus u. a., GWB, § 97 Rn. 54.
8 *Ziekow,* in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 56.
9 *Weiner*, § 1: Grundsätze des Vergaberechts, Rn. 45; *Dörr,* in: Burgi/Dreher, Beck VergabeR I, § 97 Abs. 1 GWB Rn. 55.
10 *Fehling,* in: Pünder/Schellenberg, Hk-Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 74.

in denen der in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB normierte einfachgesetzliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dazu führen würde, dass Verhältnismäßigkeitserwägungen anzustellen sind, ohne dass sich dies bereits aus höherrangigem Recht ergäbe. Ferner würde sie erschüttert, wenn die Art und Weise der Verwendung des Grundsatzes nicht hergebrachten Grundsätzen entsprechen würde.

Im Rahmen dieser Arbeit sollen die Normen des Vergaberechts daraufhin untersucht werden, ob, in welcher Funktion und mit welcher Systematik darin Raum für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes besteht. Ergebnis der Untersuchung ist einerseits eine thematisch eingegrenzte Normauslegung des gesamten Vergaberechts, potenziell ergeben sich aus den Untersuchungen aber auch neue Erkenntnisse für das Verständnis des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als einer der prägendsten Grundsätze der Rechtsanwendung. Es werden die vergaberechtlichen Normen im GWB, in der Sektorenverordnung und in Abschnitt 2 der VOB/A und zusätzlich auch die für Aufträge unterhalb der unionsrechtlichen Schwellenwerte anzuwendenden Regelwerke (Abschnitt 1 [Basisparagraphen] der VOB/A sowie UVgO) im Einzelnen betrachtet.[11] Kommt die Untersuchung zu dem Ergebnis, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anwendbar ist, werden außerdem die bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigenden Belange sowie Maßgaben für deren Gewichtung dargestellt, soweit dies abstrakt möglich ist. Schließlich wird herausgearbeitet, aus welcher gesetzgeberischen Intention heraus wer sich gegenüber wem auf die Verhältnismäßigkeit berufen kann und was die rechtliche Grundlage für die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung ist, mithin ob der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt durch höherrangiges Recht induziert ist oder doch einmal der einfachrechtliche Grundsatz zum Tragen kommt.

Vielleicht noch relevanter für die Rechtspraxis ist daneben die Identifikation von Normen bzw. Anwendungsfällen, in denen der Grundsatz nach Auslegung und systematischer Einordnung der Norm nicht zur Anwendung gelangt, obwohl Verhältnismäßigkeitserwägungen im gegebenen Kontext theoretisch denkbar wären. Auch diese Fälle werden dargestellt und die Gründe für die Nichtgeltung herausgearbeitet.

Den vergaberechtsspezifischen Ausführungen ist eine Bestandsaufnahme der wissenschaftlichen Aufarbeitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorangestellt.[12] Herkunft, wesentliche Merkmale, auch die Rechtsna-

---

11 Kap. III (ab S. 127).

12 Kap. I (ab S. 29); die Herstellung des Bezugs zum Vergaberecht folgt in Kap. II (ab S. 94).

tur des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes werden in Auseinandersetzung mit den verfügbaren, wissenschaftlichen Aufarbeitungen erörtert. In chronologischer Reihenfolge wird hier zunächst die historische Entwicklung des Verständnisses der Verhältnismäßigkeit nachgezeichnet, teils wird der Grundsatz unter Berücksichtigung der Forschung aus neuerer Zeit neu interpretiert und bewertet. Die abschließende Auswertung[13] soll alle Teile der Arbeit zusammenführen. Die Ergebnisse der Untersuchung der Normenanalyse werden mit den Befunden der ersten beiden Teile abgeglichen. Schließlich wird dargelegt, inwieweit angesichts der gefundenen Ergebnisse eine Weiterentwicklung des bisherigen wissenschaftlichen Besitzstands der Verhältnismäßigkeit angezeigt ist. Die theoretische Grundlegung zu Beginn dieser Arbeit soll demzufolge nicht nur das wissenschaftliche Fundament der oben beschriebenen, auf das Vergaberecht bezogenen Ausführungen bilden. Vielmehr dient sie auch als Ausgangspunkt für die im letzten Teil zu ziehenden Rückschlüsse aus den Ergebnissen der Analyse des Vergaberechts für das allgemeine Verständnis des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im (rechts-)wissenschaftlichen Diskurs.

Die Ausführungen in Kapitel I beschränken sich dabei nicht nur auf die originär rechtswissenschaftliche Herleitung und Rechtfertigung des Grundsatzes, sondern beschäftigen sich daneben auch mit seiner außerrechtlichen Fundierung und deren Verarbeitung in (rechts-)wissenschaftlichen Arbeiten.[14] Wie zu zeigen sein wird, stehen neben der Einordnung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Rechtsprinzip allgemeinere rechts- und sozialphilosophische bzw. -anthropologische Ansätze, welche die Verhältnismäßigkeit als vor- bzw. außerrechtliches Prinzip ansehen. Anders als die dogmatische Betrachtung wird der Grundsatz dabei nicht in konkreten Normen oder Normarten verankert, sondern als übergeordnetes Argumentationsschema oder auch Denkmuster verstanden, welches u. a. im Rechtsdiskurs zur Anwendung gelangt, darüber hinaus aber auch viele weitere Anwendungsfelder im menschlichen Denken hat. Dabei wird die Verhältnismäßigkeit teilweise als konstitutiver Bestandteil des modernen Rechtsbegriffs zumindest in dessen systematisch-teleologischer Interpretation, teilweise gar als Grundkategorie menschlichen Handelns eingeordnet.

Schließlich wird die Anwendung des Grundsatzes nach der gängigen juristischen Methodenlehre, wie sie unabhängig von der Herleitung des Grundsatzes sowohl in der Ausbildung als auch in der Rechtspraxis zur

13 Kap. IV (ab S. 310).
14 S. u. Kap. I A.II. (ab S. 44).

Anwendung kommt, dargestellt.[15] Auf die diesbezüglichen Unterschiede zwischen deutschem sowie Unionsrecht wird hingewiesen.

Das Vergaberecht eignet sich aufgrund seiner ungewöhnlichen Systematik für eine vergleichende Analyse der Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Mehrebenensystem besonders gut. In Deutschland ist es gekennzeichnet durch eine Zweiteilung in ein Unter- sowie ein Oberschwellenvergaberecht. Bei Erreichen eines bestimmten, unionsrechtlich vorgegebenen Schwellenwerts findet ein ganzer Strauß[16] von (teilweise nur geringfügig voneinander abweichenden) unionsrechtlichen Richtlinien Anwendung, die das Vergabeverfahren im Einzelnen regeln. Ebenfalls nur einschlägig für das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte – im Weiteren auch GWB-Vergaberecht genannt – sind die Rechtsmittelrichtlinien[17], die Mindestvorgaben für wirksamen Rechtsschutz gegen Vergabeentscheidun-

---

15 S. u. Kap. I A.IV. (ab S. 50).

16 Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, zuletzt geändert durch Delegierte Verordnung (EU) 2019/1827 der Kommission vom 30. Oktober 2019 zur Änderung der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf den Schwellenwert für Konzessionen [im Folgenden: KonzVRL]; Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, zuletzt geändert durch Delegierte Verordnung (EU) 2019/1828 der Kommission vom 30. Oktober 2019 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge sowie für Wettbewerbe [im Folgenden: VRL]; Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, zuletzt geändert durch Delegierte Verordnung (EU) 2019/1829 der Kommission vom 30. Oktober 2019 zur Änderung der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge sowie für Wettbewerbe [im Folgenden: SektVRL].

17 Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe; Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe.

gen sicherstellen. Unterhalb der erwähnten Schwellenwerte richtet sich die Vergabe öffentlicher Aufträge dagegen weiterhin traditionell weniger nach wettbewerblichen, sondern nach haushaltsrechtlichen Grundsätzen. Zwar soll auch hier die wettbewerbliche Vergabe die Regel sein, allerdings ist der Wettbewerb nicht Hauptzweck, sondern nur Mittel für eine möglichst effiziente und haushaltsschonende Bedarfsdeckung durch die öffentliche Hand. Es besteht nur ein fragmentarischer Rechtsschutz für Wettbewerber.

Diese strenge Zweiteilung nach Schwellenwerten wird durch die Rechtsprechung des EuGH durchbrochen, nach der auch bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte für jeden Einzelfall nach allgemeinen Kriterien zu prüfen ist, ob ein grenzüberschreitendes Interesse am Auftrag besteht. Wird dies bejaht, finden auf den Auftrag zwar nicht das oben genannte sekundäre Richtlinienrecht, wohl aber das primäre Unionsrecht, insbesondere die europäischen Grundfreiheiten, Anwendung.[18]

Trotz der im Ansatz unterschiedlichen Interessenlagen wurde das Vergaberecht für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte dem GWB-Vergaberecht auch normativ immer weiter angepasst, zuletzt durch Einführung der UVgO. Wie oben bereits erwähnt, gilt beispielsweise nunmehr auch im Haushaltsvergaberecht gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 VOB/A bzw. § 2 Abs. 1 S. 2 UVgO der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die Angleichung des Haushalts- an das GWB-Vergaberecht dient der gesetzgeberisch intendierten Vereinfachung des Vergaberechts.

Die Ausgestaltung des Vergaberechtes ermöglicht es, die überwiegend parallel ausgestalteten Regime dies- wie jenseits des Schwellenwertes miteinander zu vergleichen. Prägendster Unterschied für beide Regime ist die Geltung bzw. Nichtgeltung des Unionsrechts. Ein und derselbe Rechtsbereich existiert durch die Aufspaltung in das GWB- bzw. Haushaltsvergaberecht zweimal: einmal mit und einmal ohne unionsrechtliche Bindungen. Durch einen Vergleich der beiden Rechtsbereiche können also die Auswirkungen des Unionsrechts – auch für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – herausgearbeitet werden.[19]

Mit diesem Ziel vergleicht die Arbeit die Normen des GWB-Vergaberechts mit den korrespondierenden Regelungen des Haushaltsvergaberechts. Die Ergebnisse dieses auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fokussierten Vergleichs können als Indiz dazu dienen, inwieweit trotz fortschrei-

18 S. hierzu u. Kap. II A. (ab S. 95).
19 Einführend Kap. II (ab S. 94).

tender Angleichung die Beibehaltung der Zweiteilung im deutschen Vergaberecht noch sachgerecht ist.

Bei Einführung des europäischen Vergaberechts mag die Entscheidung für die Beibehaltung der bekannten Regelungen zumindest für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte ihre Rechtfertigung gehabt haben. Heute könnte die unterschiedliche normative Behandlung zweier in der Sache identischer, sich nur durch den Auftragswert unterscheidender Lebenssachverhalte als überholt anzusehen sein. Dies gilt insbesondere für die jeweils unterschiedliche Ausgestaltung des Rechtsschutzes: während im GWB-Vergaberecht die Warte- und Informationspflicht wirksamen Primärrechtsschutz sicherstellt, werden die nicht erfolgreichen Bieter im Haushaltsvergaberecht erst im Nachhinein über eine anderweitige Vergabe informiert und können zu diesem Zeitpunkt höchstens Sekundäransprüche geltend machen, für die die allgemeinen Regeln gelten.

KAPITEL I: Die Verhältnismäßigkeit im Unionsrecht sowie im nationalen Recht

Der Untersuchung des Vergaberechts in Teil B wird zunächst eine allgemeine Bestandsaufnahme des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorangestellt.

A. Verhältnismäßigkeitsprinzip in Deutschland

Zunächst wird die Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Deutschland betrachtet. In Teil B wird sodann die Verhältnismäßigkeit im – verglichen mit der deutschen Rechtstradition jüngeren – Unionsrecht beleuchtet.

I. Entstehung und Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Rechtsgrundsatz

Zunächst soll untersucht werden, wo der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz seinen Ursprung hat und wie er sich seitdem zu einem wichtigen Rechtsgrundsatz weiterentwickelt hat.

1. Vorläufer

Die Entstehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird in vielen Arbeiten, die die Verhältnismäßigkeit spezifisch als Rechtsgrundsatz untersuchen, im Deutschland des ausgehenden 18. Jahrhunderts verortet. Erstmals soll *Karl Gottlieb Svarez* den Rechtsgrundsatz in einer Rede im Jahr 1791 erwähnt haben.[20] Eingang in eine Gesetzeskodifikation fand der

20 Darin formuliert er, „‚dass der Staat die Freiheit der Einzelnen nur so weit einzuschränken berechtigt ist, als es notwendig sei, damit die Freiheit und Sicherheit aller bestehen könne.‘ Gleichzeitig ‚müsse der Schaden, welcher durch die Einschränkung der Freiheit abgewendet werden solle, bei weitem erheblicher sein als der Nachteil, welche das Ganze oder auch die Einzelnen durch eine solche

Grundsatz dann in Gestalt des § 10 II 17 des preußischen Allgemeinen Landrechts (prALR),[21] freilich noch ohne dass man seine Sprengkraft für das herkömmliche Verständnis der Polizei damals schon geahnt hätte. Sein Erstarken wird mit der teils als „Vollendung des Rechtsstaats" gepriesenen[22] Schaffung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den deutschen Ländern, die laut *Lorenz von Stein* wiederum Folge einer immer stärkeren Konstitutionalisierung des Staatsrechts war,[23] und deren Rechtsprechung in Verbindung gebracht,[24] obwohl es Vorläufer der Verhältnismäßigkeit bereits zuvor gab. So prüfte das Preußische Obertribunal im ordentlichen Rechtsweg etwa die „Notwendigkeit" staatlichen Handelns.[25] Das Oberverwaltungsgericht in Preußen hat den Grundsatz aber jedenfalls dogmatisch geschärft und ihn in Ansatz gebracht, um polizeiliche Macht in die Schranken zu weisen.[26] Teilweise wird die Geburtsstunde des modernen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gar in seinem berühmten Kreuzbergur-

---

Einschränkung leiden.'", zitiert nach *Kraft*, BayVBl. 2007, 577 (578); vgl. *Schneider*, Zur Verhältnismäßigkeits-Kontrolle, insbesondere bei Gesetzen, S. 393.

21 Wortlaut: „Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey.", vgl. *Schneider*, Zur Verhältnismäßigkeits-Kontrolle, insbesondere bei Gesetzen, S. 394; *Haverkate*, Rechtsfragen des Leistungsstaats, S. 11 ff.

22 *Stolleis*, Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre 1866–1914, S. 90 f.

23 Vgl. die Ausführungen zum Wesen des Rechtsstaats bei *Stein*, Die Verwaltungslehre Bd. 2,1, S. 22, s. zum „Princip der Verwaltung" als Vorläufer des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes S. 57 ff.; vgl. auch *Stolleis*, Geschichte der Polizei in Deutschland, Rn. 44 ff.; zur Entwicklung des Grundsatzes im 19. Jh. s. auch *Wahl*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 824 ff.

24 *Martin/Horne*, Judicial Review 2008, 169 (172 f.).

25 *Rüfner*, DÖV 1963, 719; *Stolleis*, Geschichte der Polizei in Deutschland, Rn. 49 i.V.m Rn. 20; vgl. auch *Wieacker*, Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung, S. 867.

26 Z. B. unverhältnismäßige Schließung eines Geschäfts wegen unzulässigen Branntweinausschanks, PrOVGE 13, 424 (425); vgl. *Kraft*, BayVBl. 2007, 577 (578); weitere Nachweise bei *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, I. und II. Band, S. 223; vgl. aus dieser Zeit auch *Seydel*, Bayerisches Staatsrecht V, S. 10: „Der Zwang darf nicht weitergehen, als der Zweck erheischt."; ausführliche Herleitung aus dem Naturrecht bei *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, I. und II. Band, S. 267 f.; *Fleiner*, Instiiutionen, S. 404 f.; *Laforet*, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 229; vgl. auch *Rüfner*, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 909.

teil[27] gesehen.[28] Nach dieser Herleitung ist die Verhältnismäßigkeit als Figur des Polizeirechts entstanden.[29] Wurde zunächst unter dem Begriff der Notwendigkeit geprüft, ob das verwendete Mittel ein maßvolles Verhältnis zum staatlich (frei) gesetzten Zweck einhielt, wurde später auch die Wertigkeit des hinter diesem Zweck stehenden Rechtsguts mit demjenigen verglichen, welches durch das staatliche Mittel beeinträchtigt ist. In dieser Gestalt hat sich die Verhältnismäßigkeit zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz entwickelt.

In der Bundesrepublik soll das Bundesverfassungsgericht (zeitlich nach dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof[30]) den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach einzelnen Andeutungen spätestens mit dem Apothekenurteil anerkannt haben.[31] Zwar prüft es dort noch nicht in der bekannten Vierstufigkeit[32] und auch die Zuordnung der Prüfung zur Stufe des Eingriffs oder zur Rechtfertigung geht aus dem Urteil nicht hervor. Wesentlich an der Entscheidung ist jedoch, dass die Zulässigkeit des Eingriffs durch einen Vergleich der Schwere der Beeinträchtigung mit dem positiv verfolgten Gesetzeszweck beurteilt wird. Dazu werden drei unterschiedlich schwere Eingriffstypen unterschieden und die Anforderung an deren Rechtfertigung werden je nach Eingriffsstärke modifiziert. Damit ist in dem Urteil der Rechtsgedanke der Verhältnismäßigkeit enthalten, der in der Folge in zahlreichen Entscheidungen aufgegriffen wird.

---

27 PrOVG 9, 353–384 = DVBl. 1985, 219 = VBlBW 1993, 268 ff. mit Anm. *Kroeschell*, VBlBW 1993, 268.

28 So etwa *Leisner-Egensperger*, § 4: Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 42; vgl. auch *Stirn*, Towards a European Public Law, S. 110 ff., auch zur weiteren Entwicklung in Frankreich und Italien.

29 Das zivilrechtliche Notstandsrecht nimmt demgegenüber das Verhältnis widerstreitender materieller Wertigkeiten in Bezug und unterscheidet sich qualitativ vom hier besprochenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, ebenso *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 96 f.; a. A. *Tischbirek*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung, S. 11 ff.

30 Nachweise z. B. bei *Sachs,* in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 145, Fn. 747.

31 BVerfGE 7, 377; *Langheineken*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 134 ff.; *Kaiser*, Jura 2008, 844 (847, 850); *Saurer*, Der Staat 2012, 3 (6); *Wahl*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 828 f.

32 Hierzu ausführlich unten Kap. I A.IV. (ab S. 50).

2. Dogmatische Entfaltung im öffentlichen Recht der BRD und Kritik

Beiträge zur dogmatischen Einhegung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hat es über die Jahre viele gegeben. Die Entwicklung dieser Diskussion wird im Folgenden schlaglichtartig skizziert, wobei insbesondere diejenigen Arbeiten Berücksichtigung finden, die die Debatte um neue Gesichtspunkte bereichert haben.

a) Herbert Krueger, 1950

Als erste Bearbeitung hat sich bereits 1950 *Krueger*[33] mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip auseinandergesetzt, wobei seine Arbeit ähnlich wie die hiesige speziell auf einen Rechtsbereich, nämlich auf die Kartellgesetzgebung, bezogen war. *Krueger* beschäftigte sich auf einer technischen Ebene mit dem Geltungsgrund und dem Anwendungsbereich der Verhältnismäßigkeit. So konnte er bereits eine ungefähre Wirkdimension skizzieren, die er aber keiner genaueren inhaltlichen Untersuchung unterzog.

Krueger leitete infolge der Stärkung der Grundrechte in der Verfassungswirklichkeit des Grundgesetzes die Geltung des Prinzips aus den Grundrechten und der allgemeinen Konzeption des Grundgesetzes ab. Er postulierte in Anknüpfung und Weiterentwicklung an die zitierten Gedanken *von Steins* und *Mayers* zur Entstehung des Rechtsstaats die gedankliche Figur der Legalitätsvermutung für individuellen Freiheitsgebrauch.[34] Die Idee vom durch Gesetze gezügelten Rechtsstaat wird so prüfungstechnisch verortet. Anders als noch *von Stein*, der die Begrenzung staatlicher Macht als eine Selbstzügelung des Staates auffasste, die letztlich in dessen bestem Interesse liege[35], wird die Legitimität staatlichen Handelns wohl auch nach den Erfahrungen des Dritten Reiches bei *Krueger* grundsätzlich in Zweifel gezogen und nur vorbehaltlich der besonderen Rechtfertigung insbesondere gegenüber gleichwertigen Individualgütern gestattet.[36] Für die Ermittlung der zulässigen Eingriffsintensität kann nach *Krueger* das Prinzip der Verhältnismäßigkeit herangezogen werden, welches sich aus dieser Gleichordnung ableiten lassen soll.[37] Damit ist die Basis für die Geltung des

33 *Krueger*, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung.
34 *Krueger*, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 13 ff.
35 S. o. Fn. 23.
36 *Krueger*, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 22 ff.
37 *Krueger*, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 27 f.

Grundsatzes zutreffend beschrieben, wobei *Krueger* allerdings nicht näher ausführte, wie die Verhältnismäßigkeit methodisch und inhaltlich ausgefüllt werden kann. Auch war ihr Geltungsgrund mit den Grundrechten zwar bezeichnet, jedoch bleibt im Unklaren, wo genau sie rechtstheoretisch-funktional zu verorten ist.

b) Rupprecht von Krauss, 1954

Die erste Arbeit, die sich schon ihrem Titel nach ausschließlich dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widmet, ist *von Krauss*' im Jahr 1954 veröffentlichte Dissertation. *Von Krauss* unternimmt die dogmatische Verortung des Grundsatzes ausgehend von dessen ethisch-philosophischer Fundierung. Er sieht die Verhältnismäßigkeit – wie im Übrigen auch die Grundrechte – im Anschluss an *Carl Schmitt* als vor- und überstaatliches Naturrecht an, das der Staat nicht selbst geschaffen hat, dessen Geltung er jedoch anerkennt.[38] Herzuleiten sei die Verhältnismäßigkeit aus der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, die nicht nur einen absoluten Kernbereichsschutz beinhalte, sondern diesen logisch mit einem abgeschwächten Randbereichsschutz verbinde.[39] Die Reichweite des Randbereichsschutzes wird danach durch die Verhältnismäßigkeit bestimmt. Dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Grundgesetz nicht explizit genannt wird, liegt nach *von Krauss* an seiner ohnehin selbstverständlichen Geltung. *Von Krauss* geht sogar so weit, den Grundsatz als ungeschriebenes Grundrecht[40] anzuerkennen, welches den geschriebenen gleichstehe und auch selbständig gerichtlich geltend gemacht werden könne.[41] Diese These, die vor allem die Frage der prozessualen Geltendmachung des Grundsatzes einer Klärung zuführt, kann als dogmatische Konkretisierung und Weiterführung von *Kruegers* Ansatz verstanden werden.

---

38 *Krauss*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 39 ff.; zur naturrechtlichen Renaissance im Parlamentarischen Rat s. *Hofer*, Die ideengeschichtlichen Quellen der Grundrechte, S. 184 ff.

39 *Krauss*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 47 ff.

40 So explizit *Krauss*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 41.

41 *Krauss*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 118.

c) Peter Lerche, 1961

Lerche nimmt sich eine umfassende Betrachtung des Übermaßverbotes vor, welche er als Oberbegriff für Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit (im Sinne von Angemessenheit) definiert.[42] Im Mittelpunkt steht für ihn die Bindung der Legislative. Den normativen Geltungsgrund findet *Lerche* nicht in einer einzelnen Bestimmung des Grundgesetzes, sondern in dem allgemeinen Trend weg von Normativität im klassischen Sinne, verstanden als Setzung von Rechtsfolgen, hin zu mehr Einzelfallgerechtigkeit und Abwägungstatbeständen, der sich in vielen Artikeln des Grundgesetzes äußere.[43] Der Anwendungsbereich des Grundsatzes soll sich nicht mit dem der Grundrechte decken, sondern über diesen hinausgehen. Er ist nach *Lerche* immer dann eröffnet, wenn in gegebene, rechtlich geprägte Rechtsbezirke eingewirkt werde.[44] Grundrechtseingriffe blieben indes der wichtigste Anwendungsfall. Eine Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip[45] lehnt *Lerche* dagegen mit der treffenden Begründung ab, es handele sich um einen Zirkelschluss, da dem Rechtsstaatsgebot nur entnommen werden könne, was zuvor in es hineingelegt wurde.[46] Anders als *von Krauss* verneint *Lerche* eine selbständige prozessuale Durchsetzbarkeit des Übermaßverbotes, weniger aus dogmatischen Gründen, sondern weil er kein Bedürfnis dafür erkennen kann. Soweit Grundrechte betroffen seien, müsse darauf ohnehin nicht zurückgegriffen werden. Und „(w)enn gewisse schutzwürdige Bereiche von Haus aus noch nicht prozessual durchsetzbar sein sollen, dann kann es auch nicht sinnvoll sein, just dieses Ergebnis durch die Hintertür einer Subjektivierung des Übermaßverbots einzulassen."[47]

Lerches Behandlung des Grundsatzes umfasst erstmals auch seinen inhaltlichen Gehalt und die konkreten Rechtsfolgen, dessen formalen Charakter er herausstellt. Formale Verfassungsdirektiven – neben dem Übermaßverbot soll es sich um die Zielvorgaben der Gleichheit, Bestimmtheit

42 Die Geeignetheit versteht Lerche hingegen als eigenständigen Grundsatz und behandelt ihn nicht näher, was er im Nachhinein für ein Versäumnis hält, *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, Vorwort S. X.

43 *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 78 ff.

44 *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 22, s. auch Vorwort S. X.

45 So aber noch heute das BVerfG, z. B. NVwZ 2018, 140 (146); BVerfGE 108, 129 (136); 76, 256 (359).

46 *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 32 ff.; vgl. zur Kritik auch *Dechsling*, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, S. 114, Fn. 148 m. w. N.

47 *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 319.

und Geeignetheit handeln[48] – steuerten die Entscheidung des Gesetzgebers. Das Gesetz treffe die Entscheidungen über Rechtsfolgen nicht selbst, sondern gebe nur formale Kriterien zu deren Findung vor.[49] Die Bindung im Bereich der Erforderlichkeit sei dabei „handgreiflicher"[50] als die der Verhältnismäßigkeit, deren Anwendung dennoch nicht in eine reine Billigkeitsentscheidung abgleiten dürfe.[51] Insgesamt wird die Gesetzgebung seiner Auffassung nach der gerichtlichen Kontrolle untergeordnet und damit einer Exekutiventscheidung angenähert. *Lerche* fasst seine Analyse folgerichtig unter dem Stichwort „Lehre vom gesetzgeberischen Ermessen" zusammen.

d) Kritik am Dezisionismus

Damit legte *Lerche* zugleich auch die Basis für die in der Folge auch bedingt durch die als immer extensiver empfundene Rechtsprechung des BVerfG sich regende Kritik an der Wirkweise der Grundrechte und insbesondere am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. *Peters* machte beispielsweise geltend, die Entwicklung der (Verfassungs-)Rechtsprechung mit immer differenzierteren Vorgaben führe zu einer vom Grundgesetz nicht bezweckten Politisierung der Gerichte. Sie verstoße letztlich auch gegen die Gewaltenteilung, da die Ermessensentscheidung des Gesetzgebers infolge der Überprüfungsmöglichkeit in der Normenkontrolle durch eine richterliche Entscheidung ersetzt werde, die aber keinen rechtlichen, sondern vielmehr politischen, dezisionistischen Charakter habe.[52] Das BVerfG wird aufgerufen, Zurückhaltung zu üben und nur „klare" Verstöße zu korrigieren. Ähnlich kritisch äußern sich *Forsthoff*[53] und später *Ossenbühl*[54]. Was einen Grundrechtsverstoß jedoch zu einem „klaren" macht bzw. wie sonst eine effektive Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung praktisch ge-

---

48 Zu den Begrifflichkeiten s. o. Fn. 42.
49 *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 61 ff.
50 *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 250.
51 Vgl. etwa *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 229, der sich von einer solchen konturenlosen Verhältnismäßigkeit stets abgrenzt.
52 *Peters*, Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung, S. 247 ff.
53 *Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, S. 138 ff.
54 Für dessen berühmte Bezeichnung als „Gleich- und Weichmacher der Verfassungsmaßstäbe" s. *Ossenbühl*, Maßhalten mit dem Übermaßverbot, S. 151 m. w. N., für eine Begrenzung des Anwendungsbereichs auf Eingriffskonstellationen s. S. 156 ff.; *Ossenbühl*, Jura 1997, 617 (620 f.).

währleistet bleiben kann, bleiben die Kritiker schuldig. Ihr Beitrag zur Debatte zeigt keine dogmatische Alternative auf, sondern beschränkt sich auf einen Aufruf zur Mäßigung gerichtet an die Verfassungsrichter.[55]

e) Bernhard Schlink, 1976

Schlinks Arbeit aus dem Jahre 1976 greift die Kritik auf und versucht, ihr durch eindeutigere dogmatische Vorgaben zu begegnen. Nach einer Untersuchung von Rechtsprechung und Schrifttum verifiziert *Schlink* die These, dass eine Abwägung als „Vorgang der Gewichtung und des Vergleichs von Werten, Gütern, Rechten und Freiheiten" immer ein dezisionistisches Element birgt[56], welches im demokratischen Rechtsstaat der politischen Auseinandersetzung und nicht den Gerichten zugewiesen werden sollte.[57]

Mit seinem eigenen, aus heutiger Sicht irritierenderweise mit „Abwägungsmodell" benannten Vorschlag versucht er sodann, die dezisionistische Angemessenheitsprüfung durch einen rationalen Maßstab zu ersetzen, der ohne eine solche Abwägung auskommt.[58] Wenn auch die Abwägung selbst nicht zu einem einzigen, zwingenden Ergebnis führt, so soll doch der sprachliche Prozess der Begründung rationalen Regeln folgen. Grundrechte sind damit keine materiellen Rechte mehr, sondern lediglich Argumentationslastregeln. Eingriffe in sie sind nach *Schlink* dann erlaubt, wenn der Staat sie überzeugend begründen kann. Mit „Abwägung" bezeichnet er in seinem Modell in Abweichung zum üblichen Verständnis des Begriffs (vergleichendes Wägen) die Beurteilung von Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Maßnahme im Hinblick auf einen aus der Verfassung herzuleitenden, legitimen Zweck. Dies sei ohne Weiteres rational möglich. Nur in seltenen Ausnahmekonstellationen, in denen es über Geeignetheit und Erforderlichkeit hinaus zur Festlegung einer grundrechtsspezifischen, stets unangetastet bleibenden Mindestposition kommt, werde ein Wägen erforderlich.[59] Jedoch finde auch hier keine reine Billigkeitsentscheidung statt, sondern die Mindestposition müsse rational bestimmt

---

55 Ablehnend auch *Böckenförde*, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik, S. 64; im Ergebnis ebenso *Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, S. 300.

56 *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 192, 152 f.; vgl. auch *Endicott*, Proportionality and Incommensurability, S. 311.

57 *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 211.

58 Hier und im Folgenden *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 192 f.

59 *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 193 ff.