

SO_GERICHTE VWBES.2019.103 vom 11. Juli 2019

SO Obergericht, 2019-07-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2019.103

FR: SO_GERICHTE VWBES.2019.103 du 11 juillet 2019

IT: SO_GERICHTE VWBES.2019.103 del 11 luglio 2019

Erwägungen

E. 1

Die Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen besteht seit der Fusion per 1. Januar 2013 aus den beiden Ortsteilen Lüsslingen und Nennigkofen. Für die Energieversorgung haben beide Ortsteile je ein eigenes elektrisches Verteilnetz. Dasjenige des Ortsteils Nennigkofen wird von der Genossenschaft Elektra Nennigkofen geführt und verwaltet. Das elektrische Verteilnetz für die Energieversorgung des Ortsteils Lüsslingen ist seit der Fusion im Eigentum der Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen und wird von der A.____AG betrieben.

E. 2

Die A.____AG (in der Folge Beschwerdeführerin) und die Einwohnergemeinde Lüsslingen (nachfolgend: Gemeinde) hatten am 23. Mai / 1. Juni 2011 einen Vertrag zur Nutzung und zum Betrieb des Niederspannungsverteilsnetzes der Einwohnergemeinde Lüsslingen abgeschlossen (Beilage 3 zur Beschwerdeantwort der Gemeinde vom 29. April 2019). Die Gemeinde als Eigentümerin des Niederspannungsverteilsnetzes auf ihrem Gemeindegebiet hatte dabei der A.____AG ihr Netz für die Dauer des Vertrages und gegen das vorgesehene Netznutzungsentgelt zur Verfügung gestellt. Die A.____AG ihrerseits hatte sich verpflichtet, das Netz zu betreiben und die daran angeschlossenen Endverbraucher mit elektrischer Energie zu versorgen. Im «Reglement über den Anschluss an das elektrische Verteilnetz der Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen» wurde die A.____AG als Netzbetreiberin festgehalten; dieses wurde von der Gemeindeversammlung der neuen Gemeinde Lüsslingen-Nennigkofen am 24. Januar 2013 genehmigt. Der Regierungsrat erteilte mit Beschluss Nr. 963 am 4. Juni 2013 seine Zustimmung.

E. 2.1

Die §§ 199 und 200 des Gemeindegesetzes (GG, BGS 131.1) lauten wie folgt:

§ 199 I. Beschwerden gegen Beschlüsse

1 Wer stimmberechtigt ist, oder wer von einem Beschluss besonders berührt wird und ein schutzwürdiges eigenes Interesse hat, kann beim Regierungsrat Beschwerde erheben gegen die von den Stimmberechtigten an der Gemeindeversammlung oder an der Urne gefassten Beschlüsse.

2 Gegen letztinstanzliche Beschlüsse der Gemeindebehörden kann nur Beschwerde erheben, wer von einem Beschluss besonders berührt wird und ein schutzwürdiges eigenes Interesse hat.

3 Die Beschwerde ist auch zulässig wegen Rechtsverzögerung und Rechtsverweigerung.

4Der Gemeinderat kann Beschlüsse der Gesamtheit der Stimmberechtigten anfechten. In diesem Falle vertritt ein Stimmberechtigter oder eine Stimmberechtigte die Gemeinde.

§ 200 II. Beschwerden in besonderen Fällen

- a) Beschlüsse über Nichtwiederwahlen, die nicht von der Gemeindeversammlung, vom Gemeindeparlament oder an der Urne gefasst werden;
- b) gegen die Kündigung definitiver Anstellungsverhältnisse und die Entlassung aus wichtigen Gründen;
- c) gegen Beschlüsse über Rechtsansprüche aus dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995;
- d) gegen Beschlüsse über Einreihung und Beförderung in Besoldungsklassen und -stufen;
- e) gegen Disziplinar massnahmen;
- f) Beschlüsse, welche im Einzelfall gestützt auf öffentliches Recht Rechte oder Pflichten einer Person hoheitlich, einseitig und verbindlich festlegen;
- g) Beschlüsse, welche die politischen Rechte der Stimmberechtigten verletzen können.

2Gegen die Verfügung des Departementes ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig.

3Der Rechtsschutz der Lehrkräfte an den Volksschulen richtet sich nach der Gesetzgebung über das Staatspersonal.

E. 2.2

Nach Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) auf den 1. Januar 2007 musste der Kanton Solothurn für letztinstanzliche Gemeindebeschlüsse, welche hoheitlich Rechte oder Pflichten von Personen im Einzelfall verbindlich festlegen, neu eine gerichtliche Kontrollmöglichkeit schaffen. Zu diesem Zweck wurde mit der Vorlage «Anpassungen des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes an die Vorgaben des Bundesrechts (Rechtsweggarantie / Bundesgerichtsgesetz)», KRB Nr. RG 86/2008) Buchstabe f im § 200 GG eingefügt. In der Botschaft (Botschaft des Regierungsrats vom 10. Juni 2008, RRB Nr. 2008/1041) wurde dazu ausgeführt, dass letztinstanzliche Gemeindebeschlüsse, welche hoheitlich Rechte oder Pflichten von Personen im Einzelfall verbindlich festlegten und damit den Verfügungsbegriff erfüllten, neu einer gerichtlichen Kontrolle unterstehen müssten. Dies müsse gewährleistet sein, unabhängig davon, ob es sich um einen Akt der Gemeindeversammlung oder des Gemeinderats handle. Durch die Ergänzung des Katalogs mit Buchstabe f werde dies erreicht. Bezüglich der Änderung in § 199 GG wurde ausgeführt, hier handle es sich um eine terminologische Anpassung an das neue Bundesgerichtsgesetz, welches ein «besonderes» Berührtsein durch den angefochtenen Entscheid verlange (Art. 83 Absatz 1 Bst. b BGG). Die Beschwerdebefugnis solle auch im kantonalen Recht in dieser Weise formuliert werden, um auszuschliessen, dass der Eindruck entstehe, diese werde auf kantonaler Ebene weniger streng gehandhabt als durch das Bundesgericht. Materiell ändere sich an den Anforderungen an die persönliche Betroffenheit des Beschwerdeführers durch die Anpassung jedoch nichts.

In der Praxis ist es so, dass bei Beschwerden nach dem Gemeindegesetz das instruierende Departement entscheidet, ob ein Entscheid des Regierungsrats erfolgen soll oder ob ein Fall nach § 200 GG vorliegt, bei dem das Department den Entscheid fällt und als Rechtsmittel die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegeben ist.

E. 2.3

Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei ihr bewusst, dass nach der Verwaltungsrechtspflege in Gemeindeangelegenheiten grundsätzlich kein Rechtsmittelweg vom Regierungsrat als Beschwerdeinstanz an das Verwaltungsgericht führe. In der vorliegenden Angelegenheit verlange jedoch das übergeordnete Recht, insbesondere Art. 80 Abs. 2 BGG, Art. 9 Abs. 2 BGBM, aber auch Art. 6 Abs. 1 EMRK, dass vor der Anrufung des Bundesgerichts eine verwaltungsunabhängige (Gerichts-)Behörde kantonale letztinstanzlich geurteilt haben müsse. Der Gemeinderat habe mit seinem Beschluss einen künftigen Vertragspartner für den Netzbetrieb ausgewählt und den übrigen Interessierten eine Absage erteilt. Er habe damit entgegen der Auffassung des Regierungsrats nicht als politisches Gremium entschieden, sondern in der Funktion als Verwaltungsbehörde. Gemäss Botschaft des Regierungsrats (vgl. oben Erw. 2.2) fielen beispielsweise der Entzug einer Taxikonzession oder die Vergabe von Allmendland unter die neue Bestimmung. Eine analoge Konstellation liege im vorliegenden Fall vor, in welchem eine im Eigentum der Gemeinde stehende Infrastruktur einem unter mehreren Offerenten vergeben werde, sodass das Verwaltungsgericht im Lichte der genannten Rechtsgrundlagen zuständig sein müsse. Wenn nun auch der Regierungsrat nicht auf das Rechtsmittel eintrete, würde der Beschwerdeführerin jeglicher Rechtsschutz auf kantonaler Ebene verweigert und das rechtsfehlerbehaftete Einladungsverfahren des Gemeinderats bliebe definitiv ohne gerichtliche Überprüfung. Die Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Beschluss erweise sich deshalb als falsch. Es handle sich nach ihrer Auffassung nicht um eine Sache mit vorwiegend politischem Charakter. Richtigerweise hätte deshalb das Volkswirtschaftsdepartement entscheiden müssen, mit Beschwerdemöglichkeit an das Verwaltungsgericht.

E. 2.4

Das Volkswirtschafts-Departement macht namens der Regierung zunächst geltend, der Regierungsrat sei nach Gemeindegesetz zum Entscheid zuständig gewesen, weil kein Beschluss nach § 200 Abs. 1 vorliege, der durch das Departement hätte überprüft werden können. Gestützt auf Art. 86 Abs. 3 BGG sei er im vorliegenden Fall zulässige Vorinstanz des Bundesgerichts. Die Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen RRB sei somit korrekt, auf die Beschwerde somit nicht einzutreten.

E. 2.5

Die Gemeinde macht in ihrer Vernehmlassung zur Zuständigkeit geltend, der angefochtene Beschluss sei ein Entscheid mit vorwiegend politischem Charakter. Er sei zudem für niemanden verbindlich, da die Kompetenz zur Auswahl des neuen Vertragspartners der Gemeindeversammlung obliege, was aus dem Reglement über den Anschluss an das elektrische Verteilernetz der Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen ohne weiteres hervorgehe. Folglich habe der Beschluss keinerlei Einfluss auf individuelle Rechtspositionen, was den politischen Charakter unterstreiche.

2.6.1 Das Verwaltungsgericht hat sich schon 2009 in einem grundsätzlichen Entscheid mit der Frage auseinandergesetzt, welchen Entscheiden überwiegend politischer Charakter zukomme und wie die Vorschriften des Gemeindegesetzes hinsichtlich der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts bzw. der Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde auszulegen seien (SOG 2009 Nr. 20). Daran ist festzuhalten und davon auszugehen, dass Entscheide des Regierungsrats in Gemeindeangelegenheiten, soweit nicht in

Spezialgesetzen wie im Bau- und Planungsrecht oder bei den politischen Rechten anders geregelt, nicht der kantonalen Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegen.

Dies setzt allerdings voraus, dass ein Beschwerdeentscheid in Gemeindesachen tatsächlich in die Kompetenz des Regierungsrates fällt und nicht das zuständige Departement hätte entscheiden müssen, denn nur so ist garantiert, dass die Vorgaben des Bundesrechts zur Rechtsweggarantie und die entsprechenden (Ausnahme-)Bestimmungen des BGG eingehalten werden.

2.6.2 Nach der Lehre kommt Entscheiden dann überwiegend politischer Charakter zu, wenn es um eigentliche *actes de gouvernement* geht und keine individuellen Rechtspositionen betroffen sind. Dazu gehören etwa Akte, welche das Verhältnis zwischen den obersten Staatsorganen betreffen, die parlamentarische Oberaufsicht über Regierung und Verwaltung oder auch z.B. Entscheide über aufsichtsrechtliche Anzeigen oder aufsichtsrechtliche Massnahmen mit vorwiegend politischem Charakter. Gewisse gesundheitspolitische Standort- oder Versorgungsentscheide sowie bildungspolitische Grundsatzentscheide können unter die Ausnahme fallen, ebenso Entscheide über die Gestaltung oder den Zusammenschluss von Schulkreisen (Esther Tophinke in: Niggli / Uebersax / Wiprächtiger / Kneubühler [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2018, Art. 86 BGG N 22 mit Hinweisen).

Nicht genügend für den Ausschluss von der Rechtsweggarantie ist, wenn einem Entscheid auch politischer Charakter zukommt, weil zum Beispiel die entscheidende Behörde über einen grossen Ermessensspielraum verfügt oder fachtechnisches Wissen erforderlich ist. Wenn das Gesetz wenige oder keine Kriterien für die Regelung des konkreten Rechtsverhältnisses vorgibt, ist die gerichtliche Kontrolle entsprechend eingeschränkt, z.B. bloss auf den korrekten Verfahrensablauf und die Einhaltung des Fairnessgebots, einschliesslich der Einhaltung des rechtlichen Gehörs. Erforderlich ist für die Ausnahme von der Rechtsweggarantie vielmehr, dass der politische Charakter der betreffenden Angelegenheit offensichtlich ist und die politischen Überlegungen allfällige individualrechtliche Interessen klar überwiegen (Esther Tophinke, a.a.O., N 20 f.).

2.6.3 Das Bundesgericht hat in letzter Zeit hinsichtlich des solothurnischen Rechts festgehalten, dass die Einleitung eines Disziplinaruntersuchungsverfahrens gegenüber einem Gemeindebeamten klarerweise nicht unter den restriktiv auszulegenden Begriff des vorwiegend politischen Charakters aufweisenden Entscheides falle, weshalb das Verwaltungsgericht zuständig zur Beurteilung des entsprechenden Regierungsratsentscheides sei (Urteil 8C_580/2013 vom 10. September 2013). In einem Streit um die Totalrevision einer Gemeindeordnung wie im Streit um die Behandlung des räumlichen Leitbildes zur Ortsplanungsrevision der Stadt Solothurn hat es festgehalten, dass als Vorinstanz für die Beschwerde an das Bundesgericht einzig eine gerichtliche Behörde in Betracht komme. Daran ändere nichts, dass im kantonalen Recht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Verwaltungsgericht gegen den Beschwerdeentscheid des Regierungsrats in Gemeindeangelegenheiten nicht vorgesehen sei, sei doch diese kantonale Verfahrensordnung mit Art. 29a BV und den Zielsetzungen des Bundesgerichtsgesetzes nicht vereinbar (Urteile 1C_331/2013 vom 26. September 2013 bzw. 1C_384/2018 vom 16. Oktober 2018).

E. 2.7

Wenn schon der Entscheid über ein räumliches Leitbild entgegen dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht als politischer Entscheid gelten darf und deshalb auf Beschwerde hin von einem Gericht beurteilt werden muss, ist umso mehr zu verneinen, dass dem Entscheid des Gemeinderates von Lüsslingen-Nennigkofen darüber, welche Organisation in Zukunft das örtliche Stromnetz betreiben solle, politischer Charakter im Sinne der dargestellten Lehre und Praxis zukommt. Der Gemeinderat ist zwar eine politische Behörde und kann bei seinen Entscheiden politische Überlegungen einfließen lassen. Beim Entscheid über die Netzverpachtung ging es aber primär um eine für die Gemeinde bzw. deren Einwohnerinnen und Einwohner optimale Stromversorgung, also einen Sachentscheid, der nicht primär nach politischen Gesichtspunkten zu fällen war. Ob dieser Entscheid gesetzeskonform in einem korrekten Verfahren zustande gekommen ist, kann durchaus individuelle Rechtspositionen der zu einer Offerte eingeladenen möglichen Vertragspartner betreffen und ohne weiteres von einem Gericht überprüft werden, ohne dass dabei in allfällige politische Überlegungen oder die Autonomie der Gemeinde eingegriffen werden muss.

Daraus folgt, dass der Entscheid über die Beschwerde, wie die Beschwerdeführerin zu Recht moniert, statt vom Regierungsrat vom zuständigen Departement hätte getroffen und in der Rechtsmittelbelehrung das Verwaltungsgericht als zuständige Rechtsmittelbehörde hätte aufgeführt werden müssen. Weitere Folge ist nach der dargelegten Praxis des Bundesgerichts, dass nun gegen den Entscheid des Regierungsrates das Verwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz angerufen werden muss, auch wenn dies im kantonalen Recht gestützt auf § 49 Abs. 4 GO und § 199 f. GG nicht vorgesehen ist. Auf die Beschwerde ist daher entgegen der gesetzlichen Regelung einzutreten.

E. 3

Der Vertrag vom 20. Mai 2011 wurde von der Gemeinde im Jahr 2015 per Ende 2018 gekündigt. Eine Ingenieurfirma wurde beauftragt, Grundlagen für Angebote zur Neuausrichtung der elektrischen Energieversorgung beider Ortsteile zu erarbeiten. Gestützt auf diese Unterlagen reichten fünf Anbieter, darunter die Beschwerdeführerin, eine Offerte ein. Der Gemeinderat beschloss daraufhin am 2. Juli 2018 mit 4 zu 3 Stimmen, für die Stromversorgung des Ortsteils Lüsslingen einen Vertrag mit der B.____ abzuschliessen. Dieser Entscheid wurde den übrigen Anbietern mit Brief vom 3. Juli 2018 mit dem Titel «Offertabsage i.S. Neuausrichtung Stromversorgung Lüsslingen ab 2019» mitgeteilt.

E. 4

Am 16. Juli 2018 erhob die A.____AG Submissionsbeschwerde beim Verwaltungsgericht. Mit Urteil vom 12. November 2018 trat das Verwaltungsgericht auf die Beschwerde nicht ein, da es sich als nicht zuständig erachtete und überwies die Sache zur weiteren Prüfung und allfälligen Behandlung als Beschwerde nach dem Gemeinderecht an den Regierungsrat (Verfahren VWBES.2018.294). Dieser Entscheid blieb unangefochten.

E. 4.1

Die Vorinstanz begründete ihren Nichteintretensentscheid insbesondere damit, dass zwar nach der Zwei-Stufen-Theorie die verwaltungsinterne Willensbildung und der anschliessende Vertragsschluss zu unterscheiden seien. Dies bedeute aber nicht, dass es sich bei der verwaltungsinternen Willensbildung um eine Verfügung handle bzw. der Abschluss der Willensbildung in Verfügungsform zu kleiden sei. Von Verfügung und einseitigem Handeln könne vorliegend keine Rede sein. Auch fehle es neben der Einseitigkeit an

weiteren Elementen des Verfügungsbegriffs. Durch den Auswahlentscheid der Beschwerdegegnerin seien (noch) keine Rechte oder Pflichten einer Person festgelegt worden. Auch fehle es an einer Verbindlichkeit für die potentiellen Vertragspartner der Beschwerdegegnerin, da sich diese auch nach dem Auswahlentscheid noch dazu hätten entschliessen können, keinen Vertrag abzuschliessen. Der Auswahlentscheid habe somit keinen Verfügungscharakter. Auch wenn der Gemeinderat seine Einladung zur Offertstellung an potentielle Vertragspartner als «Einladungsverfahren» betitelt habe, ändere diese Bezeichnung nichts daran, dass es sich vorliegend materiell nicht um eine Vergabe im Sinne des öffentlichen Beschaffungswesens gehandelt habe, wie dies das Verwaltungsgericht bereits im November 2018 korrekterweise festgehalten habe.

Es fehle zudem an der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin, da Drittpersonen nur dann die Beschwerdeberechtigung zuzubilligen sei, wenn sie eine besonders nahe und schützenswerte Beziehung zur Streitsache hätten, weil sie mehr als irgendjemand oder die Allgemeinheit von der angefochtenen Verfügung betroffen seien. Durch eine allfällige Aufhebung des angefochtenen Beschlusses würde für die Beschwerdeführerin kein Nachteil abgewendet, da damit lediglich erreicht wäre, dass die Beschwerdegegnerin (vorerst) keinen Vertrag mit der B. ___ abschliessen könnte. Eine Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrages mit der Beschwerdeführerin ergäbe sich daraus jedenfalls nicht, womit auch kein direkter praktischer Nutzen für die Beschwerdeführerin entstehen könnte. Nach Rechtsprechung und Literatur reiche eine blossе Konkurrenzstellung im Markt nicht aus, damit ein Dritter die den Adressaten begünstigende Verfügung anfechten könne. Die vom Bundesgericht in solchen Fällen verlangte spezifische, qualifizierte Beziehungsnähe liege nicht vor, weshalb auch aus diesem Grund auf die Beschwerde nicht einzutreten sei.

In der Vernehmlassung hielt das Departement daran fest, dass der ursprünglich angefochtene Gemeindebeschluss den Verfügungsbegriff nicht erfülle. Auch wenn er dies täte und damit das Department und nicht der Regierungsrat für die Behandlung zuständig gewesen wäre, hätte dies nichts an der fehlenden Legitimation der Beschwerdeführerin geändert.

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin ist der Meinung, dass die Voraussetzungen zur Anfechtbarkeit des Gemeinderatsbeschlusses nach § 200 Abs. 1 lit. f GG gegeben seien, nämlich, dass im Einzelfall gestützt auf öffentliches Recht Rechte und Pflichten hoheitlich, einseitig und verbindlich festgelegt worden seien. Der Gemeinderat habe mit seinem Beschluss einen künftigen Vertragspartner für den Netzbetrieb ausgewählt und den übrigen Interessierten eine Absage erteilt. Er habe damit in der Funktion als Verwaltungsbehörde einen Entscheid getroffen, der vergleichbar sei der Vergabe von Allmendland, und der gerichtlichen Kontrolle unterliege.

E. 4.3

Die Argumentation der Vorinstanz zu den fehlenden Voraussetzungen einer Verfügung ist nicht in jeder Hinsicht überzeugend. In der Lehre ist umstritten, ob ausserhalb der Submissionsverfahren die Auswahl eines Vertragspartners beim Abschluss von öffentlich-rechtlichen Verträgen nach der Zweistufentheorie einen einseitig getroffenen anfechtbaren Entscheid darstellt (Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O. § 19 Rz 1402 f.). Das (hier antragstellende) Volkswirtschaftsdepartement hat in andern Fällen, beispielsweise bei der Vergabe von Allmendland durch Gemeinden, die Anfechtbarkeit bejaht und ist auf eine

Beschwerde ohne weiteres eingetreten. Und auch das Verwaltungsgericht hat in einem solchen Fall sowohl seine Zuständigkeit als auch die Anfechtbarkeit bejaht (Urteil vom 3. September 2014, VWBES.2013.326). Allerdings ging es dabei um die Anwendung einer gemeindeinternen Vorschrift, wie das Pachtland zu vergeben sei. Das Gericht hat damals festgehalten, der (zuständige) Gemeinderat unterläge, auch wenn er beim Abschluss der Pachtverträge als Rechtssubjekt des Privatrechts handle, nach der älteren Lehre einer dreifachen Schranke, nämlich dass die Zuständigkeit und das Verfahren für die Abgabe von rechtsgeschäftlichen Erklärungen durch das Verwaltungsrecht bestimmt werde, dass der abgeschlossene Vertrag weder inhaltlich gegen Verwaltungsrecht verstossen noch eine öffentlich-rechtliche Organisation gegenstandslos werden lassen dürfe, und dass das Gemeinwesen nach bestimmten Grundsätzen zu verfahren habe, also sein Ermessen pflichtgemäss auszuüben habe, die öffentlichen Interessen nicht preisgeben oder sachwidrig vorgehen dürfe (GER 1993 Nr. 3, unter Hinweis auf Imboden / Rhinow). Unter Bezugnahme auf die (damals) neue Lehre zum Allgemeinen Verwaltungsrecht hat das Gericht damals weiter festgehalten, dass das Gemeinwesen an die Grundrechte gebunden sei und sowohl beim «Ob» als auch beim «Wie» des Vertragsschlusses von seinen Handlungsfreiheiten sachgerecht Gebrauch zu machen und die Rechtsgleichheit zu beachten habe und nicht in Willkür verfallen dürfe. Das entspricht auch der aktuellen Lehre und daran ist weiterhin festzuhalten, jedenfalls soweit die Gemeinde eine öffentliche Aufgabe erfüllt (vgl. Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O. § 19 Rz 1404 ff.). Wenn das schon beim Abschluss von privatrechtlichen (Pacht-)Verträgen gilt, muss es umso mehr beim Abschluss von öffentlich-rechtlichen Verträgen gelten, wozu wohl nach der Funktionstheorie die Verpachtung eines gemeindeeigenen Stromnetzes zum Betrieb und zur Versorgung der Gemeindeangehörigen zu zählen ist. In einem neuesten Entscheid hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Auswahl einer Theaterdirektion für städtische Bühnen nach dem Binnenmarktgesetz abgewiesenen Mitbewerbern einen Anspruch auf Erlass eines gerichtlich überprüfbaren Entscheides verschaffe, da es um das Recht auf ausschliessliche Benützung von städtischem Verwaltungsvermögen zu kommerziellen Zwecken gehe (Urteil 2C_569/2018 vom 27. Mai 2019, zur Publikation vorgesehen). Dasselbe könnte für die Verpachtung oder Konzessionierung eines kommunalen Stromleitungsnetzes gelten.

Nicht klar ist allerdings, wie bzw. in welchem Verfahren eine behauptete Rechtsverletzung geltend zu machen ist und wer dazu in welcher Situation legitimiert ist (vgl. Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O. Rz 1406; vgl. auch Martin Föhse, Grundversorgung mit Strom ■ ein Überblick über Rechtsverhältnisse und Zuständigkeiten, in AJP 2018, S. 1235 ff.). Bei Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen ist nach der Gerichtsorganisation im Kanton Solothurn grundsätzlich die verwaltungsrechtliche Klage vorgesehen (§ 48 Abs. 1 lit. b GO), ebenso, wenn es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit zwischen einem Privaten und einer Gemeinde handelt (§ 48 Abs. 1 lit. b GO). Bei Entscheiden durch die letztinstanzlich zuständigen Gemeindebehörden kommt aber auch die Beschwerde nach Gemeindegesetz in Frage, wie die angeführten Beispiele zeigen. Das Verhältnis zwischen den beiden Rechtsbehelfen ist weitgehend ungeklärt, zumal der Begriff der vermögensrechtlichen Streitigkeit nach der neueren Rechtsprechung weiter zu fassen ist, als dies früherer Praxis entsprach (vgl. SOG 2013 Nr. 16 für Ansprüche aus öffentlichem Personalrecht) und unklar ist, wie weit die frühere Rechtsprechung (SOG 1985 Nr. 31) noch Geltung beanspruchen kann. In beiden Varianten besteht allerdings ein erhebliches Risiko, dass ein Verfahren sogar bei einer inhaltlichen Gutheissung nicht zum Erfolg führt, weil ein Vertragsabschluss in aller Regel weder vom Gericht noch vom Regierungsrat wird

aufgehoben werden können, wenn er einmal stattgefunden hat, wie dies in den beiden oben angeführten gemeinderechtlichen Verfahren im Kanton Solothurn der Fall war und auch in Submissionsverfahren regelmässig der Fall ist.

E. 4.4

Die Legitimation zur Beschwerde kann entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht mit fehlender besonderer Berührtheit verneint werden, wenn die Beschwerdeführerin vorher explizit zu einer Offerteingabe eingeladen wurde, zumal sie zudem die jetzige vertragliche Netzbetreiberin ist, wenn auch seit der Kündigung nur noch übergangsrechtlich. Die Beschwerdeführerin hat nicht nur ein tatsächliches und erhebliches wirtschaftliches Interesse daran, den Betrieb des Stromnetzes weiter zu führen und den von ihr bzw. ihrer Muttergesellschaft produzierten oder eingekauften Strom abzusetzen. Sie hat insbesondere ein Interesse daran, dass das Verfahren zur Neuverpachtung, in welchem sie zur Teilnahme eingeladen war, zumindest grundrechtskonform abläuft.

E. 4.5

Ob im Auswahlentscheid des Gemeinderates eine Verfügung zu erblicken ist oder nicht bzw. ob die notwendigen Elemente einer Verfügung vorliegen, kann aber letztlich offen bleiben, ebenso wie die Frage, ob eine Drittlegitimation als Konkurrentin gegeben ist oder eben nicht, wie sich aus folgenden Überlegungen (Erw. 4.6, nachfolgend) ergibt.

4.6.1 Die Gemeinde machte in ihrer Vernehmlassung geltend, es liege kein letztinstanzlicher Gemeindebeschluss vor, weil ein Entscheid der Gemeindeversammlung notwendig sei, damit der Vertrag abgeschlossen werden könne. Es fehle aus diesem Grund an der Verbindlichkeit und Anfechtbarkeit des Beschlusses.

4.6.2 Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, die vorgesehene (nachträgliche) Genehmigungsbedürftigkeit des abgeschlossenen Vertrags durch die Gemeindeversammlung zeige, dass diese Genehmigung gemäss der Zwei-Stufen-Theorie eindeutig der zweiten Stufe angehöre. Die Gemeindeversammlung wähle den künftigen Vertragspartner unter mehreren Interessierten nicht selber aus, sondern genehmige nur, aber immerhin, den durch den Gemeinderat mit dem von ihm ausgewählten Vertragspartner bereits abgeschlossenen Vertrag. Die Durchführung des vorgelagerten Auswahlverfahrens und die Auswahl sei ausschliesslich Sache des Gemeinderats und die Auswahl erfolge in Form eines insofern letztinstanzlichen Beschlusses mit Verfügungscharakter. Dies decke sich im Übrigen auch mit dem Wortlaut des Absageschreibens vom 3. Juli 2018.

4.6.3 Diese Argumentation der Beschwerdeführerin beruht wohl auf dem von ihr früher abgeschlossenen Vertrag mit der Gemeinde Lüsslingen. Nach der seinerzeitigen vertraglichen Regelung zur Nutzung und Betrieb des Niederspannungsnetzes der Einwohnergemeinde Lüsslingen vom 20. Mai 2011 zwischen der Einwohnergemeinde Lüsslingen und der A. ___ AG sollte dieser Vertrag schweizerischem materiellem Privatrecht unterliegen (Ziff. 14), unter Vorbehalt des Vorrangs von zwingendem Recht. Nach Ziff. 12 stand er bei seinem Abschluss unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch die zuständigen Gemeindeorgane und sollte rückwirkend auf den 1. Januar 2011 in Kraft treten.

Nach der Vereinigung der beiden Gemeinden übernahm die Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen nicht einfach mit schriftlicher Zustimmung der Beschwerdeführerin diesen bisherigen Vertrag ■ gemäss dessen Ziff. 13 -, sondern regelte

die Auslagerung der öffentlichen Aufgabe der Stromversorgung ihrer Gemeindeangehörigen an die Beschwerdeführerin, wohl entsprechend den Vorgaben des solothurnischen Gemeinderechts in §§ 158 und 159 GG, in einem rechtsetzenden Reglement. In diesem geltenden Reglement der Gemeinde über den Anschluss an das elektrische Verteilnetz der Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen betreffend den Ortsteil Lüsslingen vom 24. Januar 2013, genehmigt mit Regierungsratsbeschluss Nr. 963 vom 4. Juni 2013, ist in § 1 Abs. 5 geregelt, dass die A. ___AG Netzbetreiberin des Gemeinde-Netzes ist und für die am Gemeinde-Netz angeschlossenen Kunden und dessen Nutzer die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Netznutzung und die Lieferung elektrischer Energie der A. ___AG gelten. Änderungen des Reglements werden nach § 23 Abs. 1 durch die Gemeindeversammlung beschlossen. Nach der vertragsgemässen Kündigung des Netznutzungsvertrages besteht diese Bestimmung im Gemeindereglement weiterhin, und für dessen Änderung ist der Gemeinderat nicht abschliessend zuständig. Zuständig ist nach klarem, verbindlichem und vom Regierungsrat genehmigtem Reglement die Gemeindeversammlung. Der Gemeinderat kann bloss eine Reglementsänderung vorschlagen und dazu allenfalls einen Vertrag abschliessen, der unter dem Vorbehalt der Verabschiedung der entsprechenden Reglementsänderung durch die Gemeindeversammlung steht. Da gerade in umstrittenen Sachgeschäften ein solcher Entscheid, wie sich auch in andern Gemeinden gezeigt hat, nicht gewiss und nicht bloss eine Formalität ist, ist der Argumentation der Gemeinde zu folgen und beim hier angefochtenen Entscheid des Gemeinderates nicht von einem letztinstanzlichen Gemeindebeschluss auszugehen, welcher Rechte oder Pflichten einer Person hoheitlich, einseitig und verbindlich festlegt oder aus andern Gründen einer Rechtskontrolle durch das Departement bzw. den Regierungsrat und dann das Verwaltungsgericht unterliegt.

4.6.4 Ob, inwieweit, in welchem Verfahren und mit welchen möglichen Folgen (vgl. oben Erw. 4.3) gegen einen Entscheid der Gemeindeversammlung dann rechtlich vorgegangen werden kann, ist hier nicht zu entscheiden. Es dürfte allerdings schwierig sein, einen einmal abgeschlossenen Vertrag rückgängig zu machen, wenn dies selbst im Submissionsverfahren, wo eine Beschwerdemöglichkeit gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist, nicht zulässig ist.

4.6.5 Im Übrigen hat sich im Verlauf des aktuellen Verfahrens gezeigt, dass tatsächlich noch kein Vertrag zwischen der Gemeinde und der B. ___ ausgehandelt ist, weshalb die Übergangslösung von der Gemeinde nicht mit der neu in Aussicht genommenen Energieversorgerin abgeschlossen werden konnte (vgl. Antrag zu Traktandum 3.1 der Gemeindeversammlung Lüsslingen-Nennigkofen vom 13. Dezember 2018, http://www.luesslingen-nennigkofen.ch/dl.php/de/5c06460d98cdc/Infobroschure_Dezember_2018.pdf), was ebenfalls zeigt, dass noch kein definitiver Entscheid gefallen sein kann. Es steht noch nicht einmal fest, ob eine vertragliche Einigung überhaupt zustande kommen wird.

5. Im Ergebnis erweist sich somit der Nichteintretensbeschluss der Vorinstanz als rechtmässig und die Beschwerde als unbegründet.

6. Bei diesem Ausgang hat die A. ___AG die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu bezahlen, die einschliesslich der Entscheidgebühr auf CHF 2'000.00 festzusetzen sind. Als unterlegene Partei wird sie in Anwendung von § 77 Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG, BGS 124.11) in Verbindung mit Art. 106 Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) entschädigungspflichtig. Der Vertreter der Beschwerdeführerin hat eine Kostennote im Betrag von CHF 6'569.70 eingereicht und der Vertreter der Beschwerdegegnerin hat die

Parteientschädigung unter gebührender Berücksichtigung der von der Beschwerdeführerin eingereichten Kostennote ins richterliche Ermessen gestellt. Die Beschwerdeführerin ist daher unter Berücksichtigung der Umstände dieses Verfahrens und des notwendigen Aufwandes zu verpflichten, der Gemeinde eine Parteientschädigung von pauschal CHF 5'000.00 (inkl. Auslagen und MWST) zu bezahlen.

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die A. ___ AG hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 2'000.00 zu bezahlen.
3. Die A. ___ AG hat der Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen eine Parteientschädigung von CHF 5'000.00 (inkl. Auslagen und MWST) zu bezahlen.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Präsidentin

Die Gerichtsschreiberin

Scherrer Reber

Gottesman

Das vorliegende Urteil wurde vom Bundesgericht mit Urteil 2C_335/2019, 2C_789/2019 vom 17. August 2020 bestätigt.

E. 5

Die Gemeinde stellte daraufhin am 4. Dezember 2018 beim instruierenden Amt für Gemeinden den Antrag, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde aufzuheben. Die Beschwerdeführerin ihrerseits beantragte, dieses Gesuch abzuweisen und die gestützt auf die Verfügung des Verwaltungsgerichts abgeschlossene Übergangsvereinbarung zwischen der Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen und der A. ___ AG vom 12. November 2018 zu genehmigen, unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Gemeindeversammlung vom 13. Dezember 2018. Der Landammann verfügte am 11. Dezember 2018, dass die aufschiebende Wirkung der Beschwerde nicht aufgehoben werde. Der Beschwerdegegnerin stehe es frei, für die Dauer des Verfahrens einen befristeten bzw. rasch kündbaren Vertrag abzuschliessen.

E. 6

Am 5. März 2019 beschloss der Regierungsrat, auf die Beschwerde vom 16. Juli 2018 nicht einzutreten und auferlegte die Verfahrenskosten von CHF 3'000.00 der Beschwerdeführerin (RRB Nr. 2019/352). Zur Begründung führte er zusammengefasst aus, beim angefochtenen Beschluss des Gemeinderats handle es sich um einen Entscheid mit vorwiegend politischem Charakter. Es liege kein besonderer Fall nach § 200 Gemeindegesetz (GG, BGS 131.1) vor. Es handle sich weder um eine Verfügung, noch sei

die Beschwerdeführerin durch den Entscheid beschwert oder als Konkurrentin zur Beschwerde legitimiert. Als Rechtsmittel eröffnete der Regierungsrat die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht in Lausanne.

E. 7

Gegen diesen Beschluss erhob die A.____AG, vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. Christoph Jäger und / oder Thomas Geiger mit Schreiben vom 18. März 2019 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und verlangte, der Regierungsratsbeschluss Nr. 2019/352 vom 5. März 2019 sei aufzuheben und die Sache sei im Sinne der Erwägungen zum Eintreten auf das Rechtsmittel und zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz oder an das zuständige Departement zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Vorsichtshalber und um keine Beschwerdefrist zu verpassen, werde deshalb das vorliegende Rechtsmittel ergriffen. Die Beschwerdeführerin werde aber auch innert Frist - der Rechtsmittelbelehrung folgend - Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sowie subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht erheben.

E. 8

Am 22. März 2019 stellte die Beschwerdeführerin ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Der Beschwerdegegnerin respektive dem Gemeinderat sei ausdrücklich zu verbieten, während der Dauer des Beschwerdeverfahrens den Vertrag betreffend den Betrieb des elektrischen Verteilnetzes in Lüsslingen mit der B.____ abzuschliessen. Dieser Antrag wurde vom Vizepräsidenten des Verwaltungsgerichts mit Verfügung vom 8. April 2019 abgewiesen.

E. 9

Mit Schreiben vom 28. März 2019 nahm das Volkswirtschaftsdepartement namens des Regierungsrats zur Beschwerde Stellung und beantragte, auf diese sei nicht einzutreten; eventualiter sei sie vollumfänglich abzuweisen.

E. 10

Die B.____ teilte mit Schreiben vom 1. April 2019 mit, sie verzichte auf eine Teilnahme am Verfahren und habe die bisherigen Entscheide akzeptiert.

E. 11

Die Beschwerdeführerin focht den Regierungsratsbeschluss vom 5. März 2019 am 5. April 2019 auch beim Bundesgericht mit einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an. Mit Verfügung vom 10. April 2019 sistierte der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts das entsprechende Verfahren 2C_335/2019, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass das Verwaltungsgericht auf die bei ihm erhobene Beschwerde eintrete. Zur Begründung wurde ausgeführt, die vor Bundesgericht anhängig gemachte Beschwerde könnte unter dem Aspekt von Art. 86 Abs. 1 lit. d Bundesgerichtsgesetz (BGG) unzulässig sein bzw. jedenfalls insofern gegenstandslos werden, als das Verwaltungsgericht sich für zuständig erklären sollte. Eine Sistierung des Verfahrens vor Bundesgericht bis zum Abschluss des hängigen kantonalen Verfahrens liege auf der Hand.

E. 12

Mit Eingabe vom 29. April 2019 nahm die Einwohnergemeinde, vertreten durch Rechtsanwalt Peter Rechsteiner, zur Beschwerde Stellung und beantragte, auf diese nicht

einzutreten, eventualiter sie abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin.

E. 13

Mit Eingabe vom 13. Mai 2019 unterbreitete die Beschwerdeführerin ihre Schlussbemerkungen.

II.

1. Die Beschwerde vom 18. März 2019 richtet sich gegen den Regierungsratsbeschluss vom 5. März 2019, der in einer Beschwerdesache nach Gemeindegesetz (GG, BGS 131.1) erging. Sie ist innert der kantonalen Rechtsmittelfrist von 10 Tagen (§ 202 GG) beim Verwaltungsgericht eingereicht worden. Die Beschwerdegründe und das Verfahren richten sich bei Beschwerden in Gemeindeangelegenheiten, so sieht es § 203 GG vor, nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG, BGS 124.11). Geltend gemacht werden kann demnach die Verletzung von kantonalem oder Bundesrecht sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (§ 67bisVRG). Die formellen Vorschriften von § 68 VRG (schriftliche, mit Anträgen versehene und begründete Beschwerde) sind eingehalten.

2. Fraglich ist, ob die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässiges Rechtsmittel und das Verwaltungsgericht zuständige Beschwerdeinstanz sind. Geregelt ist dies im kantonalen Recht in § 49 des Gesetzes über die Gerichtsorganisation (GO, BGS 125.12), welcher in Abs. 4 für Gemeindeangelegenheiten für die Zulässigkeit (ausschliesslich) auf das Gemeindegesetz verweist.

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