

# **TG\_OBERGERICHT TVR 2015 Nr. 5 vom 30. September 2015**

Tg Obergericht, 2015-09-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg\\_obergericht\\_TVR\\_2015\\_Nr.\\_5](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_obergericht_TVR_2015_Nr._5)

FR: TG\_OBERGERICHT TVR 2015 Nr. 5 du 30 septembre 2015

IT: TG\_OBERGERICHT TVR 2015 Nr. 5 del 30 settembre 2015

## **Regeste**

Kaminfegerkonzession

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Nichtverlängerung einer jahrelang innegehabten Konzession ist im Klageverfahren zu beurteilen (E. 1.1).

#### **E. 1.1**

Gemäss § 64 Ziff. 2 VRG beurteilt das Verwaltungsgericht als einzige Instanz (im Klageverfahren) Streitigkeiten zwischen Verleihungsbehörde und Konzessionär, zwischen Konzessionären untereinander sowie zwischen Konzessionären und anderen Nutzungsberechtigten. Zwar fällt die Verweigerung von Konzessionen grundsätzlich nicht unter § 64 Ziff. 2 VRG; solche Entscheide sind auf dem Rekurs- und Beschwerdeweg weiterziehbar. Nachdem diese Bestimmung von Streitigkeiten zwischen Verleihungsbehörde und Konzessionär spricht, kann es dabei nur um solche Fälle gehen, bei denen die Konzession bereits erteilt ist (Fedi/Meyer/Müller, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Thurgau, Basel 2014, § 64 N. 6). Der Kläger leitet seinen geltend gemachten Anspruch auf Verlängerung der Konzession letztlich aus dem seit 1988 tatsächlich gelebten Konzessionsverhältnis ab und beruft sich auf den Vertrauensschutz. Damit überwiegen vorliegend bei der zentralen Frage der vom Kläger geltend gemachten Anspruchsgrundlage die Aspekte des - seit Jahren bestehenden - Konzessionsverhältnisses zwischen der Beklagten als Verleihungsbehörde einerseits und dem Kläger als Konzessionär andererseits. Es geht mithin nicht um die Neuerteilung einer Konzession an einen sich neu darum bewerbenden potentiellen Konzessionär. Somit gelangt das Klageverfahren nach § 64 ff. VRG zur Anwendung.

#### **E. 1.2**

(...) 2.-3. (...)

### **E. 2**

Die Kaminfegerkonzession ist auf höchstens vier Jahre befristet und wird dann neu ausgeschrieben (E. 4). Hierbei besteht kein Vorrecht des aktuellen Konzessionsinhabers gegenüber Mitbewerbern bzw. kein Anspruch auf eine Verlängerung bzw. Erneuerung der Konzession (E. 5.1.2).

### **E. 3**

Ein Anspruch auf Verlängerung bzw. Erneuerung der Konzession besteht mangels Vertrauensgrundlage auch nicht gestützt auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes (E. 5.2).

E ist Kaminfegermeister und war seit 1988 unter anderem für den Kaminfegerdienst in der Politischen Gemeinde A zuständig. An der Gemeinderatssitzung vom Oktober 2014 beschloss die Politische Gemeinde A, die Vergabe der Kaminfegerkonzession für die Periode vom 1. Juni 2015 bis 31. Mai 2019 öffentlich auszuschreiben. Im Februar 2015 wurde die Ausschreibung der Kaminfegerkonzession im Amtsblatt publiziert. E bewarb sich mit Eingabe vom 25. Februar 2015 um die Konzession. Zudem gingen drei weitere Bewerbungen ein, nämlich von P, Q und R. Am 3. März 2015 führte die Politische Gemeinde O ein Gespräch mit P und erteilte diesem in der Folge die Kaminfegerkonzession für die Periode vom 1. Juni 2015 bis 31. Mai 2019. Die von E hiergegen erhobene Klage weist das Verwaltungsgericht ab. Aus den Erwägungen: 1.

#### **E. 4.1**

Gemäss § 18 FSG bestimmt die Gemeindebehörde, wer den Kaminfegerdienst besorgt. Die Aufgabe kann mehreren Personen übertragen werden (Abs. 1). Die Behörde erteilt diesen Personen eine Konzession für jeweils längstens vier Jahre, in der Regel jedoch höchstens bis zum AHV-Alter (Abs. 2). Für eine Konzession müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein: 1. bestandene höhere Fachprüfung gemäss BBG (Kaminfegermeister); 2. erforderliche Kenntnisse der Brandschutzvorschriften; 3. ausreichende Verfügbarkeit (Abs. 3).

#### **E. 4.2**

Mit einer Konzession verleiht das Gemeinwesen das Recht zur Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit oder zur Sondernutzung einer Sache im Gemeingebrauch. Konzediert werden mithin rechtliche oder faktische Monopole. Die Rechtsübertragung erfolgt regelmässig auf Initiative des Konzedenten, liegt aber im öffentlichen Interesse (Trüeb in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, N. 25.57). Beim Kaminfegerdienst im Kanton Thurgau handelt es sich um ein rechtliches Monopol (vgl. Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band II, Bern 2014, N. 1186 ff., insbesondere N. 1204 betreffend den Kanton Luzern, dessen Regelung mit dem Kanton Thurgau vergleichbar ist). Bei der Übertragung kantonaler und kommunaler Monopole ist Art. 2 Abs. 7 BGBM zu beachten (Trüeb, a.a.O., N. 25.60).

#### **E. 4.3**

Laut Art. 2 Abs. 7 BGBM hat die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren. Diese Ausschreibungspflicht entspricht hierbei der Zielsetzung des BGBM (vgl. hierzu Art. 1 Abs. 2 BGBM), indem sie den Wettbewerb stärkt und die Entstehung eines eigentlichen Binnenmarkts für derartige konzessionierte Tätigkeiten ermöglicht (BBl 2005 483). Laut der Empfehlungen 655-0001 der Wettbewerbskommission (WEKO) vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesrats und des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen betreffend Auswirkung der Revision und Harmonisierung des Beschaffungsrechts auf das Binnenmarktgesetz, S. 10 f., enthält die Bestimmung in Art. 2 Abs. 7 BGBM bewusst keine Regeln, wie eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt werden muss. Sie garantiert einzig, dass gewisse Mindeststandards eingehalten werden. Diese lassen sich wie folgt zusammenfassen: Die anstehende Vergabe muss vorgängig öffentlich publiziert werden. Zusammen mit der Publikation muss bekanntgegeben werden, wer an der Ausschreibung

teilnehmen kann (Eignungskriterien) und nach welchen Kriterien die „Marktzugangspässe“ vergeben werden (Zuschlagskriterien). In aller Regel erfolgt dies über vorgängig definierte und publizierte Kriterien. Es wäre in Ausnahmefällen indessen auch denkbar, dass die Vergabe nach einem Rotationssystem oder nach Losentscheid erfolgt. Steht die staatliche Gewinnmaximierung im Vordergrund, erfolgt der Zuschlag an den/die Meistbietenden. Die Ausschreibung muss nicht-diskriminierend durchgeführt werden, das heisst, es dürfen nicht ohne sachliche Begründung gezielt bestimmte Anbieter bevorzugt werden. Schliesslich muss gestützt auf Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM (Verfügungspflicht) der Rechtsschutz gewährt werden. Die Pflicht zur Ausschreibung gilt nicht absolut. Der Staat kann auf eine öffentliche Ausschreibung verzichten, wenn dies zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich ist, ortsansässige Anbieter nicht bevorzugt werden und die gewählte Vergabemethode verhältnismässig ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Denkbar wäre zum Beispiel, dass bei Bagatellmärkten, bei Dringlichkeit, im Falle abgesprochener Angebote usw. auf eine Ausschreibung verzichtet werden kann. Im Wesentlichen konkretisieren Art. 2 Abs. 7 i. V. mit Art. 9 Abs. 1 BGBM auf Gesetzesstufe den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten (Art. 27 i. V. mit Art. 94 BV) sowie die Verfahrens- und Rechtsweggarantien (Art. 29 und 29a BV). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass bei einem knappen Angebot nicht stets die gleichen Bewerber berücksichtigt werden (Urteil des Bundesgerichts 2C\_660/2011 vom 9. Februar 2012 E. 2.1).

#### **E. 4.4**

In AJP 5/2007 S. 587 f. (Rey/Wittwer, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, in: AJP 5/2007 S. 585 ff.) wurde die Frage aufgeworfen, ob Art. 2 Abs. 7 BGBM nur bei der erstmaligen Übertragung eines kantonalen oder kommunalen Monopols zur Anwendung gelangt oder auch auf Fälle, in denen eine bestehende Konzession verlängert wird. Die Autoren gehen davon aus (S. 588), dass mit der Ausschreibung ein Wettbewerb ermöglicht werden soll und Monopolmärkte geöffnet werden können. Eine faktische oder gewohnheitsmässige Erneuerung der Monopolkonzession habe gerade verhindert werden sollen und stünde der Zielsetzung von Art. 2 Abs. 7 BGBM diametral entgegen. Die Autoren gehen deshalb davon aus, dass die Konzession bei jeder Erneuerung auszuschreiben ist. Diese Überlegungen erscheinen grundsätzlich plausibel, wobei die Frage im vorliegenden Verfahren nicht abschliessend beantwortet werden muss. Denn auf jeden Fall war die Beklagte befugt, die neuerliche Vergabe der Konzession auszuschreiben. Ob sie hierbei die Konzession zu Unrecht nicht (mehr) an den Kläger erteilt hat, ist nachfolgend zu prüfen.

##### **E. 5.1.1**

Der Kläger beruft sich für seinen Standpunkt unter anderem auf TVR 1993 Nr. 24.

##### **E. 5.1.2**

Der Kläger verkennt bei seiner Argumentation, dass die Rechtsprechung gemäss TVR 1993 Nr. 24 aufgrund der seither erfolgten Gesetzgebung längst überholt und damit nicht mehr anwendbar ist. Wie oben (E. 4) dargelegt, finden sich die rechtlichen Grundlagen für die vorliegend zu beurteilende Konzession im FSG und im BGBM. Ersteres ist seit 1. Januar 1995, letzteres seit 1. Juli 1996 in Kraft, wobei Art. 2 Abs. 7 BGBM am 16. Dezember 2005 eingefügt wurde und seit 1. Juli 2006 in Kraft ist. Die Zielsetzung insbesondere des BGBM geht dabei klar in Richtung mehr Wettbewerb und damit einhergehend auch in Richtung

Gleichbehandlung der verschiedenen Wettbewerber. Im Einklang mit dieser Zielsetzung statuiert § 18 Abs. 2 FSG, dass die Kaminfegerkonzession auf höchstens vier Jahre befristet ist und dann neu vergeben wird. Vor diesem Hintergrund wird klar, dass nicht von vornherein ein Vorrecht des aktuellen Konzessionsinhabers bestehen kann, dass seine Bewerbung um die zu erneuernde Konzession im Vergleich zu seinen Mitbewerbern bevorzugt wird und er somit grundsätzlich einen Anspruch auf eine Verlängerung bzw. Erneuerung seiner Konzession hat. Ein derartiges Vorgehen würde den vom Gesetzgeber angestrebten Wettbewerb ja gerade verhindern. Der (ehemalige) Inhaber einer Konzession ist bei deren Neuvergabe rechtlich somit gleichgestellt wie seine Mitbewerber. Deshalb ist anlässlich jeder Ausschreibung in pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen, welcher der Wettbewerber den gestellten Anforderungen am besten entspricht. Sofern sich dies nicht beurteilen lässt, kommt unter Umständen auch ein Losentscheid in Frage (vgl. oben E. 4.3). Vor diesem Hintergrund musste die Beklagte keine Gründe anführen, die einen Widerruf der Konzession des Klägers gerechtfertigt hätten bzw. rechtfertigen würden. Aus diesem Grund muss auch nicht auf die in den Rechtsschriften ausführlich diskutierten Beanstandungen und Reklamationen von Kunden des Klägers eingegangen werden. Ob diese zutreffen oder nicht, ist für den Ausgang dieses Verfahrens ohne Bedeutung.

#### **E. 5.2.1**

Der Kläger beruft sich sodann auf den Vertrauensschutz.

#### **E. 5.2.2**

Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Vorausgesetzt ist weiter, dass die Person, die sich auf Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann; schliesslich scheitert die Berufung auf Treu und Glauben dann, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen gegenüberstehen (BGE 129 I 161 E. 4.1 mit Hinweisen).

#### **E. 5.2.3**

Die Berufung des Klägers auf den Vertrauensschutz scheitert bereits an der fehlenden Vertrauensgrundlage. Auch wenn der Kläger seit 1988 für den Kaminfegerdienst der Beklagten zuständig war, durfte er aufgrund der gesetzlichen Bestimmung von § 18 Abs. 2 FSG lediglich darauf vertrauen, diese Konzession während vier Jahren innezuhaben. Unter diesen Umständen durfte der Kläger nicht davon ausgehen, dass seine Konzession in den kommenden Perioden stets ohne weiteres verlängert bzw. erneuert würde. Ihm musste bewusst sein, dass die Beklagte nach Ablauf jeder Periode die Möglichkeit - und seit Inkrafttreten von Art. 2 Abs. 7 BGBM wohl auch die Pflicht - hatte, die Kaminfegerkonzession auszuschreiben. Es fehlt damit an einer Vertrauensgrundlage. Im Übrigen kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger einzig gestützt auf das Vertrauen in die Verlängerung bzw. Erneuerung seiner Konzession durch die Klägerin Dispositionen getroffen hätte, die er nicht mehr rückgängig machen kann. Zum einen hat der Kläger die Kaminfegerkonzession in anderen Gemeinden inne, wofür er auf die vorhandenen Utensilien, Fahrzeuge usw. zurückgreifen kann; ausserdem kann er sich um neue Konzessionen bemühen. Zum anderen hat er mittlerweile einer Mitarbeiterin (wenn auch aus Gründen, die mit der Nichtverlängerung bzw. -erneuerung der Konzession nichts

zu tun haben) gekündigt. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger (...) am 9. Februar 2015 seine Berufskollegen dazu aufgefordert hat, sich nicht für die ausgeschriebenen Konzessionen in „fremden“ Gemeinden im Kanton Thurgau zu bewerben. Dieses Verhalten widerspricht in krasser Weise dem Sinn der gesetzlichen Regelung der Kaminfegerkonzession. Dadurch hat der Kläger das Verhältnis zwischen ihm und der Beklagten einerseits aber auch zu seinen Berufsgenossen andererseits erheblich gestört. Selbst wenn sich der Kläger also grundsätzlich auf den Vertrauensschutz hätte berufen können - was aus den dargelegten Gründen nicht der Fall ist -, stünden dem aufgrund seines nach der Ausschreibung der Konzession an den Tag gelegten Verhaltens wichtige öffentliche Interessen entgegen. Entscheid des Verwaltungsgerichts VG.2015.78/E vom 30. September 2015 × JavaScript errors detected Please note, these errors can depend on your browser setup. If this problem persists, please contact our support. Contact Support Close

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