

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

Inhaltsübersicht

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 Schrankenschanke der Unionsgrundrechte	77
3. Verhältnismäßigkeit als Schrankenschanke 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) Sektoraufträge	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 Unterauftragsnahme und Eignungsleihe	222
(2) Inhaftungnahme des Unterauftragnehmers und Verhältnismäßigkeit	223

(3) Einschränkung der Unterauftragsnahme 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) Anbietersauswahl 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 2016¹ ist zu den Grundsätzen des Vergaberechts ein alter Bekannter hinzutreten: 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 Basisparagrafen 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 Unionsrechts⁷ und auf diesen Befund bestätigende EuGH-Entscheidungen⁸. Darüber hinaus wird die Anwendbarkeit verfassungsrechtlich mit dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG⁹ oder gar den Grundrechten¹⁰ 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 [Basisparagrafen] 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 Auswertung¹³ 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 Bestands 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 Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes 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 Strauß¹⁶ 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 Rechtsmittelrichtlinien¹⁷, 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“ gepriesenen²² 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*, Institutionen, S. 404 f.; *Laforet*, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 229; vgl. auch *Rüfner*, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 909.