

100.2018.134U
HAT/SPA/ROS

Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 7. Januar 2019

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichter Häberli, Verwaltungsrichterin Steinmann
Gerichtsschreiber Spring

A. _____
vertreten durch Fürsprecher ...
Beschwerdeführende

gegen

B. _____
Beschwerdegegnerschaft 1

Einwohnergemeinde Boltigen
handelnd durch den Gemeinderat, Vijelimatte 281h, 3766 Boltigen
vertreten durch Rechtsanwalt ...
Beschwerdegegnerin 2

und

Regierungsstatthalteramt Obersimmental-Saanen
Amthaus, Schönriedstrasse 9, Postfach 98, 3792 Saanen

betreffend Vergabe von Gemeindepachtland und Einräumung eines Bau-
rechts (Entscheid des Regierungsstatthalteramts Obersimmental-Saanen
vom 29. März 2018; vbv 3/2017)



Sachverhalt:

A.

Die Einwohnergemeinde (EG) Boltigen ist Eigentümerin des landwirtschaftlichen Heimwesens Sommerau, für welches sie mit einer öffentlichen Ausschreibung ab 1. April 2018 eine neue Pächterfamilie suchte, der zudem ein Baurecht eingeräumt werden soll. Innert Frist gingen sechs Bewerbungen ein, die anhand von «Vergabekriterien» bewertet wurden. Am 18. April 2017 beschloss der Gemeinderat der EG Boltigen, den «Zuschlag» B._____ zu erteilen, deren Bewerbung die höchste Punktzahl erzielt hatte.

B.

Gegen diesen Beschluss des Gemeinderats der EG Boltigen gelangten die Zweitplatzierten des submissionsähnlichen Verfahrens, A._____, am 23. Mai 2017 an den Regierungstatthalter von Obersimmental-Saanen. Dieser wies die Beschwerde mit Entscheid vom 29. März 2018 ab, soweit er darauf eintrat.

C.

Am 3. Mai 2018 haben A._____ Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit den folgenden Rechtsbegehren erhoben:

- «1. Der Entscheid des Regierungstatthalteramts Obersimmental-Saanen vom 29. März 2018 im Verfahren vbv 3/2017 sei vollumfänglich aufzuheben.
 2. Der Entscheid des Gemeinderates der Einwohnergemeinde Boltigen, dem Drittbewerber den Zuschlag zur Pacht und zum Baurecht für die Grundstücke Boltigen Gbbl.-Nr. 217, 1913 und 2008 zu erteilen, sei aufzuheben.
 3. Die Einwohnergemeinde Boltigen sei gerichtlich anzuweisen, einen allfälligen Pacht- und Baurechtsvertrag mit einem Drittbewerber aufzuheben.
- Eventualiter sei der Gemeinderat der Einwohnergemeinde Boltigen gerichtlich zu verpflichten, eine Abstimmung der Versammlung der

stimmberechtigten Bevölkerung über die Vergabe des Baurechts durchzuführen.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge ->

Während der Regierungsstatthalter am 18. Mai 2018 auf Vernehmlassung verzichtet hat, schliesst die EG Boltigen mit Beschwerdeantwort vom 5. Juni 2018 auf Abweisung der Beschwerde.

B. _____ sind vom Instruktionsrichter neu als Beschwerdegegnerschaft am Verfahren beteiligt worden (Verfügung vom 27.6.2018); von der Gelegenheit, eine Beschwerdeantwort einzureichen, haben sie keinen Gebrauch gemacht.

Erwägungen:

1.

Das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen prüft das Verwaltungsgericht von Amtes wegen (Art. 20a Abs. 1 und 2 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]; BVR 2010 S. 129 E. 2.1).

1.1 Gemäss Art. 74 Abs. 2 Bst. d VRPG beurteilt das Verwaltungsgericht als letzte kantonale Instanz unter anderem Beschwerden betreffend kommunale Beschlüsse im Sinn von Art. 60 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 VRPG. – Die Sommerau wird nicht unmittelbar zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben benötigt und bildet unstrittigerweise Teil des Finanzvermögens der EG Boltigen (vgl. Art. 74 der Gemeindeverordnung vom 16. Dezember 1998 [GV; BSG 170.111]; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 48 N. 12). Der Beschluss des Gemeinderats, den Pacht- und Baurechtsvertrag mit der Beschwerdegegnerschaft 1 abzuschliessen zu wollen, wird damit in erster Linie privatrechtliche Wirkungen zeitigen (vgl. BGE 112 II 35 E. 2). Als Akt der behördlichen Willensbildung vor dem Vertragsabschluss stellt der Beschluss selber aber eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit dar (BVR 1983 S. 349 E. 2a; vgl. auch BVR 2018 S. 99

E. 4.3). Allerdings liegt keine Submission vor, da die öffentliche Hand nicht als Abnehmerin, sondern als Anbieterin einer Leistung auftritt, weshalb die Anwendung von öffentlichem Vergaberecht – sei es direkt oder analog – ausgeschlossen ist (BVR 2013 S. 521 E. 2.3; BGer 2C_314/2013 vom 19.3.2014 E. 1.1.2; vgl. auch JTA 2015/230 vom 19.10.2016 E. 2; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N. 181). Weiter handelt es sich beim Beschluss des Gemeinderats vom 18. April 2017 um keine Verfügung, da nicht Rechte und Pflichten einseitig verbindlich geregelt werden (vgl. BVR 2000 S. 375 ff.). Vielmehr ist von einem kommunalen Beschluss im Sinn von Art. 60 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 VRPG auszugehen, selbst wenn der abzuschliessende Vertrag dem Zivilrecht zuzuordnen ist (BVR 2018 S. 99 E. 2.2, 2013 S. 521 E. 3.1, je mit Hinweisen; vgl. auch JTA 2015/230 vom 19.10.2016 E. 4.3). Das Verwaltungsgericht ist damit nach Art. 74 Abs. 2 Bst. d VRPG zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

1.2 Die nachträgliche Verwaltungsrechtspflege wird nur ausgelöst, wenn dem angefochtenen Entscheid ein taugliches Anfechtungsobjekt der Gemeinde zugrunde liegt (vgl. BVR 2013 S. 301 E. 1.1, 2006 S. 538 E. 1.1), was das Verwaltungsgericht von Amtes wegen prüft (Art. 20a VRPG). Die Vorinstanz hat das Vorliegen eines Anfechtungsobjekts zu Unrecht bejaht, da Beschwerden gegen Beschlüsse im Sinn von Art. 60 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 VRPG gemäss Art. 60 Abs. 2 VRPG erst zulässig sind, wenn das in der Sache endgültig zuständige Gemeindeorgan beschlossen hat:

1.2.1 Entscheidend ist vor diesem Hintergrund, dass die Sommerau nicht bloss Gegenstand eines neuen Pachtvertrags bilden soll, sondern mit der Pächterfamilie gleichzeitig ein Grundstücksgeschäft getätigt werden wird. Die Gemeindeversammlung hat am 29. November 2016 unter dem Traktandum «Grundsatzentscheid über das weitere Vorgehen» in Sachen Sommerau drei zur Diskussion gestellte Varianten beraten und sich dabei für die Weiterverpachtung und Einräumung eines Baurechts an eine neue Pächterfamilie ausgesprochen. Anders als die Vorinstanz annimmt (angefochtener Entscheid S. 7), bildet dieser Beschluss nicht das Ergebnis einer blossen Konsultativabstimmung im Sinn von Art. 52 des Organisationsre-

gements der EG Boltigen vom 27. November 2012 (OgR) i.V.m. Art. 21 Abs. 1 des Gemeindegesetzes vom 16. März 1998 (GG; BSG 170.11). Bei einer (prinzipalen) Konsultativabstimmung äussern sich die Stimmberechtigten zu einer Frage aus dem Zuständigkeitsbereich eines andern Organs; das Abstimmungsergebnis ist rechtlich nicht verbindlich und dient dem zuständigen Organ gewissermassen als Richtlinie für die Ermessensausübung (Peter Friedli, in Kommentar zum bernischen GG, 1999, Art. 21 N. 3 und 5). Hier hat die Stimmbürgerschaft am 29. November 2016 beschlossen, der neuen, noch zu bestimmenden Pächterfamilie ein Baurecht einzuräumen; es soll sich auf alle Gebäude des Heimwesens erstrecken, wofür ein jährlicher Baurechtszins von rund Fr. 14'000.-- geschuldet sein wird (act. 4A pag. 6 f.). Bei der Gewährung dieses Baurechts handelt es sich um ein Rechtsgeschäft über ein beschränktes dingliches Recht an einem Grundstück, das aufgrund von Art. 4 Bst. d Lemma 4 OgR in die Kompetenz der Gemeindeversammlung fällt. Daraus folgt zunächst, dass es sich beim Entscheid, wie mit der Sommerau künftig zu verfahren ist, den die Gemeindeversammlung am 29. November 2016 getroffen hat, nicht um eine Konsultativabstimmung, sondern – wie traktandiert – um einen Grundsatzbeschluss handelt. Bei einem solchen entscheiden die Stimmberechtigten über das weitere Vorgehen in einem Geschäft aus ihrem eigenen Zuständigkeitsbereich; anders als bei einer Konsultativabstimmung ist ihr Beschluss rechtsverbindlich. Zudem bedürfen Grundsatzabstimmungen keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage im OgR (Näheres bei Peter Friedli, a.a.O., Art. 21 N. 8 ff.). Weiter ergibt sich aus der Zuständigkeit der Gemeindeversammlung, dass der Beschluss des Gemeinderats vom 18. April 2017, die Beschwerdegegnerschaft 1 als Vertragspartnerin auszuwählen, bloss einer von mehreren Schritten im Prozess der inneren Willensbildung der Gemeinde bildet. Er ist weder endgültig noch verbindlich, da der Gemeinderat nicht in eigener Kompetenz über den Abschluss des kombinierten Pacht- und Baurechtsvertrags befinden kann.

1.2.2 Nach dem Gesagten wird die behördliche Willensbildung bezüglich des mit der neuen Pächterfamilie zu schliessenden Vertrags erst durch einen dahingehenden Beschluss der Gemeindeversammlung zu Ende geführt werden. Im Beschluss vom 18. April 2017 konnte der Gemeinderat richtig besehen allein darüber befinden, was er der noch abzuhaltenden

Gemeindeversammlung beantragen will; dem trägt die Bezeichnung seines entsprechenden Entscheids als «Zuschlagserteilung» keine Rechnung. Mangels Bindungswirkung für die Gemeindeversammlung stellt die vom Gemeinderat getroffene Auswahl der Pächterfamilie auch keinen Teilentcheid bzw. Teilbeschluss dar, der allenfalls selbständig beim Regierungsstatthalter anfechtbar wäre. Erst der Beschluss der Gemeindeversammlung, der den Gemeinderat mit dem Abschluss des Pacht- und Baurechtsvertrags betraut, wird vom in der Sache endgültig zuständigen Gemeindeorgan stammen und gemäss Art. 60 Abs. 2 VRPG der Beschwerde an den Regierungsstatthalter unterliegen. Mangels eines tauglichen Anfechtungsobjekts hätte Letzterer deshalb nicht auf die Beschwerde gegen den Gemeinderatsbeschluss vom 18. April 2017 eintreten dürfen.

1.3 Da der Gemeinderat einen kompetenzwidrigen Beschluss gefasst hat und der Regierungsstatthalter zu Unrecht auf die dagegen eingereichte Beschwerde eingetreten ist, liegen wesentliche Verfahrensverstöße vor, welche eine Kassation von Amtes wegen unumgänglich machen (Art. 40 Abs. 1 VRPG). Der Gemeinderat ist fälschlicherweise von der Erteilung eines verbindlichen «Zuschlags» ausgegangen und das Erkenntnis der Vorinstanz hat den entsprechenden Gemeinderatsbeschluss zu Unrecht bestätigt. Zu kassieren sind der angefochtene Entscheid und das Verfahren vor dem Regierungsstatthalter sowie der Gemeinderatsbeschluss vom 18. April 2017.

2.

Zur Kostenliquidation bei einer Kassation von Amtes wegen enthält Art. 40 VRPG keine Regelung, so dass die allgemeinen Grundsätze für die Kostenverlegung nach Art. 102 ff. VRPG gelten (BVR 2013 S. 301 [VGE 2011/489 vom 20.2.2013] nicht publ. E. 3.2, 2004 S. 37 E. 3; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 40 N. 11).

2.1 Die Beschwerdeführenden und die Beschwerdegegnerschaft 1 sind nicht mit Verfahrenskosten zu belasten, weil sie bezüglich der Kassation

mangels Anträgen weder als obsiegend noch unterliegend bezeichnet werden können (Art. 108 Abs. 1 VRPG; BVR 2013 S. 365 [VGE 2011/114 vom 11.6.2012] nicht publ. E. 6, 2004 S. 37 E. 3; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 40 N. 11). Die Kassation ist aber zum einen auf den kompetenzwidrigen Beschluss des Gemeinderats und zum andern auf das prozessuale Vorgehen des Regierungsstatthalters zurückzuführen. Kantonalen Behörden werden indes keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 108 Abs. 2 Satz 1 VRPG). Der Gemeinde, die Verfahrenspartei und in Bezug auf ihr Finanzvermögen ähnlich einer Privatperson bzw. in Vermögensinteressen betroffen ist (BVR 2001 S. 563 E. 4b; JTA 2015/230 vom 19.10.2015 E. 8.3; VGE 2013/404 vom 24.10.2014 E. 6; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 104 N. 15), könnten an sich Kosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 Satz 2 VRPG). Mit Blick auf den Lauf des Verfahrens ist jedoch vom Vorliegen besonderer Verhältnisse auszugehen, die es rechtfertigen, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Mit der Kassation ist auch die Verfahrenskostenverlegung der Vorinstanz aufgehoben.

2.2 Jedenfalls vor Verwaltungsgericht haben die Beschwerdeführenden am Rande auch die Kompetenzwidrigkeit des Gemeinderatsbeschlusses und die abschliessende Zuständigkeit der Gemeindeversammlung angesprochen (vgl. Beschwerde Ziff. 14, Eventualbegehren). Darin kann eine Rüge des zur Aufhebung führenden Mangels gesehen werden, wie sie praxisgemäss Voraussetzung für die Zusprechung von Parteikostenersatz im Fall einer Kassation bildet (Art. 108 Abs. 3 VRPG; BVR 2013 S. 365 [VGE 2011/114 vom 11.6.2012] nicht publ. E. 6, 2004 S. 37 E. 3; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 40 N. 11 und 15 sowie Art. 108 N. 16). Zum Ersatz der Parteikosten der Beschwerdeführenden ist die Gemeinde als Beschwerdegegnerin zu verpflichten, da die Kassation auch auf ihr kompetenzwidriges Vorgehen zurückzuführen ist. Demgegenüber trägt die Beschwerdegegnerschaft 1, die von Amtes wegen und erst vor Verwaltungsgericht am Verfahren beteiligt worden ist, keine Verantwortung für dessen Ausgang.

2.3 Trotz Aufforderung hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden keine Kostennote für das verwaltungsgerichtliche Verfahren eingereicht; die entsprechenden Parteikosten werden ermessensweise auf

Fr. 3'000.-- bestimmt (inkl. Auslagen und MWSt). Für das vorinstanzliche Verfahren machte er mit Kostennote vom 15. Februar 2018 neben Auslagen von Fr. 39.-- ein Honorar von Fr. 6'875.-- geltend. Dieser Betrag ist klar übersetzt: Die Parteikosten sind nach den Kriterien von Art. 41 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) i.V.m. Art. 11 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) festzulegen. Gemäss Art. 11 Abs. 1 PKV beträgt das Honorar in Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis 11'800.-- pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). Die vorliegende Streitsache ist von begrenzter Tragweite und geringer Komplexität, wobei der Rechtsvertreter erst nachträglich mandatiert wurde und neben der Eingabe vom 22. Dezember 2017 bloss eine weitere kurze Stellungnahme verfasst hat. Insgesamt erscheint ein Honorar von Fr. 3'000.-- gerechtfertigt.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Der Entscheid des Regierungsstatthalters von Obersimmental-Saanen vom 29. März 2018 und das Verfahren vor dem Regierungsstatthalter sowie der Beschluss des Gemeinderats der Einwohnergemeinde Boltigen vom 18. April 2017 werden von Amtes wegen kassiert.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin 2 hat den Beschwerdeführenden die Parteikosten zu ersetzen. Diese werden für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'000.-- (inkl. Auslagen und MWSt) und für das Verfahren vor dem Regierungsstatthalter Obersimmental-Saanen auf Fr. 3'282.10 (inkl. Auslagen und MWSt) bestimmt.

4. Zu eröffnen:

- den Beschwerdeführenden
- der Beschwerdegegnerschaft 1
- der Einwohnergemeinde Boltigen
- dem Regierungsstatthalteramt Obersimmental-Saanen

Der Abteilungspräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.