

# ZG\_VERWALTUNGSGERICHT V 2021 56 vom 7. Oktober 2022

ZG Verwaltungsgericht, 2022-10-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg\\_verwaltungsgericht\\_V\\_2021\\_56](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_verwaltungsgericht_V_2021_56)

FR: ZG\_VERWALTUNGSGERICHT V 2021 56 du 7 octobre 2022

IT: ZG\_VERWALTUNGSGERICHT V 2021 56 del 7 ottobre 2022

## Regeste

Verwaltungsrechtl. Kammer — Erlass / Reduktion der Konzessionsgebühren ("Amtsblatt des Kantons Zug")

## Erwägungen

### E. 2

Urteil V 2021 56 A. Mit Konzessionsvertrag vom 3. September 2002, der im Anschluss an ein Submissionsverfahren abgeschlossen wurde, berechnete der Kanton Zug, vertreten durch den Regierungsrat des Kantons Zug, die damalige Bietergemeinschaft A. \_\_\_\_\_ AG und D. \_\_\_\_\_ AG (heute: A. \_\_\_\_\_ AG) zur Gesamtherstellung und zum Vertrieb des Amtsblatts des Kantons Zug ("Amtsblatt"). Im Gegenzug verpflichtete sich die Konzessionsnehmerin, alle amtlichen Bekanntmachungen kostenlos zu publizieren sowie dem Kanton Zug 20 % des Umsatzes aus Inseraten des nichtamtlichen Teils zu bezahlen. Zudem wurde festgelegt, dass die Konzessionsnehmerin zusätzlich das gesamte "Amtsblatt des Kantons Zug" via elektronische Kommunikationsmittel, vor allem im Internet, zu publizieren habe. Die Vertragsparteien gingen per 1. Januar 2002 von rund 32'000 gedruckten Exemplaren aus. Mit Beschluss vom 17. Dezember 2019 kündigte der Regierungsrat des Kantons Zug den Konzessionsvertrag auf den 31. Dezember 2022. Im Jahr 2020 betrugen die Konzessionsabgaben Fr. 222'268.80. Mit Schreiben vom 23. März 2021 beantragte die A. \_\_\_\_\_ AG beim Regierungsrat unter Beilage des Entwurfs des Jahresabschlussauszugs 2020 einen Erlass der Konzessionsabgabe betreffend "Amtsblatt des Kantons Zug" ab sofort bis Ende 2022. Sie begründete ihr Gesuch einerseits mit der anhaltenden, äusserst angespannten Situation wegen des Inserenten-Schwunds. Andererseits würden besonders die Unternehmen der Event- und Gastro-Branche aufgrund der COVID-Pandemie sehr wenige bis gar keine Inserate – die einzige Einnahmequelle des Amtsblatts – mehr im nichtamtlichen Teil schalten. Aufgrund dieser Umstände habe die A. \_\_\_\_\_ AG im Jahr 2020 nur einen marginalen Jahresgewinn von Fr. 15'000.– erwirtschaften können. Voraussichtlich werde im Jahr 2021 ein negativer Jahresgewinn verbucht werden müssen. Der Erlass der Konzessionsabgaben sei notwendig, um die Existenz des "Amtsblatt des Kantons Zug" und dessen Verteilung trotz der sinkenden Einnahmen bis Ende 2022 zu sichern. Bei einer Abweisung des Erlassgesuchs drohe der Konkurs der A. \_\_\_\_\_ AG. Mit Eingabe vom 11. Mai 2021 ergänzte die A. \_\_\_\_\_ AG, nun vertreten durch RA B. \_\_\_\_\_, ihr Gesuch vom 23. März 2021 mit dem Eventualantrag, es sei die Zustimmung zu einer Reduktion der Konzessionsgebühr gemäss Art. 2.03 Konzessionsvertrag vom 3. September 2002 auf 4 % des Inserate-Umsatzes für den Zeitraum vom 24. März 2021 bis und mit 31. Dezember 2022 zu erteilen.

### **E. 3**

Urteil V 2021 56 Mit Beschluss vom 29. Juni 2021 wies der Regierungsrat das Gesuch ab (Dispositiv- Ziff. 1). Gleichzeitig beauftragte er die Staatskanzlei, bei der A. \_\_\_\_\_ AG allfällig ausstehende Konzessionsabgaben einzufordern (Dispositiv-Ziff. 2). Seinen Entscheid begründete der Regierungsrat damit, es gebe keine rechtliche (gesetzliche oder vertragliche) Handhabe für den Konzessionsgeber, der Konzessionsnehmerin das unternehmerische Risiko bei einem allgemeinen und/oder krisenbedingten Umsatzrückgang abzunehmen. Abgesehen davon habe die Konzessionsnehmerin erst einen kleinen Teil des zweckgebundenen COVID-19-Kredits in der Höhe von Fr. 230'000.– zur Bewahrung der Liquidität und Deckung der laufenden Betriebskosten verwendet. Aus dem Auszug des Jahresabschlusses 2020 gehe zudem hervor, dass die A. \_\_\_\_\_ AG einen Jahresgewinn von Fr. 15'222.11 erwirtschaftet habe. Bei der clausula rebus sic stantibus, welche die Konzessionsnehmerin auf das vorliegende Rechtsverhältnis zumindest sinngemäss angewendet haben möchte, handle es sich um eine Irrtumsregel. Die Berufung darauf setze voraus, dass sich die Partei in einem Irrtum über die Entwicklung der Wirklichkeit befunden haben müsse. Das Amtsblatt gliedere sich gemäss Ziff. 1.01 des Konzessionsvertrags in einen amtlichen und einen nichtamtlichen Teil (Marktblatt). Die Rollenverteilung bei der Gesamtherstellung und beim Vertrieb bringe es mit sich, dass die Konzessionsnehmerin Ertrags- und Aufwandspositionen habe, dies ebenso wie der Konzessionsgeber. Insbesondere die auf eine längerfristige Zusammenarbeit ausgerichtete Vertragsbeziehung impliziere, dass sich die Verhältnisse ändern könnten. Eine Krise in der Eventszene, ein verändertes Konsumverhalten und die Digitalisierung der Inseratebranche seien nicht geeignet, die vertraglichen Beziehungen zwischen dem Konzessionsgeber und der Konzessionsnehmerin dahingehend in Frage zu stellen, dass die seit jeher zu entrichtenden Konzessionsabgaben um 80 % zu kürzen oder gar gänzlich zu streichen wären. Da die Kalkulationsgrundlagen jederzeit variiert hätten und variieren würden, habe sich die Konzessionsabgabe geändert bzw. ändere sie sich entsprechend. Gemäss der Prozentklausel, welche in Art. 2.03 des Konzessionsvertrags die Konzessionsabgabe regle, dürfe seit jeher "nur" ein Teil, nämlich 20 % des Umsatzes der Inserate aus dem nichtamtlichen Teil des Amtsblatts eingefordert werden. Sei der massgebliche Umsatz gestiegen, sei auch die Konzessionsabgabe gestiegen. Sei der massgebliche Umsatz gesunken, sei automatisch die Konzessionsabgabe gesunken. Mit der Prozentregelung hätten die Vertragsparteien Veränderungen (Ansteigen und Rückgang des massgeblichen Umsatzes) vorausgesehen und diese in Kauf genommen. Aufgrund dieser Vorhersehbarkeit der Veränderungen der für die Berechnung der Konzessionsabgabe relevanten Umstände sei eine Berufung auf die clausula rebus sic

#### **E. 3.1**

Konzessionen weisen sowohl vertragliche als auch hoheitliche Elemente auf. In Bezug auf die vertraglichen Elemente, so namentlich diejenigen Fragen, die von Gesetzes wegen unterschiedlich geregelt werden können, ist die Konzession wie ein öffentlich- rechtlicher Vertrag auszulegen (BGer 2C\_825/2013 vom 24. März 2014 E. 2.1 mit Hinweisen). Die vorliegend strittige Konzessionsgebühr gehört nicht zu den gesetzlich zwingenden Konzessionsbestandteilen und hat daher vertraglichen Charakter. Darin sind sich die Parteien einig.

#### **E. 3.2**

Verwaltungsrechtliche Verträge können dadurch mangelhaft werden, dass sich nach ihrem Abschluss die tatsächlichen Verhältnisse oder die Rechtsgrundlagen des Vertrages ändern. Es fragt sich deshalb, ob eine Anpassung eines solchen Vertrages an die geänderten Umstände bzw. Vorschriften zulässig ist. Allgemein lässt sich dazu sagen, dass ein ursprünglich fehlerfreier Vertrag nur ausnahmsweise, unter ganz besonderen Voraussetzungen gegen den Willen einer Vertragspartei geändert werden kann, ist es doch gerade Zweck einer vertraglichen Vereinbarung, sich gegenseitig auf Dauer zu binden und den einseitigen Verzicht auf die Erfüllung der vertraglichen Pflichten auszuschliessen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 1360). Die Aufhebung oder Anpassung vertraglicher Rechte und Pflichten ist möglich, wenn sich die Verhältnisse, die für die Festsetzung des Vertragsinhalts massgebend sind, seit Abschluss des Vertrages so stark geändert haben, dass einer Vertragspartei das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden darf, d.h. wenn das Beharren auf der vereinbarten Forderung geradezu eine Ausbeutung des Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung und damit einen Rechtsmissbrauch darstellen würde. Beim verwaltungsrechtlichen Vertrag wird diese *clausula rebus sic stantibus* im Allgemeinen weniger restriktiv angewendet als beim privatrechtlichen, weil der Staat auch andere Prinzipien als Treu und Glauben zu beachten hat (z.B. Gesetzmässigkeit und Rechtsgleichheit; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1362 mit Hinweisen). Das Kriterium der Unvorhersehbarkeit einer Veränderung ist als zentrales Teilelement des Grundsatzes von Treu und Glauben in die

10 Urteil V 2021 56 Gesamtüberlegungen einzubeziehen (vgl. Stefan Vogel, Die "*clausula rebus sic stantibus*" als Mittel zur Anpassung und Aufhebung von verwaltungsrechtlichen Verträgen, ZBl 109 [2008] 308). Insbesondere dem Kriterium der Unvorhersehbarkeit einer Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse räumen denn auch die Parteien in ihren Rechtsschriften viel Platz ein.

### **E. 3.3**

Der Regierungsrat und die Beschwerdeführerin sind sich darüber einig, dass für die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* bzw. die Anpassung des Konzessionsvertrags folgende drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen: - gravierende Veränderung der Verhältnisse seit Abschluss des Vertrags; - Unvorhersehbarkeit der Verhältnisänderung; - gravierende Äquivalenzstörung (schwerwiegendes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung). Diese Kriterien sind daher nachfolgend zu prüfen. 4. Veränderung der Verhältnisse seit Vertragsabschluss Der Regierungsrat stellt nicht in Frage, dass das Inserate-Volumen bei der Beschwerdeführerin seit dem Abschluss des Konzessionsvertrags im Jahr 2002 massiv geschwunden ist, was sich mit der COVID-19-Pandemie zusätzlich verschärft habe. Er anerkennt auch, dass die Anzahl der Abonnentinnen und Abonnenten des Amtsblatts zurückgegangen ist, wobei er betont, dass dieser Schwund über die Jahre stetig und nicht auf einen Schlag erfolgt sei. Tatsächlich blieb die Aussage der Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 11. Mai 2021 (Beil. 6 zum RRB vom 29. Juni 2021), wonach beim Inserate-Umsatz des nichtamtlichen Teils des Amtsblatts zwischen 2002 und 2020 eine Reduktion von ca. Fr. 6 Mio. auf ca. Fr. 1,1 Mio. zu verzeichnen gewesen sei, vom Regierungsrat unwidersprochen. Davon, dass seit dem Abschluss des Konzessionsvertrags eine gravierende Änderung der Verhältnisse eingetreten und somit die erste Voraussetzung für die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* erfüllt ist, ist denn auch ohne Weiteres auszugehen. 5. Vorhersehbarkeit

#### **E. 4**

Urteil V 2021 56 stantibus ausgeschlossen. Die "Abschöpfung" durch den Konzessionsgeber sei mit 20 % vergleichsweise moderat. Die Konzessionsnehmerin habe während der gesamten Vertragsdauer beachtliche Gewinne erzielt, immerhin auch noch im Jahre 2020. Es verstehe sich von selbst, dass die Vermarktung von Inseraten von ihrer Natur her Veränderungen unterworfen gewesen sei, unterworfen sei und unterworfen sein werde. Die Digitalisierung des Inserategeschäfts habe vor über 25 Jahren mit dem Einzug des Internets in das Privat- und Geschäftsleben begonnen, somit bereits vor Abschluss des Konzessionsvertrags vom 3. September 2002. Die Verlagerung von Print- zu elektronischen Medien sei deshalb bereits vor Vertragsabschluss eine vorhersehbare Entwicklung gewesen. Eine Aufhebung bzw. nur schon eine Reduktion der Konzessionsabgabe würde gegenüber den bei der Ausschreibung unterlegenen Bewerbern eine unzulässige submissionsrechtliche Bevorteilung der Konzessionsnehmerin darstellen. Auch aus der Behauptung der Konzessionsnehmerin, wonach sich das Verhältnis des Umfangs zwischen dem amtlichen und dem nichtamtlichen Teil des Amtsblatts seit dem Vertragsabschluss bis im Jahr 2020 von einem Viertel zu drei Vierteln verändert habe, lasse sich nichts abgewinnen. Der Konzessionsvertrag sehe ja gerade die Gesamtherstellung des Amtsblatts vor. Die Produktion des amtlichen Teils werde seit dem Jahr 2017 wesentlich vereinfacht, weil die Staatskanzlei auf eigene Initiative und Kosten ein Erfassungstool beschafft habe und betreibe. Sodann könne die Konzessionsnehmerin aus der umfangmässigen Zunahme des amtlichen Teils nichts zu ihren Gunsten ableiten, weil sie dadurch keine höheren Konzessionsabgaben leisten müsse. Mehr amtliche Publikationen hätten überdies kaum einen Einfluss auf die Gestehungskosten der Konzessionsnehmerin wie den Papierpreis. Es komme hinzu, dass die Konzessionsnehmerin durch geschickte Wechsel der Bezeichnungen des amtlichen Teils von "Nichtamtlicher Teil" zu "Marktblatt" sowie die seit Langem bestehende Bewirtschaftung eines farbigen Inlays höhere Erträge aus dem nichtamtlichen Teil habe sichern können und könne. Bisher habe die Konzessionsnehmerin die Auffassung vertreten, die Erträge aus diesem Part des nichtamtlichen Teils unterlägen nicht der Konzessionsabgabe. Dem sei aber nicht so. Die Staatskanzlei werde daher beauftragt, bei der Konzessionsnehmerin allfällig ausstehende Konzessionsabgaben aus der Bewirtschaftung von Inseraten einzufordern, welche die Konzessionsnehmerin selbst und/oder ihre Unterakkordantin, die E.\_\_\_\_\_ AG, im farbigen Marktblatt (Inlay) vermarkten würden. Die Konzessionsnehmerin müsse sich in diesem Punkt den "Durchgriff" auf ihre Unterakkordantin gefallen lassen.

#### **E. 5**

Urteil V 2021 56 B. Gegen den regierungsrätlichen Beschluss liess die A.\_\_\_\_\_ AG am 2. August 2021 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben und folgende Anträge stellen: 1. Vorentscheid Dispositiv-Ziff. 1 a. Dispositiv-Ziff. 1 des Entscheids des Beschwerdegegners vom 29. Juni 2021 im Verfahren SKA RR 10.2 / 59 in Sachen Beschwerdeführerin betreffend Gesuch um Erlass der Konzessionsgebühren (nachfolgend "Vorentscheid") sei aufzuheben und es sei die Konzessionsgebühr (nachfolgend "Konzessionsgebühr") gemäss Art. 2.03 Konzessionsvertrag vom 3. September 2002 (nachfolgend "Konzessionsvertrag") für den Zeitraum vom 24. März 2021 bis und mit 31. Dezember 2022 aufzuheben. b. Eventualiter sei Vorentscheid-Dispositiv-Ziff. 1 aufzuheben und die Konzessionsgebühr für den Zeitraum vom 24. März 2021 bis und mit 31. Dezember 2022 auf 4 % des Inserate-Umsatzes festzusetzen. c. Subeventualiter sei Vorentscheid-Dispositiv-Ziff. 1

aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an den Beschwerdegegner zurückzuweisen. 2. Vorentscheid-Dispositiv-Ziff. 2 sei aufzuheben. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten des Beschwerdegegners. Zur Begründung liess die Beschwerdeführerin im Wesentlichen ausführen, seit dem Abschluss des Konzessionsvertrags hätten sich die Verhältnisse massgeblich verändert. Infolge der Digitalisierung sei die Printwerbung erodiert und damit auch der Inserate- Umsatz des nichtamtlichen Teils des Amtsblatts. Konkret sei eine Reduktion von ca. Fr. 6 Mio. im Jahr 2002 auf ca. Fr. 1,1 Mio. im Jahr 2020 zu verzeichnen. Gleichzeitig seien die Produktionskosten nicht in gleicher Weise zurückgegangen, was zur Folge habe, dass sich die Beschwerdeführerin derzeit in prekären wirtschaftlichen Verhältnissen wiederfinde. Die Rechtsauffassung des Regierungsrats, dass es sich bei der *clausula rebus sic stantibus* (nachfolgend auch kurz: *clausula*) um eine Irrtumsregel handle, sei unrichtig. Bei der *clausula rebus sic stantibus* unterliege keine der Parteien einem Irrtum. Insbesondere bestehe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine fehlerhafte Vorstellung über den Sachverhalt. Auch ein Irrtum über die künftige Entwicklung des Sachverhalts sei ausgeschlossen, weil die *clausula* gerade voraussetze, dass eine solche nicht vorhersehbar sei. Bei der *clausula* handle es sich um den Anwendungsfall einer Vertragsanpassung. Die Bedingung einer Anpassung des Vertrags gestützt auf die *clausula*, dass seit Vertragsschluss eine Veränderung der Verhältnisse eingetreten ist, sei erfüllt. Es könnten keine Zweifel darüber bestehen, dass sich die massgeblichen Verhältnisse, nämlich das Inserate-Volumen, seit dem Abschluss des Konzessionsvertrags mit rund 85 % erheblich verändert bzw. vermindert hätten. Die beschwerdegegnerischen Behauptungen hinsichtlich der vereinbarten Prozentregelung

### **E. 5.1**

Rechtsprechung und Literatur sind sich über das Prinzip einig, dass eine Berufung auf veränderte Umstände nur dann in Betracht kommen soll, wenn die Entwicklung

### **E. 5.2**

Der von der Beschwerdeführerin selbst vorgelegten Beilage 6 der Beilage 6 des RRB (Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum rechtlichen Gehör vom 11. Mai 2021) kann entnommen werden, dass die Nettowerbeumsätze der Kaufzeitungen in der Schweiz nach einem Höhepunkt im Jahr 2000 (Fr. 1,972 Mrd.) mit Ausnahme von leichten Erholungen 2006 und 2007 sowie 2010 und 2011 kontinuierlich auf ein Niveau von Fr. 443 Mio. im Jahr 2018 zurückgingen. Gerade zwischen 2000 und 2002 – dem Jahr, in welchem der strittige Konzessionsvertrag abgeschlossen wurde –, war der Rückgang mit 18,8 % (auf Fr. 1,6 Mrd.) gross. Auch aus der Beilage 1 der Beilage 6 des RRB kann herausgelesen werden, dass nur schon zwischen 2000 und 2002 der Umfang des kommerziellen Teils des Amtsblatts von 15'708 auf rund 14'089 Seiten, somit um 10,3 % zurückging. Zwar war dieser starke Rückgang – sowohl was die gesamtschweizerische als auch die Entwicklung des Amtsblatts des Kantons Zug betrifft – wohl zu einem Teil auf die damalige Wirtschaftskrise infolge des Platzens der sogenannten Dotcom-Blase im März 2000, was sich u.a. negativ auf den Stellenmarkt auswirkte, zurückzuführen. Den Erhebungen in der "Darstellung der Schweizer Medienlandschaft, Bericht zu Handen des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM), 2014" (Bg-Beil. 3) kann jedoch entnommen werden, dass in der Schweiz der Einzug der Online-Medien bereits spätestens im Jahr 1996 begonnen und im Jahr 2000 einen ersten Höhepunkt erreicht hatte. Danach flachte die Zunahme der Anzahl Online-Medien zwar etwas ab, die Kurve zeigte jedoch weiterhin kontinuierlich

nach oben. Dabei ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass sich entsprechend auch der Umfang von Inseraten und Anzeigen in den Online-Medien

### **E. 5.3**

Für das Gericht ist daher klar, dass die unaufhaltsame Verlagerung von den Print- Medien zu den elektronischen Medien und damit die Reduktion des Inserate-Volumens sowie des Inserate-Ertrags beim Amtsblatt des Kantons Zug zum Zeitpunkt des Abschlusses des Konzessionsvertrags (3. September 2002) voraussehbar war. Insbesondere war absehbar, dass die schon mehrere Jahre davor gestartete Digitalisierung des Inserategeschäfts weiter an Fahrt gewinnen und zwangsläufig zu einer stetigen Verkleinerung des nichtamtlichen Teils des Amtsblatts des Kantons Zug führen wird, was dann auch eintraf. Es ist denn auch davon auszugehen, dass diese Umstände bzw. diese Erkenntnis der primäre Grund dafür waren, dass die Vertragsparteien die Regelung trafen, die Konzessionsnehmerin habe den Kanton Zug mit 20 Prozent des Umsatzes aus Inseraten abzugelten. Damit konnte sichergestellt werden, dass sich die finanzielle Belastung der Beschwerdeführerin aus dem Konzessionsvertrag im gleichen Umfang wie der Inserate-Umsatz verringern würde. In diesem Zusammenhang ist denn auch auffällig, dass die Beschwerdeführerin, obwohl der Inserate-Umsatz des nichtamtlichen Teils des Amtsblatts zwischen 2002 und 2020 kontinuierlich um rund 81,6 % zurückging, von ihrem Recht, den Konzessionsvertrag zu kündigen, nie Gebrauch machte. Gemäss Ziff. 5.01 f. des Konzessionsvertrags war dieser für die Dauer von 7 Jahren abgeschlossen. Die Vertragsdauer begann am 1. Januar 2004 und endete am 31. Dezember 2010. Der Vertrag war unter Einhaltung einer zweijährigen Kündigungsfrist erstmals per 31. Dezember 2010 kündbar. Erfolgte keine Kündigung, so verlängerte sich der Vertrag jeweils um die Dauer von zwei Jahren. Offenbar sah sich die Beschwerdeführerin zu keiner Kündigung veranlasst, obwohl die gesamten Werbeumsätze der Print-Medien und der Inserate-Umsatz des Amtsblatts des Kantons Zug seit 2011 weiterhin stetig zurückgingen und diese Entwicklung weiterhin klar erkennbar war. Somit scheint der Konzessionsvertrag für die Beschwerdeführerin – zumindest bis zu ihrem Gesuch vom 23. März 2021 um Erlass der Konzessionsabgabe – wirtschaftlich immer noch ausreichend interessant gewesen zu sein. Schliesslich ist auch noch auf Folgendes hinzuweisen: Die Konzession betreffend die Gesamtherstellung und den Vertrieb des Amtsblatts des Kantons Zug wurde 2002 im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung im selektiven Verfahren gemäss Submissionsgesetzgebung an die Beschwerdeführerin erteilt. Immerhin wurde im

### **E. 5.4**

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass die Unvorhersehbarkeit der Verhältnisänderung als Voraussetzung für die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* nicht gegeben ist. 6. Gravierende Äquivalenzstörung

### **E. 6**

Urteil V 2021 56 seien unbehelflich. Wollte man der Argumentation folgen, hiesse das, dass eine Vertragsanpassung gestützt auf die *clausula* im Falle einer Prozentregelung per se ausgeschlossen sei. Hierfür gebe es weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung irgendwelche Anhaltspunkte. Weder die Parteien noch eine beliebige Drittpartei in der Situation der Parteien habe im Jahr 2002 vorhersehen können, dass der analoge Werbemarkt und damit die Inserate im nichtamtlichen Teil des Amtsblatts derart einbrechen würden. Ebenso wenig vorhersehbar gewesen sei die COVID-19-Pandemie, welche den

Inserateschwund zusätzlich verstärkt habe. Der Umstand, dass die Konzessionsgebühr prozentmässig bestimmt sei, belege damit noch keine Vorhersehbarkeit. Falsch sei auch der Einwand, wonach die digitale Entwicklung der letzten Jahrzehnte und die damit einhergehende Veränderung des Werbemarktes hätten vorhergesehen werden können. Die Verhältnisänderung habe zu einem offenbaren Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung geführt. Die Konzessionsgebühr von 20 % wirke sich als Resultat des massiven Inserateschwunds und der nicht in gleicher Weise abnehmenden Kosten heute fünfmal stärker aus und gefährde das Fortkommen bzw. Überleben der Beschwerdeführerin ernsthaft. Vorentscheid-Dispositiv-Ziffer 2 sei in mehrfacher Hinsicht unrichtig und daher aufzuheben. Insbesondere beurteile der Regierungsrat mit den Erwägungen zu Vorentscheid-Dispositiv-Ziff. 2 einen Sachverhalt, ohne dass der Beschwerdeführerin je Gelegenheit für das rechtliche Gehör gewährt worden wäre. Falsch sei weiter die Behauptung des Regierungsrats, dass es sich bei der E.\_\_\_\_\_ AG um eine "Unterakkordantin" der Beschwerdeführerin handle. Bei der E.\_\_\_\_\_ AG handle es sich um eine Drittpartei. Als solche stehe sie mit der Beschwerdeführerin zwar in einem vertraglichen Verhältnis, die Konzession sei hiervon jedoch nicht berührt. Unrichtig sei ferner der nicht weiter substantiierte Vorwurf der Vertragsverletzung durch die Beschwerdeführerin. Der Konzessionsvertrag verbiete es der Beschwerdeführerin nicht, ausserhalb des Konzessionsvertrags Werbung zu betreiben bzw. Inserate zu schalten. Ebenfalls nicht untersagt sei es gemäss Konzessionsvertrag, das Amtsblatt zusätzlich und losgelöst von amtlichem und nichtamtlichem Teil mit einem farbigen Inlay zu versehen. C. In seiner Vernehmlassung vom 3. November 2022 stellte der Regierungsrat, vertreten durch RA C.\_\_\_\_\_, den Antrag, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, und der Entscheid des Regierungsrats sei zu bestätigen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. Es werde bestritten, dass die Voraussetzungen der clausula rebus sic stantibus gegeben seien. Die

### **E. 6.1**

Voraussetzung ist schliesslich, dass durch die Veränderung der Verhältnisse eine schwerwiegende Störung des Vertragsverhältnisses ausgelöst wird. Soweit es dabei um den Austausch von vermögenswerten Leistungen geht, muss eine gravierende Äquivalenzstörung, d.h. ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, eingetreten sein (vgl. BGer 4A\_375/201 vom 22. November 2010 E. 3.1; BGE 135 III 9 E. 2.4). Nicht erforderlich ist dagegen, dass es sich um eine wucherische Ausbeutung handelt, und ebenso wenig muss die Äquivalenzstörung zu einem wirtschaftlichen Ruin der dadurch betroffenen Partei führen (Wiegand, a.a.O., Art. 18 N 104).

### **E. 6.2**

Darzulegen ist vorab, worin beim strittigen Konzessionsvertrag die wesentlichen Leistungen und Gegenleistungen bestehen: Gemäss Ziff. 1.01 des Konzessionsvertrags vom 3. September 2002 hat die Beschwerdeführerin im amtlichen Teil (erster Teil) des Amtsblatts alle Bekanntmachungen kostenlos zu publizieren, die von Behörden und Amtsstellen des Kantons Zug, dessen Gemeinden sowie von Institutionen, die öffentliche Aufgaben erfüllen, ausgehen. Mit Ausnahme der Handelsregistereinträge erfolgt die Redaktion des amtlichen Teils durch die Staatskanzlei. Für den nichtamtlichen Teil hingegen trägt die Beschwerdeführerin die alleinige Verantwortung. Die Beschwerdeführerin publiziert zudem das gesamte "Amtsblatt des Kantons Zug" (amtlicher und nichtamtlicher Teil) via elektronische Kommunikationsmittel, vor allem im Internet.

Diese Publikation entspricht in allen Teilen sowohl bezüglich Inhalt wie auch Form weitgehend der Publikation im Printmedium. Der Vertrieb erfolgt auf Kosten der Beschwerdeführerin; diese betreibt den Verkauf und das Inkasso von Inseraten und

### **E. 6.3**

Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin und im Gleichklang mit der Ansicht des Regierungsrats kann das Gericht als Folge der festgestellten, anerkanntermassen schwerwiegenden Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse seit Vertragsabschluss keine gravierende Äquivalenzstörung erkennen. Gerade aufgrund der vorangehend beschriebenen Prozentregelung sank die Konzessionsgebühr im gleichen Mass wie der Rückgang des Inserate-Umsatzes, somit seit 2002 um rund 81,7 %, was die Belastung der Beschwerdeführerin durch die Abgabe massiv verringerte. Auf der anderen Seite erfolgte eine Zunahme des Umfangs des amtlichen Teils des Amtsblatts zwischen 2002 (4'856 Seiten) und 2020 (5'484 Seiten) von lediglich 11,4 %. Zwar verursachte diese Erhöhung bei der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen gewisse Mehrkosten. Es kann aber ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass diese geringfügig sind. Jedenfalls hat die Beschwerdeführerin die wegen der Ausweitung des amtlichen Teils entstandenen höheren Gestehungskosten nicht substantiiert. Zudem hat der Konzessionsgeber der Beschwerdeführerin nie zugesichert, dass sich der Umfang des amtlichen Teils nicht vergrössern würde. Im Gegenteil: die Beschwerdeführerin musste jederzeit mit einer gewissen Zunahme rechnen, bzw. eine solche war ohne Weiteres voraussehbar. Zudem ist nicht von der Hand zu weisen, dass das Erfassungstool, das die Staatskanzlei 2017 auf eigene Initiative und eigene Kosten beschaffte und welches diese seither betreibt (Übermittlung der im amtlichen Teil zu veröffentlichenden Texte an die Beschwerdeführerin elektronisch-standardisiert statt wie früher uneinheitlich auf Papier, per Fax oder per E-Mail [Word oder PDF]), zu Einsparungen bei der Beschwerdeführerin geführt hat, auch wenn sich diese nicht genau beziffern lassen und dies der Regierungsrat auch nicht macht. Und zu guter Letzt ist dem Regierungsrat zuzustimmen, wenn er darauf hinweist, dass durch die mehrmalige (freiwillige) Weiterführung bzw. Verlängerung des Konzessionsvertrags über etliche Jahre hinweg die Beschwerdeführerin selber zum

### **E. 6.4**

Somit fehlt es zur Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* im vorliegenden Fall auch an einer gravierenden Äquivalenzstörung. 7. Es ergibt sich daher, dass dem Regierungsrat dadurch, dass er das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erlass bzw. Reduktion der im Konzessionsvertrag vom 3. September 2002 betreffend "Amtsblatt des Kantons Zug" festgelegten Konzessionsabgabe abwies (Dispositiv-Ziff. 1 des Beschlusses des Regierungsrats) abgewiesen hat, keine Rechtsverletzung vorzuwerfen ist. 8. 8.1 Die Beschwerdeführerin rügt zudem auch Ziffer 2 des Dispositivs des regierungsrätlichen Beschlusses. Darin beauftragte der Regierungsrat die Staatskanzlei, bei der Beschwerdeführerin allfällig ausstehende Konzessionsabgaben einzufordern. Dabei geht es um Abgaben, welche nach Ansicht des Regierungsrats auch auf den Umsatz der innerhalb des Amtsblatts im als "Marktblatt" bezeichneten Teil (farbige Einlage) veröffentlichten Inserate geschuldet sind, auch wenn die entsprechenden Erträge nicht von der Beschwerdeführerin, sondern von der E. \_\_\_\_\_ AG, erzielt werden; sowohl die Konzessionsnehmerin als auch die E. \_\_\_\_\_ AG würden vom selben einzelunterschriftsberechtigten Verwaltungsrat kontrolliert. Die Berufung der Beschwerdeführerin auf das Argument, die E. \_\_\_\_\_ AG sei eine andere juristische

Person, sei, so der Beschwerdegegner, zumindest formalistisch, stelle aber in jedem Fall eine Umgehung der vertraglichen Pflichten der Konzessionsnehmerin dar und sei mithin rechtsmissbräuchlich. Die Beschwerdeführerin hingegen vertritt die Auffassung, die Erträge aus diesem Part des nichtamtlichen Teils unterlägen nicht der Konzessionsabgabe. 8.2 Mit seiner Aufforderung an die Staatskanzlei, bei der Beschwerdeführerin allfällig ausstehende Konzessionsabgaben einzufordern, hat der Regierungsrat eine fallbezogene Weisung an eine ihm unterstellte Behörde erlassen, was er ohne Weiteres auch ausserhalb des vorliegenden Gesuchsverfahrens hätte machen können. Dazu bedurfte es keiner auch an die Vertragspartei ergehenden Verfügung. Zwar machte der Regierungsrat in seinen Erwägungen Ausführungen dazu, weshalb seiner Meinung nach auch auf den

## **E. 7**

Urteil V 2021 56 clausula rebus sic stantibus könne auf den Konzessionsvertrag aus submissionsrechtlichen Gründen sowieso keine Anwendung finden. Die Darstellung der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der allmählichen Reduktion des Inserate-Umsatzes zeige einzig und allein, dass diese seit Abschluss des Konzessionsvertrags im Jahr 2002 der fortlaufenden und absehbaren Einwicklung in der Medienbranche schlichtweg keine Rechnung getragen habe. Dem Gesuch stattzugeben würde den vergaberechtlichen (und wettbewerbsrechtlichen) Grundsätzen entgegenstehen und die Attraktivität unwirtschaftlicher und nicht wettbewerbstauglicher Verhaltensweisen von Unternehmen erhöhen. In vergaberechtlicher Hinsicht sei das korrekte Vorgehen, die Gesamtherstellung des Amtsblatts neu zu vergeben und dem Mitbewerber mit der besten Eignung und dem wirtschaftlichsten Angebot den Zuschlag zu erteilen. Alles andere stelle eine wesentliche nachträgliche Abänderung von Zuschlagskriterien dar und würde folglich zu einer submissionsrechtlich unzulässigen Bevorteilung der Beschwerdeführerin führen. Klar sei, dass die Parteien Veränderungen im Inserate-Volumen antizipiert hätten. Daher sei die Konzessionsgebühr auch als Prozentregel ausgestaltet worden. Sei der massgebliche Umsatz gestiegen, so sei selbstredend auch die Konzessionsabgabe gestiegen. Sei dieser gesunken, sei automatisch auch die Konzessionsabgabe gesunken. Bei der Veränderung des Inserate-Volumens habe es sich keineswegs um eine unvorhersehbare Veränderung gehandelt. In diesem Zusammenhang solle insbesondere darauf hingewiesen werden, dass der Konzessionsvertrag ab 2010 (Ablauf der fixen Vertragsdauer) jeweils mit zweijähriger Frist kündbar gewesen sei. Das hätte es der Beschwerdeführerin möglich gemacht, den Konzessionsvertrag jederzeit zu beenden, wenn dieser für sie tatsächlich wirtschaftlich nicht mehr lukrativ gewesen sein sollte bzw. mit der Zeit gar zu einer Belastung geworden sei. Das sei aber nicht erfolgt. Der Vergleich des Inserate-Volumens und der entsprechenden Umsätze der Jahre 2002 mit jenen des Jahres 2021 sei offensichtlich unzutreffend und konstruiert. Die zu erwartende Entwicklung habe sich während der gesamten Vertragsdauer deutlich abgezeichnet, nämlich sinkende Inserate-Volumen, sinkende Abonnements und sinkende Umsätze. Dass die von der Beschwerdeführerin zu Grunde gelegte Argumentation schon im Grundsatz nicht stimmen könne, zeige sich auch darin, dass diese in der Konsequenz auf praktisch jedes Unternehmen übertragen werden könnte, welches es (in selbstverschuldeter Art und Weise) unterlassen habe, sich an die aktuellen Marktbedingungen und Entwicklungen anzupassen. D. Am 18. Februar 2022 liess die Beschwerdeführerin eine Replik einreichen. Am

## **E. 11**

Urteil V 2021 56 unvorhersehbar war (BGer 4A\_73/2011 vom 2. Mai 2011 E. 4; 4C.49/2004 vom 30. März 2004 E. 2.2). Eine voraussehbare Änderung der Verhältnisse liegt vor, wenn die betreffende Partei nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit der späteren Entwicklung vernünftigerweise rechnen musste. Entscheidend ist mithin, ob die Wahrscheinlichkeit der Verhältnisänderung so gross war, dass für eine vernünftige Person an Stelle der Vertragspartei Grund bestand, beim Entscheid über den Vertragsabschluss oder dessen Ausgestaltung darauf Rücksicht zu nehmen (BGer 4A\_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1). Gemäss Wolfgang Wiegand, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, Art. 18 N 101, liegt hier die Problematik ähnlich wie bei der Vorhersehbarkeit im Schadenersatzrecht, wo der Richter mit der sog. objektiv nachträglichen Prognose feststellen muss, ob die Parteien mit den Folgen ihres Verhaltens hätten rechnen können oder müssen. Der Richter wird infolgedessen einerseits Zurückhaltung üben müssen und nicht jede ungewöhnliche Entwicklung als unvorhersehbar betrachten, andererseits aber auch an diese Unvorhersehbarkeit nicht allzu hohe Anforderungen stellen dürfen.

#### **E. 12**

Urteil V 2021 56 entwickelte, und es liegt auf der Hand, dass dies zu Lasten der entsprechenden Aufträge in den Print-Medien ging.

#### **E. 13**

Urteil V 2021 56 Vergabeverfahren die Höhe des Prozentsatzes aus Inseraten zugunsten des Kantons Zug mit 25 % hoch gewertet. Es ist daher dem Regierungsrat zuzustimmen, wenn er geltend macht, dass ein Erlass oder eine Reduktion der Konzessionsgebühr allenfalls submissionsrechtliche Fragen aufwerfen würde, zumindest was die Gleichbehandlung der Konkurrenten betrifft. Denn in einem nachträglichen Erlass oder einer nachträglichen Reduktion der Konzessionsabgabe könnte allenfalls eine unzulässige Bevorteilung der Zuschlagsempfängerin, im vorliegenden Fall der Beschwerdeführerin, erkannt werden.

#### **E. 14**

Urteil V 2021 56 Abonnenten des "Amtsblatt des Kantons Zug" auf eigene Rechnung und eigenes Risiko (Ziff. 1.03 und 2.01). Gemäss Ziff. 2.03 hat die Beschwerdeführerin den Kanton Zug mit 20 Prozent des Umsatzes aus Inseraten abzugelten. Zusammengefasst kann somit gesagt werden, dass der Kanton Zug, vertreten durch den Regierungsrat des Kantons Zug, der Beschwerdeführerin erlaubt, die monopolisierte Tätigkeit der Herstellung und des Vertriebs des offiziellen Publikationsorgans des Kantons Zug auszuüben. Im Gegenzug ist die Beschwerdeführerin verpflichtet, auf eigene Kosten offizielle Bekanntmachungen zu publizieren sowie dem Kanton Zug eine Konzessionszahlung in der Höhe von 20 Prozent des Umsatzes aus Inseraten zu leisten.

#### **E. 15**

Urteil V 2021 56 Ausdruck gebracht hat, dass das Äquivalenzverhältnis für diese offenbar über die bisherige Zeit hinweg immer stimmte, sicherlich aber nicht massiv gestört war.

#### **E. 16**

Urteil V 2021 56 Umsatz der im "Marktblatt" veröffentlichten Inserate eine Konzessionsabgabe geschuldet ist und dass die diesen Teil des Amtsblattes betreffende, aber nicht geleistete Abgabe allenfalls noch einzufordern ist. Eine anfechtbare Verfügung, welche Rechte oder Pflichten begründet und insbesondere auch die Höhe dieser Abgabe

festlegt, hat die für eine allfällige solche Nachforderung zuständige Behörde – wohl entweder Staatskanzlei oder Regierungsrat – jedoch noch nicht erlassen. Das Unternehmen, welches eine solche Nachzahlung allenfalls schuldet, konnte sich zudem noch nicht ausreichend zum Sachverhalt äussern, dies insbesondere eben auch deshalb, weil die Höhe des geforderten Betrags noch unbekannt ist. Das wird erst noch erfolgen müssen. Es handelt sich bei Ziffer 2 des Dispositivs somit um eine verwaltungsinterne Dienstanweisung an die hierarchisch untergeordnete Behörde, ohne dass darin bereits konkrete Rechte oder Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben würden, die erzwingbar wären. Die tatsächliche oder rechtliche Situation der Beschwerdeführerin wird durch die Weisung des Regierungsrats an die Staatskanzlei nicht besonders berührt im Sinne von § 62 Abs. 1 lit. b VRG. Gleichzeitig fehlt es der Beschwerdeführerin auch an einem schutzwürdigen Interesse (lit. c) an der Aufhebung oder Änderung der Dispositiv- Ziff. 2 des regierungsrätlichen Beschlusses und somit an den Voraussetzungen für ihre Beschwerdelegitimation. Damit liegt noch keine anfechtbare Anordnung vor und ist auf die entsprechende Rüge nicht einzutreten. Erst gegen eine allfällige konkrete Anordnung der dafür zuständigen Behörde wird die Beschwerde offenstehen. 9. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist. 10. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.– werden daher der Beschwerdeführerin auferlegt. Da der Regierungsrat in seinem amtlichen Wirkungskreis obsiegt, ist ihm keine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 28 Abs. 2a VRG).

#### **E. 17**

Urteil V 2021 56 Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

---

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