

Geschäftsverzeichnisnr. 5150
Entscheid Nr. 68/2012 vom 31. Mai 2012

ENTSCHEID

In Sachen: Klage auf Nichtigerklärung der Ordonnanz der Region Brüssel-Hauptstadt vom 25. November 2010 zur Regelung des Betriebs eines öffentlichen Dienstes für automatisierten Fahrradverleih, erhoben von der « Clear Channel Belgium » AG.

Der Verfassungsgerichtshof,

zusammengesetzt aus den Präsidenten R. Henneuse und M. Bossuyt, und den Richtern E. De Groot, L. Lavrysen, J.-P. Moerman, E. Derycke und P. Nihoul, unter Assistenz des Kanzlers P.-Y. Dutilleux, unter dem Vorsitz des Präsidenten R. Henneuse,

verkündet nach Beratung folgenden Entscheid:

*

* *

I. Gegenstand der Klage und Verfahren

Mit einer Klageschrift, die dem Gerichtshof mit am 27. Mai 2011 bei der Post aufgegebenem Einschreibebrief zugesandt wurde und am 30. Mai 2011 in der Kanzlei eingegangen ist, erhob die « Clear Channel Belgium » AG, mit Gesellschaftssitz in 1050 Brüssel, boulevard de la Plaine 5, Klage auf Nichtigerklärung der Ordonnanz der Region Brüssel-Hauptstadt vom 25. November 2010 zur Regelung des Betriebs eines öffentlichen Dienstes für automatisierten Fahrradverleih (veröffentlicht im *Belgischen Staatsblatt* vom 7. Dezember 2010).

Schriftsätze wurden eingereicht von

- der « J.C. Decaux Belgium Publicité » AG, mit Gesellschaftssitz in 1000 Brüssel, Allée Verte 50,
- der Regierung der Region Brüssel-Hauptstadt.

Die klagende Partei hat einen Erwidierungsschriftsatz eingereicht und die « J.C. Decaux Belgium Publicité » AG und die Regierung der Region Brüssel-Hauptstadt haben auch Gegenerwidierungsschriftsätze eingereicht.

Auf der öffentlichen Sitzung vom 8. Mai 2012

- erschienen
- . RA P. de Bandt, in Brüssel zugelassen, für die klagende Partei,
- . RA B. Cambier und RA A. Paternostre, in Brüssel zugelassen, für die « J.C. Decaux Belgium Publicité » AG,
- . RA V. Schalenbourg *loco* RA S. Van Geeteruyen, in Brüssel zugelassen, für die Regierung der Region Brüssel-Hauptstadt,
- haben die referierenden Richter P. Nihoul und E. De Groot Bericht erstattet,
- wurden die vorgenannten Rechtsanwälte angehört,
- wurde die Rechtssache zur Beratung gestellt.

Die Vorschriften des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof, die sich auf das Verfahren und den Sprachgebrauch beziehen, wurden zur Anwendung gebracht.

II. Rechtliche Würdigung

(...)

In Bezug auf die angefochtene Ordonnanz

B.1.1. Die klagende Partei beantragt die Nichtigkeitserklärung der Ordonnanz der Region Brüssel-Hauptstadt vom 25. November 2010 zur Regelung des Betriebs eines öffentlichen Dienstes für automatisierten Fahrradverleih, die bestimmt:

« Artikel 1. Diese Ordonnanz regelt eine Angelegenheit im Sinne von Artikel 39 der Verfassung.

Art. 2. Es wird ein öffentlicher Dienst für die Organisation eines automatisierten Systems für den Fahrradverleih zum Transport von Personen auf dem gesamten Gebiet der Region Brüssel-Hauptstadt eingerichtet. Die Regierung der Region Brüssel-Hauptstadt ist berechtigt, einer oder mehreren privaten oder öffentlichen juristischen Personen den zeitweiligen Betrieb eines automatisierten Dienstes für Fahrradverleih in Form einer gemeinnützigen Konzession zu erteilen.

Die Regierung stellt den Inhaber der in Absatz 1 vorgesehenen Konzession, nachstehend der Konzessionsnehmer genannt, unter Berücksichtigung der Regeln des freien Wettbewerbs ein.

Zwischen der Regierung und dem Konzessionsnehmer wird ein Vertrag geschlossen, der die Modalitäten und Bedingungen für den Betrieb des besagten öffentlichen Dienstes, so wie er in Absatz 1 beschrieben ist, enthält. Der Vertrag wird für eine auf höchstens 20 Jahre begrenzte Dauer geschlossen. Darin wird dem Konzessionsnehmer mindestens die Verpflichtung auferlegt, einen solchen Dienst, wie er in Absatz 1 vorgesehen ist, einzurichten, gegebenenfalls nach einer Einführungsphase, wobei der Dienst an 7 Tagen pro Woche und 24 Stunden pro Tag auf dem gesamten Gebiet der Region Brüssel-Hauptstadt zugänglich sein muss. Schließlich muss die Finanzierung dieses öffentlichen Dienstes wenigstens teilweise durch einen Beitrag der Benutzer dieses Dienstes erfolgen.

Die Regierung beurteilt jährlich die Ausführung des Vertrags. Sie übermittelt dem Parlament spätestens am 31. März eines jeden Jahres ihren Bewertungsbericht.

Art. 3. Die Bestimmungen dieser Ordonnanz treten am 1. Januar 2008 in Kraft ».

B.1.2. Diese Ordonnanz « bezweckt, einen öffentlichen Dienst einzurichten, der mit der Organisation eines automatisierten Systems für den Fahrradverleih für Personen, die sich auf dem gesamten Gebiet der Region Brüssel-Hauptstadt fortbewegen möchten, beauftragt wird ». Der Brüsseler Ordonnanzgeber war der Auffassung, dass « angesichts des für den Aufbau und den Betrieb eines solchen öffentlichen Dienstes notwendigen spezifischen Know-how und unter Berücksichtigung der Schwierigkeiten bei der Einrichtung eines Transportsystems zu möglichst geringen Kosten für die Gesellschaft die Regierung ermächtigt werden sollte, den Betrieb dieses

öffentlichen Dienstes zeitweilig einer oder mehreren Privatpersonen (natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, Konzessionsnehmer genannt) in Form einer Konzession des öffentlichen Dienstes anzuvertrauen » (*Parl. Dok.*, Parlament der Region Brüssel-Hauptstadt, 2009-2010, A-96/1, S. 2).

B.1.3. Vor der Annahme dieser Ordonnanz hatte die Regierung der Region Brüssel-Hauptstadt im *Amtsblatt der Europäischen Union* einen Aufruf zur Interessenbekundung im Hinblick auf den Abschluss eines Konzessionsvertrags für den Betrieb eines öffentlichen Dienstes für automatisierten Fahrradverleih veröffentlicht. Die Regierung hat drei Bewerbungen erhalten, von denen zwei als zulässig erachtet wurden; die eine von einem Konsortium, dem die klagende Partei angehörte, und die andere von der beim Gerichtshof intervenierenden Partei. Nachdem sie die Angebote der Bewerber geprüft und Verhandlungen geführt hatte, hat die Regierung am 13. November 2008 beschlossen, der in diesem Verfahren intervenierenden Partei die Konzession zu erteilen (*Parl. Dok.*, Parlament der Region Brüssel-Hauptstadt, 2009-2010, A-96/2, S. 2). Das Konsortium, dem die klagende Partei angehörte, hat beim Staatsrat einen Aussetzungsantrag in äußerster Dringlichkeit gegen diese Entscheidung eingereicht; dieser Antrag wurde für unzulässig befunden.

B.1.4. Außerdem war die Entscheidung vom 13. November 2008 Gegenstand einer durch zwei Gemeinden eingereichten Nichtigkeitsklage beim Staatsrat. Einer der in diesem Rahmen angeführten Klagegründe ist aus dem Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für den Abschluss des Vertrags über die Konzession des öffentlichen Dienstes abgeleitet.

B.1.5. « Gerade mit dem Ziel, dieses System des Fahrradverleihs zu wahren und auszubauen, » hat der Brüsseler Ordonnanzgeber die angefochtene Ordonnanz angenommen (ebenda, S. 2).

In Bezug auf die Zulässigkeit

B.2.1. Die klagende Partei ist eine im Werbesektor, hauptsächlich im Bereich der Bekanntmachung durch Aushang von Außenwerbung, tätige Handelsgesellschaft. Sie gehört zu einer internationalen Gruppe, die auf dem Markt der Lieferung und des Betriebs von Selbstbedienungsnetzwerken für Fahrräder tätig ist.

B.2.2. Insofern sie anführt, die angefochtene Ordonnanz habe zum Zweck oder zur Folge, rückwirkend eine gesetzliche Grundlage zu schaffen für die Konzession eines öffentlichen Dienstes, an der sie innerhalb eines Konsortiums interessiert gewesen sei und die an eine

Gesellschaft vergeben worden sei, die ihre Konkurrentin sei, besitzt die klagende Partei ein ausreichendes Interesse, um deren Nichtigerklärung zu beantragen.

Im Gegensatz zu dem, was die Regierung der Region Brüssel-Hauptstadt und die intervenierende Partei anführen, darf der Gerichtshof nicht auf den Ausgang der Verfahren vorgeifen, die die klagende Partei einleiten könnte, falls die angefochtene Ordonnanz durch den Gerichtshof für nichtig erklärt werden sollte.

B.2.3. Die Klage ist zulässig.

Zur Hauptsache

In Bezug auf den ersten Klagegrund

B.3.1. Der erste Klagegrund ist abgeleitet aus einem Verstoß gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit - im ersten Teil dieses Klagegrunds - Artikel 5 des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge und Artikel 1 Absatz 2 Buchstaben a und d und Absatz 4 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, und - im zweiten Teil dieses Klagegrunds - Artikel 6 § 1 VI Absatz 4 des Sondergesetzes vom 8. August 1980 zur Reform der Institutionen, sowie mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit.

B.3.2. Die klagende Partei bemängelt, dass in der angefochtenen Ordonnanz ein zuvor durch die Brüsseler Regierung erteilter Auftrag als Konzession des öffentlichen Dienstes eingestuft werde, obwohl er nach ihrer Auffassung alle Merkmale eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags aufweise, so dass einerseits gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge und andererseits gegen die Bestimmungen, mit denen der Föderalbehörde die Zuständigkeit zur Festlegung der allgemeinen Regeln in Bezug auf öffentliche Aufträge erteilt werde, verstoßen werde.

Der Klagegrund beruht auf dem Postulat, wonach der Brüsseler Ordonnanzgeber dadurch, dass er den Vertrag, deren rückwirkenden Abschluss er der Regierung erlaubt habe, als eine « Konzession des öffentlichen Dienstes » eingestuft habe, die Mängel eines zuvor geschlossenen Vertrags gedeckt habe, der in Wirklichkeit ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag gewesen und im Widerspruch zu den diesbezüglichen zwingenden Regeln vergeben worden sei.

B.4. Die europäische Regelung über die öffentlichen Aufträge gilt nicht für Dienstleistungskonzessionen (Artikel 17 der vorerwähnten Richtlinie 2004/18/EG). Die Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates hatte in ihrem Gutachten zu dem Vorentwurf der Ordonnanz angeführt:

« Die Frage, ob im Gemeinschaftsrecht der Vertrag, zu dessen Abschluss die Regierung durch den Vorentwurf ermächtigt werden soll, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder eine Konzession des öffentlichen Dienstes darstellt, hängt jedoch nicht von ihrer Einstufung durch den Autor des Vorentwurfs, sondern vielmehr von den im Gemeinschaftsrecht angewandten Kriterien ab, und in erster Linie von der Weise der Entlohnung des Dienstleistungserbringers und seiner Übernahme des finanziellen Risikos in Verbindung mit dem Betrieb des ihm anvertrauten Dienstes » (*Parl. Dok.*, Parlament der Region Brüssel-Hauptstadt, 2009-2010, A-96/1, S. 7).

B.5.1. Artikel 2 Absatz 3 der angefochtenen Ordonnanz sieht diesbezüglich vor, dass es « notwendig [ist], dass die Finanzierung dieses öffentlichen Dienstes zumindest teilweise von einem durch die Benutzer dieses Dienstes gezahlten Beitrag stammt ».

Diese Bestimmung garantiert an sich nicht, dass der Vertrag, zu deren Abschluss die Regierung in Anwendung der Ordonnanz ermächtigt ist, alle Merkmale einer Konzession des öffentlichen Dienstes aufweist.

Der Umstand, dass die angefochtene Ordonnanz wenig Elemente enthält, anhand deren der betreffende Vertrag hinsichtlich der europäischen Regelung über öffentliche Aufträge als Konzession des öffentlichen Dienstes eingestuft werden kann, hat nicht zur Folge, dass der Brüsseler Ordonnanzgeber die Regierung ermächtigt hat, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag unter Verletzung dieser Regelung zu erteilen. Im Gegenteil, indem der Brüsseler Ordonnanzgeber den Vertrag als « Konzession des öffentlichen Dienstes » einstuft, schreibt er die Bedingungen für die Entstehung dieses Vertrags vor.

B.5.2. Im Übrigen kann aus dem Umstand, dass der Vertrag über den Betrieb des automatisierten Systems für den Fahrradverleih bereits bei der Annahme der angefochtenen Ordonnanz abgeschlossen worden war, nicht abgeleitet werden, dass der Brüsseler Ordonnanzgeber sich die etwaigen Mängel dieses Vertrags angeeignet oder dass er jede gerichtliche Kontrolle des eigentlichen Vertrags unmöglich gemacht hätte. Vorbehaltlich des Klagegrunds, der aus dem Fehlen einer gesetzlichen Grundlage zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Erteilung des Vertrags abgeleitet ist und der nachstehend geprüft wird, verhindert die angefochtene Ordonnanz nämlich nicht, dass der zuständige Richter die Beschwerden bezüglich der angebrachten Einstufung des betreffenden Vertrags prüft und dass er gegebenenfalls die

Schlussfolgerungen aus einem Verstoß gegen die Regelung hinsichtlich der öffentlichen Dienstleistungsaufträge zieht.

B.6. Der erste Klagegrund ist unbegründet.

In Bezug auf den zweiten Klagegrund

B.7.1. Der zweite Klagegrund ist abgeleitet aus einem Verstoß gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit Artikel 106 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, dieser selbst in Verbindung mit den Artikeln 49 und 102 desselben Vertrags.

B.7.2. Die klagende Partei bemängelt, dass die angefochtene Ordonnanz die Regierung rückwirkend ermächtigt, dem Konzessionsnehmer ein Exklusivrecht für eine Tätigkeit zu gewähren, nämlich den Betrieb von Werbevorrichtungen, die die Finanzierung des automatisierten Systems für den Fahrradverleih ermöglichen, was keinerlei Zusammenhang mit dem erteilten Auftrag des öffentlichen Dienstes aufweise. Der Ordonnanzgeber habe folglich die Gleichheit zwischen dem Konzessionsnehmer und seinen Wettbewerbern des Werbesektors gebrochen.

B.8.1. Im Gegensatz zu dem, was die klagende Partei anführt, ermächtigt die angefochtene Ordonnanz die Regierung nicht, ein Exklusivrecht zur Einrichtung und zum Betrieb von Werbeeinrichtungen auf dem Gebiet der Region Brüssel-Hauptstadt zu erteilen. Indem sie lediglich vorsieht, dass die Finanzierung des durch sie eingeführten öffentlichen Dienstes für automatisierten Fahrradverleih zumindest teilweise von einem durch die Benutzer gezahlten Beitrag stammen muss, regelt die Ordonnanz nicht den Teil der Finanzierung des Dienstes, der nicht durch die Beiträge der Benutzer gewährleistet wird.

B.8.2. Folglich ergibt sich in dem Fall, dass gegen die im Klagegrund angeführten Bestimmungen verstoßen würde, dieser Verstoß nicht aus der Ordonnanz vom 25. November 2010, sondern gegebenenfalls vielmehr aus dem Wortlaut des Vertrags zwischen der Regierung der Region Brüssel-Hauptstadt und dem Konzessionsnehmer des öffentlichen Dienstes für automatisierten Fahrradverleih.

B.8.3. Aus dem Umstand, dass die angefochtene Ordonnanz nichts über die Weise der Finanzierung des Teils der Kosten des öffentlichen Dienstes, der nicht durch die Benutzer übernommen wird, besagt, kann nicht abgeleitet werden, dass der Ordonnanzgeber die

Regierung ermächtigt hätte, gegen die europäische Wettbewerbsregelung zu verstoßen. Es obliegt dem Richter, der dafür zuständig ist, über etwaige Beschwerden bezüglich der Gültigkeit des Konzessionsvertrags für den Betrieb eines öffentlichen Dienstes zu urteilen, zu prüfen, ob dieser im Widerspruch zu der betreffenden Regelung steht.

B.9. Der zweite Klagegrund ist unbegründet.

In Bezug auf den dritten Klagegrund

B.10.1. Der dritte Klagegrund ist abgeleitet aus einem Verstoß gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit dem Grundsatz der Nichtrückwirkung der Gesetze, mit Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie mit dem Grundsatz der Gewaltentrennung und dem Grundsatz der Rechtssicherheit.

B.10.2. Die klagende Partei bemängelt, dass die angefochtene Ordonnanz rückwirkend eine beim Staatsrat anhängige Streitsache beeinträchtigt, um diese in einem bestimmten Sinne zu beeinflussen. Sie bemängelt ebenfalls, dass die Ordonnanz eine allzu vage und unpräzise Ermächtigung der Regierung hinsichtlich der Modalitäten der Organisation und Arbeitsweise des als öffentlicher Dienst eingerichteten Dienstes enthalte.

B.11.1. Die Regierung der Region Brüssel-Hauptstadt und die intervenierende Partei führen eine Einrede der Unzulässigkeit gegen diesen Klagegrund an. Sie sind der Auffassung, dass die klagende Partei kein rechtmäßiges Interesse besitze, um ihn geltend zu machen.

B.11.2. Da die klagende Partei das erforderliche Interesse an der Beantragung der Nichtigerklärung der angefochtenen Ordonnanz nachgewiesen hat, braucht sie nicht zusätzlich ein Interesse an diesem Klagegrund nachzuweisen.

B.12. Insofern die angefochtene Ordonnanz am 1. Januar 2008 in Kraft tritt, hat sie zur Folge, dass der Staatsrat daran gehindert wird, während der Prüfung der anhängigen Klage gegen die Entscheidung vom 13. November 2008 zur Vergabe der strittigen Konzession über einen Klagegrund zu befinden, der aus dem Fehlen einer gesetzlichen Ermächtigung zum Zeitpunkt der Annahme dieser Entscheidung durch die Brüsseler Regierung abgeleitet ist. Umgekehrt hat die angefochtene Ordonnanz nicht zur Folge, dass die Befugnis des Staatsrates zur Prüfung der anderen Beschwerden, die gegen diese Entscheidung vorgebracht werden könnten, beeinträchtigt würde.

B.13. Die Nichtrückwirkung der Gesetze ist eine Garantie zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit. Diese Garantie erfordert es, dass der Rechtsinhalt vorhersehbar und zugänglich ist, damit der Rechtsunterworfenen in einem vernünftigen Maße die Folgen eines bestimmten Handelns zum Zeitpunkt der Ausführung dieser Handlung vorhersehen kann. Die Rückwirkung ist nur zu rechtfertigen, wenn sie zur Verwirklichung einer Zielsetzung allgemeinen Interesses unerlässlich ist.

Wenn sich außerdem herausstellt, dass die Rückwirkung zum Ziel hat, den Ausgang eines oder mehrerer Gerichtsverfahren in einem bestimmten Sinn zu beeinflussen oder Rechtsprechungsorgane daran zu hindern, sich zu einer bestimmten Rechtsfrage zu äußern, erfordert es die Beschaffenheit des betreffenden Grundsatzes, dass außergewöhnliche Umstände oder zwingende Gründe allgemeinen Interesses das Eingreifen des Gesetzgebers rechtfertigen, das zum Nachteil einer Kategorie von Bürgern die allen Bürgern gebotenen Gerichtsbarkeitsgarantien beeinträchtigt.

B.14.1. Wie aus den in B.1 angeführten Vorarbeiten hervorgeht, war der Brüsseler Ordonnanzgeber der Auffassung, dass es notwendig war, den Betrieb des automatisierten Fahrradverleihs, den er als unerlässlich für die Umsetzung seiner Mobilitätspolitik in der Region betrachtete, zu wahren und zu konsolidieren. Da die Gültigkeit der Erteilung der Konzession wegen des Fehlens einer gesetzlichen Grundlage für die Konzession des öffentlichen Dienstes in Frage gestellt wird, was einen zwingenden Grund allgemeinen Interesses darstellt, nämlich die Notwendigkeit, die somit entstandene Rechtsunsicherheit zu beheben, ist das rückwirkende Eingreifen des Ordonnanzgebers gerechtfertigt.

B.14.2. Das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für die Entscheidung der Regierung der Region Brüssel-Hauptstadt vom 13. November 2008, das anlässlich einer Nichtigkeitsklage beim Staatsrat zutage getreten ist, kann nämlich nicht zur Folge haben, dass es dem Brüsseler Ordonnanzgeber unmöglich wäre, die durch dieses Fehlen entstandene Rechtsunsicherheit zu beheben.

Im Übrigen schafft die angefochtene Ordonnanz trotz ihrer rückwirkenden Beschaffenheit keine Rechtsunsicherheit bei ihren Adressaten. Das bloße Bestehen einer Klage beim Staatsrat kann den Gesetzgeber nicht daran hindern, den durch ihn festgestellten Verfassungswidrigkeiten abzuwehren, noch bevor ein Urteil über diese Klage gefällt wird.

B.15. Schließlich schreibt hinsichtlich der vorgeblich allzu vagen oder unpräzisen Beschaffenheit der Ermächtigung der Regierung durch den Ordonnanzgeber keinerlei Bestimmung dem Gesetzgeber vor, die Modalitäten der Organisation und Arbeitsweise dieses

Dienstes präzise zu regeln, wenn er die ausführende Gewalt ermächtigt, dessen Betrieb als Konzession zu vergeben.

B.16. Der dritte Klagegrund ist unbegründet.

Aus diesen Gründen:

Der Gerichtshof

weist die Klage zurück.

Verkündet in französischer, niederländischer und deutscher Sprache, gemäß Artikel 65 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof, in der öffentlichen Sitzung vom 31. Mai 2012.

Der Kanzler,

Der Präsident,

P.-Y. Dutilleux

R. Henneuse