

# Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht

Zur Dogmatik der Entscheidungsspielräume öffentlicher Auftraggeber

Bearbeitet von  
Dr. Robin Ricken

1. Auflage 2014. Buch. 361 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 8487 1162 8  
Gewicht: 545 g

[Recht > Öffentliches Recht > Öffentliches Baurecht, Vergaberecht > Vergaberecht](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Robin Ricken

# Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht

Zur Dogmatik der Entscheidungsspielräume  
öffentlicher Auftraggeber



**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 41

Robin Ricken

# Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht

Zur Dogmatik der Entscheidungsspielräume  
öffentlicher Auftraggeber



**Nomos**

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

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 2013

ISBN 978-3-8487-1162-8 (Print)

ISBN 978-3-8452-5313-8 (ePDF)

1. Auflage 2014

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2014. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| Abkürzungsverzeichnis  | 17 |
| 1. Teil Die Verwaltung zwischen Entscheidungsfreiheit und Gesetzesbindung          | 25 |
| A. Einleitung  | 25 |
| B. Verwaltungs- und Vergaberecht zwischen Freiheit und Bindung                     | 28 |
| I. Verwaltung zwischen Gestaltungsfreiheit und Gesetzesbindung                     | 28 |
| II. Öffentliche Auftragsvergabe zwischen Gestaltungsfreiheit und Gesetzesbindung   | 32 |
| 1. Die Entwicklung der öffentlichen Auftragsvergabe                                | 32 |
| 2. Das Regelungssystem der §§ 97 ff. GWB   | 34 |
| 3. Gestaltungsfreiheit und Gesetzesbindung öffentlicher Auftraggeber               | 38 |
| a) Gestaltungsbedürftige und ergebnisoffene Entscheidungen                         | 38 |
| b) Zu beachtende Bindungen und Einschränkungen                                     | 40 |
| III. Ausgangslage und Ziele der Darstellung  | 42 |
| C. Regelungsstypen und Entscheidungsspielräume im Verwaltungsrecht                 | 45 |
| I. Die systematische Einteilung der verwaltungsrechtlichen Entscheidungsspielräume | 46 |
| 1. Die verschiedenen Arten von Rechtsnormen  | 46 |
| a) Regeln  | 46 |
| aa) Tatbestand   | 47 |
| bb) Rechtsfolge  | 48 |
| b) Prinzipien  | 48 |
| aa) Planungsziele  | 49 |
| bb) Planungsermessen   | 49 |
| cc) Sonderfall: Regulierungsermessen   | 50 |
| c) Zwischenfazit   | 51 |
| d) Regelungsstypus der vergaberechtlichen Rechtssätze                              | 51 |
| 2. Die Strukturierung der Entscheidungsspielräume bei konditionalen Rechtssätzen   | 54 |

*Inhaltsverzeichnis*

|      |  |    |
|------|--|----|
| a)   | Die Trennung von Beurteilungsspielraum und Ermessen                                    | 54 |
| b)   | Kritik an der Trennung von Beurteilungsspielraum und Ermessen                          | 56 |
| c)   | Verschänkungen   | 57 |
| d)   | Stellungnahme  | 58 |
| II.  | Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum                                   | 62 |
| 1.   | Der unbestimmte Rechtsbegriff  | 63 |
| 2.   | Das Bestehen eines Beurteilungsspielraums  | 64 |
| a)   | Normierung von Beurteilungsspielräumen   | 65 |
| b)   | Bemühungen um die Schaffung einer verwaltungsprozessualen Vorschrift                   | 66 |
| c)   | Lösungsansätze der Rechtswissenschaft  | 67 |
| d)   | Lösungsansätze der Rechtsprechung  | 73 |
| aa)  | Prüfungsentscheidungen und prüfungähnliche Entscheidungen                              | 74 |
| bb)  | Beamtenrechtliche Entscheidungen   | 76 |
| cc)  | Entscheidungen weisungsfreier Gremien und Ausschüsse                                   | 77 |
| dd)  | Prognoseentscheidungen   | 77 |
| ee)  | Entscheidungen verwaltungspolitischer Art  | 78 |
| 3.   | Gegenstand des Beurteilungsspielraums und verbleibende Kontrollbefugnisse der Gerichte | 79 |
| 4.   | Zusammenfassung  | 80 |
| III. | Das verwaltungsrechtliche Ermessen   | 81 |
| 1.   | Begriff und Grundlagen   | 81 |
| a)   | Materielles Ermessen   | 82 |
| b)   | Verfahrensermessen   | 85 |
| 2.   | Die Verfassungsmäßigkeit von Ermächtigungen zur Ermessensausübung                      | 86 |
| 3.   | Die Einräumung von Ermessen  | 89 |
| 4.   | Grenzen des Ermessens und gerichtliche Kontrollbefugnisse                              | 92 |
| 5.   | Die Ermessensfehlerlehre   | 94 |
| a)   | Die einzelnen Ermessensfehler  | 95 |
| aa)  | Ermessensnichtgebrauch   | 95 |
| bb)  | Ermessensfehlgebrauch  | 96 |
| cc)  | Ermessensüberschreitung  | 96 |
| b)   | Ermessensfehler und Fehlerfolgen beim Verfahrensermessen                               | 97 |
| 6.   | Zusammenfassung  | 98 |

|   |     |
|---|-----|
| 2. Teil Die Behandlung von Entscheidungsspielräumen in der Rechtsprechung zum GWB-Vergaberecht und zu anderen Verteilungsentscheidungen | 101 |
| D. Die vergaberechtliche Rechtsprechung zu Entscheidungsspielräumen – eine analytische Darstellung                                      | 101 |
| I. Problemaufriss   | 101 |
| II. Rechtsprechungsanalyse  | 103 |
| 1. Die Schätzung des Auftragswertes   | 104 |
| a) Fehlende oder fehlerhafte Schätzung des Auftragswertes   | 106 |
| b) Missbräuchliche Schätzung des Auftragswertes oder Aufteilung des Auftrags  | 108 |
| 2. Die Aufteilung der Aufträge in Lose  | 109 |
| a) Das Gebot der Losaufteilung und seine Durchbrechung (»Ob«)   | 111 |
| b) Die Aufteilung in Lose (»Wie«)   | 113 |
| 3. Die Wahl der Verfahrensart   | 116 |
| 4. Die Leistungsbeschreibung  | 118 |
| 5. Der Ausschluss von Angeboten   | 124 |
| a) Zwingende Ausschlussgründe   | 124 |
| b) Fakultative Ausschlussgründe   | 126 |
| aa) Ausschluss wegen fehlender Erklärungen und Nachweise  | 126 |
| bb) Andere Ausschlussgründe   | 130 |
| 6. Die Eignungsprüfung  | 130 |
| a) Die Begriffe Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Gesetzestreue und Zuverlässigkeit  | 132 |
| b) Eignungsnachweise  | 134 |
| c) Feststellung der Bieterernennung   | 136 |
| d) Öffentlicher Teilnahmewettbewerb   | 139 |
| 7. Die Wertung der Angebote   | 141 |
| a) Die Preisprüfung   | 141 |
| b) Die Angebotswertung  | 143 |
| aa) Die Auswahl der Zuschlagskriterien  | 145 |
| bb) Die Gewichtung der gewählten Zuschlagskriterien   | 146 |
| cc) Die Wertungsentscheidung im Einzelfall  | 146 |
| 8. Die Aufhebung der Ausschreibung  | 150 |
| 9. Weitere Verfahrensschritte mit möglichen Entscheidungsspielräumen  | 152 |

*Inhaltsverzeichnis*

|         |   |     |
|---------|---|-----|
| a)      | Die Einschaltung von Sachverständigen   | 152 |
| b)      | Fristen   | 154 |
| c)      | Angebotsaufklärung und Nachverhandlungen  | 155 |
| d)      | Die Gleichwertigkeit von Nebenangeboten   | 157 |
| 10.     | Zusammenfassung   | 160 |
| E.      | Die Rechtsprechung zu Entscheidungsspielräumen außerhalb des GWB-Vergaberechts – eine vergleichende Darstellung | 162 |
| I.      | Personalauswahlentscheidungen   | 163 |
| 1.      | Beamtenrecht  | 163 |
| 2.      | Personalauswahl außerhalb des Beamtenrechts   | 168 |
| a)      | Bestellung von Notaren  | 169 |
| b)      | Insolvenzverwalterauswahl   | 170 |
| c)      | Überblick über weitere Personalauswahlentscheidungen außerhalb des Beamtenrechts                                | 174 |
| aa)     | Bestellung von Sachverständigen nach der GewO   | 174 |
| bb)     | Bestellung von Sachverständigen nach der RöV  | 176 |
| cc)     | Bestellung von Bezirksschornsteinfegern   | 177 |
| 3.      | Fazit zu Personalauswahlentscheidungen  | 177 |
| II.     | Vergabe von Dienstleistungsaufträgen und Konzessionen außerhalb des Vergaberechts                               | 177 |
| 1.      | Vergabe von Dienstleistungskonzessionen   | 178 |
| a)      | Rechtliche Vorgaben   | 178 |
| b)      | Entscheidungsspielräume   | 180 |
| 2.      | Vergabe von Bodenabfertigungsdiensten   | 182 |
| a)      | Rechtliche Vorgaben   | 182 |
| b)      | Entscheidungsspielräume   | 184 |
| 3.      | Weitere Vergaben von Dienstleistungsaufträgen und Konzessionen außerhalb des Vergaberechts                      | 186 |
| III.    | Fazit   | 187 |
| 3. Teil | Entscheidungsspielräume im GWB-Vergaberecht   | 189 |
| F.      | Rechtsrahmen der vergaberechtlichen Entscheidungsspielräume   | 189 |
| I.      | Europäisches Vergaberecht   | 189 |
| 1.      | Unionsrechtlicher Normenbestand   | 189 |
| 2.      | Europäisches Sekundärrecht  | 191 |
| a)      | Verhältnis zur mitgliedstaatlichen Rechtsordnung  | 191 |
| b)      | Die Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR)   | 193 |

|     |   |     |
|-----|---|-----|
| c)  | Die Rechtsmittelrichtlinie (RMRL)   | 195 |
| d)  | Zwischenergebnis  | 196 |
| 3.  | Europäisches Primärrecht  | 197 |
| a)  | Primärrechtliche Ausgangslage und Verhältnis zum<br>Sekundärrecht                     | 197 |
| b)  | Grundfreiheiten   | 198 |
| aa) | Bedeutung und Schutzgehalt der<br>Grundfreiheiten                                     | 198 |
| bb) | Vorgaben aus den Grundfreiheiten  | 200 |
| c)  | Grundrechte auf europäischer Ebene  | 202 |
| aa) | Grundrechtssystem der Europäischen Union  | 202 |
| bb) | Vorgaben aus der EU-Grundrechte-Charta  | 204 |
| cc) | Vorgaben aus der Europäischen<br>Menschenrechtskonvention                             | 207 |
| d)  | Zwischenergebnis  | 209 |
| 4.  | Ergebnis der Untersuchung unionsrechtlicher<br>Vorgaben                               | 209 |
| II. | Nationaler Rechtsrahmen   | 210 |
| 1.  | Verfassungsrecht  | 210 |
| a)  | Die Grundrechtsbindung bei der Vergabe<br>öffentlicher Aufträge                       | 210 |
| b)  | Grundrechtsbindungen öffentlicher Auftraggeber  | 214 |
| c)  | Die bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu<br>beachtenden Grundrechte               | 217 |
| aa) | Die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG  | 218 |
| bb) | Die allgemeine Handlungsfreiheit<br>des Art. 2 Abs. 1 GG                              | 226 |
| cc) | Der allgemeine Gleichheitssatz<br>des Art. 3 Abs. 1 GG                                | 227 |
| dd) | Die Garantie des Rechtsschutzes gegen die<br>öffentliche Gewalt aus Art. 19 Abs. 4 GG | 231 |
| ee) | Fazit   | 238 |
| d)  | Weitere verfassungsrechtliche Vorgaben  | 239 |
| 2.  | Allgemeines Verwaltungsrecht  | 240 |
| a)  | Der Anwendungsbereich des VwVfG   | 240 |
| b)  | Vergabeverfahren als Verwaltungsverfahren im<br>formellen Sinne                       | 242 |
| c)  | Standort der Auftragsvergabe im<br>Koordinatensystem des Verwaltungshandelns          | 244 |
| d)  | Einfluss des VwVfG auf das Vergaberecht   | 246 |
| aa) | Unmittelbare Anwendung des VwVfG im<br>Vergaberecht                                   | 246 |

*Inhaltsverzeichnis*

|      |  |     |
|------|--|-----|
| bb)  | Vergaberecht als gemeinsames Recht   | 248 |
| cc)  | Privatrechtliche Zuordnung des<br>GWB-Vergaberechts  | 248 |
| e)   | Die analoge Anwendung der verwaltungsrechtlichen<br>Ermensslehre im GWB-Vergaberecht         | 251 |
| aa)  | Die Voraussetzungen der Gesetzesanalogie   | 251 |
| bb)  | Vergleichbare Interessenlage   | 253 |
| cc)  | Fazit  | 260 |
| f)   | Die analoge Anwendung des § 114 VwGO im<br>Vergaberecht                                      | 261 |
| g)   | Regelungsvorschlag für das Vergaberecht  | 263 |
| III. | Ergebnis   | 265 |
| G.   | Entscheidungsspielräume öffentlicher Auftraggeber  | 267 |
| I.   | Vergaberechtliche Beurteilungsspielräume   | 267 |
| 1.   | Die Schätzung des Auftragswerts  | 268 |
| a)   | Fehlende oder fehlerhafte Schätzung des<br>Auftragswerts                                     | 269 |
| aa)  | Prognosebegriff  | 270 |
| bb)  | Prognosebasis  | 270 |
| cc)  | Prognosemethode  | 271 |
| dd)  | Auswirkungen für die vergaberechtliche<br>Nachprüfung  | 273 |
| b)   | Missbräuchliche Schätzung des Auftragswerts<br>oder Aufteilung des Auftrags                  | 274 |
| 2.   | Das Vorliegen wirtschaftlicher oder technischer<br>Gründe i.S.d. § 97 Abs. 3 S. 3 GWB        | 274 |
| 3.   | Tatbestandsvoraussetzungen für die verschiedenen<br>Verfahrensarten                          | 277 |
| 4.   | Die Leistungsbeschreibung  | 285 |
| 5.   | Der Ausschluss von Angeboten   | 292 |
| a)   | Die ausnahmsweise Zulassung grundsätzlich<br>zwingend auszuschließender Bewerber oder Bieter | 292 |
| b)   | Der Ausschluss aufgrund einer schweren<br>Verfehlung   | 296 |
| aa)  | Der konkrete Ausschluss  | 298 |
| bb)  | Der generelle Ausschluss, sog. Auftragssperre  | 298 |
| 6.   | Die Eignungsprüfung  | 299 |
| a)   | Die Bestimmung der Eignungsanforderungen   | 299 |
| b)   | Der Umfang der geforderten Eignungsnachweise   | 301 |
| c)   | Die Feststellung der Bieter eignung  | 305 |

|         |  |     |
|---------|--|-----|
| d)      | Auswirkungen für die vergaberechtliche Nachprüfung                                 | 308 |
| 7.      | Die Wertung der Angebote   | 308 |
| a)      | Die Unangemessenheit des Preises   | 308 |
| b)      | Die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots  | 310 |
| aa)     | Die Auswahl der Zuschlagskriterien   | 310 |
| bb)     | Die Gewichtung der ausgewählten Zuschlagskriterien                                 | 312 |
| cc)     | Die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots  | 313 |
| c)      | Auswirkungen für die vergaberechtliche Nachprüfung                                 | 315 |
| 8.      | Ausführungsbedingungen   | 315 |
| 9.      | Die Aufhebung der Ausschreibung aus anderen schwerwiegenden Gründen                | 318 |
| 10.     | Die Gleichwertigkeit von Nebenangeboten  | 319 |
| II.     | Vergaberechtliches Ermessen  | 321 |
| 1.      | Verfahrensermessen   | 322 |
| a)      | Vergaberechtliches Verfahrensermessen  | 322 |
| b)      | Folgen einer fehlerhaften Ausübung des vergaberechtlichen Verfahrensermessens      | 325 |
| c)      | Einzelbetrachtungen  | 327 |
| aa)     | Die Verfahrenswahl   | 327 |
| bb)     | Die Bestimmung der vorzulegenden Eignungsnachweise                                 | 329 |
| 2.      | Materielles Ermessen   | 331 |
| a)      | Vergaberechtliches Ermessen bei materiellen Entscheidungen                         | 331 |
| b)      | Folgen einer fehlerhaften Ausübung des materiellen Ermessens                       | 333 |
| c)      | Einzelbetrachtungen  | 334 |
| aa)     | Die Auswahl geeigneter Bewerber im Teilnahmewettbewerb                             | 334 |
| bb)     | Das Absehen von zwingenden Ausschlussgründen gem. § 6 Abs. 4 Nr. 3 VOB/A-EG (2012) | 335 |
| 4. Teil | Fazit  | 337 |
|         | Literaturverzeichnis   | 343 |