

# **BGer 2C\_614/2023 vom 24. November 2023**

Bundesgericht, 2023-11-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_614\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_614_2023)

FR: TF 2C\_614/2023 du 24 novembre 2023

IT: TF 2C\_614/2023 del 24 novembre 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Stadt Zürich Kultur veröffentlichte mit Medienmitteilung vom 30. August 2021 die Ausschreibung zum Pilotprojekt der Ermittlung einer nicht gewinnorientierten Trägerschaft für die konzeptionelle Weiterentwicklung und einmalige Durchführung der Veranstaltung "Kunstszene 2022" in Zürich. Gleichentags schaltete sie die Ausschreibung auf ihrer Internetseite auf und versandte diese an ausgewählte Zielgruppen.

Am 3. Oktober 2021 reichte die A.\_\_\_\_\_ GmbH ein entsprechendes Gesuch bzw. eine Bewerbung ein.

Mit Verfügung vom 3. November 2021 wurde ihr Gesuch aus formalen Gründen ausgeschlossen ( Art. 105 Abs. 2 BGG ).

Mit Medienmitteilung vom 11. November 2021 kommunizierte die Stadt Zürich Kultur ihre Wahl der Trägerschaft für das Pilotprojekt der konzeptionellen Weiterentwicklung und einmaligen Durchführung der Veranstaltung "Kunstszene 2022": Die beiden Vereine "C.\_\_\_\_\_" und "D.\_\_\_\_\_" würden die Kunstszene 2022 in Zusammenarbeit durchführen.

### **E. 1.2**

Die A.\_\_\_\_\_ GmbH gelangte mit Beschwerde vom 29. November 2021 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, den Zuschlag aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines ordentlichen Vergabeverfahrens an die Stadt Zürich Kultur zurückzuweisen.

Das Verfahren wurde auf Gesuch der Stadt Zürich Kultur hin am 25. Januar 2022 ein erstes Mal einstweilen sistiert. Die Sistierung wurde am 24. Juni 2022 aufgehoben und das Verfahren fortgesetzt.

Weil die A.\_\_\_\_\_ GmbH inzwischen Einsprache beim Stadtrat der Stadt Zürich gegen das Auswahlverfahren erhoben hatte, wurde das Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht auf Antrag der Stadt Zürich Kultur mit Präsidialverfügung vom 5. August 2022 erneut sistiert.

Der Neubeurteilungsentscheid des Stadtrats erging am 14. September 2022. Die A.\_\_\_\_\_ GmbH focht diesen am 28. November 2022 beim Bezirksrat an.

### **E. 1.3**

Die Sistierung des am 29. November 2021 eingeleiteten verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens wurde am 8. November 2022 aufgehoben und das Verfahren wieder aufgenommen.

Mit Beschluss vom 17. August 2023 (zugestellt am 5. Oktober 2023) trat das Verwaltungsgericht, 1. Abteilung, auf die Beschwerde mangels Zuständigkeit nicht ein. Das Verwaltungsgericht erwog, dass die Angelegenheit nicht in den objektiven Anwendungsbereich des Vergaberechts falle.

#### **E. 1.4**

Die A. \_\_\_\_\_ GmbH gelangt mit Beschwerde vom 5. November 2023 (Postaufgabe) an das Bundesgericht und stellt primär prozessuale Anträge. Insbesondere ersucht sie um Erstreckung der Beschwerdefrist sowie um Herausgabe des vorinstanzlichen Aktenverzeichnisses. Ferner ersucht sie um "Entklausulierung der Referenzierungen" (im angefochtenen Beschluss) sowie um Herausgabe der "Key-Jury-Akten" und "aller relevanter Secret papers".

Mit Eingabe vom 6. November 2023 (Postaufgabe) sandte die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde dem Bundesgericht erneut zu. Ebenfalls am 6. November 2023 sowie am 7. November 2023 und am 17. November 2023 (jeweils Postaufgabe) reichte sie weitere Eingaben bzw. Beschwerdeergänzungen ein. Darin wiederholt sie die bisherigen Rechtsbegehren und stellt weitere Anträge. Unter anderem beantragt sie, es sei der angefochtene Entscheid "wegen krass unlauteren Machenschaften der Beschwerdegegnerin aufzuheben" und es sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, wobei die 1. Abteilung des Verwaltungsgerichts wegen Befangenheit in den Ausstand zu treten habe. Schliesslich ersucht sie um Ausrichtung von Parteientschädigungen sowie um Genugtuung "wegen perpetueller Rufschädigung", um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren sowie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

Es wurden keine Instruktionsmassnahmen angeordnet.

Mit einer weiteren Beschwerde beanstandet die Beschwerdeführerin den Ausschluss vom Verfahren (vgl. Parallelverfahren 2C\_615/2023).

#### **E. 2.1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist gemäss Art. 83 lit. f BGG - abgesehen von hier nicht massgebenden Ausnahmen - unzulässig gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen, wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Ziff. 1) und wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert nach Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) nicht erreicht (Ziff. 2). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (vgl. BGE 140 I 285 E. 1.1; 134 II 192 E. 1.2; 133 II 396 E. 2.1). Ansonsten steht im Bereich des kantonalen öffentlichen Beschaffungswesens die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff.) zur Verfügung.

#### **E. 2.2**

Streitgegenstand bildet die Frage, ob die Wahl der Trägerschaft für das Pilotprojekt der konzeptionellen Weiterentwicklung und einmaligen Durchführung der Veranstaltung "Kunstszene 2022" in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt. Diese Frage ist im bundesgerichtlichen Verfahren in doppelter Hinsicht relevant, da sie einerseits die Anwendbarkeit der Zulässigkeitschranke gemäss Art. 83 lit. f BGG betrifft und andererseits sich auf das anwendbare Recht auswirkt, nach dem die Angelegenheit materiell zu beurteilen ist (vgl. BGE 143 II 425 E. 1.3). Praxisgemäss steht in Fällen, in welchen -

wie vorliegend - ein oberes kantonales Gericht der Ansicht ist, eine Streitsache betreffe objektiv nicht das öffentliche Beschaffungswesen, die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich zur Verfügung ( BGE 144 II 184 E. 1.3 und 1.4; Urteil 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 1.3.2).

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin ersucht um Erstreckung der Beschwerdefrist.

#### **E. 3.1**

Die Beschwerde gegen einen Entscheid ist innert 30 Tagen nach der Eröffnung der vollständigen Ausfertigung beim Bundesgericht einzureichen ( Art. 100 Abs. 1 BGG ). Diese gesetzliche Frist kann nicht erstreckt werden ( Art. 47 Abs. 1 BGG ). Zudem handelt es sich vorliegend nicht um eine Beschwerde auf dem Gebiet der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, sodass eine Beschwerdeergänzung gestützt auf Art. 43 BGG von vornherein ausscheidet. Dem Gesuch um Erstreckung der Beschwerdefrist kann somit nicht entsprochen werden.

Im Übrigen wären die Voraussetzungen für eine Wiederherstellung der Beschwerdefrist ( Art. 50 Abs. 1 BGG ) nicht erfüllt, zumal die Beschwerdeführerin nicht dartut, dass sie unverschuldet daran gehindert worden sei, rechtzeitig zu handeln (vgl. dazu BGE 143 I 284 E. 1.3; Urteil 6B\_774/2021 vom 3. November 2021 E. 1.3). Kein unverschuldetes Hindernis stellt namentlich der Umstand dar, dass sie das vollständige Aktenverzeichnis, wie sie behauptet, zu spät erhalten oder dass sie als Laie Schwierigkeiten gehabt habe, den angefochtenen Entscheid zu verstehen.

#### **E. 3.2**

Gemäss Art. 44 Abs. 1 BGG beginnen Fristen, die durch eine Mitteilung oder den Eintritt eines Ereignisses ausgelöst werden, am folgenden Tag zu laufen. Eine Mitteilung, die nur gegen Unterschrift des Adressaten oder einer Adressatin oder einer anderen berechtigten Person überbracht wird, gilt spätestens am siebenten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt ( Art. 44 Abs. 2 BGG ). Die Beschwerde gilt als rechtzeitig erhoben, wenn die Beschwerdeschrift spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wird ( Art. 48 Abs. 1 BGG ).

Der Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 17. August 2023 wurde der Beschwerdeführerin am 5. Oktober 2023 zugestellt. Dies ergibt sich aus dem Formular Sendeverfolgung Nr. xxx der Schweizerischen Post. Folglich begann die Beschwerdefrist am Freitag, den 6. Oktober 2023 zu laufen und endete am Montag, den 6. November 2023 (vgl. Art. 45 Abs. 1 BGG ). Dass ein Eröffnungsmangel vorliegen soll, vermag die Beschwerdeführerin nicht konkret darzutun und ein solcher ist auch nicht ersichtlich, zumal das Verwaltungsgericht in seiner Rechtsmittelbelehrung lediglich auf die für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten massgebenden Bestimmungen des BGG (Art. 82 ff.) hinweist. Allein der Umstand, dass die Beschwerdeführerin als Laie Mühe gehabt haben mag, die Rechtsmittelbelehrung zu verstehen, lässt diese nicht als "mangelhaft", "unvollständig" oder "unrichtig" erscheinen.

Folglich sind die Eingaben bzw. Beschwerdeergänzungen vom 7. und vom 17. November 2023 verspätet und können vorliegend nicht berücksichtigt werden.

#### **E. 4.1**

Nach Art. 42 BGG haben die Rechtsschriften an das Bundesgericht die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die Begründung hat sachbezogen zu sein; die beschwerdeführende Partei hat in gezielter Auseinandersetzung mit den für das Ergebnis des angefochtenen Entscheids massgeblichen Erwägungen plausibel aufzuzeigen, welche Rechte bzw. Rechtsnormen die Vorinstanz verletzt haben soll ( BGE 140 III 86 E. 2 mit Hinweisen). Ficht die beschwerdeführende Partei - wie hier - einen Nichteintretensentscheid oder einen Rechtsmittelentscheid an, der einen solchen bestätigt, haben sich ihre Rechtsbegehren und deren Begründung zwingend auf die vorinstanzlichen Erwägungen zu beziehen, die zum Nichteintreten bzw. zur Bestätigung des Nichteintretens geführt haben (Urteile 2C\_423/2023 vom 19. September 2023 E. 2.1; 2C\_413/2022 vom 30. Mai 2022 E. 2.1; 2C\_470/2021 vom 22. November 2021 E. 1.2).

Hinzu kommt, dass das Bundesgericht die Anwendung kantonalen Rechts - von hier nicht zutreffenden Ausnahmen ( Art. 95 lit. c-e BGG ) abgesehen - nur auf Bundesrechtsverletzungen, namentlich auf Willkür hin, prüft ( BGE 143 I 321 E. 6.1; 141 IV 305 E. 1.2 ; 141 I 105 E. 3.3.1). In Bezug auf die Verletzung von Grundrechten, einschliesslich des Willkürverbots, von kantonalem und von interkantonalem Recht gilt eine qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 148 I 104 E. 1.5; 143 II 283 E. 1.2.2 ; 143 I 321 E. 6.1 ; 141 I 36 E. 1.3).

#### **E. 4.2**

Vorliegend hat die Vorinstanz die für die Beurteilung der Unterstellung der vorliegenden Angelegenheit unter das Vergaberecht massgebenden Rechtsgrundlagen dargelegt (vgl. insb. § 1 der kantonalen Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [LS 720.11]; Art. 5bis Abs. 1 sowie Art. 6 Abs. 1 und 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 [IVöB]; Art. 5 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt [Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02] ). Sodann hat sie - Bezug nehmend auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. BGE 141 II 113 E. 1.2.1; Urteile 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 3.3 2C\_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.2) - die Kriterien erläutert, anhand welcher ermittelt wird, ob ein Geschäft unter das Beschaffungswesen fällt, so insbesondere der synallagmatische Charakter bzw. die kommerzielle Natur des Geschäfts für den Leistungserbringer.

Mit Blick auf den konkreten Fall hat das Verwaltungsgericht sodann erwogen, dass bereits die Ausschreibung sich explizit an nicht gewinnorientierte Trägerschaften gerichtet habe; eine kommerzielle Motivation sei weder bei der Beschwerdeführerin noch bei den Mitbeteiligten ersichtlich gewesen. Sodann fehle das Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung bzw. die Beschaffung einer Leistung auf dem Markt. Bei dem von der Stadt Zürich Kultur vorgesehenen Förderbetrag von Fr. 400'000.-- handle es sich nicht um die Leistung eines äquivalenten Entgelts, sondern um eine Unterstützung. Zwar werde die mit dem Förderbeitrag unterstützte Tätigkeit im öffentlichen Interesse erbracht, doch entspringe sie im Grundsatz der Eigeninitiative des Empfängers und sei dieser bei der inhaltlichen Ausgestaltung frei. Insgesamt weise das hier strittige Auswahlverfahren zwar Ähnlichkeiten mit einer auf Wettbewerb ausgerichteten öffentlichen Beschaffung auf, doch würden im Ergebnis die Elemente überwiegen, die einer solchen Beschaffung fremd seien.

Im Ergebnis ist die Vorinstanz auf die bei ihr erhobene Beschwerde nicht eingetreten, weil der direkte Weg an das Verwaltungsgericht gemäss den Ausführungen im angefochtenen Beschluss nur offen stehe, wenn der angefochtene Rechtsakt den Vorschriften über das Vergaberecht unterstellt sei. Auf eine Überweisung der Sache an die zuständige Behörde (Stadtrat) hat das Verwaltungsgericht verzichtet, weil dieser im Rahmen einer Neubeurteilung bereits neu entschieden hatte.

#### **E. 4.3**

Den in weiten Teilen ausufernden und nur schwer nachvollziehbaren Eingaben der Beschwerdeführerin lässt sich keine sachbezogene Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen entnehmen, die zum Nichteintreten auf ihre Beschwerde geführt haben. Vielmehr erschöpfen sich die verschiedenen Schriften - soweit verständlich - in allgemeiner Kritik am vorinstanzlichen Entscheid, welcher namentlich als willkürlich, überladen, konfus und "schier unentwirrbar" bezeichnet wird sowie am Vorgehen der Stadt Zürich Kultur, insbesondere am Umstand, dass diese ein Grobkonzept verlangt habe, was nach Auffassung der Beschwerdeführerin eine "vorsätzlich organisierte Umgehung des Vergabeverfahrens" darstelle. Damit zeigt die Beschwerdeführerin nicht substantiiert auf ( Art. 106 Abs. 2 BGG ), dass die Vorinstanz das massgebende kantonale Recht willkürlich angewendet oder interkantonales Recht verletzt habe, indem sie erwogen hat, dass die Angelegenheit nicht dem Vergaberecht unterstellt sei. Ebensovienig werden allfällige Bundesrechtsverletzungen rechtsgenügend ( Art. 42 Abs. 2 BGG ) dargetan. Die pauschale Behauptung, das Verwaltungsgericht habe das Vergaberecht ausgehebelt bzw. der Vorwurf "krass unlauterer Machenschaften" an die Stadt Zürich Kultur, reichen dazu nicht aus.

Kaum nachvollziehbar sind sodann die Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz "Obstruktion" betrieben habe, weil sie sich (zunächst) geweigert habe, ihr die vollständigen Aktenverzeichnisse sowie die im Entscheid referenzierten Akten in Printform herauszugeben und sie ihr keine Hand geboten habe, die "verklausulierten Referenzierungen" zu entklausulieren bzw. zu entschlüsseln. Jedenfalls lassen sich diesen Ausführungen keine hinreichend substantiierten Rügen hinsichtlich der fehlerhaften Anwendung von Bundesrecht bzw. der Verletzung verfassungsmässiger Rechte entnehmen.

Weitgehend unsubstantiiert bleiben sodann die Vorbringen, die involvierten Behörden hätten sich geweigert, der Beschwerdeführerin die "Key-Jury-Akten" sowie alle weiteren "secret papers" herauszugeben. Was genau darunter fallen soll, bleibt in weiten Teilen unklar. Aus den Eingaben der Beschwerdeführerin ergibt sich einzig, dass damit zumindest die Mitteilung der Stadt Zürich Kultur an die ausgewählten Vereine "C. \_\_\_\_\_" und "D. \_\_\_\_\_" sowie das von diesen vorgelegte Grobkonzept gemeint sein könnten. Die Beschwerdeführerin beschränkt sich auf allgemeine Kritik an den Behörden bzw. legt dar, weshalb sie aus ihrer Sicht Zugang zu diesen Akten haben sollte. Dabei geht sie - soweit ersichtlich - nicht auf die vorinstanzlichen Ausführungen ein, wonach ihr Akteneinsichtsbegehren mit Präsidalverfügung vom 19. Dezember 2022 teilweise gutgeheissen worden sei und nennt keine konkreten Rechtsnormen, die ihr (weitergehende) Ansprüche einräumen sollen. Folglich zeigt sie nicht in einer den qualifizierten Anforderungen an die Begründung von Verfassungsprügen genügenden Weise auf ( Art. 106 Abs. 2 BGG ), dass und inwiefern die Vorinstanz in diesem Zusammenhang verfassungsmässige Rechte, so namentlich das Akteneinsichtsrecht bzw. das rechtliche Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ), verletzt haben soll. Die Behauptung, der Zugang zu diesen Dokumenten sei ihr "unter geradezu illusorischen, rechtlich nicht haltbaren

Schein-Begründungen" verweigert worden, wird nicht näher erläutert.

#### **E. 4.4**

Ob die Beschwerdeführerin die Nichtgewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im vorinstanzlichen Verfahren beanstandet, lässt sich ihren Eingaben nicht genau entnehmen.

Die Vorinstanz hat diesbezüglich jedoch erwogen, dass juristische Personen, wie die Beschwerdeführerin, nach dem anwendbaren kantonalen Recht (vgl. § 16 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG/ZH; LS 175.2]) grundsätzlich keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hätten. Zudem seien die Voraussetzungen, unter denen eine juristische Person gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV ausnahmsweise Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege habe (vgl. BGE 143 I 328 E. 3.1) nicht erfüllt.

Die Beschwerdeführerin setzt sich mit diesen Ausführungen nicht auseinander und zeigt nicht substantiiert auf ( Art. 106 Abs. 2 BGG ), dass und inwiefern die Vorinstanz das kantonale Recht willkürlich angewendet oder Art. 29 Abs. 3 BV verletzt habe, indem sie ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen hat.

#### **E. 4.5**

Hinsichtlich der Parteientschädigung hat die Vorinstanz erwogen, dass der Beschwerdeführerin bereits aufgrund ihres Unterliegens keine solche zustehe (vgl. § 17 VRG/ZH). Inwiefern diese Erwägungen willkürlich sein oder sonstwie gegen Bundes (verfassungs) recht verstossen sollen, wird von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert dargetan ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Auf die langfädigen Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach sie seit der Einreichung der Beschwerde, am 29. November 2021 bzw. am 21. Dezember 2021 Anspruch auf eine Parteientschädigung von Fr. 15'000.-- pro Monat wegen "juristischer Aufblähung des Verfahrens" bzw. von mindestens Fr. 30'000.-- pro Monat wegen "Diskriminierung ihrer Ausstellungstätigkeiten" habe, ist nicht weiter einzugehen.

#### **E. 4.6**

Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich von den als Trägerschaft ausgewählten Vereinen "C. \_\_\_\_\_" und "D. \_\_\_\_\_" eine Genugtuung wegen Rufschädigung verlangt, geht der Antrag über den Verfahrensgegenstand hinaus, sodass darauf nicht eingetreten werden kann.

#### **E. 5.1**

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ). Es ist darauf mit Entscheid der Abteilungspräsidentin als Einzerrichterin im vereinfachten Verfahren nach Art. 108 BGG (Abs. 1 lit. b) nicht einzutreten, und zwar unabhängig davon, ob der angefochtene Beschluss rechtskonform ist oder nicht. Damit werden das Gesuch um aufschiebende Wirkung sowie die übrigen Verfahrensanträge gegenstandslos.

#### **E. 5.2**

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird zufolge Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels abgewiesen ( Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG ). Ohnehin hätte die Beschwerdeführerin als juristische Person - mangels besonderer Umstände - keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gehabt (vgl. BGE 143 I 328 E. 3).

Folglich trägt die unterliegende Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens. Da kein Schriftenwechsel durchgeführt wurde, ist den Vereinen "C. \_\_\_\_\_" und "D. \_\_\_\_\_" kein Aufwand entstanden, sodass ihnen keine Parteientschädigung zuzusprechen ist ( Art. 68 Abs. 1 BGG ). Die Stadt Zürich Kultur hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.