

Europäischer Gerichtshof, Schlussanträge des Generalanwalts vom 29.10.1981 – C-182/80

Generalanwalt

ECLI:EU:C:1981:250

Keine Entscheidung des Gerichtshofs. Dieses Dokument ist ein unabhängiger Entscheidungsvorschlag an den Gerichtshof. Der Gerichtshof ist daran nicht gebunden und kann anders entscheiden.

Ergebnis: Vorschlag an den Gerichtshof

Ich beantrage Klageabweisung und Verurteilung der Firma Gauff zur Tragung der Kosten.

Schlußanträge des Generalanwalts Simone Rozès

vom 29. oktober 1981

Herr Präsident,

meine Herren Richter!

I —

Die auf dem Gebiet des Verkehrswesens und der Wasserwirtschaft spezialisierte deutsche Firma H. P. Gauff ist seit 1965 in den mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft assoziierten afrikanischen Staaten tätig. Unter anderem war sie an der Ausführung verschiedener Vorhaben beteiligt, die von den durch die beiden Abkommen von Jaunde von 1964 und 1969 geschaffenen Europäischen Entwicklungsfonds finanziert wurden.

Etwa seit 1973 ist sie von der Teilnahme an Ausschreibungen oder der freihändigen Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Rahmen dieser beiden Abkommen und — seit 1975 — der beiden Abkommen AKP—EWG von Lomé von 1975 und 1979 ausgeschlossen.

Der Geschäftsführer dieser Firma, Helmut P. Gauff, ersuchte den Leiter der Generaldirektion Entwicklung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften am 13. Januar 1976, die Firma in das Verzeichnis der geeigneten Bewerber um die Teilnahme an einem Ausschreibungsverfahren für ein Vorhaben in Zaire aufzunehmen.

Mit Schreiben vom 9. Februar 1976 wies der Generaldirektor dieses Ersuchen mit der Bemerkung zurück, er glaube nicht, daß es notwendig sei, Herrn Gauff die Gründe hierfür darzulegen.

Die Firma Gauff erneuerte ihr Ersuchen am 3. Dezember 1976. Der Generaldirektor antwortete jedoch, daß das Verfahren bei der Auswahl der Studienbüros, die für Projekte des Europäischen Entwicklungsfonds unter dem Abkommen von Lomé von 1975 arbeiteten, ein anderes sei als das zuvor unter dem Abkommen von Jaunde von 1969 geltende Verfahren.

Da sich die Firma Gauff auch weiterhin ausgeschlossen sah, forderte sie den Leiter der Generaldirektion Entwicklung am 21. April 1980 durch ihren Rechtsanwalt unter Fristsetzung auf, zu erklären, daß sie wieder als eligible betrachtet und zur Teilnahme an der Ausführung der von den verschiedenen EEF finanzierten Vorhaben zugelassen werde.

Der Generaldirektor des Juristischen Dienstes der Kommission antwortete hierauf, es sei nicht möglich, ihr diese Zusicherung zu geben.

Die Begründung für die Zurückweisung des Ersuchens der Firma Gauff änderte sich im Laufe der Zeit. Nach der wenig aufschlußreichen Antwort vom 9. Februar 1976 hieß es in der Antwort vom 22. Dezember 1976, die Anfrage der Firma sei an das hierfür zuständige Referat weitergegeben worden, während in der Antwort vom 20. Juni 1980 ausgeführt wird: Die Auswahl der Bewerber erfolgt... jeweils von Fall zu Fall unter Berücksichtigung aller Umstände.

In Wahrheit bestand für die anhaltende Zurückweisung des Ersuchens der Firma Gauff immer derselbe Grund: Einer Aktennotiz vom 22. Dezember 1977 zufolge hatte der Generaldirektor für Entwicklung zwei Vertretern der Firma Gauff in einem auf deren Wunsch geführten Gespräch dargelegt, daß alle mit der Auftragsvergabe zusammenhängenden Entscheidungen von Fall zu Fall getroffen werden, nach bestimmten Kriterien, die im Finanzreglement festgelegt sind und an die die Kommission gebunden ist. Der Generaldirektor hatte jedoch seinen Gesprächspartnern auch deutlich zu verstehen gegeben, daß die Firma von vom Europäischen Entwicklungsfonds finanzierten öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen bleibe, solange in der Firma Gauff die gleichen Persönlichkeiten verantwortlich seien wie zu dem Zeitpunkt, als die Firma Gauff einen Beamten der Kommission ... bestochen habe.

Die Firma Gauff kannte diesen Grund sehr wohl, denn ihr Rechtsanwalt führte in seinem bereits erwähnten Schreiben an den Generaldirektor vom 21. April 1980 vor einer Stellungnahme zur Stichhaltigkeit dieses Grundes aus: Der Ausschluß meiner Mandantin wird anscheinend aus einem Vorfall aus dem Jahr 1968 hergeleitet, in den ein früherer Mitarbeiter der Kommission ... verwickelt war. [Dieser] soll im Jahr 1975 aufgrund eines Disziplinarverfahrens aus der EG-Kommission ausgeschieden sein. Der Vorwurf sei dahin gegangen, daß [er] es als Mitarbeiter der Kommission akzeptiert habe, für die Firma Gauff KG im Jahr 1968 Kommissionen bzw. Abgaben an hochgestellte afrikanische Persönlichkeiten weiterzuleiten.

Aufgrund dieses Sachverhalts beantragt die Firma Gauff mit am 25. August 1980 in das Register eingetragener Klageschrift,

die Entscheidung der Kommission aufzuheben, daß die Klägerin nicht zulassungsfähig (eligible) ist zur Teilnahme an Ausschreibungen oder der freihändigen Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, die vom EEF finanziert werden;

hilfsweise festzustellen, daß die Kommission verpflichtet ist, die Klägerin zu bescheiden, ob sie zulassungsfähig ist oder nicht;

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin DM 1 als Schadensersatz zu zahlen.

II —

Es stellen sich mehrere Probleme. Fraglich ist zunächst in formaler Hinsicht, ob es sich bei dem an die Firma Gauff gerichteten Schreiben des Generaldirektors des Juristischen Dienstes vom 20. Juni 1980 um einen Akt der zuständigen Stelle handelt. Dies ist zweifelhaft. Ferner sei darauf hingewiesen, daß die Firma Gauff nicht die Aufhebung einer Entscheidung beantragt, mit der ein von ihr im Anschluß an eine bestimmte Ausschreibung abgegebenes Angebot zurückgewiesen worden ist, wie dies im Januar 1976 der Fall war.

Wenn auch die Antwort vom 20. Juni 1980 nur eine tatsächliche Situation unter Verwendung neuer Argumente bestätigt, so besteht diese Situation doch fort: Die Firma Gauff ist allgemein und andauernd ausgeschlossen; der Generaldirektor vertrat seiner Aktennotiz vom 22. Dezember 1977 zufolge die Auffassung, daß die Änderung in der rechtlichen Struktur der Klägerin, die 1970 von einer Einzelfirma in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt wurde, hinsichtlich der tatsächlichen Ausübung der Geschäftsleitung nichts geändert habe. Hierbei handelt es sich um eine eindeutig der Kommission zuzurechnende Stellungnahme, die sich diese im übrigen in ihren Schriftsätzen zu eigen gemacht hat.

Die Firma Gauff ist durch diese Situation immer dann beschwert, wenn ein Verfahren zur freihändigen Vergabe oder ein Ausschreibungsverfahren veranstaltet wird, an dem sie sich als Bewerberin beteiligen könnte, wenn dieser Vorwurf nicht gegen sie erhoben würde. Die Firma Gauff hat somit ein Interesse an der Klärung ihrer rechtlichen Lage (Urteil vom 7. März 1971 in der Rechtssache 47/70, Kschwendt, Slg. 1971, 251, 257).

III —

Die begrenzte Ausschreibung und die freihändige Vergabe sind die normalen Formen der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (Studien, technische Hilfe, Überwachung der Arbeiten), auf die der Gesellschaftszweck der Firma Gauff gerichtet ist. Sie erscheinen in der Tat für die in der Form von Dienstleistungen erbrachten besonderen Leistungen angemessener.

Die begrenzte Ausschreibung wendet sich nur an die Bewerber, die der öffentliche Auftraggeber zu berücksichtigen beschließt, und zwar gegebenenfalls nach einem Vorauswahlverfahren, in dem die Entscheidung unter anderem nach der besonderen Art oder dem Umfang der zu erbringenden Leistungen getroffen wird. Die begrenzte Liste wird in enger Zusammenarbeit zwischen der Kommission und dem betreffenden AKP-Staat erstellt. Zwar ist es letztlich Sache des begünstigten AKP-Staats, aus der begrenzten Liste das Büro auszuwählen, mit dem er abschließen will, doch ist die Aufnahme in diese Liste eine notwendige Voraussetzung für die Erlangung des betreffenden Auftrags. Die Erteilung des Zuschlags bedarf der Zustimmung des Hauptanweisungsbefugten des EEF; dieser ist seit Beginn der Leiter der Generaldirektion Entwicklung.

Um eine freihändige Vergabe handelt es sich, wenn es der öffentliche Auftraggeber selbst in die Hand nimmt, die von ihm für sachdienlich gehaltenen Unterredungen aufzunehmen, und den Auftrag an den von ihm ausgesuchten Unternehmer oder Lieferer vergibt. In diesem Fall nimmt die Kommission die Vorauswahl der Bewerber und die Aufstellung der Liste selbst vor.

Schon begrifflich verfügt die Kommission in diesen Verfahren über einen größeren Ermessensspielraum als im Falle der offenen Vergabe im Leistungswettbewerb, die mit einer Ausschreibung zur Teilnahme an einem Wettbewerb verbunden ist. Der Gerichtshof hat den Ermessensspielraum zu respektieren, den der öffentliche Auftraggeber zur Wahrung des Allgemeininteresses benötigt. Dagegen ist der Gerichtshof befugt, die Ermessensausübung der Dienststellen der Kommission nachzuprüfen, um das mögliche Vorliegen eines Ermessensmißbrauchs oder eines schweren und offenkundigen Ermessensfehlers festzustellen (Urteil vom 23. November 1978 in der Rechtssache 56/77, Agence européenne d'intérims, Sig. 1978, 2215, Randnr. 20 der Entscheidungsgründe).

Innerhalb dieser Grenzen ist also die Begründetheit der Klagegründe und Argumente der Firma Gauff zu prüfen.

1. Die Mehrdeutigkeit und der dilatori-, sehe Charakter der Zurückweisung der Firma Gauff stellen für sich gesehen keinen Aufhebungsgrund dar, da die Kommission die Gründe für diese Zurückweisung klar erläutert hat.

2. Weder die Durchführungsbestimmungen, die in den Artikeln 22 und 26 des Protokolls Nr. 2 zum ersten Abkommen von Lomé von 1975 vorgesehen sind, noch die Allgemeinen Bedingungen für die Vergabe und Ausführung der öffentlichen Aufträge, die von dem mit dem zweiten Abkommen von Lomé von 1979 geschaffenen Fonds finanziert werden (Artikel 131 dieses Abkommens), sind bisher erlassen worden. Demgemäß richtet sich die Vergabe der Verträge über technische Zusammenarbeit, die nach dem 1. März 1980 abgeschlossen werden, rein rechtlich gesehen noch immer nach den Artikeln 24 bis 27 des Protokolls Nr. 2 zum ersten dieser Abkommen. Obwohl der Ermessensspielraum der Kommission im Falle begrenzter Ausschreibungen und um so mehr im Falle der freihändigen Vergabe größer ist, kann man mit der Firma Gauff davon ausgehen, daß die Hinderungsgründe, die in Artikel 22 Absatz 2 der Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von öffentlichen Bau- und Lieferaufträgen, die im Rahmen des zweiten Abkommens von Jaunde finanziert werden, und in Artikel 17 des Entwurfs der allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, die im Rahmen des ersten Abkommens von Lomé finanziert werden, aufgeführt sind, entsprechende Anwendung finden.

Nach Auffassung der Firma Gauff ist jedoch der einzige Ausschlußgrund, der ihrem Fall nahekommt — nämlich der Grund, der in Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe d der Allgemeinen Klauseln und Bedingungen für die Vergabe und die Durchführung der öffentlichen Bau- und Lieferaufträge, die vom EEF finanziert werden (anwendbar aufgrund der Verordnung Nr. 282/72 des Rates vom 31. Januar 1972), genannt

ist—, auf sie nicht anwendbar, da sie nicht rechtskräftig für eine strafbare Handlung verurteilt ist, die ihre Berufsqualifikation in Frage stellt.

In Artikel 17 des Entwurfs der Allgemeinen Bedingungen für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, die im Rahmen des ersten Abkommens von Lomé finanziert werden, ist dieser Artikel 22 im wesentlichen übernommen worden; zusätzlich wird dort der Fall von Personen genannt, die aufgrund eines Beschlusses vorübergehend oder dauernd wegen mangelhafter Ausführung von Studienaufträgen oder technischer Hilfe von der Teilnahme an der Ausschreibung ausgeschlossen sind.

Für eine weitergehende entsprechende Anwendung ist nach Ansicht der Klägerin kein Raum: Da sie nicht in einem Gerichtsverfahren rechtskräftig verurteilt sei, könne sie nicht endgültig von der Teilnahme ausgeschlossen werden.

Die Kommission entgegnet, der Umstand, daß eine rechtskräftige Verurteilung der Firma Gauff nicht vorliege, sei darauf zurückzuführen, daß die Kommission beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts keine Möglichkeit gehabt habe und noch immer keine Möglichkeit habe, sich zum Schutz ihrer Beamtenschaft auf die strafrechtlichen Bestimmungen zu berufen, die es in der Bundesrepublik Deutschland den Behörden ermöglichten, die aktive Bestechung ihrer Beamten zu ahnden. Die Kommission habe den Entwurf eines Vertrages zur Regelung dieser Fragen ausgearbeitet, der im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 22. September 1976 veröffentlicht worden sei; bisher sei es jedoch bei diesem Entwurf geblieben.

Unstreitig erhielt die Kommission im März 1973 durch die deutschen Steuerbehörden Kenntnis davon, daß anlässlich einer bei der Firma Gauff durchgeführten Betriebsprüfung festgestellt worden war, daß diese in den Jahren 1967 und 1968 insgesamt 88000 DM an einen Beamten der Generaldirektion Entwicklung gezahlt hatte, der für die technische Vorbereitung, Ausführung und Kontrolle der vom EEF finanzierten Vorhaben zuständig war. Die Firma Gauff erklärte bei dieser Betriebsprüfung, daß ein Teil des Geldes (50000 DM) mittels eines Barschecks gezahlt, ein anderer auf das Konto der Ehefrau des betreffenden Beamten überwiesen worden sei.

Auf diesen Hinweis hin leitete die Kommission im März 1975 ein Disziplinarverfahren gegen den Beamten ein, das mit dessen Entfernung aus dem Dienst endete. Der Unternehmensleiter der Firma Gauff kam einer Aufforderung der Kommission, in diesem Verfahren als Zeuge auszusagen, nicht nach.

Vor dem Gerichtshof hat die Firma Gauff vorgetragen, der betreffende Beamte sei ein persönlicher Freund und Landsmann von Helmut P. Gauff; in dieser Eigenschaft und nicht in seiner Eigenschaft als der für die Vergabe der von den Gemeinschaftsfonds finanzierten Aufträge zuständige Beamte sei sie an ihn herangetreten. Die an ihn gezahlte Provision sei nur durch seine Hände hindurchgegangen. Im übrigen werde die Zahlung solcher Provisionen von den deutschen Steuerbehörden als steuerlich absetzbar anerkannt.

Unabhängig davon, welcher Wert diesen Angaben beizumessen ist, bin ich der Ansicht, daß es die Kommission mit Rücksicht auf ihre eigenen Verantwortlichkeiten nicht zulassen kann, daß derartige Beträge durch die Hände eines ihrer Beamten gehen, der mit der Vergabe eben dieser Aufträge befaßt ist; dies gilt auch dann, wenn es sich um einen Freund und Landsmann der Person handelt, in deren Händen die tatsächliche Leitung der als Bewerber auftretenden juristischen Person liegt, und wenn der Beamte dieser Person einen Dienst erweist. Dieses Vorgehen war sicherlich weder üblich noch ungefährlich, denn die deutschen Steuerbehörden machten, der Kommission durch die Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland davon Mitteilung. Die Weigerung der Firma Gauff, in dem gegen den Beamten eingeleiteten Disziplinarverfahren als Zeuge auszusagen, ist verständlich, doch kann die Klägerin jetzt nicht Beschwerde darüber führen, daß sie nicht gehört worden sei. Meines Erachtens durfte es die Kommission somit ablehnen, die Firma Gauff zur Teilnahme an den Ausschreibungen zuzulassen.

3. Im übrigen weise ich darauf hin, daß dieser Ausschlußgrund ausdrücklich in der Richtlinie des Rates vom 26. Juli 1971 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge und in der Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1976 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge genannt wird. In Artikel 23 der ersten und in Artikel 20 der zweiten Richtlinie heißt es:

Von der Teilnahme am Vergabeverfahren können Unternehmer ausgeschlossen werden,

...

d) die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die vom öffentlichen

Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde.

Die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Bau- oder Dienstleistungsaufträge in den Mitgliedstaaten müssen auch für von den Europäischen Entwicklungsfonds finanzierte Dienstleistungsaufträge gelten, die im Wege der freihändigen Vergabe oder der Ausschreibung vergeben werden. Es sei darauf hingewiesen, daß für diesen Ausschlußgrund keinerlei zeitliche Begrenzung aufgestellt ist.

4. Unter diesen Umständen stellt die Behandlung der Firma Gauff weder eine Diskriminierung gegenüber anderen Bietern noch einen Ermessensmißbrauch dar.

IV —

Das Schicksal des von der Firma Gauff erhobenen Schadensersatzbegehrens hängt davon ab, ob ihr Ausschluß begründet ist.

Ich habe dargelegt, daß ich diesen Ausschluß für gerechtfertigt halte. Das Verhalten bestimmter Kommissionsbeamter, die den Schaden (Beeinträchtigung des geschäftlichen Rufs der Klägerin, Verlust von Chancen) verursacht haben sollen, für den die Klägerin einen rein symbolischen Ersatz fordert, wird von der Kommission bestritten. Jedenfalls scheint mir nicht nachgewiesen zu sein, daß tatsächlich ein Schaden eingetreten ist und ein Kausalzusammenhang zwischen diesem Schaden und dem Verhalten der Beamten besteht.

Ich beantrage Klageabweisung und Verurteilung der Firma Gauff zur Tragung der Kosten.

Zitiervorschlag: Europäischer Gerichtshof, Schlussanträge des Generalanwalts vom 29.10.1981 – C-182/80, ECLI:EU:C:1981:250

Quelle: curia.europa.eu, abgerufen 27.07.2026

Nicht-amtliche Fassung — maßgeblich ist die Fassung in der Originalsprache (CURIA: <https://curia.europa.eu>)

Provided by nu:legal (<https://recht.nulegal.eu>), the leading open legal database: AI-first, expanding daily, German and European law and case law in full text, free, with an open API for AI agents. Text and data mining expressly permitted.

Herausgeber: Nulegal GmbH, Potsdam.

Dieses Dokument: <https://recht.nulegal.eu/rechtsprechung/eugh/1981-10-29/c-182-80>