

Geschäftsverzeichnissnr. 7193

Entscheid Nr. 42/2021  
vom 11. März 2021

ENTSCHEIDSAUSZUG

---

*In Sachen:* Vorabentscheidungsfrage in Bezug auf Artikel 314 des Strafgesetzbuches,  
gestellt vom französischsprachigen Korrekionalgericht Brüssel.

Der Verfassungsgerichtshof,

zusammengesetzt aus den Präsidenten F. Daoût und L. Lavrysen, und den Richtern  
J.-P. Moerman, R. Leysen, Y. Kherbache, T. Detienne und D. Pieters, 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 23. Mai 2019, dessen Ausfertigung am 3. Juni 2019 in der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, hat das französischsprachige Korrekionalgericht Brüssel folgende Vorabentscheidungsfrage gestellt:

« Verstößt Artikel 314 des Strafgesetzbuches, dahin ausgelegt, dass er sich nur auf die öffentlichen Submissionen oder Versteigerungen oder auf die Submissionen oder Versteigerungen, die im Rahmen eines öffentlichen Auftrags nach einem offenen oder beschränkten Verfahren durchgeführt werden, bezieht, unter Ausschluss der Aufträge, die vom Staat oder von einer öffentlich-rechtlichen Person im Wege eines Verhandlungsverfahrens vergeben werden, gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung? ».

(...)

### III. *Rechtliche Würdigung*

(...)

B.1.1. Die Vorabentscheidungsfrage bezieht sich auf Artikel 314 des Strafgesetzbuches, der bestimmt:

« Wer bei der Erteilung des Zuschlags des Eigentums, des Nießbrauchs oder der Miete beziehungsweise Pacht von beweglichen oder unbeweglichen Sachen, eines Unternehmens, einer Lieferung, eines Betriebs oder irgendeiner Dienstleistung die Freiheit der Versteigerung oder Submission mit Gewalt oder durch Drohung, durch Geschenke oder Versprechen oder mit jeglichem anderen betrügerischen Mittel behindert oder stört, wird mit einer Gefängnisstrafe von fünfzehn Tagen bis zu sechs Monaten und mit einer Geldbuße von 100 bis zu 3.000 EUR bestraft ».

B.1.2. Der vorlegende Richter unterbreitet dem Gerichtshof diese Bestimmung zur Prüfung in der Auslegung, wonach sie im Wege eines Verhandlungsverfahrens vergebene öffentliche Aufträge nicht betrifft.

Er bezieht sich diesbezüglich auf einen Entscheid des Kassationshofes vom 9. März 2016, mit dem dieser entschieden hat:

« D'une part, l'adjudication visée par l'article 314 du Code pénal suppose un appel public à la concurrence entre plusieurs amateurs d'un bien ou d'un contrat qui ont la possibilité d'en

obtenir l'attribution en formulant l'offre la plus avantageuse ensuite d'enchères ou de soumissions.

D'autre part, l'article 17, § 1er, de la loi du 24 décembre 1993 [relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de service], définit le marché public par procédure négociée comme étant le marché pour lequel le pouvoir adjudicateur consulte plusieurs entrepreneurs, fournisseurs, ou prestataires de service de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Les paragraphes 2 et 3 de cet article énoncent les cas où les marchés publics peuvent, respectivement sans règles de publicité lors du lancement de la procédure ou moyennant celles-ci, être traités par une procédure négociée entre l'adjudicateur et plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services. Les marchés publics par procédure négociée ne se caractérisent donc pas par les mesures de publicité qui les entourent ou non ou par la concurrence éventuelle entre candidats. Ils se définissent par la négociation des conditions du marché entre l'adjudicateur et un ou plusieurs de ces entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de service que cet adjudicateur a préalablement choisis en dehors d'un appel d'offres public préalable qui aurait été adressé à tout candidat potentiel.

Dès lors que la concurrence requise par l'article 314 du Code pénal doit jouer entre personnes qui se sont manifestées ensuite d'un appel public, l'infraction d'entrave ou de trouble de la liberté des enchères et des soumissions ne concerne que l'attribution des marchés publics selon les procédures ouvertes ou restreintes. Elle est, par contre, étrangère aux marchés publics conclus par procédure négociée, quelle que soit la concurrence instaurée entre les candidats pressentis par l'adjudicateur, la possibilité de surenchère et les mesures de publicité qui entourent la conclusion du contrat » (Kass., 9. März 2016, P.16.0103.F).

B.1.3. Der Gerichtshof wird gebeten, die Vereinbarkeit der so ausgelegten fraglichen Bestimmung mit den Artikeln 10 und 11 der Verfassung zu prüfen, insofern sie zu einem Behandlungsunterschied zwischen den Opfern einer Wettbewerbsbeschränkung führen würde, je nachdem, ob diese im Rahmen eines im Wege eines Verhandlungsverfahrens vergebenen Auftrags oder im Rahmen eines öffentlichen Auftrags nach einem offenen oder beschränkten Verfahren begangen wird.

B.2.1. Aus dem Vorlageurteil geht hervor, dass die Angeklagten wegen verschiedener Zuwiderhandlungen verfolgt werden, die « in der Absicht, die Bestimmungen des Gesetzes über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge vom 24. Dezember 1993 zu umgehen » begangen wurden. Für die Beantwortung der Vorabentscheidungsfrage sind folglich die Vorschriften über öffentliche Aufträge zu berücksichtigen, wie sie durch das Gesetz vom 24. Dezember 1993 « über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge » (nachstehend: Gesetz vom

24. Dezember 1993) festgelegt wurden, ohne die späteren gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Abänderungen auf diesem Gebiet zu berücksichtigen.

B.2.2. Aus dem Vorlageurteil geht auch hervor, dass die strittigen Aufträge « als im Wege eines Verhandlungsverfahrens vergebene Aufträge anzusehen [...] zu sein scheinen ». Anscheinend handelte es sich um Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung. Es obliegt nicht dem Gerichtshof, sich zu der Frage zu äußern, ob die strittigen Aufträge im Wege dieses Verfahrens vergeben werden konnten.

Der Gerichtshof begrenzt seine Prüfung auf diesen Fall.

B.2.3. In Artikel 17 § 1 des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 wurde ein öffentlicher Auftrag im Verhandlungsverfahren wie folgt definiert:

« Die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ‘ im Verhandlungsverfahren ’ liegt vor, wenn der öffentliche Auftraggeber mehrere Unternehmer, Lieferanten beziehungsweise Dienstleistungserbringer seiner Wahl anspricht und mit einem oder mehreren von ihnen über die Auftragsbedingungen verhandelt ».

Artikel 17 § 2 desselben Gesetzes zählte abschließend die Fälle auf, in denen das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung genutzt werden durfte. Artikel 17 § 3 desselben Gesetzes zählte abschließend die Fälle auf, in denen das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung genutzt werden konnte. Abgesehen von diesen Fällen mussten öffentliche Aufträge durch öffentliche oder beschränkte Ausschreibung oder durch allgemeinen oder beschränkten Angebotsaufruf vergeben werden.

B.3. 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.4.1. Der fragliche Behandlungsunterschied beruht auf der Art des betroffenen öffentlichen Auftrags. Die fragliche Bestimmung findet keine Anwendung, wenn der öffentliche Auftrag nach dem Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung vergeben werden darf und vergeben wird. Sie wird hingegen angewandt, wenn der öffentliche Auftrag nach dem Verfahren der öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung oder nach dem Verfahren des allgemeinen oder beschränkten Angebotsaufrufs vergeben werden muss.

Das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung unterscheidet sich von dem Verfahren der öffentlichen Ausschreibung und dem Verfahren des Angebotsaufrufs einerseits dadurch, dass der oder die Unternehmer, Lieferanten oder Dienstleistungserbringer vorher von der Behörde ausgewählt wurden, die zu diesem Zweck über eine Wahlmöglichkeit verfügt, und andererseits durch die Möglichkeit, die Bedingungen des Auftrags zwischen der öffentlichen Behörde und dem oder den ausgewählten Unternehmern, Lieferanten oder Dienstleistungserbringern zu verhandeln. Der fragliche Behandlungsunterschied beruht daher auf diesen beiden Eigenschaften.

B.4.2. Artikel 314 des Strafgesetzbuches ist angelehnt an Artikel 412 des Strafgesetzbuches von 1810, der damals denjenigen, der « die Freiheit der Versteigerung oder Submission durch Taten, Gewalt oder Drohungen behindert oder stört », unter Strafe stellte. Seine gegenwärtige Fassung stammt aus der Ersetzung der Originalbestimmung durch Artikel 66 des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 « über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge ». Durch diese Abänderung wollte der Gesetzgeber nicht nur Gewalt oder Drohungen bekämpfen, sondern auch « unzulässige Absprachen zwischen Unternehmern, Lieferanten oder Dienstleistungserbringern besser sanktionieren », sodass das « Verbot von Praktiken, die geeignet sind, die normalen Wettbewerbsbedingungen zu verfälschen, und die gegen die öffentliche Ordnung verstoßen », verschärft wird (*Parl. Dok.*, Senat, 1992-1993, Nr. 656/1, S. 48).

B.5. Die Frage der Tadelnswürdigkeit bestimmter Taten, deren Einstufung als Straftat, die Ernsthaftigkeit dieser Straftat und die Schwere, mit der diese geahndet werden kann, gehören zur Beurteilungsbefugnis des Gesetzgebers.

Der Gerichtshof würde auf den dem Gesetzgeber vorbehaltenen Bereich vorstoßen, wenn er bei der Frage nach der Begründung von Unterschieden zwischen Verhaltensweisen, von denen bestimmte unter Strafe gestellt sind und andere nicht, jedes Mal eine Abwägung vornehmen würde auf der Grundlage eines Werturteils über die Tadelnswürdigkeit der betreffenden Fakten im Vergleich zu anderen, nicht unter Strafe gestellten Fakten und seine Untersuchung nicht auf die Fälle beschränken würde, in denen die Entscheidung des Gesetzgebers derart inkohärent ist, dass sie zu einem offensichtlich unvernünftigen Behandlungsunterschied oder zu einer offensichtlich unverhältnismäßigen Strafe führt.

B.6.1. Bei der strafrechtlichen Ahndung von Gewalt, Drohungen oder Absprachen bei Versteigerungen oder Submissionen mit dem Ziel, den Wettbewerb zu verfälschen, konnte der Gesetzgeber den Standpunkt vertreten, dass es im Kontext der Vorschriften für öffentliche Aufträge, wie sie durch das Gesetz vom 24. Dezember 1993 festgelegt wurden, nicht erforderlich war, die Ahndung auf bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Rahmen von Verhandlungsverfahren begangene Handlungen auszudehnen. Er konnte nämlich der Ansicht sein, dass die in B.4.1 erwähnten Eigenschaften dieser Verfahren nur schwer in Einklang mit einer Zuwiderhandlung zu bringen sind, mit der der Wettbewerb zwischen Bietern durch die freie und öffentliche Beschaffenheit von Versteigerungen oder Submissionen gewährleistet werden soll.

B.6.2. Außerdem hat der Ausschluss von Verhaltensweisen, die gegen die öffentliche Ordnung verstoßen, bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen nach dem Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung aus dem Anwendungsbereich von Artikel 314 des Strafgesetzbuches keine unverhältnismäßigen Folgen für die Opfer dieser Handlungen, da die Urheber dieser Handlungen auf der Grundlage anderer Qualifizierungen wie insbesondere Urkundenfälschung und Verwendung gefälschter Urkunden, Bestechung, Vorteilsnahme, Verletzung des Berufsgeheimnisses, Bandenbildung oder Betrug verfolgt werden können.

Bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags kann der rechtswidrige Rückgriff auf ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung insbesondere durch den Einsatz verschiedener Arten der Auftragsunterteilung (« Splitting »), obgleich der Auftrag nach dem Verfahren der öffentlichen Ausschreibung oder nach dem Verfahren des Angebotsaufrufs vergeben werden müsste, die Freiheit der Versteigerung oder Submission behindern oder stören und in diesem Zusammenhang unter Artikel 314 des Strafgesetzbuches fallen.

B.7. Die Vorabentscheidungsfrage ist verneinend zu beantworten.

Diese Schlussfolgerung berührt nicht die Möglichkeit des Gesetzgebers, zu prüfen, ob es zweckmäßig ist, die in Artikel 314 des Strafgesetzbuches aufgeführte Unterstrafestellung abzuändern, insbesondere unter Berücksichtigung der Entwicklung der Gesetzgebung im Bereich der Vorschriften für öffentliche Aufträge.

Aus diesen Gründen:

Der Gerichtshof

erkennt für Recht:

Artikel 314 des Strafgesetzbuches, dahin ausgelegt, dass er mit dem Staat oder einer Person öffentlichen Rechts im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung abgeschlossene Aufträge ausschließt, verstößt nicht gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung.

Erlassen in französischer und niederländischer Sprache, gemäß Artikel 65 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof, am 11. März 2021.

Der Kanzler,

Der Präsident,

(gez.) P.-Y. Dutilleux

(gez.) F. Daoût