

Geschäftsverzeichnisnr. 7170
Entscheid Nr. 157/2020 vom 26. November 2020

ENTSCHEIDSAUSZUG

---

*In Sachen:* Vorabentscheidungsfrage in Bezug auf die Artikel 14 und 24 des Gesetzes vom 17. Juni 2013 « über die Begründung, die Unterrichtung und die Rechtsmittel im Bereich der öffentlichen Aufträge, bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge und der Konzessionen », gestellt vom Gericht erster Instanz Lüttich, Abteilung Lüttich.

Der Verfassungsgerichtshof,

zusammengesetzt aus den Präsidenten F. Daoût und L. Lavrysen, und den Richtern T. Merckx-Van Goey, R. Leysen, M. Pâques, Y. Kherbache und T. Detienne, unter Assistenz des Kanzlers P.-Y. Dutilleux, unter dem Vorsitz des Präsidenten F. Daoût,

erlässt nach Beratung folgenden Entscheid:

\*

\* \*

## I. *Gegenstand der Vorabentscheidungsfrage und Verfahren*

In seinem Urteil vom 25. April 2019, dessen Ausfertigung am 7. Mai 2019 in der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, hat das Gericht erster Instanz Lüttich, Abteilung Lüttich, folgende Vorabentscheidungsfrage gestellt:

« Verstoßen die Artikel 14 und 24 des Gesetzes vom 17. Juni 2013 über die Begründung, die Unterrichtung und die Rechtsmittel im Bereich der öffentlichen Aufträge, bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge und der Konzessionen gegen die Artikel 10, 11 und 13 der Verfassung, an sich oder in Verbindung mit Artikel 160 der Verfassung und dem allgemeinen Grundsatz der Gewaltentrennung, indem sie dahin ausgelegt werden, dass sie dem ordentlichen Richter die Zuständigkeit erteilen, einen Beschluss für nichtig zu erklären, der in Bezug auf öffentliche Aufträge von einer privatrechtlichen Gesellschaft gefasst wurde, die von den öffentlichen Behörden, oder auf deren Initiative hin oder mit deren Mitwirkung, und auf jeden Fall unter deren rechtlicher oder faktischer Kontrolle gegründet und der ein Auftrag allgemeinen Interesses wie die Verwaltung eines regionalen Flughafens erteilt worden ist, auch wenn diese Gesellschaften im Übrigen einseitig Entscheidungen treffen können, durch die Dritte gebunden sind, wenn der angefochtene Akt nicht der letztgenannten Zuständigkeit unterliegt, während dieselbe Beschwerde gegen denselben Akt, der im selben Rahmen und mit derselben Wirkung von einem öffentlichen Dienst im grundlegenden Sinne des Wortes vorgenommen wurde, dem Staatsrat unterbreitet wird? ».

(...)

## III. *Rechtliche Würdigung*

(...)

B.1. Artikel 14 des Gesetzes vom 17. Juni 2013 « über die Begründung, die Unterrichtung und die Rechtsmittel im Bereich der öffentlichen Aufträge, bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge und der Konzessionen » (nachstehend: Gesetz vom 17. Juni 2013) bestimmt:

« Auf Antrag einer Person, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag beziehungsweise an einer bestimmten Konzession hat oder hatte und der durch den angeführten Verstoß ein Schaden entstanden ist beziehungsweise zu entstehen droht, kann die Beschwerdeinstanz die von den auftraggebenden Instanzen gefassten Beschlüsse einschließlich der Beschlüsse in Bezug auf diskriminierende technische, wirtschaftliche und finanzielle Spezifikationen für nichtig erklären, weil diese Beschlüsse einen Befugnismissbrauch darstellen oder verstoßen gegen:

1. das auf den betreffenden Auftrag beziehungsweise die betreffende Konzession anwendbare Recht der Europäischen Union im Bereich des öffentlichen Auftragswesens beziehungsweise der Konzessionen und die Rechtsvorschriften über öffentliche Aufträge beziehungsweise Konzessionen,

2. die auf den betreffenden Auftrag beziehungsweise die betreffende Konzession anwendbaren Verfassungs-, Gesetzes- oder Verordnungsbestimmungen und allgemeinen Rechtsgrundsätze,

3. die Auftrags- beziehungsweise Konzessionsunterlagen ».

Artikel 24 desselben Gesetzes bestimmt:

« Beschwerdeinstanz für die in den Artikeln 14, 15 und 16 erwähnten Beschwerdeverfahren ist:

1. die Verwaltungstreitsachenabteilung des Staatsrates, wenn die auftraggebende Instanz eine in Artikel 14 § 1 der koordinierten Gesetze über den Staatsrat erwähnte Behörde ist,

2. der ordentliche Richter, wenn die auftraggebende Instanz keine in Artikel 14 § 1 der koordinierten Gesetze über den Staatsrat erwähnte Behörde ist.

Für das in Artikel 16 erwähnte Beschwerdeverfahren ist die Beschwerdeinstanz ebenfalls der ordentliche Richter, wenn die auftraggebende Instanz eine in Artikel 14 § 1 der koordinierten Gesetze über den Staatsrat erwähnte Behörde ist und keine in Artikel 11*bis* derselben koordinierten Gesetze erwähnte Entschädigung gefordert worden ist.

Für die in den Artikeln 17 und 22 erwähnten Beschwerdeverfahren ist die Beschwerdeinstanz der ordentliche Richter. Für die Unwirksamkeitserklärung und die alternativen Sanktionen tagt der Richter wie im Eilverfahren ».

Diese Bestimmung ist in Verbindung mit Artikel 14 § 1 Absatz 1 der am 12. Januar 1973 koordinierten Gesetze über den Staatsrat zu betrachten, der bestimmt:

« Sofern die Streitsache nicht durch Gesetz an ein anderes Rechtsprechungsorgan verwiesen wird, befindet die Verwaltungstreitsachenabteilung im Wege von Entscheiden über Nichtigkeitsklagen wegen Verletzung entweder wesentlicher oder unter Androhung der Nichtigkeit auferlegter Formvorschriften, wegen Befugnisüberschreitung oder wegen Befugnismissbrauch, die eingeleitet werden gegen Akte und Verordnungen:

1. der verschiedenen Verwaltungsbehörden,

2. der gesetzgebenden Versammlungen oder ihrer Organe, einschließlich der bei diesen Versammlungen eingerichteten Ombudsdienste, des Rechnungshofes, des Verfassungsgerichtshofes, des Staatsrates, der administrativen Rechtsprechungsorgane, der Organe der rechtsprechenden Gewalt und des Hohen Justizrates, in Bezug auf öffentliche

Aufträge und Personalmitglieder sowie auf Anwerbung, Bestimmung, Ernennung in ein öffentliches Amt oder auf Maßnahmen mit disziplinarischem Charakter ».

B.2. Der vorlegende Richter befragt den Gerichtshof zur Vereinbarkeit der fraglichen Bestimmungen mit den Artikeln 10, 11 und 13 der Verfassung, an sich oder in Verbindung mit Artikel 160 der Verfassung und mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Gewaltentrennung.

Aus der Vorabentscheidungsfrage sowie der Begründung des Vorlageurteils geht hervor, dass der Gerichtshof gebeten wird, im Hinblick auf das zuständige Rechtsprechungsorgan die Situation von Bieter für einen öffentlichen Auftrag zu vergleichen, die eine Nichtigkeitsklage gegen einen von einer auftraggebenden Instanz in dieser Angelegenheit gefassten Beschluss einreichen, je nachdem, ob diese Instanz entweder « [eine privatrechtliche] Gesellschaft [ist], die von den öffentlichen Behörden, oder auf deren Initiative hin oder mit deren Mitwirkung, und auf jeden Fall unter deren rechtlicher oder faktischer Kontrolle gegründet und der ein Auftrag allgemeinen Interesses [...] erteilt worden ist, auch wenn diese [Gesellschaft] im Übrigen einseitig Entscheidungen treffen [kann], durch die Dritte gebunden sind, wenn der angefochtene Akt nicht der letztgenannten Zuständigkeit unterliegt », wie die beklagte Partei vor dem vorlegenden Richter, oder ein « [öffentlicher] Dienst im grundlegenden Sinne des Wortes » ist.

Im ersten Fall ist der ordentliche Richter zuständig, über die Klage zu befinden, während es im zweiten Fall die Verwaltungstreitsachenabteilung des Staatsrates ist.

B.3.1. Die Artikel 10 und 11 der Verfassung haben eine allgemeine Tragweite. Sie untersagen jegliche Diskriminierung, ungeachtet deren Ursprungs; die Verfassungsvorschriften der Gleichheit und Nichtdiskriminierung gelten angesichts aller Rechte und aller Freiheiten.

B.3.2. Der Grundsatz der Gleichheit und Nichtdiskriminierung schließt nicht aus, dass ein Behandlungsunterschied zwischen Kategorien von Personen eingeführt wird, soweit dieser Unterschied auf einem objektiven Kriterium beruht und in angemessener Weise gerechtfertigt ist.

Das Vorliegen einer solchen Rechtfertigung ist im Hinblick auf Zweck und Folgen der beanstandeten Maßnahme sowie auf die Art der einschlägigen Grundsätze zu beurteilen; es

wird gegen den Grundsatz der Gleichheit und Nichtdiskriminierung verstoßen, wenn feststeht, dass die eingesetzten Mittel in keinem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen.

B.3.3. Artikel 13 der Verfassung gewährleistet das Recht auf gerichtliches Gehör beim zuständigen Richter.

B.3.4. Artikel 160 der Verfassung bestimmt, dass es für ganz Belgien einen Staatsrat gibt, dessen Zusammensetzung, Zuständigkeit und Arbeitsweise durch Gesetz bestimmt werden, und dass dieser Rat « als Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wege eines Entscheids [befindet] und [...] in den durch Gesetz bestimmten Fällen Gutachten ab[gibt] ». Durch diese Bestimmung wollte der Verfassungsgeber die objektive Rechtmäßigkeitsprüfung der Verwaltungsakte verankern.

B.3.5. Aus der Begründung des Vorlageurteils geht hervor, dass der in der Vorabentscheidungsfrage erwähnte allgemeine Grundsatz der Gewaltentrennung so zu verstehen ist, dass er sich auf die Verteilung der Rechtsprechungsbefugnis zwischen dem Staatsrat und der rechtsprechenden Gewalt bezieht. Der Gerichtshof prüft die Vorabentscheidungsfrage in diesem Sinne.

B.4.1. Aus der Verbindung der in B.1 zitierten Bestimmungen ergibt sich, dass die Verwaltungstreitsachenabteilung des Staatsrates über Nichtigkeitsklagen befundet, die gegen Beschlüsse von auftraggebenden Instanzen gerichtet sind, die Behörden im Sinne von Artikel 14 § 1 der am 12. Januar 1973 koordinierten Gesetze über den Staatsrat sind. Diese Behörden sind einerseits die verschiedenen Verwaltungsbehörden (Absatz 1 Nr. 1) und andererseits die gesetzgebenden Versammlungen oder ihre Organe, einschließlich der bei diesen Versammlungen eingerichteten Ombudsdienste, der Rechnungshof, der Verfassungsgerichtshof, der Staatsrat, die administrativen Rechtsprechungsorgane sowie die Organe der rechtsprechenden Gewalt und der Hohe Justizrat, nur in Bezug auf bestimmte Angelegenheiten (Absatz 1 Nr. 2). Der ordentliche Richter befundet über Nichtigkeitsklagen, die gegen Beschlüsse von auftraggebenden Instanzen, die keine Behörden im Sinne des vorerwähnten Artikels 14 § 1 sind.

B.4.2. In den Vorarbeiten zu Artikel 65/24 Gesetzes vom 24. Dezember 1993 « über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge », eingefügt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 23. Dezember 2009 « zur Einfügung eines neuen Buches

über die Begründung, die Unterrichtung und die Rechtsmittel in das Gesetz vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge », der dem fraglichen Artikel 24 des Gesetzes vom 17. Juni 2013 zugrunde liegt, heißt es, dass diese Bestimmung das Ziel hat, die jeweiligen Zuständigkeiten des Staatsrates und des ordentlichen Richters im Bereich der öffentlichen Aufträge klarzustellen und so dem Problem des « Forum Shopping », das womöglich zwischen den beiden Gerichtsbarkeiten bestand, ein Ende zu setzen:

« Le présent projet reprend le principe, inauguré par la loi du 16 juin 2006 précitée, en vertu duquel le soumissionnaire qui souhaite mettre en œuvre un recours doit s'adresser uniquement au Conseil d'État ou uniquement au juge civil, selon sa qualité ou non d'autorité administrative de l'autorité adjudicatrice concernée, le but de cette disposition étant de mettre fin au ' forum shopping ' qui existe parfois entre les juridictions civiles et administratives » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2009-2010, DOC 52-2276/001, S. 40).

B.5. Nach Auffassung des Kassationshofes « [erwirbt eine juristische Person privaten Rechts], selbst wenn sie von einer Verwaltungsbehörde gegründet wurde und der Kontrolle von öffentlichen Behörden unterliegt, [...] die Eigenschaft einer Verwaltungsbehörde nur in dem Maße, in dem sie gegenüber Dritten verbindliche Entscheidungen treffen kann; der Umstand, dass ihr ein Auftrag allgemeinen Interesses erteilt wurde, ist in diesem Zusammenhang ohne Belang » (Kass., 13. Juni 2013, C.12.0458.F). Der Kassationshof leitet daraus ab, « dass eine Handlung, die von dieser juristischen Person ausgeht, nur in dem Maße Gegenstand einer Nichtigkeitsklage [...] vor dem Staatsrat sein kann, in dem sie zu dem *Imperium* gehört, mit dem sie ausgestattet ist » (ebenda; Kass., 5. Februar 2016, C.15.0164.F; Kass., 28. März 2019, C.18.0272.F).

Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich, dass eine juristische Person privaten Rechts, die von einer Verwaltungsbehörde gegründet wurde und der Kontrolle von öffentlichen Behörden unterliegt, in Bezug auf Entscheidungen, die sie im Bereich von öffentlichen Aufträgen trifft, die nicht zu der ihr erteilten Befugnis gehören, gegebenenfalls verbindliche Entscheidungen gegenüber Dritten zu treffen (nachstehend: *Imperium*), nicht die Eigenschaft einer Verwaltungsbehörde erwirbt.

B.6. Die in B.2 erwähnten Personenkategorien sind vergleichbar, da es sich in beiden Fällen um einen Bieter für einen öffentlichen Auftrag handelt, der einen Beschluss einer auftraggebenden Instanz in dieser Angelegenheit anfechten möchte.

B.7. Der Behandlungsunterschied beruht auf dem Kriterium der Eigenschaft der auftraggebenden Instanz, die eine Behörde im Sinne von Artikel 14 § 1 der am 12. Januar 1973 koordinierten Gesetze über den Staatsrat ist oder nicht. In Anbetracht der vorerwähnten Rechtsprechung des Kassationshofes in Bezug auf die Qualifizierung einer juristischen Person privaten Rechts als « Verwaltungsbehörde » ist dieses Kriterium objektiv. Es ist noch zu prüfen, ob es unter Berücksichtigung des Zwecks der fraglichen Maßnahme sachdienlich ist.

B.8. Die Zuständigkeit der Verwaltungstreitsachenabteilung des Staatsrates, um über objektive Streitsachen in Bezug auf die Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten der Verwaltungsbehörden und im weiteren Sinne von Akten, die von mehreren anderen Behörden und Rechtsprechungsorganen erlassen werden, die in Artikel 14 § 1 Absatz 1 Nr. 2 der am 12. Januar 1973 koordinierten Gesetze über den Staatsrat aufgezählt sind, zu befinden, entbehrt unter Berücksichtigung der Zuständigkeit des Staatsrates als « Verwaltungsgerichtsbarkeit » im Sinne von Artikel 160 der Verfassung nicht einer vernünftigen Rechtfertigung.

B.9. Aus der Begründung des Vorlageurteils geht hervor, dass der vorlegende Richter im Wesentlichen wissen möchte, ob der Begriff « Verwaltungsbehörde » in der Auslegung durch den Kassationshof mit den in B.3 genannten Bestimmungen und Grundsätzen vereinbar ist, insofern er zur Folge hat, dass eine privatrechtliche Gesellschaft wie die beklagte Partei vor dem vorlegenden Richter nicht als solche eingestuft wird und somit die Beschlüsse, die sie im Bereich von öffentlichen Aufträgen fasst und die nicht zu dem *Imperium* gehören, mit dem sie ausgestattet ist, wie in B.5. dargelegt, der Zuständigkeit der Verwaltungstreitsachenabteilung des Staatsrates entzogen sind.

B.10. Der Umstand, dass eine privatrechtliche Gesellschaft wie die beklagte Partei vor dem vorlegenden Richter eng mit den öffentlichen Behörden verbunden ist, dass sie mit einem Auftrag allgemeinen Interesses betraut ist und dass sie verbindliche Entscheidungen gegenüber Dritten treffen kann, bedeutet in Anbetracht ihrer privatrechtlichen Struktur nicht, dass sich diese Gesellschaft in der objektiv gleichen Situation wie ein öffentlicher Dienst im grundlegenden Sinne befinden würde.

In diesem Zusammenhang ist es sachdienlich, dass nur die Akte, die zu dem *Imperium* gehören, mit dem diese Gesellschaft ausgestattet ist, gegebenenfalls der Gerichtsbarkeit der

Verwaltungsstreitsachenabteilung des Staatsrates unterworfen sind, da bei diesen Akten davon ausgegangen werden kann, dass sie im Gegensatz zu anderen Akten einen vorwiegend öffentlich-rechtlichen Charakter haben.

B.11. Der Behandlungsunterschied bringt keine unverhältnismäßige Einschränkung der Rechte der betroffenen Bieter mit sich.

Nach dem fraglichen Artikel 14 des Gesetzes vom 17. Juni 2013, der Gegenstand der Klage ist, sind nämlich die Personen, die die Nichtigerklärung beantragen können, die Normen anhand deren die Rechtmäßigkeit der Beschlüsse der auftraggebenden Instanzen überprüft werden muss, sowie die Folgen dieser Entscheidungen die gleichen, unabhängig von der Rechtsmittelinstanz. Aus Artikel 23 desselben Gesetzes ergibt sich außerdem, dass die Fristen für die Befassung der Rechtsmittelinstanz in beiden Fällen die gleichen sind. Somit ist davon auszugehen, dass die von der Verwaltungsstreitsachenabteilung des Staatsrates vorgenommene Kontrolle und die vom ordentlichen Richter vorgenommene Kontrolle gleichwertig sind.



Aus diesen Gründen:

Der Gerichtshof

erkennt für Recht:

Die Artikel 14 und 24 des Gesetzes vom 17. Juni 2013 « über die Begründung, die Unterrichtung und die Rechtsmittel im Bereich der öffentlichen Aufträge, bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge und der Konzessionen » verstoßen nicht gegen die Artikel 10, 11 und 13 der Verfassung, an sich oder in Verbindung mit Artikel 160 der Verfassung und dem allgemeinen Grundsatz der Gewaltentrennung.

Erlassen in französischer und niederländischer Sprache, gemäß Artikel 65 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof, am 26. November 2020.

Der Kanzler,

Der Präsident,

(gez.) P.-Y. Dutilleux

(gez.) F. Daoût