

Beschwerdeführerin auf Ausbildungszulagen für ihren Sohn ab Januar 2016 verneint hat. Die Beschwerde erweist sich mithin als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 13. Oktober 2016, S 2016 92
Das Urteil ist rechtskräftig.

5. Submissionsrecht

5.1 § 6 Abs. 1 lit. a SubG i.V.m. Art. 15 IVöB; § 4 und 21a VRG

Regeste:

§ 6 Abs. 1 lit. a SubG i.V.m. Art. 15 IVöB, § 4 und 21a VRG – Eine Verfügung bzw. ein Entscheid ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird. Im Submissionsrecht wird im Rahmen einer Aufzählung spezifisch definiert, welche behördlichen Akte als Verfügungen gelten, gegen die ein Rechtsmittel eingelegt werden kann. Da auch so genanntes Realhandeln des Staats in schützenswerte Rechtspositionen eingreifen kann, wird Rechtssuchenden in § 21a VRG die Erwirkung eines anfechtbaren Entscheids bei Realakten ermöglicht (Erw. 2a). Bei der Erteilung von Konzessionen haben submissionsrechtliche Verfahrensgrundsätze zu gelten, so der Grundsatz der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz (Erw. 3b/aa).

Aus dem Sachverhalt:

Im Herbst 2014 führte der Gemeinderat X. eine Contractingausschreibung betreffend «Wärmeverbund X.» durch. Gegenstand der Ausschreibung war laut Unterlagen die durch die Gemeinde über die Vertragsdauer zu beziehende Wärme sowie eine 30-jährige Konzession für den Betrieb eines ARA- und Industrieabwärmeverbands innerhalb des Versorgungssperimeters des Wärmeverbunds. Die Y. AG beteiligte sich zusammen mit der Genossenschaft Z. im Rahmen der «Arbeitsgemeinschaft Wärmeverbund X.» an der Ausschreibung. Mit Beschluss vom 16. Dezember 2014 gab der Gemeinderat X. den Zuschlag zum Betrieb des Wärmeverbunds X. der W. In einem Schreiben vom 15. September 2015 teilte der Gemeinderat X. der Y. AG mit, die W. habe seinerzeit das wirtschaftlichste Angebot eingereicht, weswegen das Contracting des Wärmeverbunds an diesen Anbieter vergeben worden sei. Mit dem Zuschlag erhalte die W. das alleinige Recht, Anlagen für die Fernwärme im öffentlichen Grund der Einwohnergemeinde zu erstellen. Dafür werde ein Konzessionsvertrag abgeschlossen. In einer Medienmitteilung gab die Einwohnergemeinde

X. am 16. September 2015 bekannt, die Gemeinde habe einem Konzessionsvertrag mit der W. für den Wärmeverbund X. zugestimmt. Mit dieser Vereinbarung erhalte die W. das alleinige Recht, den Wärmeverbund X. zu betreiben sowie die dafür notwendigen Leitungen und Anlagen auf öffentlichem Grund zu bauen. Der Baubeginn der ersten Etappe sei im Frühling 2016 vorgesehen. Am 2. Oktober 2015 liessen die Y. und die Q. AG beim Gemeinderat X. ein Gesuch mit verschiedenen Anträgen stellen, über die der Gemeinderat mit anfechtbarer Verfügung entscheiden solle. Mit Schreiben vom 16. Dezember 2015 überwies der Gemeinderat X. das Gesuch an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug. Begründet wurde dies damit, die Gesuchstellerinnen würden rügen, der abgeschlossene Konzessionsvertrag sei vom Zuschlag nicht gedeckt. Diese Rüge müsse im Rahmen einer submissionsrechtlichen Beschwerde geltend gemacht werden.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 6 Abs. 1 lit. a des Submissionsgesetzes vom 2. Juni 2005 (SubG, BGS 721.51) beurteilt das Verwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen von Auftraggeberinnen und Auftraggebern gemäss Art. 15 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB, BGS 721.52). Es handelt sich hier um eine submissionsrechtliche Sonderbestimmung, welche der ordentlichen Zuständigkeitsvorschrift in § 61 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (VRG, BGS 162.1) vorgeht. Strittig und zu prüfen ist die Frage der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts. Das Verwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit und weitere Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (§ 6 Abs. 2 VRG). Das Gericht ist bei dieser Prüfung nicht an die Rechtsbegehren der Parteien gebunden. Im Übrigen stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (§ 12 VRG). Soweit die Erfüllung der Eintretensvoraussetzungen von bestimmten, dem Gericht nicht bekannten tatsächlichen Gegebenheiten abhängt, besteht allerdings eine Substantiierungslast der beschwerdeführenden Partei (Bertschi, in: Kommentar VRG des Kantons Zürich, 3. A., Zürich / Basel / Genf 2014, Vorbemerkungen zu §§ 19 – 28a, Rz. 53).

2. Unklar ist, ob überhaupt eine Verfügung vorliegt, welche gemäss der submissionsrechtlichen Sonderbestimmung direkt beim Verwaltungsgericht angefochten werden kann.

a) Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts erlangt ein Betroffener in erster Linie Rechtsschutz, indem er Verfügungen und Entscheide vor den Behörden anfecht (Häfelin / Müller / Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St.Gallen 2016, Rz. 1186, vgl. auch BGE 140 II 315 E. 4.4). In einer Generalklausel bestimmt § 61 Abs. 1 VRG denn auch, dass an das Verwaltungsgericht nur Beschwerde gegen Entscheide geführt werden kann. Eine Verfügung (bzw. ein Entscheid im Sinne der Zuger Terminologie, vgl. § 4 VRG) ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 849 ff.). Im Submissionsrecht wird im Rahmen einer Aufzählung spezifisch definiert, welche behördlichen Akte als Verfügungen gelten, gegen die ein Rechtsmittel eingelegt werden kann (Art. 15 Abs. 1bis lit. a – e IVöB). Beispielsweise gelten der Zuschlag des Auftrags, dessen Widerruf oder der Abbruch des Vergabeverfahrens als durch Beschwerde selbständig anfechtbar (Art. 15 Abs. 1bis lit. e IVöB). Da auch so genanntes Realhandeln des Staats in schützenswerte Rechtspositionen eingreifen kann, hat der Kanton Zug – nicht zuletzt auch in Nachachtung der in der Verfassung verankerten Rechtsweggarantie – eine Bestimmung in das VRG eingefügt, welche Rechtssuchenden die Erwirkung eines anfechtbaren Entscheids bei Realakten ermöglicht. Gestützt auf § 21a Abs. 1 VRG kann nämlich jede Person, welche ein schutzwürdiges Interesse hat,

von einer Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes oder des Kantons stützen und Rechte und Pflichten berühren, verlangen, dass sie a) widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft; b) die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt; c) die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt. Gemäss § 21a Abs. 2 VRG gelten die in der Folge ergangenen Anordnungen und Feststellungen der Behörden als Entscheide.

b) Vorliegend haben die Beschwerdeführerinnen in ihrem Gesuch vom 2. Oktober 2015 an den Gemeinderat X. den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangt. Aus den Anträgen in ihrem Gesuch ist zu schliessen, dass ihr Gesuch auf den Verzicht der Erteilung einer exklusiven Konzession an die W. (Antrag a) gerichtet war, ferner auf die Aufhebung der allenfalls erteilten exklusiven Konzession an die W. (Antrag b), auf eine Abänderung der Konzession (Antrag c) und auf gewisse Feststellungen, wonach die Beschwerdeführerinnen in der Gemeinde X. weiterhin Zutritt zum Fernwärmemarkt haben und sie über das Recht verfügen, in diesem Markt wachsen zu können (Anträge d und e). Das Gesuch erfolgte somit aufgrund des Umstands, dass eine kommunale Behörde handelte, konkret hatte nämlich der Gemeinderat X. einen Vertrag mit der W. abgeschlossen. Ferner stützten sich diese Handlungen auf öffentliches Recht bzw. hätten sich auf öffentliches Recht stützen müssen – hier auf das kantonale Vergaberecht und auf das Binnenmarktgesetz. Schliesslich berührte der Vertragsschluss des Gemeinderats die schützenswerten Rechte der Gesuchstellerinnen, und zwar ihre Rechte aus den Energielieferungsverträgen mit der Gemeinde X. vom Juli 1990 und November 1995. Die fragliche Eingabe trägt somit alle Merkmale eines Gesuchs auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von § 21a VRG. Der Gemeinderat X. hat dieses Gesuch indessen nicht behandelt und einen Entscheid gefällt, sondern er hat es zur Behandlung an das Verwaltungsgericht Zug weitergeleitet. Über solche Gesuche kann das Verwaltungsgericht indessen weder gestützt auf die submissionsrechtliche Sonderbestimmung in § 6 Abs. 1 lit. a SubG i.V.m. Art. 15 IVöB noch gestützt auf die Generalklausel in § 61 Abs. 1 VRG befinden. Aus Sicht des Gerichts liegt gar kein anfechtbarer Entscheid vor. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Behandlung des Gesuchs ist nicht gegeben, womit es an den ursprünglichen Adressaten, den Gemeinderat X., zurückzuweisen ist.

3. Der Vollständigkeit halber ist nachstehend der Frage nachzugehen, bei welcher Instanz und innert welcher Frist gegen den Entscheid des Gemeinderats X. Beschwerde geführt werden kann, nachdem dieser das Gesuch behandelt hat. Einerseits liesse sich der Standpunkt vertreten, dass dieser Entscheid, wie im Regelfall jeder andere Entscheid eines Gemeinderats auch, innerhalb von 20 Tagen nach Mitteilung beim Regierungsrat mit einer Verwaltungsbeschwerde anzufechten ist (§ 40 Abs. 1 VRG, § 43 Abs. 1 VRG). Andererseits gibt es auch Argumente für einen direkten Beschwerdeweg an das Verwaltungsgericht.

a) Eine direkte Beschwerdemöglichkeit beim Verwaltungsgericht wäre namentlich dann gegeben, wenn sich der vom Gemeinderat zu erlassende Entscheid auf Submissionsrecht abstützen würde. Wie bereits festgestellt, ist aus den Anträgen im Gesuch vom 2. Oktober 2015 zu schliessen, dass die Beschwerdeführerinnen nicht den Zuschlag im Visier haben, sondern den von der Gemeinde X. mit der W. noch abzuschliessenden oder bereits abgeschlossenen Konzessionsvertrag, was in ihren Augen zu ihrem faktischen Ausschluss aus dem Fernwärmemarkt der Gemeinde X. führen würde. Ausserdem bringen sie vor Verwaltungsgericht ausdrücklich vor, dass es ihnen nicht darum gehe, die Zuschlagsverfügung an die W. aufzuheben. Daraus ist zu schliessen, dass die Beschwerdeführerinnen keinen Rechtsschutz in einer submissionsrechtlichen Streitigkeit, sondern im Wesentlichen in einer konzessionsrechtlichen Frage begehren. Somit können in ihrem Fall die speziellen submissionsrechtlichen Zuständigkeitsvorschriften von § 6 Abs. 1 lit. a SubG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 IVöB auf den ersten Blick nicht greifen.

b) Es stellt sich die Frage, ob sich eine direkte Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts aus analog anwendbarem Submissionsrecht ergeben könnte.

b/aa) Gemäss Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 (BGBM, SR 943.02) hat die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen. In der Lehre ist umstritten, ob bei dieser Ausschreibung die Normen des Submissionsrechts analog anzuwenden sind (Galli / Moser / Lang / Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A, Zürich / Basel / Genf 2013, Rz. 212). Das Bundesgericht hat es jedenfalls ausdrücklich offengelassen, ob Art. 2 Abs. 7 BGBM einen Verweis auf das Submissionsrecht darstellt (BGE 135 II 49 E. 4.1). Kommt hinzu, dass weder die IVöB noch das Zuger Submissionsgesetz sich bei Übertragungen von kantonalen oder kommunalen Monopolen auf Private für anwendbar erklären. Für das Gericht steht indessen fest, dass auch bei der Erteilung von Konzessionen submissionsrechtliche Verfahrensgrundsätze zu gelten haben, so der Grundsatz der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz (Galli / Moser / Lang / Steiner, a.a.O., Rz. 212). Klar ist auch, dass die Übertragung einer Konzession in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erfolgen hat, gegen die das kantonale Recht ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde vorsehen muss (vgl. Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM).

b/bb) Vorliegend hat der Gemeinderat X. die Konzessionsvergabe im Zusammenhang mit der Contractingausschreibung des Wärmeverbunds X. für den Betrieb eines ARA- und Industrie-Abwärmeverbunds öffentlich ausgeschrieben und sich dabei unbestrittenermassen auf die Gesetzgebung über das Beschaffungswesen abgestützt. Insofern wäre es konsequent, dass vorliegend auch die Rechtsschutzvorschriften des kantonalen Submissionsrechts analog angewendet werden, wenn, wie hier, die Frage im Streit liegt, ob der Konzessionsvertrag vom 23. Oktober / 2. No-

vember 2015 hätte ausgeschrieben werden müssen. Die Beschwerdeführerinnen haben in ihrem Gesuch an den Gemeinderat X. genau diese Frage aufgeworfen. Auch die Baudirektion hat in ihrer Stellungnahme an das Gericht darauf aufmerksam gemacht, dass der von der Gemeinde X. mit der W. abgeschlossene Konzessionsvertrag wegen der Exklusivbestimmung in einem wesentlichen Punkt von den Ausschreibungsunterlagen abweiche, womit dieser abgeänderte Konzessionsvertrag neu hätte ausgeschrieben werden müssen. Wenn das Verwaltungsgericht die Sache nun an den Gemeinderat X. zurückweist, wird sich dieser bei der Behandlung des Gesuchs vom 2. Oktober 2015 unter anderem auch mit diesen Fragen zu befassen haben, wobei er das Gesuch per Verfügung zu erledigen hat. In analoger Anwendung von § 6 Abs. 1 lit. a SubG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 IVöB würden die Beschwerdeführerinnen sodann über eine direkte Beschwerdemöglichkeit an das Verwaltungsgericht verfügen, wobei, wiederum in analoger Anwendung von Art. 15 Abs. 2 IVöB, eine zehntägige Beschwerdefrist zu beachten wäre.

4. Somit kann das Verwaltungsgericht auf das Gesuch vom 2. Oktober 2015 nicht eintreten, und die Sache ist zur Behandlung an den Gemeinderat X. zurückzuweisen, der im Sinne der Erwägungen (E. 2b und 3b/bb) zu verfahren hat. Mit diesem Nichteintretensentscheid fällt auch die erteilte aufschiebende Wirkung vom 27. Januar 2016 dahin. Dem Gemeinderat X. wird angesichts des unsicheren Schicksals des im Streite liegenden Konzessionsvertrags empfohlen, weiterhin keine Anordnungen und Massnahmen mit präjudizieller Wirkung zu treffen. An sich werden die Gerichtskosten bei einem Nichteintretensentscheid der beschwerdeführenden Partei auferlegt. In diesem Fall gelangte die Eingabe der Beschwerdeführerinnen durch eine Überweisung des Gemeinderats X. an das Gericht, was sich nun als falsch herausgestellt hat. Somit ist die Einwohnergemeinde X. die unterliegende Partei. Gemäss § 24 Abs. 2 VRG werden den Gemeinden die Gerichtskosten auferlegt, wenn sie am Verfahren wirtschaftlich interessiert sind. Im Streit liegt ein bereits abgeschlossener Konzessionsvertrag zwischen der Gemeinde X. und der W. Gemäss Ziffer 7.4 des Vertrags schuldet die Gemeinde dem Konzessionsnehmer eine Entschädigung bei vorzeitiger Beendigung der Konzession. Da das rechtmässige Zustandekommen des Vertrags in Frage steht, hat die Gemeinde X. ein wirtschaftliches Interesse am Verfahren. Die Gerichtskosten von Fr. 2'500.- werden somit der Einwohnergemeinde X. auferlegt. Der Gemeinderat X. hätte das Gesuch der Beschwerdeführerinnen behandeln sollen. Da er dies nicht tat, hat er einen Verfahrensfehler begangen. Die Einwohnergemeinde X. muss den Beschwerdeführerinnen gestützt auf § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG daher auch eine Parteientschädigung ausrichten. Die Beschwerdeführerinnen haben sich durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. Das Gericht erachtet eine Entschädigung von Fr. 1'500.- (inkl. MwSt) für das Honorar ihres Vertreters als angemessen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Juli 2016, V 2015 156
Das Urteil ist rechtskräftig.