

Kriterien gewerblicher Tätigkeit

Das Bundesgericht bestätigt, dass auch privatrechtlich konstituierte Subjekte, welche ihre Leistungen im Wettbewerb anbieten, unter Umständen nicht gewerblich tätig sind, so dass auch sie «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» darstellen können. Das trifft namentlich dann zu, wenn diese Subjekte aus rechtlichen oder faktischen Gründen erwarten können, dass die öffentliche Hand sie vor einem allfälligen Konkurs bewahren würde.

Le Tribunal fédéral confirme que, dans certaines circonstances, des entités de droit privé qui offrent leur service en concurrence peuvent également exercer des activités qui ne poursuivent pas d'objectif commercial, de sorte qu'il faut alors les considérer comme des «organismes de droit public». Tel est notamment le cas lorsque ces entités peuvent s'attendre, pour des raisons juridiques ou factuelles, à ce que les pouvoirs publics les protègent contre une éventuelle faillite.

BGer (TF) 2C_1060/2017 (29.10.2020), zur Publikation vorgesehen

Martin Beyeler, ordentlicher Professor an der Universität Freiburg

Der Fall

(2) 1. Die Stiftung «Focus di Arbedo-Castione» ist durch die Gemeinde Arbedo-Castione gegründet worden und verfolgt den Zweck, auf einem in der Gemeinde gelegenen Grundstück Wohnungen zu bauen und diese sodann zu moderaten Konditionen in erster Linie an betagte oder behinderte Personen zu vermieten. Im Rahmen dieser Tätigkeit soll die Stiftung keinen Gewinn («senza scopo di lucro»), aber weitgehende Eigenwirtschaftlichkeit («strutture abitative [...] sostanzialmente autofinanzate») anstreben. Das durch die Gemeinde eingebrachte Stiftungsvermögen beträgt CHF 100 000; den Wohnungsbau finanziert die Stiftung über einen Kredit in der Höhe von CHF 8 Mio. Die Gemeinde hat diesen Kredit in ihrem eigenen Namen bei ihrer Bank aufgenommen und sodann der Stiftung zu denjenigen Konditionen weitergereicht, welche sie von der Bank erhalten hat.

2. Die Stiftung lud drei Anbieterinnen zur Einreichung von Totalunternehmerofferten für die Planung und den Bau der erwähnten Wohnungen ein. Sie kündigte bestimmte Zuschlagskriterien an, nicht jedoch, dass sie das öffentliche Vergaberecht beachten würde. Nach einer ersten Prüfung und Bewertung der Offerten kam der Stiftungsrat zum Schluss, dass er die drittplatzierte Offerte der Anbieterin B. bevorzugte, dass er aber den Preis dieser Offerte als zu hoch einschätzte. Hieraufhin wurde dieser Preis zwischen der Stiftung und der Anbieterin B. nachverhandelt, was zu einer Reduktion führte.

3. Die Stiftung eröffnete den anderen beiden Anbieterinnen, dass sie sich für das Angebot der Anbieterin B. entschieden hatte. Die Anbieterin A., welche den tiefsten Preis geboten hatte, gelangte an das kantonale Verwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung des Zuschlags und die Wiederholung des gesamten Vergabeverfahrens, welches ihrer Ansicht nach unter der Geltung der Regeln des öffentlichen Vergaberechts hätte organisiert werden müssen.

4. Vor dem Verwaltungsgericht stellte sich die Stiftung auf den Standpunkt, dem öffentlichen Vergaberecht subjektiv nicht unterstellt zu sein. Das Verwaltungsgericht jedoch qualifizierte die Stiftung als «Einrichtung des öffentlichen Rechts» i.S.v. Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB 2001 und hob in Gutheissung der Beschwerde nicht nur den Zuschlagsentscheid, sondern das gesamte Vergabeverfahren auf.

5. Gegen dieses kantonale Urteil erhob die Stiftung Beschwerde vor BGer. Sie rügte namentlich, sie sei dem öffentlichen Vergaberecht subjektiv nicht unterstellt.

Der Entscheid

1. Das BGer nimmt die Beschwerde als solche in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) entgegen. Die Frage, ob eine privatrechtliche Stiftung (nach Art. 80 ff. ZGB), welche von einer Gemeinde zwecks Baus und Betriebs von erschwinglichen Wohnungen für betagte und behinderte Personen errichtet wurde, dem subjektiven Geltungsbereich der IVöB 2001 unterstellt ist, stellt nach dem BGer eine Grundsatzfrage i.S.v. Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG dar.

2. Indessen weist das BGer die Beschwerde ab, weil die beschwerdeführende Stiftung nach seiner Analyse eine «Einrichtung des öffentlichen Rechts» (im Folgenden: EöR) nach Art. 2 BAöB i.V.m. Ziff. 3 Annex 2 Anhang I GPA 1994 und Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB 2001 darstellt und das kantonale Verwaltungsgericht daher zu Recht das Vergabeverfahren der Stiftung nach den Regeln des öffentlichen Vergaberechts beurteilt hat.

a. Zunächst erinnert das BGer daran, dass sich der Begriff der EöR nach der in Fn. 1 Annex 3 Anhang I GPA 1994 enthaltenen Definition richtet und dass für das Verständnis dieses Begriffs rechtsvergleichend das Unionsrecht berücksichtigt werden kann, welches eine gleichlautende Definition enthält.

b. Die Stiftung erfüllt zunächst das begriffliche Erfordernis der (eigenen) Rechtspersönlichkeit. Dieser Punkt sowie der Umstand, dass der Begriff der «Einrichtung des öffentlichen

Rechts» entgegen diesem Namen auch privatrechtlich konstituierte Organismen erfassen kann, waren zwischen den Verfahrensparteien vor BGer nicht umstritten.

c. Im Weiteren erfüllt die Stiftung auch das Erfordernis der Staatsgebundenheit, jedenfalls im Sinn der Tatbestandsalternative der mehrheitlichen Bestimmung der Leitungsorgane durch eine Gebietskörperschaft (vgl. Fn. 1 [3. Lemma, 3. Alternative] Annex 3 Anhang I GPA 1994). Sämtliche Mitglieder des der Stiftung vorstehenden Stiftungsrats werden in casu durch die Gemeinde Arbedo-Castione bestimmt. Das BGer hält dazu fest, dass es nicht darauf ankommt, ob die Gemeinde über ihr Bestimmungsrecht effektiv Einfluss auf die Stiftung nimmt; ein solcher Einfluss muss (für die Annahme, dass eine EöR vorliegt) nicht nachgewiesen werden. Es reicht unter der einschlägigen Begriffsbestimmung aus, dass eine Gebietskörperschaft die Mitglieder des obersten Leitungsorgans bestimmt und so die Möglichkeit zur Einflussnahme hat.

d. Ebenso ist das Erfordernis als erfüllt zu betrachten, wonach die Stiftung zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben von nicht gewerblicher Art zu erfüllen.

aa. Die Stiftung wurde gemäss ihrem Handelsregistereintrag zum Zweck gegründet, erschwingliche Mietwohnungen für betagte und behinderte Personen zu bauen und zu bewirtschaften, dies im Wesentlichen auf einer eigenwirtschaftlichen Grundlage.

bb. Die Bereitstellung erschwinglicher Wohnungen für tendenziell einkommensschwache Bevölkerungsgruppen stellt eine im Allgemeininteresse bzw. öffentlichen Interesse liegende Aufgabe dar. Für diese Annahme ist unerheblich, ob eine gesetzliche Grundlage es (der Gemeinde oder der Stiftung) vorschreibt, diese Aufgabe zu erfüllen. Erst recht stellt nicht nur die Erfüllung staatlicher Kernaufgaben eine im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit dar. Vielmehr liegt eine solche Tätigkeit immer dann vor, wenn es um die Förderung von kollektiven Interessen und in diesem Sinn um an die Gesellschaft (bzw. bestimmte Teile derselben) gerichtete Tätigkeiten geht. Unerheblich ist im Übrigen, ob die Stiftung nebst den im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeiten noch andere Aktivitäten entfaltet. Das BGer stellt überdies und im Sinn eines obiter dictum (dieser Punkt ist für die Annahme einer im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeit nicht relevant) fest, dass die Bereitstellung erschwinglicher Wohnungen für betagte Personen in verschiedener Hinsicht der Gesetzgebung und der Politik des Kantons Tessin entspricht.

cc. Schliesslich ist die Stiftung nicht in gewerblicher Art tätig. Zwar soll sie ihrem Zweck entsprechend im Wesentlichen eigenwirtschaftlich arbeiten und sich in diesem Sinn selbst tragen («gestione [...] di strutture abitative [...] sostanzialmente autofinanziate»). Indessen dient sie der Gemeinde nicht als Instrument zur Vermehrung des Finanzvermögens, sondern zur Erfüllung einer (selbst gewählten) öffentlichen Aufgabe.

dd. Der Umstand, dass die Stiftung im anvisierten Marktbe-
reich über kein rechtliches oder faktisches Monopol verfügt, sondern in Konkurrenz zu weiteren Anbieterinnen steht, ist nicht entscheidend. Dieser Wettbewerb übt keinen hinreichenden Druck auf die Stiftung aus, weil diese aufgrund der konkreten tatsächlichen Umstände (und ungeachtet von der Absenz einer rechtlichen Verpflichtung der Gemeinde zu ihrer finanziellen Unterstützung) realistischereweise darauf zählen kann, im Fall schwerwiegender finanzieller Nöte durch die Gemeinde unterstützt zu werden. Eine gewerbliche Tätigkeit im Sinn des Begriffs der EöR liegt jedoch nur vor, wenn die betreffende Stelle erstens ihre Leistungen in einem funktionierenden Wettbewerb anbietet und wenn zweitens dieser Wettbewerb einen derartigen Druck auf die Stelle ausübt, dass diese von selbst von jeder politischen Ausrichtung ihrer Tätigkeit und insbesondere ihres Beschaffungsverhaltens absieht, so dass es der Anwendung des (eine solche Disziplin auferlegenden) öffentlichen Vergaberechts nicht bedarf. Ein derartiger Druck kann aber nicht angenommen werden, wenn die betreffende Stelle aufgrund von Rechtsvorschriften, vertraglichen Abreden oder faktischen Umständen öffentlich unterstützt wird oder damit rechnen kann, dass eine öffentlich finanzierte Stelle (insb. eine staatliche Stelle) ihr zumindest im Notfall zu Hilfe eilen würde.

ee. Die beschwerdeführende Stiftung soll zwar ihrem Zweck entsprechend im Wesentlichen eigenwirtschaftlich arbeiten, doch profitiert sie erstens von einem Kredit der Gemeinde und von Kreditkonditionen, wie sie durch die Bank der Gemeinde gewährt werden. Dazu hält das BGer fest, dass nicht entscheidend ist, dass die Gemeinde der Stiftung den Kredit zu den ihr von ihrer Bank gewährten Konditionen weitergegeben hat, sondern vielmehr, dass nicht ausgeschlossen ist, dass die Gemeinde bei der Bank von (vorteilhaften) Konditionen profitiert, die einer Privatperson (in der Lage der Stiftung) nicht gewährt worden wären. Überdies weist das BGer darauf hin, dass die Stiftung ihre Bauten gestützt auf ein selbständiges Baurecht errichten wird, welches ihr durch die Pfarrgemeinde des Orts zu Konditionen gewährt wurde, deren Marktüblichkeit jedenfalls nicht ins Auge springt. Zweitens ist anzunehmen, dass die Gemeinde die Stiftung im Fall von substanziellen Verlusten auf die eine oder andere Art rekapitalisieren und so vor einem Konkurs bewahren würde. Davon zeugt nach dem BGer insbesondere der Umstand, dass die Gemeinde die Tätigkeit der Stiftung als Bestandteil ihrer Sozialpolitik versteht, dass sie die Stiftung nicht deshalb gegründet hat, weil sie sich der entsprechenden Aufgabe hätte entledigen wollen – sondern weil sie annahm, dass es der Stiftung leichterfallen würde, mit ideell tätigen Organisationen aus dem Bereich der Betreuung von betagten und behinderten Personen zu kooperieren –, und dass die Gemeinde bereits CHF 100 000 in die Stiftung investiert und sich gegenüber der Bank im Umfang von CHF 8 Mio. exponiert hat.

3. Das BGer erblickt im Umstand, dass die – gemäss seinem Urteil dem öffentlichen Vergaberecht unterstellte – Stiftung trotz Erreichens des staatsvertraglichen Schwellenwerts für

Bauarbeiten ein faktisches Einladungsverfahren durchgeführt hatte (in welchem sie sich nicht stets in Übereinstimmung mit dem durch die vergaberechtlichen Regeln Geforderten verhalten hatte), eine derart gravierende Rechtsverletzung, dass es nicht darauf ankommt, dass die ursprünglich beschwerdeführende Anbieterin das Verfahren nicht schon zu dessen Beginn als rechtswidrig gerügt hatte. Es kommt dazu, dass die Frage, ob die Stiftung dem Vergaberecht subjektiv unterstellt ist, von komplexer Natur ist, wie der rapportierte Entscheid zeigt, so dass von einer Anbieterin nicht verlangt werden konnte, dass sie die Rechtswidrigkeit des Vorgehens der sie zur Offertstellung einladenden Stiftung umgehend hätte erkennen und rügen müssen. Das BGer hält fest, dass bei Rechtsverletzungen, die schwerwiegend, zugleich aber schwer zu erkennen sind, ein «indisputables öffentliches Interesse» («un indiscusso interesse pubblico») daran besteht, dass die Vergabestelle sich nicht unter Anrufung des Grundsatzes von Treu und Glauben (bzw. der daraus abgeleiteten Obliegenheit der Anbieterinnen, umgehend Rüge zu erheben) ihren Pflichten entziehen kann.

Die Anmerkungen

1. Diesen Erwägungen des BGer ist zuzustimmen.
2. Der rapportierte Entscheid bestätigt (vgl. BGE 145 II 49, E. 4.5.5), dass bereits eine bloss faktisch begründete Erwartung, dass die öffentliche Hand eine bestimmte Stelle vor einem drohenden Konkurs bewahren (oder sogar schon früher unterstützen) würde, für die Annahme ausreichen kann, dass diese Stelle nicht gewerblich tätig ist, selbst wenn sie ihre Leistungen in Konkurrenz zu anderen Akteuren anbietet.
3. Wenn in casu die Konditionen des Kredits (von CHF 8 Mio.) oder gar der Kredit selbst der Stiftung nicht gewährt worden wären, falls diese sich (mit ihrem Dotationskapital von CHF 100 000 und mit dem keinen Gewinn anstrebenden Projekt) direkt bei einer Bank darum bemüht hätte, so sprächen solche Sonderkonditionen ebenfalls für ein Fehlen von hinreichendem Wettbewerbsdruck. Gleiches gilt, wenn der durch die Pfarrgemeinde verlangte Baurechtszins unterhalb des Marktüblichen liegt. Es gilt aber zu betonen, dass Sonderkonditionen bei Krediten oder Baurechten einerseits und die rechtlich oder faktisch begründete Aussicht auf Nothilfe andererseits je selbständige Gründe für die Annahme einer nicht gewerblichen Tätigkeit darstellen können. Dessenungeachtet verhielt es sich in casu so, dass die Gemeinde faktisch das volle Risiko der Geschäfte der Stiftung trug, weil sie selbst der Bank die Rückzahlung ihres Kredits schuldet, dessen Kapital sie der Stiftung weiterverliehen hatte. Ginge die Stiftung Konkurs, müsste die Gemeinde immer noch den Kredit der Bank zurückzahlen, und die Gemeinde hätte im Ergebnis das Geld der Stiftung geschenkt. Daraus lässt sich, wie das BGer es festhält, ableiten, dass die Gemeinde im Fall von massiven Verlusten der Stiftung schon aus Eigeninteresse die rechtzeitige Rekapitalisierung einem Konkurs vorziehen dürfte. Vor diesem Hintergrund war die Frage nach Sonderkonditionen bei Kredit und Baurecht nicht mehr fallentscheidend.