

# **TG\_GERICHTE VG.2021.93 vom 27. Oktober 2021**

TG Obergericht, 2021-10-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg\\_gerichte\\_VG.2021.93](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_gerichte_VG.2021.93)

FR: TG\_GERICHTE VG.2021.93 du 27 octobre 2021

IT: TG\_GERICHTE VG.2021.93 del 27 ottobre 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ergibt sich aus Art. 8 Abs. 4 IVöB i.V. mit Art. 15 Abs. 1 IVöB, § 3 Abs. 1 des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (GöB, RB 720.2) und § 72a VRG, nachdem sich der Sitz der Beschwerdegegnerin sowie deren schwerpunktmässige Tätigkeit in F und damit im Kanton Thur- gau befindet (vgl. Beschwerdebeilage 4). Ergänzend kann diesbezüglich auf das entsprechende Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons E vom 29. März 2021 verwiesen werden (Beschwerdebeilage 3).

### **E. 2**

Bei der vorliegend zu beurteilenden Beschwerde handelt es sich um eine Rechtsverweigerungsbeschwerde. Verfahrensgegenstand bildet einzig die Frage, ob die Beschwerdegegnerin verpflichtet gewesen wäre, in dieser An- gelegenheit eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Eine Rechtsverweige-

VG.2021.93/E/ 9 rungsbeschwerde ist grundsätzlich an keine Frist gebunden (TVR 2006 Nr. 9).

### **E. 3.1**

Umstritten und zu prüfen ist zunächst die Legitimation der Beschwerdeführe- rin zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde.

### **E. 3.2**

Gemäss § 44 Ziff. 1 i.V. mit § 62 VRG ist zur Beschwerde berechtigt, wer durch einen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an des- sen Aufhebung oder Änderung hat. Als schutzwürdig gilt jedes praktische oder rechtliche Interesse, das eine von der Verfügung betroffene Person gel- tend machen kann; es braucht mit dem Interesse, das durch die als verletzt bezeichnete Norm geschützt wird, nicht übereinzustimmen. Immerhin muss der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid stärker als je- dermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Das schutzwürdige Interesse besteht da- mit im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Diese Anforderungen sind besonders bedeutend bei der Beschwerde eines Dritten, der nicht Ver- fügungsadressat ist (BGE 131 II 587 E. 2.1 mit Hinweisen). In Bezug auf das Beschaffungsrecht hat das Bundesgericht im Wesentlichen festgehalten, die Legitimation könne nur bejaht werden, wenn dem Beschwerdeführer bei Gutheissung seiner Begehren ein effektiver praktischer Vorteil erwachse. Die formelle Beschwer bzw. der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teil- genommen habe und nicht berücksichtigt worden sei, könne deshalb zur Le- gitimation nicht genügen. Ein praktisches Rechtsschutzinteresse

könne nur in Bezug auf solche Anliegen anerkannt werden, die überhaupt mit der Beschwerde erreicht werden könnten. Das praktische Interesse des nicht berücksichtigten Anbieters sei in der Regel primär darauf gerichtet, anstelle des Zuschlagsempfängers selber den Zuschlag zu erhalten. Sekundär bestehe ein Feststellungsanspruch, wenn sich das Rechtsmittel als begründet er-

VG.2021.93/E/ 10 weise, aber mit dem Anbieter bereits ein Vertrag abgeschlossen worden sei. Der Feststellungsentscheid eröffne dem nicht berücksichtigten Anbieter gegebenenfalls einen Schadenersatzanspruch. Dieses Feststellungsinteresse verhindere, dass ein Rechtsmittelverfahren wegen Abschlusses des Vertrags als gegenstandslos abgeschrieben werde, setze aber voraus, dass sich ein Rechtsmittel als begründet erweise, was seinerseits bedinge, dass der Beschwerdeführer nach den einschlägigen Verfahrensbestimmungen dazu legitimiert gewesen sei. Der Schadenersatzanspruch setze voraus, dass der Beschwerdeführer ohne den Vertragsabschluss eine reelle Chance auf den Zuschlag gehabt hätte; denn andernfalls könne die Rechtswidrigkeit des Entscheids nicht kausal für den Schaden gewesen sein. Da für den Primär- und den Sekundärrechtsschutz grundsätzlich die gleichen Legitimationsvoraussetzungen gälten, müsse die Voraussetzung der realen Chance auch für den Primärrechtsschutz gelten (BGE 141 II 14 E. 4.5 f.). Es fehlt demjenigen nicht berücksichtigten Anbieter an einem schutzwürdigen Beschwerdeinteresse, der auch bei Obsiegen seiner Anträge selber den Zuschlag nicht erhalten könnte. Das blosses Anliegen, den (behaupteterweise) rechtswidrigen Zuschlag aufzuheben, kann keine Legitimation begründen für denjenigen, der zwar als Anbieter am Verfahren teilgenommen hat, aber aufgrund seiner Rechtsmittelanträge und Sachvorbringen auch bei Durchdringen seiner Auffassung keinen praktischen Vorteil erzielen könnte (BGE 141 II 14 E. 4.8). Nach der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen muss derjenige, der den Zuschlag an sich beantragt, dem angerufenen Gericht als Legitimationsvoraussetzung glaubhaft machen, dass er selber die Eignungskriterien erfüllen würde (BGE 141 II 14 E. 5.1 mit Hinweisen).

### **E. 3.3**

Vorliegend stellt sich die Frage, worin das Rechtsschutzinteresse bzw. der praktische Vorteil der Beschwerdeführerin liegen könnte, wenn die Beschwerdegegnerin angehalten würde, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. So geht aus der Aktenlage hervor, dass die Beschwerdegegnerin den Bau des Fussballstadions seit rund 20 Jahren plant, eine Errichtung im Rahmen einer PPP beschlossen wurde und bereits diverse Verträge abgeschlos-

VG.2021.93/E/ 11 sen bzw. erteilt worden sein dürften. Hierbei bildet nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, ob das Stadionprojekt im Rahmen einer PPP errichtet werden darf bzw. ob die Einwohner- und Ortsbürgergemeinde D mit der Beschwerdegegnerin den richtigen Vertragspartner ausgewählt haben oder ob diese Auswahl oder die Planung und Erstellung des Stadions überhaupt hätte ausgeschrieben werden müssen. Dagegen hätte sich die Beschwerdeführerin rechtzeitig im Kanton E zur Wehr setzen müssen. Bei der gegebenen Faktenlage ist die Beschwerdegegnerin ohne weiteres in der Lage, die anstehenden Arbeiten selbst durchzuführen oder Dritte damit zu beauftragen. Zur Diskussion könnte somit höchstens ein allfälliger Schadenersatzanspruch der Beschwerdeführerin stehen. Äusserst fraglich erscheint zudem, ob die Beschwerdeführerin überhaupt die Eignungskriterien erfüllt und in der Lage (gewesen) wäre, den Zuschlag zu erhalten. Mit Blick auf die im Beschwerdeverfahren eingereichten Akten ist diesbezüglich festzuhalten,

dass die Beschwerdeführerin nicht glaubhaft gemacht bzw. nicht einmal nachvollziehbar dargelegt hat, dass sie in der Lage wäre, ein Fussballstadion mit einem Auftragsvolumen von Fr. 60'000'000.-- zu planen und auszuführen. Insbesondere wurden keine entsprechenden Referenzen angegeben. Insbesondere ergibt sich aus der E-Mail-Korrespondenz mit der G in H (Beschwerdebeilage 5) kein Hinweis auf eine bestehende bzw. gar gefestigte Geschäftsbeziehung. Hat die Beschwerdeführerin keine realistische Chance auf den Zuschlag und ist letztlich auch nicht mehr betroffen als jedermann bzw. andere Architektur- und Planungsbüros, ist ihre Legitimation zu verneinen.

#### **E. 3.4**

Selbst wenn die Legitimation der Beschwerdeführerin gegeben wäre, ergibt - wie im Folgenden gezeigt wird - die materielle Prüfung, dass in der vorliegend zu beurteilenden Angelegenheit gar kein Submissionsrecht zur Anwendung gelangt, womit die Beschwerdegegnerin auch keine Verfügung hätte erlassen können, weshalb die Rechtsverweigerungsbeschwerde auch materiell abzuweisen ist.

VG.2021.93/E/ 12

#### **E. 4.1**

In materieller Hinsicht ist vorab zu prüfen, ob vorliegend das Submissionsrecht zur Anwendung gelangt; nur in diesem Fall wäre die Beschwerdeführerin befugt gewesen, die von der Beschwerdegegnerin angebehrte Verfügung zu erlassen. Dies wäre dann zu bejahen, wenn eine Konstellation gemäss Art. 8 Abs. 2 lit. b IVöB vorliegt. Gemäss dieser Bestimmung unterstehen dem IVöB im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden. Massgebend ist somit, ob vorliegend mehrheitlich öffentliche Mittel zur Auftrags Erfüllung eingesetzt werden. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zeichnen sich Subventionen und andere öffentlich-rechtliche Beiträge dadurch aus, dass es sich um Zuwendungen handelt, welche beim Empfänger eine Einnahme bilden und über die er damit verfügen kann, ohne dass er dem Zuwendenden dafür Beteiligungsrechte einräumen muss (Urteil des Bundesgerichts 2C\_356/2020 vom 21. Oktober 2020 E. 6.1).

#### **E. 4.2**

Vorliegend soll ein Stadionprojekt in D im Rahmen einer PPP errichtet werden. Die Beschwerdegegnerin ist seit langem Grundeigentümerin von verschiedenen Grundstücken in der Nähe des Bahnhofs D. Unter anderem soll ein Stadion errichtet werden. Die Projektkosten belaufen sich auf mutmasslich Fr. 60'000'000.--. Das Stadion soll für Fr. 25'000'000.-- veräussert werden. Vorgesehen ist im Differenzbetrag zwischen Kaufpreis und Erstellungskosten eine Querfinanzierung aus dem Erlös der Mantelnutzung auf den Grundstücken der Beschwerdegegnerin, welche im Rahmen einer Änderung der Nutzungs- und Zonenordnung aufgezont werden sollen.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass das Projekt des Fussballstadions mehrheitlich durch öffentliche Gelder finanziert wird. Insbesondere geltend gemacht wird, dass aufgrund der Aufzoning der Grundstücke der Beschwerdegegnerin ein planerischer Mehrwert in der Höhe von rund Fr. 29'000'000.-- entstehe, welcher zur Querfinanzierung bzw. Finanzierung

VG.2021.93/E/ 13 des Stadions verwendet werde. Demgegenüber geht die Beschwerdeführerin davon aus, dass es sich bei der Querfinanzierung nicht um öffentliches Geld bzw. Subventionen handle. Zudem müssten die Gesamtprojektkosten von rund Fr. 400'000'000.-- berücksichtigt werden.

#### **E. 4.4.1**

Mit der Beschwerdeführerin ist davon auszugehen, dass letztlich eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung erforderlich und die Umgehung des Submissionsrecht zu vermeiden ist. Eine Gesamtbetrachtung führt allerdings dazu, dass das gesamte Projekt mit Stadion und Mantelnutzung betrachtet werden muss. Dieses wird auf Grundstücken errichtet, welche heute bzw. seit längerem der Beschwerdeführerin gehören. Die gesamten Projektkosten belaufen sich auf rund Fr. 400'000'000.--. Davon sollen Fr. 60'000'000.-- auf das Stadion entfallen. Für dieses Stadion bezahlt die Stadion D einen fixen Preis von Fr. 25'000'000.--. Der Differenzbetrag zu den mutmasslichen Erstellungskosten wird querfinanziert durch Gewinne aus der Mantelnutzung. Geht man davon aus, dass im Rahmen einer Gesamtbetrachtung die Gesamtkosten von Fr. 400'000'000.-- massgebend sind, so wäre selbst dann nicht von einem überwiegenden öffentlichen Mitteleinsatz auszugehen, wenn die gesamten Fr. 60'000'000.-- bzw. Fr. 58'000'000.-- für den Stadionneubau aus öffentlichen Mitteln finanziert würden.

#### **E. 4.4.2**

Betrachtet man dagegen nur das Projekt des Stadionneubaus, so gilt es zunächst festzuhalten, dass dieses nicht im Auftrag der öffentlichen Hand erstellt wird. Als Gegenleistung für günstige Erwerbskosten wird eine Aufzoning gewährt. Dabei handelt es sich nicht um eine eigentliche Subvention, sondern um einen Planungsvorteil. Der Umfang des Werts der Planungsvorteile ist nicht bekannt. Die Beschwerdeführerin trägt das alleinige Risiko dafür bzw. auch für die Differenz zwischen mutmasslichen Erstellungskosten und Verkaufspreis des Stadions. Es findet auch keine Vermögenstransaktion bzw. Verschiebung statt. Vielmehr kauft die Stadion D das fertige Stadion zu einem reduzierten Preis. Es findet ein Leistungsaustausch statt bzw. eine

VG.2021.93/E/ 14 marktwirtschaftliche Gegenleistung steht diesem gegenüber. Daran ändert nichts, dass die Aufzoning für die Beschwerdeführerin Voraussetzung für die Realisierung des Projekts darstellt. Dies ist auch durchaus nachvollziehbar, wenn ein Stadion im Wert von Fr. 60'000'000.-- für lediglich Fr. 25'000'000.-- verkauft werden soll. Die vorliegende Konstellation ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch nicht mit der Situation vergleichbar, in der ein Auftraggeber ein Grundstück im Baurecht überlässt.

#### **E. 4.4.3**

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 2 lit. b IVÖB nicht erfüllt sind, mithin das Fussballstadion in D nicht überwiegend durch öffentliche Mittel finanziert werden soll. Damit untersteht die Planung und Erstellung des Fussballstadions nicht dem Submissionsrecht. Die Beschwerdeführerin war somit weder gehalten noch befugt, die von der Beschwerdeführerin angebehrte Verfügung zu erlassen. Eine Rechtsverweigerung liegt somit nicht vor. Folglich ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

#### **E. 5**

Die Beschwerde ans Bundesgericht ist laut Art. 83 lit. f des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) unzulässig gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen, wenn (Ziff. 1) sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt; vorbehalten bleiben Beschwerden gegen Beschaffungen des Bundesverwaltungsgerichts, des Bundesstrafgerichts, des Bundespatentgerichts, der Bundesanwaltschaft sowie der oberen kantonalen Gerichtsinstanzen, oder (Ziff. 2) der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert nach Art. 52 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) nicht erreicht. Da über die fraglichen Voraussetzungen das Bundesgericht im Rahmen des Eintretens auf eine allfällige Beschwerde zu entscheiden hat, wird vorliegend als Rechtsmittel die Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht aufgeführt.

VG.2021.93/E/ 15

### **E. 6.1**

Die Verfahrensgebühr wird in Anwendung von § 14 Abs. 1 Ziff. 1 der Verordnung des Grossen Rats über die Gebühren der Strafverfolgungs- und Gerichtsbehörden (VGG, RB 638.1) auf Fr. 4'000.-- festgesetzt und der unterliegenden Beschwerdeführerin unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.-- auferlegt (§ 77 VRG).

### **E. 6.2**

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht besteht in der Regel Anspruch auf Ersatz der ausseramtlichen Kosten (§ 80 Abs. 1 VRG). Wird Ersatz ausseramtlicher Kosten zugesprochen, sind die unterliegende Partei oder das unterliegende Gemeinwesen zur Bezahlung der Entschädigung verpflichtet (§ 80 Abs. 3 Satz 1 VRG). Die Parteientschädigung bemisst sich nach Bedeutung und Schwierigkeit der Sache, dem für eine sachgerechte Vertretung notwendigen Zeitaufwand und den Barauslagen. Sie beträgt in der Regel zwischen Fr. 400.-- und Fr. 10'000.--, zuzüglich der ausgewiesenen Barauslagen und der Mehrwertsteuer (§ 3 Abs. 1 der Verordnung des Verwaltungsgerichtes über den Anwaltstarif für Streitigkeiten vor dem Verwaltungsgericht, dem Versicherungsgericht, der Enteignungskommission und den Rekurskommissionen [ATVG, RB 176.61]). Vorliegend ist die Parteientschädigung auf Fr. 3'500.-- festzusetzen. Hierbei ist keine Mehrwertsteuer zuzusprechen, da die Beschwerdegegnerin diese als Vorsteuer in Abzug bringen kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_465/2016 vom 15. November 2016).

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

versandt:

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