

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.214 vom 19. Juni 2019

BS Appellationsgericht, 2019-06-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2018.214

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.214 du 19 juin 2019

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.214 del 19 giugno 2019

Erwägungen

E. 1

1.1 Gegen Entscheide des Regierungsrats kann Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden (§ 10 Abs. 1 in Verbindung mit § 1 Abs. 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRPG, SG 270.100] und § 41 Abs. 2 des Organisationsgesetzes [OG, SG 153.100]). Für den Verwaltungsrekurs zuständig ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

1.2 Fraglich erscheint zunächst, ob es sich beim angefochtenen Beschluss des Regierungsrats überhaupt um eine Verfügung im Sinne von § 10 Abs. 1 VRPG und mithin um ein zulässiges Anfechtungsobjekt eines verwaltungsgerichtlichen Rekurses handelt. Der Beschluss des Regierungsrats enthält einen Zuschlag an eine Anbieterin, mit der ein Baurechtsvertrag zur Abgabe einer Liegenschaft der Einwohnergemeinde der Stadt Basel im Finanzvermögen abgeschlossen werden soll. Er zielt somit auf den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags. Es stellt sich daher die Frage, ob hiergegen ein öffentlich-rechtliches Rechtsmittel erhoben werden kann.

1.2.1 Nicht anwendbar ist das Gesetz über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz, BeschG; SG 914.100). Das Beschaffungsgesetz findet gemäss § 3 Abs. 1 BeschG Anwendung auf sämtliche Vergaben, die der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, namentlich für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Ein öffentlicher Auftrag liegt damit ganz allgemein dann vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber im Hinblick auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einen synallagmatischen Vertrag mit einem Wirtschaftsteilnehmer abschliesst, auf dessen Grundlage dieser dem Auftraggeber gegen die Entrichtung eines Entgelts Bau-, Sach- oder Dienstleistungen erbringt. Dabei ist unerheblich, ob die Leistung dem öffentlichen Auftraggeber direkt erbracht wird oder Dritten respektive der Öffentlichkeit zu Gute kommt (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 178; Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 604; VGE VD.2014.5 vom 8. Mai 2014 E. 1.2.1). Voraussetzung ist in jedem Fall, dass das Gemeinwesen den Partner mit der Vergabe beauftragt, eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen, die sonst das Gemeinwesen erfüllen würde (BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.2.2; VGE VD.2014.5 vom 8. Mai 2014 E. 1.2.1). Auch wenn der Gegenstand des Beschaffungsrechts in der neueren Literatur und Rechtsprechung funktional definiert wird (BGE 135 II 49 S. 4.4 S. 56; 2C_333/2012 vom 5. November 2012 E. 6.2, 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.2; Beyeler, a.a.O., Rz. 623), so muss ein Geschäft bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise gleichartige Charakteristiken und Interessenlagen wie ein klassisches Beschaffungsgeschäft aufweisen, um als solches qualifiziert werden zu können (Beyeler, a.a.O., Rz. 625). Erforderlich ist, dass das beteiligte öffentliche Organ nicht bloss

"regulierend oder fördernd an den Markt herantritt, sondern nachfragend in diesen hineintritt" (Beyeler, a.a.O., Rz. 630; VGE VD.2014.5 vom 8. Mai 2014 E. 1.2.4.1). Die Erlaubnis des Staates an einen Privaten, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, ist keine öffentliche Beschaffung, weil der Staat dabei weder eine Tätigkeit veranlasst noch ein Gut beschafft, sondern bloss eine private Tätigkeit hoheitlich ordnet oder reguliert (BGE 125 I 209 E. 6b S. 214 f.; Beyeler, a.a.O., Rz. 670; BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.3; VGE VD.2014.5 vom 8. Mai 2014 E. 1.2.4.1). Reine Veräusserungsgeschäfte, wie die Überlassung eines Grundstücks im Baurecht, können nicht als öffentlicher Auftrag qualifiziert werden (Beyeler, a.a.O., Rz. 737). Mit der Vergabebeschafft das Gemeinwesen keine Leistung, sondern räumt der erwerbenden Partei allein gegen die Entrichtung eines Entgelts die Möglichkeit ein, die Liegenschaften für eigene Zwecke selber zu nutzen (BGer2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.3).

1.2.2 Es stellt sich daher die Frage, ob der regierungsrätliche Vergabeentscheid gleichwohl anfechtbar ist. Auch wenn der Abschluss eines Baurechtsvertrags grundsätzlich eine zivilrechtliche Frage beschlägt, betrifft der Entscheid, mit dem ein Gemeinwesen über die Benützung von öffentlichen Sachen befindet, nach der Rechtsprechung dennoch eine öffentlich-rechtliche Frage, auch wenn die Zurverfügungstellung auf dem Wege eines privatrechtlichen Vertrags erfolgt (BGer 2C_314/2013 vom 19. März 2014 E. 1.1.1 m.H. auf 2C_484/2008 vom 9. Januar 2009 [in BGE 135 II 49 nicht publ.] E. 1.2, 1C_312/2010 vom 8. Dezember 2010 E. 1.2 und E. 3.4 sowie BGE 127 I 84 E. 4a S. 87). Dies gilt auch für öffentliche Sachen, die sich im Finanzvermögen eines Gemeinwesens befinden (BGer 2C_889/2016 vom 12. Juni 2017 E. 1.1). Die Verwaltung des Finanzvermögens, etwa durch dessen Verpachtung (BGE 112 II 35 E.

E. 2

2.1 Der Regierungsrat ist gemäss § 50 des Gesetzes über den kantonalen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz, FHG; SG 610.100) für die Verwaltung des Finanzvermögens des Kantons Basel-Stadt abschliessend zuständig. Dabei hat er bei der Bewirtschaftung und Entwicklung des Finanzvermögens die wirtschaftliche, ökologische und gesellschaftliche Nachhaltigkeit zu berücksichtigen. Innerhalb dieses weit gefassten gesetzlichen Rahmens liegt die Verfügung über das Finanzvermögen in seinem Ermessen. Zu prüfen ist daher allein, ob der Regierungsrat mit seinem Zuschlag gegen diesen Rahmen verstossen hat und etwa Anhaltspunkte für eine ungerechtfertigte Begünstigung der den Zuschlag erhaltenden Partei vorliegen (vgl. Beyeler, a.a.O., N 739 ff.).

2.2 Mit ihrem Rekurs macht die Rekurrentin zunächst geltend, der Regierungsrat habe mit seinem Zuschlag gegen den in Ziffer 3.4.1 der Verkaufsdokumentation aufgenommenen Grundsatz verstossen, dass nur mit Direktkäufern verhandelt werde. Die Stiftung [...] als Zuschlagsempfängerin habe im Zeitpunkt des Verfahrens und des Zuschlages noch gar nicht existiert.

Darin kann der Rekurrentin nicht gefolgt werden. Zutreffend ist zwar, dass die Gründung der Stiftung [...] als Zuschlagsempfängerin im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids noch nicht erfolgt ist, wird darin doch von einem Zuschlag an die in Gründung begriffene Stiftung gesprochen. Für eine juristische Person kann aber auch vor ihrer Gründung gehandelt werden (vgl. etwa Art. 645 OR). Dies gilt insbesondere auch dann, wenn der Geschäftspartner mit dem Handeln für die noch nicht existente Person einverstanden ist (vgl. Schenker, in: Basler Kommentar OR II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 645 N 10). So

können für eine Stiftung in Gründung bereits vor der Eintragung ins Handelsregister aufschiebend bedingte Rechtsgeschäfte getätigt werden (Hausheer/Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2016; BGE 99 II 246 E. 9g S. 265, 81 II 577 E. 2 S. 583). Vorliegend macht die Rekurrentin keine Umstände geltend, die ein Handeln für die in Gründung begriffene Stiftung durch die für sie handelnden Personen infrage stellen könnte. Die Zuschlagsempfängerin entspricht daher einer ■Direktkäuferin■ im Sinne der Verkaufsdokumentation. Es kann deshalb offengelassen werden, ob die Rekurrentin überhaupt einen Anspruch auf durchgängige Einhaltung der Bestimmungen der Verkaufsdokumentation geltend machen könnte.

2.3 Weiter macht die Rekurrentin geltend, dass gemäss Ziff. 3.4 der Verkaufsdokumentation ■die Angaben in dieser Verkaufsbroschüre vertraulich■ zu behandeln seien ■und ohne schriftliche Einwilligung von Immobilien Basel-Stadt■ weder reproduziert noch weitergegeben werden dürften. Dagegen sei mit der Berichterstattung in der Basellandschaftlichen Zeitung vom 6. August 2018 verstossen worden. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Berichterstattung in diesem Medium den Regierungsrat in seinem Ermessen bei der Beschlussfassung über den Zuschlag beeinflusst hätte oder einem Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin im Wege stehen könnte. Die Rekurrentin kann aus dem von ihr gerügten Bruch der Vertraulichkeit des Verfahrens nichts zu ihren Gunsten ableiten.

2.4 Schliesslich rügt die Rekurrentin, dass die Ausschreibung nicht im Kantonsblatt publiziert worden sei. Die Rekurrentin hat von der Ausschreibung selber aber Kenntnis erhalten und hat daran teilgenommen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sie durch die unterbliebene Ausschreibung im Kantonsblatt beschwert worden wäre. Da das Beschaffungsrecht auf die vorliegende Vergabe keine Anwendung findet, ergibt sich daraus auch keine Pflicht zur Ausschreibung im Kantonsblatt. Im Übrigen entsprach das Vorgehen des Regierungsrats mit der Publikation auf verschiedenen Websites sowie Inseraten in diversen zielgruppenorientierten Zeitungen und Zeitschriften im Ergebnis einer öffentlichen Ausschreibung, wie sie teilweise in der Literatur für Verfügungen über Liegenschaften im Fiskalvermögen zugunsten von Privaten verlangt wird (vgl. Beyeler, a.a.O., N 740 ff.).

E. 3

Insgesamt ist der Rekurs folglich abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Rekurrentin dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 1■000.■ (§ 30 Abs. 1 VRPG).

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