

Name
Straße
Ort

Matrikel Nr.
6. Semester Jura

**Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene
bei Prof. Dr. X
Sommersemester 2000
1. Hausarbeit**

Sachverhalt

1. Fragestellung: Die X-GmbH ist eine Landentwicklungsgesellschaft, deren Gesellschafter die baden-württembergische Stadt S, der Landkreis L und die Volksbank in S mit gleichen Gesellschaftsanteilen sind. Ihren Sitz hat die X-GmbH in der Stadt S. Die Aufgaben der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrag bestehen im An- und Verkauf von Grundstücken in S und L zu Entwicklungszwecken der Kommunalkörperschaften sowie im Bau von Wohnungen jeder Art, die die Gesellschaft verkauft oder vermietet. Gelegentlich wird die GmbH auch zu Tätigkeiten nach § 4b BauGB herangezogen. Auf allen Tätigkeitsfeldern steht sie im Wettbewerb mit privaten Maklern, Bauträgern und Entwicklungsgesellschaften. Ihre Finanzierung deckt sie durch Gewinne und am Kapitalmarkt.

Die X-GmbH plant ein Wohnbauprojekt mit einer Gesamtauftragssumme von etwa 15 Mio. DM. Die entsprechenden Bauleistungen sollen Bauunternehmer erbringen, mit denen sie schon früher zusammen gearbeitet hat und die sie ansprechen und zur Abgabe eines Angebots formlos auffordern will. Aus Fachkreisen wird sie jedoch darauf hingewiesen, daß sie dem Vergaberecht für öffentliche Verwaltungen unterliege, das auf der Grundlage der Richtlinie 93/37/EWG vom 14.6.1993 – der sog. Baukoordinierungs-RL, BKR – (ABl EG Nr. L 199 S. 54) und der Richtlinie 89/665/EWG vom 21.12.1989 (ABl EG Nr. L 395 S. 33) heute vor allem in den §§ 97ff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) enthalten sei. Die X-GmbH ist zwar der Meinung, dass sie als gemischt-wirtschaftliches Unternehmen nicht zur Verwaltung gehöre und auch keine typischen Verwaltungsaufgaben wahrnehme, sie will jedoch sichergehen und möchte daher rechtswissenschaftlich beraten sein, ob sie bei der Durchführung des genannten Bauprojekts das Vergaberecht der öffentlichen Hand einhalten muss. Beraten Sie sie!

2. Fragestellung: Unterstellen Sie, das Vorhaben unterfalle den §§ 97ff GWB und demgemäß seien die erforderlichen europaweiten Bekanntmachungen der Ausschreibung erfolgt! In ihnen hat die X-GmbH erklärt, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlich

III

günstigste Angebot erfolgt, dass aber Bieter bevorzugt berücksichtigt werden sollen, die zu einem erheblichen Teil in der Region ansässige Arbeitnehmer beschäftigen. Die zu erbringende Leistung wurde in der Ausschreibung detailliert beschrieben. Auf eine besondere Dringlichkeit des Projekts ist nicht hingewiesen worden. Daraufhin sind fünf Angebote eingegangen, darunter die der Unternehmen A und B. Die X-GmbH hat diese geprüft und die Auswahl getroffen. Sie hat dem Unternehmen B den Zuschlag erteilt. Dem A erläutert sie auf Rückfrage: Sein Angebot habe im übrigen zwar dem des B nicht nachgestanden; B sei aber aus zwei Gründen der Vorzug gegeben worden: Zum einen beschäftige er doppelt so viele Arbeitnehmer aus der Region; selbst wenn man aber auf dieses Kriterium keinen Wert lege, sei das Angebot des B vorzugswürdig gewesen, für die Bauausführung habe sich in der Zwischenzeit nämlich eine besondere Eilbedürftigkeit ergeben, der B nachweislich besser nachkommen werde.

A ruft daraufhin die Vergabekammer an und beantragt festzustellen, dass die Auswahlentscheidung der X-GmbH vergaberechtswidrig sei, ihn in seinen Bieterrechten verletze und ihm Schaden zufüge. Er begründet das wie folgt: Die Beschäftigung von Arbeitnehmern aus der Region sei ein vergabefremdes Kriterium, das nach deutschem Recht und nach EG-Recht keine Rolle hätte spielen dürfen; zudem seien die Zuschlagskriterien unzulässig verschoben worden, und schließlich liege ein Verstoß gegen den vergaberechtlichen Neutralitätsgrundsatz vor, denn die Ehefrau eines der beiden Geschäftsführer der GmbH, die gemeinsam die Auswahlentscheidung getroffen hätten, sei als Rechtsanwältin früher wiederholt für B tätig geworden. Die X-GmbH entgegnet: Der Antrag sei schon deshalb unzulässig, weil in der Zwischenzeit der Zuschlag erteilt und damit der Vertragsschluss erfolgt sei; im übrigen habe A die schon aus der Ausschreibung ersichtliche Bevorzugung regionaler Beschäftigungsimpulse früher rügen müssen, jetzt sei das Rügerecht verwirkt; aber auch in der Sache selbst könne der Antrag keinen Erfolg haben, denn als Gesellschaft, an der kommunale Selbstverwaltungskörperschaften wesentlich beteiligt seien, sei sie der Förderung regionaler Belange nach Art. 28 Abs. 2 GG besonders verpflichtet; was die Eilbedürftigkeit der Bauausführung und den beanstandeten Wechsel der Zuschlagskriterien betreffe, so folge sie nur dem, was die Öffentlichkeit verlange; Neutralitäts- und Befangenheitsvorschriften schließlich, wie sie das Verwaltungsverfahrensgesetz und die Gemeindeordnung kennen, seien hier schon

IV

deshalb nicht anwendbar, weil es sich um den Abschluss eines privatrechtlichen Bauvertrages handele.

Wie wird die Vergabekammer über den Antrag des A entscheiden?

Inhaltsübersicht

A. Anwendbarkeit des Vergaberechts	1
I. Qualität als öffentlicher Auftraggeber, § 98	1
II. Öffentlicher Auftrag, § 99 Abs. 1	6
III. Schwellenwerte, § 100 Abs. 1	7
IV. Ausnahmen, § 100 Abs. 2	8
V. Einzuhaltendes Vergabeverfahren, § 101	8
VI. Ergebnis	8
B. Entscheidung der Vergabekammer	8
I. Zulässigkeit des Antrags	8
II. Verletzung subjektiver Rechte	17
III. Ergebnis	25

Literaturverzeichnis

- Alpmann / Alpmann / Mohr** Gesellschaftsrecht, 8. Auflage, Münster 1995
(zitiert: AS GesR)
- Achterberg** Privatrechtsförmige Verwaltung, JA 10/1985
- Bechtold** Kartellgesetz. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. (GWB). 2. Auflage, München 1999
(zitiert: Bechtold)
- Boesen** Vergaberecht. Kommentar zum Vergaberechtsänderungsgesetz einschließlich Nebenvorschriften. 1. Auflage, Köln 1999
(zitiert: Boesen)
- Byok** Das neue Vergaberecht, NJW 38/1998
- Dolzer (Hrsg.)** Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Heidelberg, Stand 1995
(zitiert: *Bearbeiter* in BK)
- Dreier (Hrsg.)** Grundgesetz: Kommentar, Band 1, 1. Auflage, Tübingen 1996
(zitiert: *Bearbeiter* in Dreier)
- Ehlers** Probleme des Verwaltungsprivatrechts, DVBl v. 15.04.1983
- Erichsen (Hrsg.)** Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage, Berlin 1998
(zitiert: *Bearbeiter* in Erichsen, AllgVerwR)
- Geiger** EG-Vertrag. Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2. Auflage, München 1995
(zitiert: Geiger)

- Gröning** Die Grundlagen des neuen Vergaberechtsschutzes. ZIP 2/99
- Heilbronner** Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach den EG-Richtlinien, EWS 9/1995
- Hermes** Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, JZ 19/1997
- Höfler** Die Novelle erobert die Praxis – Erste Entscheidungen zum neuen Vergaberecht, NJW 2/2000
- Jarass / Pieroth** Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 4. Auflage, München 1997
(zitiert: *Bearbeiter* in Jarass/Pieroth)
- Kopp** Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Auflage, München 1996
(zitiert: Kopp)
- Kopp** Die Entscheidung über die Vergabe öffentlicher Aufträge und über den Abschluß öffentlichrechtlicher Verträge als Verwaltungsakte, BayVBl v. 15.10.1980
- Korbion** Kommentar zum Vergaberechtsänderungsgesetz, 1. Auflage, Düsseldorf 1999
(zitiert: Korbion)
- Kösling** § 21 VwVfG und der Rechtsschutz der Betroffenen, NVwZ 5/1994
- Kühne** Anmerkung zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen, JZ 7/1990

VIII

- Maunz / Dürig (Hrsg.)** Grundgesetz, Kommentar, München, Stand 1994
(zitiert: *Bearbeiter* in MD)
- Mangoldt / Klein / Starck** Das Bonner Grundgesetz. Präambel, Artikel 1 bis 19. Band. 1, 4. Auflage, München 1999
(zitiert: *Bearbeiter* in v. Mangoldt/Klein/Starck)
- Münch (Begr.) / Kunig (Hrsg.)** Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München 1992, Band 2, 3. Auflage, München 1995
(zitiert: *Bearbeiter* in v. Münch)
- Neßler** Der Neutralitätsgrundsatz im Vergaberecht, NVwZ 10/1999
- Noch** Begriff des öffentlichen Auftraggebers, NVwZ 10/1999
- Palandt (Begr.)** Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Auflage, München 1999
(zitiert: *Bearbeiter* in Palandt)
- Pieroth** Die Grundrechtsberechtigung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, NWVBl 3/1992
- Pietzcker** Die neue Gestalt des Vergaberechts, ZHR 162 (1998)
- Pietzcker** Rechtsbindungen der Vergabe öffentlicher Aufträge, AöR 107 (1982)
- Püttner** Die öffentlichen Unternehmen, 2. Auflage, Stuttgart 1985
(zitiert: Püttner)
- Schmidt-Aßmann** Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, BB Beilage 34 v. 30.09.1990
- Schmidt-Aßmann** Zur Bedeutung der Privatrechtsform für den Grundrechtsstatus,

in Festschrift Niederländer (1991)

- Stelkens / Bonk / Sachs
u.a.** Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, 5. Auflage,
München 1998
(zitiert: *Bearbeiter* in Stelkens/Bonk/Sachs)
- Stern** Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/1,
München 1988
(zitiert: Stern III/1)
- Wolff (Begr.) / Bachof /
Stober** Verwaltungsrecht I, 10. Auflage, München 1994
(zitiert: Wolff/Bachof/Stober)

Gutachten

A. Anwendbarkeit des Vergaberechts

X hat Vergaberecht zu beachten, wenn die Voraussetzungen der §§ 98, 99 I, 100 I, 100 II vorliegen (vgl. § 97 I).

I. Qualität als öffentlicher Auftraggeber, § 98

Dazu müsste X zunächst öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 sein.

1. Weil Sondervermögen von Gebietskörperschaften nur öffentlich-rechtliche Einrichtungen sein können, findet Nr. 1 auf die X-GmbH keine Anwendung. 2. Die X könnte den Gebietskörperschaften S und L aber gem. Nr. 2 funktional zuzurechnen sein. a) X ist als GmbH mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 13 Abs. 1 GmbHG) eine juristische Person des Privatrechts. b) Sie müsste des weiteren zu dem besonderen Zweck gegründet worden sein, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen. Bei den Tatbestandsmerkmalen "im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art" handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Bedeutung durch Auslegung zu bestimmen ist. i) 1) Der Wortlaut des Begriffes "Allgemeininteresse" deutet darauf hin, dass Aufgaben ausgeschlossen sein sollen, die im Interesse nur Einzelner liegen. 2) Da der Begriff der Richtlinie 93/37/EWG (BKR) entstammt, ist er gemeinschaftsrechtskonform auszulegen: Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind die Mitgliedsstaaten der EG gem. Art. 10 EGV verpflichtet, das Gemeinschaftsrecht im Rahmen der Auslegung möglichst effektiv zur Geltung zu bringen. Richtlinien sind gem. Art. 249 Abs. 3 EGV für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich. Auch die nationalen Gerichte müssen diesem Ziel durch Auslegung des innerstaatlichen Rechts möglichst gerecht werden. Dazu ist zunächst der Inhalt der gemeinschaftlichen

Regelung zu bestimmen. **(a)** Die Entstehungsgeschichte weist darauf hin, dass der Richtliniengeber mit "Allgemeininteresse" (Art. 1 Buchst. b BKR) eine bewusst vage Formulierung gewählt hat, um unterschiedliche Verständnisse zu überbrücken. **(b)** In Anhang I der BKR findet sich ein Verzeichnis der Einrichtungen, die gem. Art. 1 Buchst. b Unterabs. 3 BKR jedenfalls im Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie die Merkmale einer Einrichtung des öffentlichen Rechts erfüllen. Hier sind Stadtentwicklungs- und Wohnungsbaugesellschaften ebenso genannt wie andere im Wettbewerb mit Privaten stehende Gesellschaften. **(c)** **(i)** Die zweite Erwägung des Richtliniengebers schließlich zeigt, dass die BKR der Verwirklichung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit (Art. 14, 49ff, 43ff EGV) dienen soll, welche wiederum Ausprägungen des allgemeinen Diskriminierungsverbotes des Art. 12 EGV sind. **(ii)** Ziel der Richtlinie ist es also, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber aus politischen Gründen auszuschließen. **(iii)** Diese Gefahr besteht auch, wenn sich der Auftraggeber im Wettbewerb mit privaten Unternehmen befindet, weil auch dann aus politischen Gründen Nachteile im Wettbewerb bewußt in Kauf genommen werden könnten. **(iv)** Aufgaben können daher auch dann im Allgemeininteresse liegen, wenn sie auch von Privaten wahrgenommen werden, wie dies z.B. bei der Müllabfuhr der Fall sein kann. **(v)** Zur umfassenden Verhinderung von Diskriminierung muss der Begriff des öffentlichen Auftraggebers eine Umgehung durch die Vergabestellen verhindern. **(d)** Das Gemeinschaftsrecht gebietet daher eine weite Auslegung des Begriffs "Allgemeininteresse". **3) (a)** Auch die deutsche Rechtsprechung überprüft das Vorliegen eines "öffentlichen Zwecks" im kommunalen Bereich nur eingeschränkt und überlässt

die Beurteilung weitgehend dem Ermessen der Gemeinde. **(b)** Im deutschen Schrifttum wird der öffentliche Zweck im wesentlichen nur dann abgelehnt, wenn das einzige Ziel die Gewinnerzielung ist. Alleine die Erwirtschaftung von Gewinn liegt nicht schon im Allgemeininteresse. Nach der Finanzordnung des Grundgesetzes ist die Einnahmeerzielung nämlich grundsätzlich der Steuer vorbehalten. **(c)** Da die Gemeinde nur im öffentlichen Interesse tätig werden darf und von ihrer Bemühung, rechtmäßig zu handeln, ausgegangen werden kann, indiziert ihr Handeln das Vorliegen eines öffentlichen Interesses. **(d)** Es ist kein Grund ersichtlich, warum diese Überlegungen nicht auf den Begriff "Allgemeininteresse" übertragen werden könnten. **4)** Nach Sinn und Zweck von § 98 Nr. 2 ist das Vorliegen eines Allgemeininteresses daher nur dann zu verneinen, wenn Aufgaben offensichtlich nicht dem Interesse der Allgemeinheit dienen können, wie etwa die Produktion von Luxuswagen. **5)** Fraglich ist, ob dies bei den Aufgaben, zu deren Erfüllung X gegründet worden ist, der Fall ist. Der Gründungszweck geht aus dem Gesellschaftsvertrag der X hervor. **(a) (i)** Die Landentwicklung zunächst einmal dient der Verbesserung der Infrastruktur. Sie schafft z.B. Baugebiete, Gewerbegebiete und öffentlichen Einrichtungen für die Bürger und liegt somit offensichtlich im Allgemeininteresse. **(ii)** Das gleiche muss für den An- und Verkauf von Grundstücken als Voraussetzung für die Landentwicklung gelten. **(iii)** Daher ist davon auszugehen, dass die X insoweit gerade zur Erfüllung von letztlich im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben gegründet wurde. **(b) (i)** Auch am Wohnungsbau besteht ein allgemeines Interesse, weil jeder Bürger eine Wohnung braucht. Besonders der Bedarf an günstigem Wohnraum kann durch den Markt nicht ausreichend gedeckt werden, weswegen § 1 Abs. 1 WoBauG die Gemeinden verpflichtet, den sozialen Wohnungsbau

zu fördern. Diese Aufgabe ist auch dann wahrzunehmen, wenn dauerhaft Verluste entstehen. Der Wohnungsbau für die breiten Volksschichten (vgl. § 1 Abs. 1 WoBauG) liegt nach alledem im Allgemeininteresse. **(ii)** Ein Allgemeininteresse an der Errichtung z.B. von teuren Luxusappartements kann dahingegen nicht angenommen werden. **(iii)** Da die X den Bau von Wohnungen jeder Art zur Aufgabe hat, liegt ihre Tätigkeit nur zum Teil im Allgemeininteresse. **(iv)** Die X wurde insoweit also nicht *besonders* zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben gegründet. **(c) (i)** Ob schließlich die Aufgaben nach § 4b BauGB im Allgemeininteresse liegen, kann dahinstehen, wenn sie nicht vom Gründungszweck erfasst sind. **(ii)** Der Sachverhalt wird so aufgefasst, dass diese Tätigkeit nicht im Gesellschaftsvertrag erwähnt wurde. Der Vertrag wurde auch nicht nachträglich dahingehend geändert. **(iii)** Die faktische Tätigkeit der Vergabestelle ist nach dem Wortlaut des § 98 Nr. 2 unbeachtlich. **(iv)** Daher sind die Aufgaben nach § 4b BauGB nicht vom Gründungszweck erfasst und für die Beurteilung nach § 99 Nr. 2 irrelevant. **(d)** X wurde also teilweise zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen. **(i)** Die Gefahr unzulässiger Diskriminierung von Bietern ist in einem solchen Fall nicht ausgeschlossen. **(ii)** Eine Differenzierung nach der jeweils wahrgenommenen Aufgabe oder nach dem Anteil der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben wäre mit dem Ziel der Rechtssicherheit unvereinbar. **(iii)** Aus diesem Grund muss es genügen, wenn eine Einrichtung teilweise zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen. **6)** X wurde also zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen. **ii) 1)** Der Wortlaut des Begriffes "nichtgewerblich" zeigt zunächst einmal, dass Aufgaben

ausgeschlossen sein sollen, die gewerblicher Art sind. **2) (a)** Vergleicht man den Wortlaut der BKR in ihren verschiedenen authentischen Sprachen, so stellt man fest, dass die französische und englische Übersetzung anstelle dieses Merkmals verlangt, dass die juristische Person “keinen kommerziellen oder industriellen Charakter” aufweisen darf. **(b)** Auch die deutsche Übersetzung der SKR verlangt in Art.1 Nr. 1, dass die “Einrichtungen [...] einen anderen Charakter als den eines Handels- bzw. Industrieunternehmens besitzen”. **(c)** Es ist daher davon auszugehen, dass die Einrichtung nichtgewerblich sein muss, nicht deren Aufgaben. **3) (a)** Gemessen am Zweck der Regelung ist die Gefahr einer Diskriminierung nur bei solchen Einrichtungen gering, die privaten Wirtschaftsunternehmen vergleichbar sind, indem sie dem Wettbewerb und damit den Marktzwängen gleichermaßen ausgesetzt sind. **(b)** Dies ist im allgemeinen der Fall, wenn die Unternehmen *ausschließlich* gewinnorientiert arbeiten. **(c)** Bei nicht ausschließlich gewinnorientierten Unternehmen könnte der Staat weniger Gewinn in Kauf nehmen, um politische Ziele durchzusetzen. **(d)** Eine Einrichtung ist daher nicht schon dann als “gewerblich” anzusehen, wenn sie überhaupt im Wettbewerb mit Privaten steht oder auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist, sondern erst, wenn sie dies im gleichen Maße wie ein privates Unternehmen tut. **(e)** Das Vorliegen der staatlichen Beherrschung wird bereits durch die nachfolgenden Kriterien des § 98 Nr. 2 geregelt. **4)** Das Merkmal “nichtgewerblich” ist daher weit auszulegen. Es genügt, wenn sich die Einrichtung nach ihrem Gründungszweck von rein gewerblichen Privatunternehmen nicht unbedeutend unterscheidet. **5)** Ob dies bei X der Fall ist, ist fraglich. **(a)** Dass sich X wie ein Privatunternehmen nur durch Gewinne und am Kapitalmarkt finanziert schließt es jedenfalls nicht aus, dass aus politischen Gründen niedrigere Gewinne in Kauf genommen werden. **(b)** Das

Gleiche gilt für die Beteiligung der Volksbank, die nur minderheitsbeteiligt ist und möglicherweise im Sinne von kommunalem Engagement bereit ist, einen niedrigeren Gewinn in Kauf zu nehmen. **(c)** Zu beachten ist zum einen, dass S und L die X nicht zum alleinigen Zweck der Gewinnerzielung gründen durften (s. A I 3 b). Zum anderen zeigt der Verlauf des geschilderten Vergabeverfahrens sehr deutlich, dass mit der regionalen Beschäftigung ein Kriterium heran gezogen wurde, das ein Privatunternehmen nie verwandt hätte. **(d)** Von einem gewerblichen Unternehmen unterscheidet die X zudem, dass ihr Unternehmensgegenstand funktional und örtlich eng beschränkt ist. Ihre einzelnen Tätigkeitsfelder passen unter privatwirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht recht zueinander und sind auf S und L ausgerichtet. **(e)** Die X hat daher nicht den Charakter eines gewerblichen Wirtschaftsunternehmens. **iii)** Sie wurde vielmehr zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art wahrzunehmen. **c)** Des weiteren müsste die X gemäß eines der weiteren Kriterien des § 98 Nr. 2 staatlich beherrscht sein. **i)** Die X finanziert sich am Kapitalmarkt und durch Gewinne, nicht jedoch durch S und L. Dass in der Gründungsphase möglicherweise durch die Beteiligung eine Anschubfinanzierung gewährt wurde, ist nach dem Wortlaut der Bestimmung unbeachtlich (“finanzieren” ist Präsens). **ii)** Die Geschäfte einer GmbH werden durch den oder die Geschäftsführer geleitet, der oder die wiederum durch die Gesellschafter in den Gesellschafterversammlungen überwacht werden, vgl. § 46 Nr. 6 GmbHG. S und L, die als Gebietskörperschaften unter § 98 Nr. 1 fallen, üben also als Gesellschafter der X mehrheitlich die Aufsicht über deren Leitung aus. **iii)** Es kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass S und L mehr als die Hälfte des zur Geschäftsführung berufenen Organs – hier also beide

Geschäftsführer – bestimmt haben. **iv)** Hingegen stellen S und L mangels abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag zwei Drittel der Mitglieder der Gesellschafterversammlung, die gem. § 46 Nr. 6 GmbHG zur Aufsicht über die Geschäftsführung berufen und weisungsbefugt ist. **d)** Nach alledem ist die X den Gebietskörperschaften S und L gem. Nr. 2 funktional zuzurechnen.

3. Sie ist öffentliche Auftraggeberin.

II. Öffentlicher Auftrag, § 99 Abs. 1

Das geplante soll Projekt durch entgeltliche Verträge über Bauleistungen zwischen X und Bauunternehmen realisiert werden, so dass es sich gem. § 99 Abs. 1 um einen öffentlichen Auftrag handelt.

III. Schwellenwerte, § 100 Abs. 1

Die Aufträge müssten schließlich in den Anwendungsbereich gem. § 100 Abs. 1 fallen. Dazu muss der einschlägige Schwellenwert überschritten sein. Dieser bestimmt sich gem. §§ 100 Abs. 1, 127 Ziff. 1 nach einer Rechtsverordnung der Bundesregierung. **1.** Bis zum Erlaß einer neuen Verordnung könnte weiterhin die Vergabeverordnung (VgV) gelten, deren Inhalt – was zulässig ist – dem neuen Recht anzupassen wäre. **a)** Zwar ist die Vergabeverordnung auf der Grundlage des aufgehobenen § 57 a I HGrG erlassen worden. **b)** Während der Gesetzgeber jedoch die Nachprüfungsverordnung aufgehoben hat, hat er dies für die VgV nicht getan, vgl. Art. 3 Nr. 1 VgRÄndG. Er wollte daher deren Weitergeltung. **c)** Der Wegfall einer Ermächtigungsgrundlage berührt die Wirksamkeit einer darauf beruhenden Verordnung nur ausnahmsweise; ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. **d)** Die Vergabeverordnung ist daher weiterhin rechtswirksam. **2.** Nach § 3 Abs. 1 S. 1 VgV hat die X als öffentliche Auftraggeberin bei der Vergabe von Bauaufträgen den zweiten Abschnitt der VOB/A gemäß deren § 1a anzuwenden. Vorliegend müsste also die

Vergabe eines Bauauftrages gem. § 99 Abs. 3 GWB angestrebt sein. Geplant ist der Abschluss von Verträgen über die Ausführung eines Bauvorhabens, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine technische Funktion erfüllen soll gemäß den von X genannten Erfordernissen. Es handelt sich somit um einen Bauauftrag. **3.** Die Ausnahme des § 3 Abs. 1 S. 2 VgV greift nicht, weil X nicht für einen öffentlichen Auftraggeber tätig wird. **4.** Schließlich müssen die Voraussetzungen des § 1a I 1 VOB/A vorliegen, wonach der geschätzte Gesamtauftragswert mindestens 5 Mio. ECU = 9.779.150 DM erreichen muss. Mit einem Auftragsvolumen von 15 Mio. DM ist hier der Schwellenwert eindeutig überschritten. **5.** Das öffentliche Vergaberecht ist daher gem. § 100 Abs. 1 anwendbar.

IV. Ausnahmen, § 100 Abs. 2

Es liegt keine der Ausnahmen des § 100 Abs. 2 vor.

V. Einzuhaltendes Vergabeverfahren, § 101

Der Auftrag muss also gem. § 101 I, V, II GWB im Wege des offenen Verfahrens vergeben werden, wenn nicht ein anderes gestattet ist. Hier kommen über die §§ 97 Abs. 6 GWB, 3 Abs. 1 S. 1 VgV nur § 3 Ziff. 3 und § 3a Ziff. 4 und 5 VOB/A in Betracht. Das Vorliegen eines der dort genannten besonderen Umstände ist jedoch nicht ersichtlich, so dass ausschließlich das offene Verfahren zulässig ist, in dem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird.

VI. Ergebnis

Die X würde also rechtswidrig handeln, wenn sie ihr bekannte Bauunternehmer formlos zur Abgabe eines Angebots auffordern würde. Zudem besteht dann die Möglichkeit, dass ein übergangenes Unternehmen Primär- oder Sekundärrechtsschutz sucht. Aus diesen Gründen ist der X dringend zu raten, bei der

Durchführung des geplanten Bauprojekts das Vergaberecht der öffentlichen Hand einzuhalten.

B. Entscheidung der Vergabekammer

Die Vergabekammer stellt gem. § 114 Abs. 1 S. 1 fest, ob A in seinen Rechten verletzt ist und trifft ggf. die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

I. Zulässigkeit des Antrags

As Antrag müsste zunächst einmal zulässig sein. **1.** Der Antrag hat die Vergabe eines öffentlichen Auftrags zum Gegenstand (s. A II), wie § 102 verlangt. **2.** A müsste antragsbefugt gem. § 107 Abs. 2 sein. **a)** A ist ein Unternehmen, das als Bieter im vorliegenden Verfahren ein Interesse an dem Auftrag hat, welches es durch sein Angebot und durch den Nachprüfungsantrag auch hinreichend dokumentiert hat. **b)** A müsste eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend machen. A macht die Unzulässigkeit eines vergabefremden und eines nachgeschobenen Kriteriums sowie die Befangenheit eines Entscheidungsträgers geltend. Es ist nicht ganz ausgeschlossen, dass es sich hierbei um Verstöße etwa gegen § 97 Abs. 5, Abs. 1 und Abs. 2 handelt. Dies würde eine Verletzung seiner Bieterrechte gem. § 97 Abs. 7 bedeuten, was A auch geltend macht. A macht daher eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend. **c)** Des weiteren müsste A darlegen, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. **i)** Dem Bieter entsteht ein Schaden wie etwa entgangener Gewinn, wenn er gerade wegen der Rechtsverletzung bei der Vergabe nicht oder nur in geringerem Umfang berücksichtigt wird. Ein Schaden droht ihm, wenn seine

Chancen auf Zuschlagserteilung durch den Verstoß gemindert werden. **ii)** Welche Anforderungen das Merkmal “darlegen” aufstellt, ist nicht eindeutig. **1)** Nach allgemeinen Grundsätzen trifft die Beweislast für den Schaden den Anspruchsteller. Dies wird im Vergabenachprüfungsverfahren jedoch durch den Untersuchungsgrundsatz überlagert, vgl. §§ 110 Abs. 1 S. 1, 114 Abs. 1 S. 1. **2)** Zudem ist die Bundesrepublik gem. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665/EWG (NPR) verpflichtet, die wirksame Nachprüfung einer öffentlichen Auftragsvergabe auf Verstöße gegen Vergabevorschriften zu ermöglichen. **3)** Der deutsche Gesetzgeber wollte mit der Vorschrift lediglich verhindern, dass die Vergabe durch aussichtslose Verfahren blockiert wird. **4)** Bei entsprechender Auslegung muss es daher für die Darlegung eines Schadens genügen, dass sich aus dem Gesamtvorbringen des Beschwerdeführers ergibt, dass der behauptete Verstoß seine Chancen auf Zuschlagserteilung gemindert hat und dass die Berücksichtigung des Beschwerdeführers ohne den behaupteten Verstoß nicht ganz unwahrscheinlich war. **iii)** **1)** Ersteres ist vorliegend ohne weiteres der Fall, weil die X ihre Nichtberücksichtigung gerade auf zwei der möglichen Verstöße stützt und auch die mögliche Befangenheit die Chancen auf Zuschlagserteilung mindern konnte. **2)** Ohne die behaupteten Verstöße erscheint die Berücksichtigung von A wirtschaftlich vergleichbarem Angebot angesichts des Wertungsermessens der X durchaus möglich, so dass die konkrete Möglichkeit eines Schadens besteht. **d)** A ist daher antragsbefugt. **3.** Der Antrag ist nicht unzulässig gem. § 107 Abs. 3 S. 1, weil für ein positives Wissen um die behaupteten Verstöße keine Anhaltspunkte bestehen; dies wird auch von der Gegenseite nicht geltend gemacht. **4.** Der Antrag könnte aber nach § 107 Abs. 3 S. 2 unzulässig sein. **a)** Dazu müssten die behaupteten Verstöße gegen Vergabevorschriften

aufgrund der Bekanntmachung erkennbar gewesen sein. **i)** Der Wortlaut deutet darauf hin, dass schon die objektive Erkennbarkeit genügen soll. **ii)** Den Bietern ist es jedoch nicht zuzumuten, mögliche Verstöße rügen zu müssen, wenn die Rechtslage diesbezüglich objektiv unklar ist. Daher gebietet Art. 19 Abs. 4 bzw. das Rechtsstaatsprinzip eine entsprechend restriktive Auslegung. **iii)** Die Bundesrepublik ist zudem gem. Art. 1 Abs. 3 NPR i.V.m. Art. 249 Abs. 3 EGV verpflichtet, die Nachprüfung einer öffentlichen Auftragsvergabe zumindest jedem zu ermöglichen, der ein Interesse an dem Auftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. § 107 Abs. 3 S. 2 ist als zusätzliche Einschränkung nicht mit diesem Ziel der NPR vereinbar, so dass eine möglichst restriktive Auslegung geboten ist. **iv)** Der Gesetzgeber wollte zur Vermeidung unnötiger Verfahren eine Präklusion für den Fall schaffen, dass ein Bieter seine – nach § 254 BGB ohnehin bestehende – Obliegenheit zur Schadensvermeidung verletzt. **v)** In der Tat ist das Ziel des § 107 Abs. 3 S. 2 darin zu sehen, die Bieter entsprechend des Grundsatzes von Treu und Glauben zur Mitwirkung an der Schadensvermeidung anzuhalten. **1)** Nach allgemeinen Grundsätzen bestimmen sich die Verpflichtungen aus Treu und Glauben nach der Verkehrssitte; Verkehrssitte ist die tatsächliche Übung in den beteiligten Kreisen. **2)** Unter an Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen ist jedoch die Hinzuziehung eines Rechtsberaters zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens unüblich. **vi)** Daher kann eine Präklusion nur erfolgen, wenn die Rechtsverletzung dem konkreten Antragsteller im Einzelfall erkennbar und die Rechtslage klar war. Dies muss dem Bieter nach allgemeinen Grundsätzen nachgewiesen werden. **vii) 1)** Vorliegend war nur die Bevorzugungsregelung aufgrund der Bekanntmachung objektiv erkennbar. Die

Vergabestelle hat aber keinen Nachweis erbracht, dass es A möglich war, darin eine Rechtsverletzung zu erkennen. **2)** Die Verwendung regionaler Kriterien ist nicht unüblich und vollzieht sich nicht selten ohne Beanstandung. Auch die Rechtsprechung des EuGH bezüglich der Zulässigkeit vergabefremder Kriterien ist uneinheitlich. **3)** Daher war A die mögliche Rechtsverletzung aufgrund der Bekanntmachung nicht in zumutbarer Weise erkennbar. **b)** Sein Antrag ist daher nicht unzulässig gem. § 107 Abs. 3 S. 2. **5.** Es sind keine Anhaltspunkte für die Annahme ersichtlich, As Antrag genüge nicht den Formerfordernissen des § 108. **6.** Es könnte A aber das allgemeines Rechtsschutzbedürfnis fehlen, wenn er auf anderem Weg besseren Rechtsschutz erlangen kann. **a)** Vor den ordentlichen Gerichten kann A Schadensersatz wegen der Verletzung von Ansprüchen aus § 97 Abs. 7 verlangen, vgl. § 104 Abs. 2 S. 2. **b)** Ein besserer Rechtsschutz wäre es jedoch, wenn A sein Recht auf ein rechtmäßiges Vergabeverfahren (Primärrechtsschutz) vor der Vergabekammer durchsetzen könnte. **c)** Dem würde ein wirksamer Zuschlag entgegen stehen, weil dieser gem. § 28 Abs. 2 VOB/A gleichzeitig den zivilrechtlichen Vertragsschluss zur Folge hat; die Aufhebung eines bereits erteilten Zuschlags durch die Vergabekammer ist durch § 114 Abs. 2 S. 1 ausgeschlossen. **d)** Der Zuschlag zugunsten Bs könnte aber wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot gem. §§ 97 Abs. 1 GWB, 134 BGB nichtig sein. Dazu müsste in § 97 Abs. 1 ein gesetzliches Verbot zu sehen sein, den Zuschlag ohne Vorabinformation der Bieter über die Entscheidung der Vergabestelle zu erteilen. **i)** Dem vagen Wortlaut der Bestimmung lässt sich dies nicht entnehmen. Er steht andererseits der Anwendung des § 134 BGB auch nicht entgegen. **ii)** Art. 2 Abs. 1 b NPR verlangt, dass die Nachprüfungsstelle die Möglichkeit haben muss, die Aufhebung vergaberechtswidriger Entscheidungen der Vergabestelle

vorzunehmen oder zu veranlassen. Die zentrale Entscheidung im Vergabeverfahren ist die Bestimmung des oder der Unternehmen, dem oder denen der Zuschlag erteilt wird. Die Kriterien, nach denen dies zu geschehen hat, sind in den Art. 30ff BKR geregelt. Das Gemeinschaftsrecht verlangt also, dass eine gegen diese Vorschriften verstößende Entscheidung aufhebbar sein muss. **iii)** Die selbe Verpflichtung könnte auch aus Art. 19 Abs. 4 folgen, der eine Spezialregelung gegenüber dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch ist, welcher aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 abzuleiten ist. Fraglich ist, ob Vergabestellen wie die X der öffentlichen Gewalt i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG zuzurechnen sind und ob diese Norm die fiskalische Verwaltung überhaupt bindet. **1)** Der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des Art. 1 Abs. 3 GG deutet auf eine umfassende Bindung des Staates an die Grundrechte hin, zu denen auch Art. 19 Abs. 4 GG zu zählen ist. **2) (a)** Dem wird entgegen gehalten, dass der Staat bei fiskalischen Hilfsgeschäften oder jedenfalls bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung Privaten vergleichbar agiere und dass der Einzelne insoweit keines Grundrechtsschutzes bedürfe. **(b)** Nach dieser Ansicht wäre vorliegend allein der allgemeine Justizgewährungsanspruch einschlägig, der allerdings gleichfalls einen effektiven Rechtsschutz des Bieters als Anspruchsinhaber verlangt. **3) (a)** Im vorliegenden Fall dient die Vergabe des Bauauftrags mittelbar der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der X. Die Auftragsvergabe ist hier daher eher der erwerbswirtschaftlichen Betätigung als der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zuzurechnen. **(b)** Gerade am Beispiel des Art. 3 GG zeigt sich aber, dass der erwerbswirtschaftlich tätige Staat – unabhängig von den mit dem Begriff verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten – aufgrund vielerlei Vorteile viel unabhängiger von Marktzwängen agieren kann als

Privatunternehmen und dass der Einzelne daher vor unsachgemäßen Diskriminierungen geschützt werden muss. Diesen Schutz kann das Wettbewerbsrecht nicht ausreichend gewährleisten. **(c)** Überhaupt darf der Verwaltung keine "Privatautonomie" zustehen; sie ist durch das Rechtsstaatsprinzip vielmehr immer an das öffentliche Interesse gebunden. Das Grundgesetz kennt keine grundrechtsfreien Räume staatlicher Betätigung. **(d)** In der praktischen Auswirkung wird dem Staat die erwerbswirtschaftliche Betätigung auch nicht unzumutbar "verleidet". **4)** Der Staat ist also umfassend an die Grundrechte gebunden. **5)** Daran darf auch ein bloßer Formenwechsel nichts ändern, wenn der Staat eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Eigengesellschaft gründet. **6)** Fraglich ist, ob sich an dieser Betrachtung durch das Hinzutreten eines privaten Minderheitsgesellschafters – wie das vorliegend der Fall ist – etwas ändert. **7)** Dagegen wird eingewandt, die juristische Person sei von ihren Gesellschaftern streng zu trennen und nur dem Unternehmensinteresse unterworfen. Die Geschäftsführung sei von Gesetzes wegen selbständig und nicht durch den Mehrheitsgesellschafter zu steuern. **8)** Dem ist zum einen zu entgegnen, dass der Vorrang des privaten Gesellschaftsrechts ja gerade in Frage steht. Zum anderen gestehen auch die Anhänger dieser Ansicht die Beherrschung durch den Mehrheitsgesellschafter ein, indem sie vorbringen, die Einwirkungspflicht desselben genüge zum Schutz des Einzelnen vor Grundrechtsverletzungen. Der Argumentation ist daher nicht zu folgen. **9)** Gegen die Bindung einer solchen Gesellschaft wird auch vorgebracht, dass hierdurch die Rechte der privaten Anteilseigner verkürzt würden. Die Gesellschaft müsse vor dem Zugriff des Staates geschützt werden, weil die Grundrechte der Minderheitsgesellschaftler nur schwer aktivierbar seien. **10) (a)** Die Grundrechtsbindung einer solchen

Gesellschaft bedeutet jedoch nicht denotwendig, dass sie sich dem Staat gegenüber nicht auf die Grundrechte berufen kann. Jedenfalls das Willkürverbot ist auch für nicht grundrechtsberechtigte juristische Personen anerkannt. **(b)** Außerdem ist die Beteiligung der Minderheitsgesellschafter unstrittig als vermögenswertes Recht durch Art. 14 GG geschützt; auch die anderen Grundrechte sorgen dafür, dass der private Gesellschafter nicht schutzlos ist. **(c)** Schließlich wird der Minderheitsgesellschafter vor seiner Beteiligung in aller Regel wissen, dass der Staat die Mehrheit der Anteile hält und dass die Gesellschaft daher vornehmlich der Verwirklichung öffentlicher Zwecke dient. Eine solche Gesellschaft ist z.B. eindeutig an das Vergaberecht der öffentlichen Hand gebunden. Der Private ist daher typischerweise nicht schutzwürdig. **(d)** Das Argument der Rechte der privaten Anteilseigner kann daher im Ergebnis nicht gegen die Bindung einer solchen Gesellschaft sprechen. **11)** Des weiteren wird vorgetragen, die Differenzierung nach dem Beteiligungsverhältnis sei unklar und schade der Rechtssicherheit. **12) (a)** Auch dieses Argument kann nicht durchgreifen, weil gerade das Vergaberecht bedeutende Rechtsfolgen an die staatliche Beherrschung knüpft, ohne dass hier die mangelnde Rechtssicherheit beklagt würde. Abgrenzungsschwierigkeiten können nicht gegen die Abgrenzung überhaupt sprechen. **(b)** Was die Abgrenzungskriterien angeht, so kann davon ausgegangen werden, dass jedenfalls Gesellschaften mit mehrheitlicher Staatsbeteiligung staatlich beherrscht werden (s. B I 6 d iii 8). **13)** Schließlich hat das BVerfG entschieden, dass eine Gesellschaft der hier diskutierten Art sich nur insoweit auf die Grundrechte berufen kann als sie Aufgaben der Daseinsvorsorge wahrnimmt. **14)** Auf die Art der wahrgenommenen Aufgaben kann es nach dem oben Gesagten (s. B I 6 d iii 4) jedoch nicht ankommen, zumal der

Begriff Daseinsvorsorge sehr unscharf ist. Außerdem würde eine solche Differenzierung auf natürliche Personen übertragen den Grundrechtsschutz unzulässig verkürzen. **15)** Insgesamt kann das Hinzutreten privater Minderheitsgesellschafter also nichts daran ändern, dass der Einzelne schutzbedürftig ist und eine solche Gesellschaft daher an die Grundrechte gebunden sein muss. **16) (a)** Auch die X ist also als mehrheitlich staatliche Gesellschaft öffentliche Gewalt i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG. **(b)** Gegen Rechtsverletzungen durch sie muss dem Einzelnen daher der Rechtsweg offen stehen. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes verlangt auch, dass irreparable Entscheidungen der öffentlichen Gewalt verhindert werden können. **(c)** Da Art. 19 Abs. 4 GG Primärrechtsschutz gewährleistet, muss auch die möglicherweise gegen den Anspruch aus § 97 Abs. 7 verstoßende Zuschlagsentscheidung der Vergabestelle wirksam überprüfbar und damit aufhebbar sein. **iv)** Ob man dies für Gleichheitsverletzungen stattdessen als Grundrechtssicherung durch das Verfahren aus Art. 3 GG ableiten möchte, ist im Ergebnis nicht entscheidend. **v)** Es kommt auch nicht darauf an, ob sich aus Art. 19 Abs. 4 GG unmittelbar ein Informationsanspruch der nicht berücksichtigten Bieter ergibt, weil insoweit § 97 Abs. 1 GWB spezieller ist. **vi)** **(a)** Unabhängig von der Verpflichtung des deutschen Gesetzgebers sind Verwaltung und Rechtsprechung zur möglichst gemeinschaftsrechts- und verfassungskonformen Auslegung von § 97 Abs. 1 verpflichtet. **(b)** Da der Zuschlag nach deutschem Recht gem. § 28 Abs. 2 VOB/A den zivilrechtlichen Vertragsschluss bewirkt, kann ein gegen Vergaberecht verstoßender Zuschlag nicht mehr aufgehoben werden. **(c)** Die *Entscheidung* der Vergabestelle darüber, welchem Bieter der Zuschlag erteilt wird, kann aber im Nachprüfungsverfahren gem. § 114 Abs. 1 S. 1 aufgehoben werden. **(d)** Voraussetzung dafür ist, dass die Bieter die Entscheidung der

Vergabestelle vor Zuschlagserteilung rechtzeitig erfahren. **vii)** § 97 Abs. 1 ist daher so auszulegen, dass die Vergabestellen verpflichtet sind, die Bieter über die Zuschlagsentscheidung rechtzeitig – etwa 10 Tage vor Zuschlagserteilung – zu informieren. **viii)** Um dem Bieter auch bei Verstoß gegen diese Pflicht effektiven Rechtsschutz zu verschaffen, ist in dieser Pflicht zugleich ein gesetzliches Verbot gem. § 134 BGB zu sehen, dessen Verletzung zur Nichtigkeit der Vergabeentscheidung führt. **ix) (a)** Zur Wahrung des Interesses der Vergabestelle und der übrigen Bieter an zügiger Auftragsvergabe kann § 115 Abs. 2 analog angewandt werden. **(b)** Auch ein eventuell vorliegendes Interesse an Geheimhaltung kann bei der Bestimmung des Umfangs der Informationspflicht berücksichtigt werden. **(c)** Außerdem kann eine zweckwidrige Berufung auf die Nichtigkeit eines solchermaßen zustande gekommenen Vertrags vermieden werden, indem man die Berufung auf die Nichtigkeit durch Dritte gem. § 157 BGB nur zweckentsprechend gestattet. **(d)** Der Gesetzgeber sollte jedoch, wenn er diesen Weg gesetzlich regelt, eine ausdrückliche Heilungsmöglichkeit vorsehen. **x)** § 27 a VOB/A ist demgegenüber nicht als Rechtsgrundlage der Informationspflicht heran zu ziehen, da andernfalls die Bieter im Dienstleistungs- und im gesamten Sektorenbereich unberücksichtigt blieben, wo keine solchermaßen auslegbare Vorschrift existiert. **xi)** Auch dem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis ist § 97 Abs. 1 als Rechtsgrundlage der Informationspflicht vorzuziehen, da sich hier bereits ein Ansatz für die Transparenzpflicht befindet und sich diese Auslegung somit besser in den Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung einfügt. **xii)** Da eine Information der unberücksichtigten Bieter hier nicht erfolgt ist, ist der Zuschlag nichtig gem. §§ 97 Abs. 1 GWB, 134 BGB. Hierauf kann sich A auch berufen, da durch das Verbot gerade den nicht berücksichtigten Bieter Primärrechtsschutz

ingeräumt werden soll. e) Da A seine Rechte gem. § 97 Abs. 7 nur im Nachprüfungsverfahren durchsetzen kann (vgl. § 102), ist er somit rechtsschutzbedürftig. 7. As Antrag ist zulässig.

II. Verletzung subjektiver Rechte

A müsste in dem Vergabeverfahren in seinen Rechten verletzt worden sein, vgl. § 114 Abs. 1 S. 1. **1.** X' Verstoß gegen die Informationspflicht aus § 97 Abs. 1 wurde bereits festgestellt (s. B I 6 d xii). **2.** In der Bevorzugung Bs bei der Vergabeentscheidung könnte eine weitere Rechtsverletzung liegen. **a)** Es kommt zunächst ein Verstoß gegen § 97 Abs. 4 Hs. 2 in Betracht. Dazu müsste eine in Hs. 1 nicht genannte "Anforderung [...] an [den] Auftragnehmer" gestellt worden sein. **i)** Der Wortlaut deutet darauf hin, dass hier im Gegensatz zu Abs. 5 unbedingt zu erfüllende Anforderungen gemeint sind. **ii)** Auch nach der Konzeption des Vergaberechts sind Eignungsprüfung und Wertung der Angebote streng zu trennende Vorgänge. **iii)** Zuschlagskriterien als "Anforderungen" anzusehen, würde die Grenze des Wortlauts überschreiten. **iv)** Daher ist § 97 Abs. 4 hier nicht einschlägig. **b)** Es könnte aber ein Verstoß gegen § 97 Abs. 5 vorliegen, wenn der Zuschlag nicht auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wurde. **i)** Bs Angebot könnte am wirtschaftlichsten für S und L sein, weil sie durch die verstärkte Beschäftigung von Arbeitnehmern aus der Region eine Ersparnis (z.B. weniger Sozialhilfe an ansässige Arbeitslose) oder Einnahmen (z.B. höhere Gewerbesteuer) realisieren könnten. Ob diese Erwägungen vom Kriterium des wirtschaftlichsten Angebots erfasst werden, ist durch Auslegung des § 97 Abs. 5 zu bestimmen. **1)** Der Wortlaut deutet eher darauf hin, dass das Angebot für die Vergabestelle selbst am wirtschaftlichsten sein muss. **2)** Der zugrunde liegende Art. 30 I b BKR verlangt, dass der Auftraggeber bei der Zuschlagsentscheidung "verschiedene auf den jeweiligen Auftrag

bezogene Kriterien, wie z.B. Preis, Ausführungsfrist, Betriebskosten, Rentabilität oder technischer Wert” anwendet. Dies deutet auf eine abschließende Regelung hin. **3)** Außerdem lässt Art. 30 Abs. 3 BKR nationale Vorzugsregelungen nur begrenzt zu. Dies würde im Umkehrschluss bedeuten, dass solche Regelungen sonst unzulässig sind. **4) (a)** Die Festlegung der Zuschlagskriterien soll sicherstellen, dass ausländische Bieter nicht diskriminiert werden und dass alle Bieter bei der Aufstellung ihrer Angebote die gleiche Chance haben. **(b)** Dies schließt die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien nicht aus, die von ausländischen Bietern ebenso gut erfüllt werden können und die bekannt gemacht werden. **(c) (i)** Der EuGH hat daher im Fall “Beentjes” entschieden, dass andere als unmittelbar auftragsbezogene Kriterien zusätzlich angewandt werden dürfen, wenn sie nicht gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen. **(ii)** In anderen Fällen hat er aber einen Verstoß gegen die Richtlinie festgestellt, weil in der Richtlinie nicht genannte Auswahlkriterien angewandt wurden. **(iii)** Außerdem wurde im Beentjes-Fall nur die Zulässigkeit solcher Kriterien bejaht, deren Anwendung “nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung der Bieter aus anderen Mitgliedsstaaten der Gemeinschaft” führt. Dies entspricht auch eindeutig dem Ziel der Richtlinie, wie Art. 22 Abs. 4 BKR zeigt. **5)** Daher ist der Begriff des “wirtschaftlichsten Angebots” teleologisch dahin gehend zu auszulegen, dass nur diskriminierungsfreie Wirtschaftlichkeitskriterien zulässig sind. **6)** Im vorliegenden Fall könnte eine mittelbare Diskriminierung vorliegen. **(a)** Ausländische Unternehmen beschäftigen in aller Regel weniger Arbeitnehmer aus der Region von S und L als inländische Unternehmen, was für eine mittelbare Diskriminierung spricht. **(b)** Daran ändert nichts, dass kein ausländisches Unternehmen an der Ausschreibung beteiligt war. Eine

Abschreckung potentieller ausländischer Bewerber bleibt nämlich möglich. **(c)** Daran würde auch nichts ändern, wenn die Bevorzugung als erlaubte Beihilfe gem. Art. 87 ff EGV anzusehen wäre. **(d)** Schließlich ist die Regelung weder gem. Art. 30 oder Art. 46 Abs. 1 EGV erlaubt noch durch ein zwingendes Allgemeininteresse gerechtfertigt. **(e)** Es liegt somit eine unzulässige mittelbare Diskriminierung vor. **7)** Fraglich ist, ob Art. 28 Abs. 2 GG daran etwas ändert. **(a)** Da die Vorschrift eine Kompetenznorm der Gemeinden gegenüber dem Bund und den Ländern ist, kann aus ihr zunächst einmal keine *Pflicht* zum Tätigwerden der Gemeinden oder ihrer Unternehmen abgeleitet werden. **(b)** Aber auch ein *Recht* zur Bevorzugung örtlicher Unternehmen kann Art. 28 Abs. 2 GG schon deswegen nicht einräumen, weil das Gemeinschaftsrecht gegenüber dem nationalen Recht gem. Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 249 EGV Anwendungsvorrang hat. Dies folgt für Deutschland aus dem auf Art. 23 Abs. 1 GG beruhenden Zustimmungsgesetz zum EGV. **(c)** Es liegen keine Anhaltspunkte für die Annahme vor, die Rechtsprechung des EuGH oder Art. 22 Abs. 4 BKR verstießen gegen den EGV, gegen Art. 23 GG oder gegen Art. 79 GG. **(d)** X kann sich daher von vornherein nicht mit Erfolg auf Art. 28 Abs. 2 GG berufen. **8)** Daher ist die Anzahl der in S und L beschäftigten Arbeitnehmer kein zulässiges Wirtschaftlichkeitskriterium, so dass Bs Angebot nicht aus diesem Grund das wirtschaftlichste sein kann. **ii)** Bs Angebot könnte aber wegen der kürzeren Baudauer am wirtschaftlichsten sein. **1)** Von A nicht bestritten und daher als richtig zu unterstellen ist die Angabe X', B könne den Bau in kürzerer Zeit fertig stellen als A. Es ist davon auszugehen, dass die Baudauer in den Angeboten angegeben war. **2)** Die Ausführungsfrist stellt ein unmittelbar auftragsbezogenes Kriterium dar, welches auch in Art. 30 I b BKR ausdrücklich genannt ist. An

der Zulässigkeit dieses Kriteriums bestehen keine Zweifel. **3)** Daher konnte die X Bs Angebot wegen der kürzeren Baudauer als am wirtschaftlichsten werten. **iii)** Es liegt somit kein Verstoß gegen § 97 Abs. 5 vor. **b)** Es könnte aber ein Verstoß gegen § 25a VOB/A vorliegen. **i)** Diese Vorschrift ist im vorliegenden Fall anwendbar (s. A III 4). **ii)** Nach ihrem Wortlaut gestattet die Vorschrift nur die Berücksichtigung von in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen bekannt gemachten Wertungskriterien. **iii)** Fraglich ist, ob dies nach dem Normzweck auch bei sich später ergebenden, dringenden Erfordernissen gelten muss. **1)** Die Norm bezweckt, dass Unternehmen ihre Chancen auf Zuschlagserteilung möglichst vorhersehen können. **2)** Zur Verhinderung von Willkür müssen Unternehmen jedenfalls überhaupt die Möglichkeit haben, alle Zuschlagskriterien bei ihrem Angebot zu berücksichtigen. **3)** Weil diese Möglichkeit hier bezüglich der Ausführungsfrist nicht bestand, kann dahin stehen, ob nachgeschobene Kriterien überhaupt zulässig sind und welche Anforderungen ggf. im einzelnen zu stellen sind. **iv)** Somit wurde in jedem Fall gegen § 25a VOB/A verstoßen, indem das Kriterium der Ausführungsfrist zur Wertung der Angebote heran gezogen wurde. **c)** Gleichzeitig wurde gegen die §§ 10a Spiegelstrich 1, 17a Nr. 3 Abs. 1 Spiegelstrich 2 VOB/A verstoßen, indem das Kriterium der Ausführungsfrist überhaupt nicht bekannt gemacht wurde. Eine mögliche teleologische Reduktion der Vorschriften bei später entstehenden, dringenden Erfordernissen ändert auch an diesem Ergebnis nichts (vgl. B II 2 b iii 3). **d)** Die genannten Vorschriften gehen § 97 Abs. 2 vor, der wiederum lex specialis zu Art. 3 Abs. 1 GG ist. **e)** Auch andere Grundrechte als Art. 3 Abs. 1 GG kommen in Bezug auf die Bevorzugung Bs nicht in Betracht. **f)** Gegenüber den allgemeinen deutschen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften sind die §§ 97 ff für das Vergabeverfahren spezieller.

g) Das Vergaberecht geht Art. 28 EGV als speziellere Regelung vor. **h)** Weil davon auszugehen ist, dass A ein deutsches Unternehmen ist, kann es auch keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gemäß den Art. 12, 39ff, 43ff oder 49ff EGV geltend machen. Seine Benachteiligung beruhte vielmehr – wie oben gezeigt (s. B II 2 a) – auf der kürzeren Baudauer Bs und war somit sachlich gerechtfertigt. **i)** Schließlich kann auch keine gem. Art. 88 Abs. 3 S. 3 i.V.m. Art. 87 EGV verbotene Beihilfe vorliegen, weil Bs Angebot dem des A wirtschaftlich vergleichbar ist. **j)** Die hier einschlägigen und unmittelbar anwendbaren Bestimmungen der BKR wurden ordnungsgemäß in deutsches Recht umgesetzt, weswegen kein Anlass besteht, auf sie zurück zu greifen. **k)** Durch die Bevorzugung Bs hat die X also gegen die §§ 25a, 10a Spiegelstrich 1 und 17a Nr. 3 Abs. 1 Spiegelstrich 2 VOB/A verstoßen. **2.** A könnte einen Anspruch auf Einhaltung dieser Vorschriften gem. § 97 Abs. 7 haben. **a)** Diese Vorschrift wurde vor europarechtlichem Hintergrund dazu geschaffen, dass die Bieter sich grundsätzlich auf alle Vergabennormen berufen können. Der Zweck des Vergaberechts, die Bieter vor unzulässiger Diskriminierung durch die öffentlichen Auftraggeber zu schützen, erfordert diese weite Auslegung. **b)** Daher ist die Schutznormtheorie nicht anzuwenden. **c)** Aufgrund des Wortlautes der Vorschrift kommt es auch nicht auf die Kriterien der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien an. **d)** Es kommt allerdings eine teleologische Reduktion des § 97 Abs. 7 bei reinen Ordnungsvorschriften in Betracht, deren Verletzung sich nicht auf die Rechtsstellung der Bieter auswirken kann. **e)** Dies ist bei den o.g., durch X verletzten Vorschriften jedoch nicht der Fall, so dass A ihre Einhaltung verlangen kann. Das Gleiche gilt für § 97 Abs. 1 GWB. **3.** Die Mitwirkung des einen Geschäftsführers (G) könnte ebenfalls eine Rechtsverletzung darstellen. **a)** Es kann nicht

unterstellt werden, dass sich die mögliche Befangenheit des G auf die Vergabeentscheidung irgendwie ausgewirkt habe. Dies ist zwar umgekehrt auch nicht ausgeschlossen. Eine Ungleichbehandlung gem. § 97 Abs. 2 kann darin aber jedenfalls nicht liegen. **b)** Ein Verstoß gegen § 20 BWVwVfG kommt ebenfalls nicht in Betracht, weil die Vorschrift gem. § 1 BWVwVfG auf die X-GmbH als juristische Person des Privatrechts nicht anwendbar ist. **c)** § 20 BWVwVfG bzw. die wortgleiche Vorschrift des § 20 VwVfG ist aber möglicherweise analog anzuwenden. **i)** Die Befangenheit im Vergabeverfahren ist nicht geregelt, so dass eine Regelungslücke vorliegt. **ii)** Die Regelungslücke müsste auch planwidrig sein. **1)** Eine Lücke ist planwidrig, wenn sie dem der Vorschrift zugrunde liegenden Regelungsplan widerspricht, welcher durch historische und teleologische Auslegung zu bestimmen ist. **2)** Der Gesetzgeber des Verwaltungsverfahrensgesetzes wollte die privatrechtliche Tätigkeit der Verwaltung ausdrücklich nicht regeln. **3) (a)** Zweck des Vergabeverfahrens ist es, die Bevorzugung von Inländern zu verhindern. Dies stellt das Vergaberecht durch viele Einzelbestimmungen sicher. **(b)** Dies erfordert aber keinen Schutz vor dem bloßen *Schein* der Parteilichkeit, wie ihn § 20 VwVfG gewährt. **4)** Es ist daher davon auszugehen, dass die Regelungslücke nicht dem dem Vergaberecht zugrunde liegenden Regelungsplan widerspricht. **c)** Eine Anwendung der Vorschrift im Vergaberecht ist als Rechtsfortbildung aber trotzdem zulässig, wenn sich eine entsprechende Wertentscheidung der Rechtsordnung feststellen lässt. **i)** In der Tat sind Regelungen zur Befangenheit in allen Verfahrens- und Gemeindeordnungen enthalten und auch im Prozeßrecht zu finden. **ii)** Indem die Befangenheit gefährdeter Personen unwiderleglich vermutet wird, also auf den - praktisch kaum zu erbringenden - Nachweis der tatsächlichen Befangenheit verzichtet. Damit wird die Neutralität

und Sachlichkeit der Verwaltung vorbeugend und effektiv gesichert. **iii)** Das Gebot ist daher aus Art. 19 Abs. 4 GG bzw. dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG oder auch aus den betroffenen Grundrechten, insbesondere Art. 3 GG, abzuleiten. **iv)** Es existiert also ein allgemeiner Rechtsgrundsatz dahin gehend, dass niemand an einem Verwaltungsverfahren mitwirken darf, der wegen eines Grundes, der objektiv geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit seiner Amtsführung zu rechtfertigen, befangen ist. **v)** Fraglich ist, ob dieser Grundsatz auch im Vergabeverfahren anzuwenden ist. **1)** Nach dem oben Gesagten (s. B I 6 d iii 4) ist der Staat grundsätzlich umfassend an die Grundrechte und das Rechtsstaatsgebot zu binden. Dies gilt auch für die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit von mehrheitlich in Staatsbesitz befindlichen Gesellschaften. **2)** Dagegen wird eingewandt, dass bei einer Anwendung des § 20 VwVfG alle Unternehmen, an denen die öffentliche Hand beteiligt ist, grundsätzlich von Ausschreibungen ausgeschlossen seien. **3) (a)** Bei dieser Argumentation wird jedoch übersehen, dass den Anforderungen des § 20 VwVfG durch die bloße Beseitigung von Doppelmandaten genügt werden kann, welche der öffentlichen Hand auch zumutbar ist. Der Ausschluss erfasst nur Einzelpersonen, nicht Institutionen. **(b)** Auch § 21 VwVfG lässt sich so auslegen, dass nicht schon die bloße Staatsbeteiligung als “böser Schein der Parteilichkeit” zur Ablehnung führen kann. **(c)** Dieses Argument greift daher nicht durch. **4)** Des weiteren wird vertreten, die Offenlegung von Doppelmandaten sei ausreichend. **5) (a)** Damit wird aber die Funktion des Neutralitätsgrundsatzes verkannt, welcher der Vorbeugung und Vermeidung von Interessenkollisionen dient. **(b)** Die korrekte Vergabe öffentlicher Aufträge liegt vor allem im Interesse der Bieter. Sie ist aber auch aus Gründen des Wettbewerbs, des Haushaltes und des Arbeitsmarktes unerlässlich.

(c) Gerade bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ist die Gefahr unsachgemäßer Entscheidungen groß, weil die Entscheidungsträger keinem persönlichen Unternehmerrisiko ausgesetzt sind, das sonst die Entscheidungsträger in der Privatwirtschaft typischerweise zu sachlicher Auftragsvergabe zwingt. (d) Wenn gar Korruption im Spiel ist, wozu dieser Bereich sogar noch anfälliger als das klassische Verwaltungsverfahren ist, werden die Zusammenhänge typischerweise von beiden Seiten systematisch verschleiert. (e) Wie z.B. von dem Ermessen der Vergabestelle bei der Gewichtung der Wirtschaftlichkeitskriterien Gebrauch gemacht wird, kann ohnehin kaum nachgeprüft werden. (f) Es ist daher normalerweise praktisch unmöglich, nachzuweisen, dass sich die Befangenheit auf das Verfahren ausgewirkt hat. Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten ist diese Beweislast den Bietern nicht zuzumuten. (g) Daran ändert nichts, wenn der Benachteiligte von der möglichen Befangenheit weiß. (h) Daher ist die Anwendung des Neutralitätsgrundsatzes auch im Vergabeverfahren erforderlich. 6) Der Neutralitätsgrundsatz ist somit auch im Vergabeverfahren anzuwenden. 7) Dazu ist es nicht erforderlich, die Vergabeentscheidung als Verwaltungsakt einzustufen. Bei der Auftragsvergabe handelt der Staat vielmehr privatrechtlich. Auch dann kann den Bietern ein effektiver Rechtsschutz garantiert werden (s. B I 6 d). Die Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie würde dem gesetzgeberischen Modell dagegen zuwider laufen. Diese Ansicht ist daher abzulehnen. vi) Gegen diesen Grundsatz könnte im vorliegenden Fall verstoßen worden sein. Dazu kommt nur § 20 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2 VwVfG in Betracht. 1) G ist Angehöriger seiner Frau F (vgl. § 20 Abs. 5 Nr. 2 VwVfG), die durch die Vergabeentscheidung unter Umständen ein Mandat, also einen wirtschaftlichen Vorteil, erlangen konnte. Dies ist aufgrund der früheren Geschäftsbeziehung zu B und wegen möglicher

juristischer Fragen im Zusammenhang mit dem größeren Bauprojekt nicht ausgeschlossen. **2)** Was die Tatbestandsmerkmale “einen unmittelbaren Vorteil [...] erlangen kann” anbelangt, so kann es nach Wortlaut und Zweck nicht darauf ankommen, ob der Vorteil unmittelbar durch die Entscheidung erlangt werden kann. Auch die konkrete Aussicht, den unmittelbaren Vorteil aufgrund weiterer Entscheidungen erlangen zu können, kann zur Parteilichkeit führen. **3)** Es ist vielmehr darauf abzustellen, ob der Vorteil nach der Verkehrsauffassung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Unparteilichkeit des Mitwirkenden beeinträchtigen kann. Im Zweifel ist ein strenger Maßstab anzulegen, um nicht einen zu großen Personenkreis auszuschließen. **4)** Fraglich ist, ob dies vorliegend der Fall ist. **(a)** As Vortrag, F sei “früher” wiederholt für B tätig geworden, wird so verstanden, dass dies nun nicht mehr der Fall ist. Es kann also nicht davon ausgegangen werden, dass weiterhin eine Geschäftsbeziehung zwischen B und F besteht. **(b)** Die Wahrscheinlichkeit, dass F als frühere Geschäftspartnerin der B beauftragt wird, hängt im Einzelnen davon ab, seit wann und aus welchem Grund die F nicht mehr für B tätig ist. Dies ist Tatfrage. **5)** Insgesamt wird aber die Wahrscheinlichkeit der Parteilichkeit Gs als nicht hinreichend groß erachtet, um ihn von der Mitwirkung auszuschließen zu müssen. Es liegt daher kein Verstoß gegen den Neutralitätsgrundsatz vor.

III. Ergebnis

Die Vergabekammer wird daher gem. § 114 Abs. 1 S. 1 entscheiden, dass A in seinen Rechten aus § 97 Abs. 7 i.V.m. den §§ 97 Abs. 1 GWB, §§ 25a, 10a Spiegelstrich 1 und 17a Nr. 3 Abs. 1 Spiegelstrich 2 VOB/A verletzt wurde. Sie wird außerdem geeignete Maßnahmen treffen, um die rechtmäßige Durchführung des Vergabeverfahrens zu gewährleisten.

Anhang

Die Auflagen aus den Bearbeitungshinweisen wurden eingehalten. Auf letztlich unproblematische Tatbestandsmerkmale wurde teilweise – zulasten des klassischen Gutachtenstils – nur in gebotener Kürze eingegangen. Insofern, als der Korrektor bzw. die Korrektorin der Ansicht ist, dass einzelne Punkte näher auszuführen gewesen wären, bitte ich angesichts des vorgeschriebenen Rahmens der Arbeit um Nachsicht. Auch eine andere Schwerpunktsetzung war kaum möglich, da die gewünschte Schwerpunktsetzung erfahrungsgemäß von Korrektor/in zu Korrektor/in sowie von Übungsleiter/in zu Übungsleiter/in beträchtlich variiert. Ich danke für Ihr Verständnis.

Hiermit versichere ich, diese Hausarbeit selbständig angefertigt und keine anderen Quellen und Hilfsmittel als die angegebenen benutzt zu haben.

Ort, Datum _____

Korrekturbemerkungen:

“Ihre Arbeit ist im wesentlichen gelungen. Sie haben alle Probleme des Falles erkannt und in großen Teilen gut gelöst.

In Aufgabe 1 analysieren Sie die Vorgaben des Sachverhalts ordentlich, Ihre Auffassung, dass nur die Produktion von Luxusgütern nicht unter Allgemeininteresse fällt, geht etwas zu weit.

In Aufgabe 2 zeigen Sie ebenfalls gute Kenntnisse des öffentlichen Rechts. Allerdings sind Ihre Ausführungen zum Rechtsschutzbedürfnis unklar: Hier bleibt offen, ob Sie die Zulässigkeit eines Fortsetzungsfeststellungsantrags analog § 114 II GWB prüfen oder die Zulässigkeit eines normalen Nachprüfungsverfahrens. Ihre Ansicht, dass der Zuschlag hier gemäß § 134 BGB nichtig ist, ist ungewöhnlich aber vertretbar. Problematisch ist aber, ob der Antrag des A ein solches Verfahren überhaupt erfasst.

In formaler Hinsicht leidet Ihre Arbeit jedoch an erheblichen Mängeln: Sie arbeiten mit End- statt Fußnoten und überschreiten die Seitenzahl daher um 3 Seiten. Außerdem beeinträchtigen Endnoten die Lesbarkeit erheblich. Dasselbe gilt für die fehlenden Zwischenüberschriften. Ihr Gliederungssystem ist kaum durchschaubar, nahezu jeder Satz erhält einen eigenen Gliederungspunkt. Das verwirrt mehr als es hilft. Ohne Zwischenüberschriften sind Ihre Ausführungen oft sehr mühsam zu verstehen, da der Leser nicht erkennt, ob lediglich ein weiteres Argument oder ein ganz neuer Aspekt folgt.

Schließlich ist Ihre Gliederungsübersicht zu Anfang zu knapp ausgefallen, als dass sich der Leser damit schnell über den Fortgang der Argumentation informieren könnte. Literaturverzeichnis mangelhaft. In Anbetracht dieser Mängel 10 P”.