

Zur Unterstellung privater Listenspitäler

Nachdem die Frage der Unterstellung öffentlich gehaltener Listenspitäler in BGE 145 II 49 (BR/DC 2019, S. 198 ff., Nr. 317) geklärt worden war, hatte sich das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid mit Listenspitälern in Privatbesitz zu beschäftigen. Dieser Entscheid lässt kaum Zweifel daran, dass nach dem Bundesgericht auch private Spitäler im Bereich von Listentätigkeiten subjektiv dem binnenstaatlichen Vergaberecht unterstellt sind.

L'ATF 145 II 49 (BR/DC 2019, p. 198 ss, n° 317) a clarifié la question de l'assujettissement au droit des marchés publics pour les hôpitaux publics inscrits sur les listes. À la suite de cet arrêt, le Tribunal fédéral traite ici du cas des hôpitaux privés. Il ne laisse guère de doute quant au fait que ceux figurant sur les listes sont assujettis au droit suisse (interne) des marchés publics (champ d'application subjectif) lorsqu'ils offrent des prestations prises en charge par l'assurance-maladie obligatoire.

Urteil des Bundesgerichts vom 12. Februar 2021 (2C_705/2019)

Martin Beyeler, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

Der Fall

(296) 1. Im Jahr 2017 hatte der grosse Rat des Kantons Tessin eine Revision des Vergabegesetzes von 2001 (LCPubb/TI) beschlossen (welche am 1.1.2020 in Kraft getreten ist). Hieraufhin hatte der Tessiner Staatsrat im Jahr 2019 das Ausführungsreglement (RLCPubb/TI) revidiert (auch diese Änderungen sind am 1.1.2020 in Kraft getreten).

2a. Nach Art. 2 lit. b (erster Spiegelstrich) des revidierten LCPubb/TI unterstehen diesem Gesetz namentlich Subjekte, die nicht der lit. a der Bestimmung (Kanton, Gemeinden und alle weiteren öffentlich-rechtliche Körperschaften) unterworfen sind, aber gleichwohl mit kantonalen oder kommunalen Aufgaben (oder mit Aufgaben anderer Körperschaften nach lit. a) betraut («preposti») sind («weitere Auftraggeber» bzw. «altri committenti»).

b. Nach Art. 2 Abs. 1 des revidierten RLCPubb/TI zählt der Anhang 1 des Reglements beispielhaft Subjekte auf, welche dem Art. 2 lit. a oder lit. b LCPubb/TI unterstellt sind. Die Bestimmung präzisiert, dass letztlich jedoch nicht der Anhang 1, sondern die im Einzelfall vorgenommene Prüfung durch die kantonale Aufsichtsbehörde (vgl. Art. 61 RLCPubb/TI) bezüglich der Unterstellungsfrage massgeblich ist. In Anhang 1 findet sich unter dem Titel «Auftraggeber» («Committenti») insbesondere folgender Eintrag: «Privatkliniken» («Cliniche private»).

3. Ein privates Unternehmen, das im Kanton Tessin zwei Kliniken betreibt, die für jeweils bestimmte Leistungen auf der kantonalen Spitalliste (gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG) aufgeführt sind, forcht die Revision des RLCPubb/TI im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle (Art. 82 lit. b BGG) direkt (Art. 87 Abs. 1 BGG) vor Bundesgericht an und verlangte u.a. die Streichung des Eintrags «Privatkliniken» aus Anhang 1 des Reglements.

4. Zur Begründung trug die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 27 und Art. 94 (sowie Art. 36) BV das Folgende vor.

a. Die Unterstellung von Privatkliniken ergebe sich mit hinreichender Klarheit ausschliesslich aus dem Anhang 1 RLCPubb/TI und nicht bereits aus Art. 2 LCPubb/TI, so dass eine genügende formalgesetzliche Grundlage für diese Unterstellung nicht bestehe.

b. Es fehle an einem öffentlichen Interesse bezüglich der Unterstellung von Privatkliniken. Diese seien privatrechtlich organisiert und strebten die Erzielung von Gewinnen an, überdies seien sie im Bereich ihrer Listentätigkeit krankensicherungsrechtlich auf Wirtschaftlichkeit verpflichtet (vgl. insb. Art. 32 KVG). Damit würden sie auch in diesem Bereich bereits von selbst wirtschaftlich beschaffen.

c. Die Unterstellung sei nicht verhältnismässig. Zum einen sei sie zur Erreichung des Ziels eines wirtschaftlichen Beschaffungsverhaltens nicht geeignet, weil dieses Ziel ohnehin erreicht werde. Zum anderen sei die Massnahme zu einschneidend, weil sie die Privatkliniken zu einer Vielzahl von förmlichen und aufwendigen Vergabeverfahren zwingt.

d. Zwar werde in BGE 145 II 49 festgestellt, dass als «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» zu qualifizierende Listenspitäler im Bereich ihrer Listentätigkeiten nicht im freien Wettbewerb agierten, doch bestehe gleichwohl ein gewisser Wettbewerb zwischen den Listenspitälern. Es stelle einen unzulässigen Eingriff in diesen Wettbewerb dar, wenn private Listenspitäler in Bezug auf die Anwendung des öffentlichen Vergaberechts mit öffentlichen Listenspitälern gleichgestellt würden.

Der Entscheid

1. Das BGer tritt auf die Beschwerde ein und bejaht einen grundsätzlichen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Anrufung der Wirtschaftsfreiheit, weist die Beschwerde jedoch ab.

2a. Die direkte Anfechtung des kantonalen Erlasses vor BGer im Verfahren der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen

Angelegenheiten ist zulässig, weil der Kanton Tessin kein Verfahren zur abstrakten Normenkontrolle vorsieht (vgl. Art. 87 Abs. 1 BGG).

b. Die Zugangsschranken des auf Entscheide, nicht aber auf Erlasse ausgerichteten Art. 83 BGG kommen im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle nicht zur Anwendung (vgl. BGer 2C_88/2009, 19.3.2010, E. 1.1).

c. Als Betreiberin zweier im Kanton Tessin gelegener und auf der kantonalen Spitalliste figurierender Privatkliniken ist die Beschwerdeführerin durch die angefochtenen Bestimmungen besonders betroffen. Ihr Rechtsschutzinteresse bezüglich der Streichung des Eintrags «Privatkliniken» in Anhang 1 RLCPubb/TI wird nicht berührt durch den Umstand, dass die Einträge in Anhang 1 gemäss Art. 2 Abs. 1 RLCPubb/TI nur beispielhafter Natur sind und dass die Beschwerdeführerin den Art. 2 lit. b LCPubb/TI, der durch den erwähnten Anhang 1 interpretiert wird, nicht angefochten hat. Denn würde das BGer feststellen, dass der Eintrag «Privatkliniken» rechtswidrig sei und würde dieser Eintrag sodann gestrichen, brächte das der Beschwerdeführerin den praktischen Vorteil ein, sich auf dieses Urteil berufen zu können, wenn die Frage nach ihrer Vergaberechtsunterstellung aufgeworfen würde.

3. Nach der Ansicht der Beschwerdeführerin werden Privatkliniken weder durch das Staatsvertragsrecht noch durch das Bundesrecht oder die IVöB 2001 subjektiv dem Vergaberecht unterstellt. Prinzipiell stehe es dem Kanton Tessin zwar offen, den subjektiven Geltungsbereich über die Vorgaben des übergeordneten Rechts hinaus zu erweitern. Die konkrete Unterstellung von Privatkliniken jedoch verstosse gegen die Art. 27 und Art. 94 sowie Art. 36 BV.

4a. Das BGer geht davon aus, dass die in BGE 145 II 49, E. 4.5–4.5.6, getroffene Feststellung, wonach öffentlich gehaltene Listenspitäler im Sinn des Begriffs der «Einrichtung des öffentlichen Rechts» (vgl. Annex 2 Anhang I GPA 1994 sowie Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB 2001) auf nichtgewerbliche Art tätig sind (soweit sie den listengegenständlichen Tätigkeiten nachgehen), ohne weiteres auf die Situation privat gehaltener Listenspitäler übertragbar ist. Angesichts des Umstands, dass auch die Listentätigkeiten privater Kliniken im Rahmen der durch das öffentliche Gesundheitsrecht aufgestellten und einen hinreichend freien Wettbewerb ausschliessenden Vorschriften stattfinden, besteht auch bezüglich dieser Tätigkeiten die Gefahr eines nicht ausschliesslich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgerichteten Beschaffungsverhaltens und eines den Vergaberechtszielen widersprechenden Einsatzes öffentlicher Mittel.

b. Der Beschwerdeführerin kann die Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit gleichwohl nicht gänzlich versagt werden. Zwar setzt diese Berufung eine im Wettbewerb entfaltete Tätigkeit voraus, und die Beschwerdeführerin agiert im Rahmen der Listentätigkeiten ihrer Kliniken auf nichtgewerbliche Art. Ebenso kann die Wirtschaftsfreiheit insbesondere dann nicht angerufen werden, wenn es um die Frage

der Aufnahme von Privatkliniken auf die kantonale Spitalliste geht. Gleichwohl schützt die Wirtschaftsfreiheit bestimmte Aspekte der im Rahmen der obligatorischen Krankenversicherung entfalteten Tätigkeiten von Privatspitälern, so namentlich die Auswahl von Geschäftspartnern.

5. In materieller Hinsicht jedoch dringt die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge, durch die Unterstellung von Privatkliniken unter das Vergaberecht sei ihre Wirtschaftsfreiheit in Missachtung von Art. 27, Art. 94 und Art. 36 BV beschränkt worden, nicht durch.

a. Zur Rüge des Mangels an einer genügenden gesetzlichen Grundlage stellt das BGer fest, dass der Anhang 1 RLCPubb/TI allein dem Zweck dient, Anwendungsfälle des Art. 2 lit. a und lit. b LCPubb/TI beispielhaft aufzuzählen und dass er insoweit den Anwendungsbereich dieser Bestimmung nicht erweitern kann. Es handelt sich nicht um eine gesetzesvertretende Reglementsbestimmung, sondern um eine reine Vollzugsvorschrift. Daher kann sich die Frage nicht stellen, ob die Grenzen einer Delegationsnorm eingehalten worden sind. Im Übrigen stellt der formell-gesetzliche Art. 2 lit. b LCPubb/TI in Bezug auf die generell-abstrakte Definition der «weiteren mit kantonalen oder kommunalen [...] Aufgaben betrauten Auftraggeber» («preposti a compiti cantonali, comunali [...]») eine genügende Grundlage im Sinn von Art. 36 Abs. 1 BV dar, zumal sich die Kriterien der Unterstellung der «weiteren Auftraggeber» hinreichend klar aus dieser Bestimmung ergeben. Es ist von Verfassungs wegen nicht geboten, mehr oder minder konkrete Fallgruppen in einem Gesetz im formellen Sinn aufzuzählen.

b. Zur Rüge des Fehlens an einem öffentlichen Interesse an der vergaberechtlichen Erfassung von Privatkliniken verweist das BGer auf BGE 145 II 49, E. 4.4.3.1 und E. 4.5.6, sowie auf die im rapportierten Urteil bereits gemachte Feststellung (vgl. vorne 4a), dass auch Privatkliniken im Rahmen ihrer Listentätigkeiten nicht gewerblich tätig sind. Aus diesem Umstand ergibt sich ein öffentliches Interesse an einer öffentlich-rechtlichen Regulierung der entsprechenden Beschaffungen im Sinn der Vergaberechtsgrundsätze, namentlich des Ziels der sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel. Damit ist Art. 36 Abs. 2 BV nicht verletzt.

c. Auch die Rüge betreffend Nichteignung der streitigen Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit weist das BGer gestützt auf die Feststellung ab, dass Privatkliniken im Listenbereich nicht gewerblich tätig sind. In diesem Sinn basiert die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Vergaberechtsunterstellung könne nichts erreichen, weil Privatkliniken per se wirtschaftlich und nichtdiskriminierend beschaffen, auf einer unzutreffenden Annahme. Auf der gleichen Annahme beruht auch die Beschwerderüge, die streitige Unterstellung stelle einen übermässigen Eingriff dar, denn sie geht davon aus, dass die Unterstellung zwecklos sei. Im Übrigen betrachtet das BGer diese Rüge nicht als hinreichend substantiiert.

d. Schliesslich hält das BGer fest, dass die streitige Unterstellung keine sich gegen den Wettbewerb in einem bestimmten Sektor richtende Massnahme i.S.v. Art. 94 Abs. 4 BV

darstellt, sondern eine vom öffentlichen Interesse getragene Massnahme zum Schutz namentlich der aus dem System der obligatorischen Krankenversicherung stammenden öffentlichen Mittel. Es werden damit auch nicht bestimmte ökonomische Interessen bezüglich der Beeinflussung des Wettbewerbs unter Privaten verfolgt.

e. Angesichts dieses Ergebnisses weist das BGer die Beschwerde ab.

Die Anmerkungen

1. Die Beschwerdeführerin hatte in casu nicht den generell-abstrakten Art. 2 lit. b LCPubb/TI (nach dem nebst den öffentlich-rechtlichen Körperschaften alle weiteren Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben subjektiv dem Vergaberecht unterstellt werden) angefochten, sondern den diese Bestimmung konkretisierend auslegenden Eintrag «Privatkliniken» im Anhang 1 RLCPubb/TI.

a. Das rapportierte Urteil hat damit eine Überprüfung der Rechtmässigkeit des Eintrags zum Gegenstand – das zeigt sich insbesondere darin, dass das BGer das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin gestützt auf die Ausführung anerkennt, wenn die Rechtswidrigkeit des Eintrags festgestellt und der Eintrag daraufhin gestrichen würde, könnte sich die Beschwerdeführerin stets auf dieses Präjudiz berufen, wenn ihre Vergaberechtsunterstellung behauptet würde (E. 2.3).

b. Die Überprüfung der Rechtmässigkeit des Eintrags erfolgte allerdings nicht unter dem Aspekt der Konformität mit Art. 2 lit. b LCPubb/TI, sondern ausschliesslich unter jenem der Wirtschaftsfreiheit (auf welche sich ein Privatspital bei Tätigkeiten im Rahmen der obligatorischen Krankenversicherung jedenfalls in Bezug auf die Wahl der Geschäftspartnerinnen berufen kann). Nach meiner Einschätzung ist dies darauf zurückzuführen, dass erstens das BGer das Recht zwar von Amtes wegen anwendet, gleichwohl aber grundsätzlich nur auf substanziiert erhobene Rügen eingeht (vgl. Art. 42 Abs. 2 Satz 1 BGG), und dass zweitens die Beschwerdeführerin sich auf die Rüge der Verletzung der Art. 27 und 94 BV beschränkt hatte (E. 4.1).

c. Diese Beschränkung bedeutete einen Verzicht auf die Rüge, der streitgegenständliche Listeneintrag beruhe auf einer Auslegung des Begriffs der «Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben» nach Art. 2 lit. b LCPubb/TI, welche das übrige Bundesrecht oder das interkantonale Recht verletze (vgl. Art. 95 lit. a, lit. b und lit. e BGG). Im Besonderen hat die Beschwerdeführerin nicht gerügt, dass eine rechtswidrige Interpretation von Art. 8 (Abs. 2 lit. a) IVöB oder eine willkürliche (vgl. Art. 9 BV) Auslegung von Art. 2 (lit. b) LCPubb/TI vorliege. Das dürfte damit zusammenhängen, dass BGE 145 II 49, E. 4.4.2, auf den Umstand verweist, dass die Sicherstellung der Grundversorgung im Gesundheitsbereich eine insbesondere den Kantonen obliegende öffentliche Aufgabe ist (das gilt nicht nur in dem durch den genannten Entscheid betroffenen Kanton Zürich, sondern

auch im Tessin; vgl. Art. 117 und Art. 117a Abs. 1 BV sowie Art. 14 lit. 1 der Verfassung des Kantons Tessin vom 14.12.1997). Vor diesem Hintergrund wäre es in der Tat schwierig, die Argumentation zu vertreten, es sei nicht nur rechtsfehlerhaft, sondern nachgerade willkürlich, den seinem Wortlaut nach insbesondere sämtliche mit kantonalen Aufgaben betrauten Subjekte betreffenden Art. 2 lit. b LCPubb/TI dahin auszulegen, dass er im Bereich der Listentätigkeiten (über die die Grundversorgung im Gesundheitsbereich sichergestellt wird) auch Privatspitäler erfasst.

d. Zwar gilt diese Erfassung nur für nichtgewerbliche Tätigkeiten, doch auch insoweit machte der vorher ergangene BGE 145 II 49, E. 4.5.6, die Räume sehr eng, weil in diesem Entscheid festgehalten wird, dass entsprechend der kantonalen Spitalliste im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung ausgeübte Tätigkeiten keinem (hinreichend) freien Wettbewerb ausgesetzt sind. Der erwähnte Entscheid äussert sich zu einem öffentlich gehaltenen Spital, bei dem de facto von einem höchst geringen Konkursrisiko auszugehen ist (BGE 145 II 49, E. 4.5.5 und E. 4.5.6). Allerdings fällt bei genauer Lektüre der gesamten E. 4.5 und insb. der E. 4.5.6 dieses Entscheides auf, dass das Kriterium des Fehlens eines realen Konkursrisikos nur ein Grund unter vielen ist, aus denen das BGer das Fehlen eines (hinreichenden) Wettbewerbs zwischen Listenspitälern verneint hat.

e. Insgesamt könnte die Beschwerdeführerin davon ausgegangen sein, dass die in casu nicht anfechtbaren Normen des Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB und des Art. 2 lit. b LCPubb/TI unter Berücksichtigung von BGE 145 II 49 so auszulegen waren, dass auf der Spitalliste figurierende Privatkliniken grundsätzlich dem Vergaberecht unterstellt sind und dass nur die Berufung auf die verfassungsrechtlich geschützte Wirtschaftsfreiheit Abhilfe bieten könnte. Da tatsächlich kaum anzunehmen ist, dass Privatkliniken als den Staatsverträgen unterstellte «Einrichtungen des Rechts» gelten (vgl. HANS RUDOLF TRÜEB/DANIEL ZIMMERLI, Spitalfinanzierung und Vergaberecht, Zürich 2012, Rz. 120), und da es hier deshalb um eine Frage des binnenstaatlichen Rechts geht, hätte der Beschwerdeführerin ein Urteil, das die Verletzung der Wirtschaftsfreiheit durch die Unterstellung der Privatkliniken feststellt, indirekt auch gegenüber Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB und Art. 2 lit. b LCPubb/TI Hilfe leisten können.

f. Im Ergebnis verneint das BGer das Vorliegen eines Verstosses gegen die Wirtschaftsfreiheit. Zum Thema der gesetzlichen Grundlage scheint es darauf hinzuweisen, dass letztlich nicht der streitbetroffene Eintrag, sondern die im Einzelfall vorzunehmende Auslegung des Art. 2 lit. b LCPubb/TI massgeblich sein wird, wobei die letztgenannte, formell-gesetzliche Bestimmung hinreichend klar ist, um eine insoweit verfassungskonforme Rechtsanwendung ungeachtet des Wortlauts von nachgeordneten Normen sicherzustellen. Im Weiteren führt das BGer gestützt auf die Feststellung, dass im Bereich der mit öffentlichen Mitteln finanzierten Spitallistentätigkeiten kein hinreichender Wettbewerb herrscht, aus, dass ein öffentliches Interesse an der vergaberechtlichen Unterstellung aller in diesem Bereich tätigen

Subjekte besteht und dass deshalb die Unterstellung weder ungeeignet noch unverhältnismässig i.e.S. ist. Schliesslich hält es fest, dass die Unterstellung den Wettbewerb der Privatkliniken untereinander nicht tangiert und daher nicht als wettbewerbsbeschränkende Massnahme nach Art. 94 Abs. 4 BV zu qualifizieren ist (dabei lässt es offen, ob das Verhältnis zwischen Privatkliniken und öffentlichen Spitälern berührt wird, wie die Beschwerdeführerin geltend machte, da es auf diese Frage nicht ankommt, weil im Rahmen der öffentlichen Gesundheitsversorgung nach der Rechtsprechung im Verhältnis zwischen öffentlichen und privaten Leistungserbringern die Wirtschaftsfreiheit nicht angerufen werden kann; vgl. BGE 132 V 6, E. 2.5.4).

2. Nach dem Gesagten äussert sich das rapportierte Urteil nicht direkt zur Frage, ob auf der Spitalliste eines bestimmten Kantons figurierende Privatspitäler im Bereich der listengegenständlichen Tätigkeiten dem öffentlichen Vergaberecht subjektiv unterstellt sind.

a. Das Urteil lässt sich jedoch dahin interpretieren, dass es mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbar ist, wenn eine interkantonale oder kantonale Gesetzgebung Privatspitäler im genannten Bereich subjektiv dem (binnenstaatlichen) Vergaberecht unterstellt.

b. Das heisst auch, dass es nicht gegen die Wirtschaftsfreiheit verstösst, Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB 2001, Art. 4 Abs. 4 lit. a IVöB 2019 oder Art. 2 lit. b LCPubb/TI dahin auszulegen, dass alle Subjekte, die eine Spitaltätigkeit wahrnehmen, als Träger kantonaler Aufgaben subjektiv dem Vergaberecht unterstellt sind (sofern sie nicht schon als «Einrichtung des öffentlichen Rechts» nach Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB 1994 oder Art. 4 Abs. 1 IVöB 2019 gelten). Das befördert die Annahme, dass das BGer die genannten Normen zugunsten ei-

ner Unterstellung von Listen-Privatspitälern auslegen würde, wenn es darauf ankäme.

c. Erstens lässt das rapportierte Urteil kaum einen Zweifel daran, dass das BGer davon ausgeht, dass sämtliche Subjekte, die Spitaltätigkeiten ausüben, gleichviel, wie sie gerart sind und wie sie gehalten werden, im Rahmen dieser Tätigkeiten nicht in gewerblicher Art tätig sind. Darum kann angenommen werden, dass die in Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB 2001 und Art. 4 Abs. 1 IVöB 2019 (vgl. auch Art. 2 Abs. 2 RLCPubb/TI) vorgesehene Ausnahme der gewerblichen Tätigkeiten nicht greifen dürfte.

d. Zweitens äussert sich das rapportierte Urteil zwar nicht zur Frage, inwiefern die Ausübung von Tätigkeiten des Bereichs der obligatorischen Krankenversicherung als kantonale Aufgabe gelten, doch ist in Bezug auf diese Frage BGE 145 II 49, E. 4.4.2 (sowie der Umstand, dass die gesundheitliche Grundversorgung in allen Kantonen als öffentliche Aufgabe zu qualifizieren ist), von erheblicher Bedeutung. Es ist nicht anzunehmen, dass das BGer Tätigkeiten im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung nicht als Ausführung einer kantonalen Aufgabe i.S.v. Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB 2001 und Art. 4 Abs. 1 IVöB 2019 qualifizieren würde, wenn ihm die Frage unterbreitet würde.

3. Insgesamt scheint so auf einem eher verschlungenen Weg die Frage (vgl. TRÜEB/ZIMMERLI, a.a.O., Rz. 121 ff.; MANUELA GEBERT, Listenspitäler und die Subventionsklausel der IVöB, BR/DC 2014, S. 12 ff., S. 13 f.; BR/DC 2019, S. 198 ff., Nr. 317, S. 201, Anm. 3) geklärt worden zu sein, ob Privatspitäler subjektiv dem öffentlichen Vergaberecht unterstellt sein können. Offen bleibt, wie der Bereich der Listentätigkeiten von den übrigen Bereichen unterschieden werden kann (vgl. Art. 8 Abs. 3 IVöB 2019).