

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 191

Schutz gegen Willkür bei der Vergabe  
von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen

Eine rechtliche Untersuchung der Beschaffungspraxis  
der amerikanischen Raumfahrtbehörde (NASA)

Von

Dr. jur. Klaus W. Grewlich

D.E.S. en Droit Comparé  
LL.M. (U. C. Berkeley)



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**KLAUS W. GREWLICH**

**Schutz gegen Willkür bei der Vergabe von  
Forschungs- und Entwicklungsaufträgen**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 191**

# Schutz gegen Willkür bei der Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen

Eine rechtliche Untersuchung der Beschaffungspraxis  
der amerikanischen Raumfahrtbehörde (NASA)

Von

Dr. jur. Klaus W. Grewlich

D. E. S. en Droit Comparé

LL. M. (U. C. Berkeley)



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N



Alle Rechte vorbehalten  
© 1972 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1972 bei Buchdruckerei Richard Schröter, Berlin 61  
Printed in Germany  
ISBN 3 428 02722 1

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die Arbeit hat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg i. Br. im Wintersemester 1971/72 als Dissertation vorgelegen. Beschaffungspraxis und Beschaffungsrecht der amerikanischen Raumfahrtbehörde (NASA) sowie das einschlägige Schrifttum und die Rechtsprechung sind bis Sommer 1971 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Professor Dr. Bullinger, der meine Arbeit als Erstberichterstatter betreut hat. Danken möchte ich auch dem Zweitkorrektor, Herrn Professor Dr. v. Simson.

Zu Dank verpflichtet bin ich insbesondere den Leitern des Raumfahrtbeschaffungsamtes und der Rechtsabteilung der NASA sowie den Beschaffungsexperten im General Accounting Office, im Court of Claims, im House Committee on Government Operations des Kongresses und in der Aerospace Industries Association of America, die mir bei meinen Forschungen in Washington D.C. freundliche Hilfe geleistet haben. Danken möchte ich auch Herrn Professor John Coons, der mir während meines Studienaufenthaltes an der School of Law der University of California, Berkeley, manche wichtige Anregung geben konnte.

Während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg konnte ich Einzelprobleme dieser Arbeit vertiefen. Für die Hilfe und Förderung, die ich erfahren habe, darf ich den Direktoren des Instituts, Herrn Professor Dr. Mosler und Herrn Professor Dr. Bernhardt, meinen aufrichtigen Dank aussprechen.

Herrn Ministerialrat a. D. Dr. J. Broermann danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die „Schriften zum Öffentlichen Recht“.

Heidelberg, im März 1972

*Klaus W. Grewlich*





# Inhaltsverzeichnis

## *Erster Teil*

<b>Einleitung und Fragestellung</b>	15
-------------------------------------	----

## *Zweiter Teil*

<b>Politische und wirtschaftliche Grundlagen</b>	20
--	----

I. Der politische und wirtschaftliche Bedeutungswandel des Staatsauftrages .....	20
II. Charakteristika der Forschungs- und Entwicklungsaufträge für die Weltraumfahrt .....	23
1. Die vielen Ungewißheiten .....	24
2. Kein Marktssystem im verkehrswirtschaftlichen Sinne .....	25
3. Besondere Vergabeformen und Organisationstechniken .....	25
4. Die wechselseitige Abhängigkeit von NASA und Raumfahrt-industrie sowie die Frage der militärisch-industriellen Interessen-verflechtung .....	26

## *Dritter Teil*

<b>Rechtliche und organisatorische Grundlagen</b>	30
---	----

I. Das amerikanische Bundes-Beschaffungsrecht .....	30
II. Beschaffungskompetenz und Organisation der NASA .....	32
1. Beschaffungskompetenz .....	32
2. Organisation .....	34
III. Formen der Vergabe von Staatsaufträgen .....	35
1. Die beiden Grundformen der Beschaffung: Öffentliche Ausschreibung und Freihändige Vergabe sowie die Frage des Ausschlusses bestimmter Unternehmen von Staatsaufträgen .....	36
a) Der Ausschluß bestimmter Unternehmen von Staatsaufträgen („Debarment“) .....	36
b) Die Öffentliche Ausschreibung („Formal Advertising“) .....	38
c) Die Freihändige Vergabe („Negotiation“) .....	39
2. Die Freihändige Vergabe unter Wettbewerbsbedingungen mit Bewertungsausschüssen („Source Evaluation Board Procedure“) ....	41

a) Gründe für die Einrichtung des Bewertungsverfahrens .....	41
b) Der Ablauf des Verfahrens der Vergabe großer Forschungs- und Entwicklungsaufträge unter Beteiligung von Bewertungsausschüssen .....	42
IV. Die organisatorische Seite des Vergabeverfahrens für Forschungs- und Entwicklungsaufträge .....	46
1. Das Verfahren der Planung und Durchführung von Projekten in Phasen .....	47
2. Die Verzahnung von Beschaffungstechniken und Organisation ....	49

#### *Vierter Teil*

<b>Schutz gegen Willkür</b>	<b>51</b>
I. Schutz gegen Willkür im Vergabeverfahren .....	53
1. Schutzmöglichkeiten nach dem Bundesverwaltungsverfahrensgesetz	54
a) Kein gerichtsähnliches Anhörungsverfahren vor der Entscheidung über die Auftragsvergabe .....	55
b) Keine Pflicht zur vorherigen Anzeige des Erlasses oder der Änderung von Beschaffungsverordnungen .....	58
c) Das Recht auf Information .....	59
2. Die in den Beschaffungsregeln der NASA enthaltenen Schutzmöglichkeiten .....	60
a) Schutz im Verfahren der Öffentlichen Ausschreibung .....	61
b) Schutz im Verfahren der Freihändigen Vergabe unter Wettbewerbsbedingungen mit Bewertungsausschüssen .....	63
aa) Die Frage des „Wettbewerbsbereiches“ .....	63
bb) Schutz gegen abredewidrige Verwendung technischer Daten	65
cc) Das Problem des Informationsvorsprunges .....	66
dd) „checks and balances“ im Bewertungsverfahren .....	67
II. Schutz durch den Bundesrechnungshof .....	69
1. Die Aufgaben des Bundesrechnungshofes .....	69
2. Die Entscheidung über Beschwerden prospektiver Auftragnehmer als besondere Aufgabe des Bundesrechnungshofes .....	71
a) Das Verfahren der Entscheidung über Beschwerden .....	72
b) Die Frage der Bindung der Beschaffungsbehörden an die Entscheidungen des Bundesrechnungshofes .....	72
3. Umfang und Grenzen des durch den Bundesrechnungshof gewährten Schutzes .....	73
III. Schutz durch die Bundesgerichte .....	77
1. Die Frage der Klagebefugnis .....	80
a) Der Hintergrund der Lehre von der mangelnden Klagebefugnis prospektiver Auftragnehmer .....	83
b) Die Erosion der „standing“-Doktrin: von der „Perkins“-Entscheidung zum „Scanwell“-Fall .....	85
c) Entscheidungen, die auf „Scanwell“ aufbauen .....	90

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	11
d) Die Lehre vom „private attorney general“: die Interessenverdoppelung des prospektiven Auftragnehmers .....	93
2. Umfang und Grenzen des durch die Bundesgerichte gewährten Schutzes .....	97
a) Klagearten und ihre Erfolgsaussicht, untersucht an Hand von „Scanwell“ .....	98
b) Der Umfang des gerichtlichen Schutzes für prospektive Auftragnehmer von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen .....	99
IV. Schutz durch bestimmte Ausschüsse des Kongresses .....	101
1. Formen der Kontrolle der NASA durch den Kongreß .....	101
2. Der Umfang des Schutzes .....	103

*Fünfter Teil*

<b>Zusammenfassung und Ergebnis</b>	104
-------------------------------------	-----

<b>Literaturverzeichnis</b>	107
-----------------------------	-----

# Abkürzungen

## I. Erläuterungen

Bei den *amerikanischen Abkürzungen* wurde im allgemeinen das „Uniform System of Citation“ (herausgegeben von The Harvard Law Review Association, 11. Aufl., Cambridge/Mass., 1967) beachtet; die Zitierweise wurde jedoch in einigen Punkten den deutschen Verhältnissen angepaßt.

Die *amerikanischen Bundesgesetze* wurden nach dem „United States Code“ zitiert, der dem deutschen Bundesgesetzblatt, Teil III, entspricht: z. B. bedeutet 10 U.S.C. § 2304: „United States Code“, Bd. 10 § 2304. Der „United States Code Annotated“ (U.S.C.A.) hat die gleiche Numerierung wie der „United States Code“, enthält aber Anmerkungen, vor allem Hinweise auf Entscheidungen, in denen das betreffende Gesetz ausgelegt wird.

Die *amerikanischen Bundesrechtsverordnungen* werden nach dem „Code of Federal Regulations“ (C.F.R.) zitiert: z. B. bedeutet 16 C.F.R. § 161.11: „Code of Federal Regulations“, Bd. 16, § 161, Abs. 11. Die Beschaffungsverordnung der „National Aeronautics and Space Administration“ (NASA) und des „Department of Defense“ (DOD) werden, obwohl auch in den 41. Titel des C.F.R. aufgenommen, nach den offiziellen Ausgaben der NASA, bzw. des DOD, zitiert, als „NASA Procurement Regulation“ (NASA PR), bzw. „Armed Services Procurement Regulation“ (ASPR): z. B. bedeutet NASA PR 3.804-3: NASA Procurement Regulation, Teil 3, Nr. 804-3. Die Beschaffungsrichtlinien („Procurement Regulation Directives“) und Organisationsanordnungen („Management Instructions“) der NASA werden nach Nummer und Erscheinungsjahr zitiert: z. B. als „NASA Management Instruction“ 510113, Sept. 1, 1965. Die Richtlinien („Guidelines“) und Handbücher („Manuals“) der NASA werden ebenfalls nach Nummer und Erscheinungsjahr zitiert.

Die *Entscheidungen des Supreme Court* werden folgendermaßen zitiert: Perkins v. Lukens Steel Co., 310 U.S. 113 (1940), was bedeutet „United States Supreme Court Reports“, Bd. 310, S. 113 (1940). Die *Entscheidungen der mittleren und unteren Bundesgerichte* werden im „Federal Reporter“ veröffentlicht. Dabei steht „Fed.“ für „Federal Reporter“ und „F.2d“ für die zweite Folge des „Federal Reporter“, die 1924 beginnt. Oft wird auch das entscheidende Gericht angegeben: z. B. bedeutet das Zitat Scanwell Laboratories, Inc. v. Shaffer, 424 F.2d 859 (D.C. Cir. 1970), daß der Fall vom mittelinstanzlichen Bundesgericht für den „District of Columbia Circuit“ entschieden wurde und in der zweiten Folge das „Federal Reporter“ veröffentlicht wurde. Ab 1933 erscheinen die Entscheidungen der erstinstanzlichen Bundesgerichte („Federal District Courts“) in getrennten Bänden, nämlich dem „Federal Supplement“ (F.Supp.). Die Entscheidungen des U.S. Court of Claims werden in „F.2d“ oder in „F.Supp.“ veröffentlicht. Diejenigen Entscheidungen, welche zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser Arbeit noch nicht im „Federal Reporter“ verfügbar waren, werden nach Gericht, Aktenzeichen und Datum zitiert.

Ein Teil der *Entscheidungen des „Comptroller General“* werden in einer besonderen Sammlung veröffentlicht, die vom „General Accounting Office“ (GAO) (dem amerikanischen Bundesrechnungshof, dessen Präsident der „Comptroller General“ ist) herausgegeben wird. Zitiert werden diese Entscheidungen wie Gerichtsentscheidungen, z. B. 44 Comp.Gen. 221 (1964). Die nichtveröffentlichten Entscheidungen des „Comptroller General“ werden nach Aktenzeichen und Daten zitiert: z. B. B-157150, Jan. 19, 1966.

*Die Anhörungen vor den Ausschüssen des Kongresses („committees“)*, d. h. des Senats und des Repräsentantenhauses, werden in folgender Form zitiert: z. B. Hearings on H.R. 474 before the Subcommittee of the House Committee on Government Operations, 91st Cong., 1st Sess., pt.1, S.222 (1969), was bedeutet, daß es sich um Anhörungen über die Gesetzesvorlage 474 des Repräsentantenhauses vor einem Unterausschuß des ständigen Ausschusses des Repräsentantenhauses für „Government Operations“ während der ersten Sitzungsperiode des 91. Kongresses handelt.

*Zeitschriftenliteratur* wird ähnlich wie Gerichtsentscheidungen zitiert: z. B. Whelan, John: A Government Contractors Remedies: Claims and Counterclaims, 42 Virginia L.Rev. 301 (1956) bedeutet: Virginia Law Review, Bd. 42, S. 301 (1956).

## II. Abkürzungsverzeichnis

A.B.A.	= American Bar Association; Zusammenschluß amerikanischer Anwälte auf Bundesebene
APA	= Administrative Procedure Act; Bundesverwaltungsverfahrensgesetz von 1946
ASPR	= Armed Services Procurement Regulation; Beschaffungsverordnung für die Streitkräfte von 1962 mit 25 Novellen; vgl. oben die Erläuterungen zu den Abkürzungen
BMBW	= Bundesministerium für Bildung und Wissenschaft
cert. denied	= Certiorari denied; der Revisionsantrag an den Supreme Court ist abgelehnt worden
C.F.R.	= Code of Federal Regulations
Ct.Cl.	= Court of Claims; besonderes Bundesgericht, insbes. für Geldforderungen gegen die USA
Comp.Gen.	= Comptroller General; Präsident des Bundesrechnungshofes
Cong.	= Congress
DOD	= Department of Defense
FE	= Forschung und Entwicklung
DVBl.	= Deutsches Verwaltungs Blatt
GAO	= General Accounting Office; Bundesrechnungshof
GfW	= Gesellschaft für Weltraumforschung; vertritt das BMBW bei der Vergabe von Aufträgen für die Weltraumforschung
House of Repr.	= House of Representatives; Repräsentantenhaus des Kongresses
L.Rev.	= Law Review
L.J.	= Law Journal
NASA	= National Aeronautics and Space Administration; amerikanische Raumfahrtbehörde



<b>NASA PR</b>	= NASA Procurement Regulation; Beschaffungsverordnung der NASA; vgl. oben die Erläuterungen zu den Abkürzungen
<b>R &amp; D</b>	= Research and Development; Forschung und Entwicklung
<b>SEB</b>	= Source Evaluation Board
<b>U.S.</b>	= United States Supreme Court Reports; vgl. oben die Erläuterungen zu den Abkürzungen
<b>U.S.C.</b>	= United States Code; vgl. oben die Erklärungen zu den Abkürzungen
<b>U.S.C.A.</b>	= United States Code Annotated; vgl. oben die Erläuterungen zu den Abkürzungen
<b>VOL/A</b>	= Verdingungsordnung für Leistungen Teil A