



Kommentar zu: Urteil: [2C\\_196/2017](#) vom 21. Februar 2019, publiziert als [BGE 145 II 49](#)

Sachgebiet: Grundrecht

Gericht: Bundesgericht

Spruchkörper: II. öffentlich-rechtliche Abteilung

dRSK-Rechtsgebiet: Bau- und Immobilienrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

## Staatsgebundenes Listenspital untersteht dem Beschaffungsrecht

### Autor / Autorin

Isabella Maag

Rechtsanwältin

**A**

**M T**

### Redaktor / Redaktorin

Nicole Tschirky

**WENGERPLATTNER**

*Das Bundesgericht hat vorliegend die gewerbliche Tätigkeit eines staatsgebundenen Listenspitals verneint und das Listenspital als Einrichtung des öffentlichen Rechts (Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB) qualifiziert, welche subjektiv unter das Beschaffungsrecht fällt.*

### Sachverhalt und Erwägungen

[1] Die Beschwerdeführerin (GZO AG) ist eine Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. [OR](#) mit Sitz in Wetzikon, welche durch die Umwandlung des Zweckverbands Gesundheitsversorgung Zürcher Oberland entstanden ist. Die Aktien der GZO AG werden zu 100% von den ehemaligen Zweckverbandsgemeinden gehalten. Die GZO AG hat im Wesentlichen den Zweck, den akutstationären Leistungsauftrag des Kantons Zürich sicherzustellen, wofür sie das Spital Wetzikon betreibt. Die GZO AG ist für verschiedene Leistungen im Bereich Akutsomatik auf der Spitalliste des Kantons Zürich aufgeführt (Art. 39 Abs. 1 lit. e des Krankenversicherungsgesetzes [\[KVG\]](#)).

[2] Der Regierungsrat des Kanton Zürichs verpflichtete die GZO AG und die Mitglieder ihrer Leitungsorgane mit Beschluss vom 8. Juli 2015 bei Aufträgen, welche die Schwellenwerte gemäss der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) überschreiten, die Bestimmungen des Beschaffungsrechts einzuhalten (Dispositiv-Ziff. 1). Den Mitgliedern der leitenden Organe der GZO AG wurde in Dispositiv-Ziff. 2 des Beschlusses für den Fall der Zuwiderhandlung die Ungehorsamsstrafe (Art. 292 [StGB](#)) angedroht.

[3] Dagegen erhob die GZO AG Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte die Aufhebung des regierungsrätlichen Beschlusses sowie die Feststellung, dass sie nicht an das Beschaffungsrecht gebunden sei. Das Verwaltungsgericht hiess die Beschwerde der GZO AG mit Urteil vom 20. Dezember 2016 teilweise gut und beschränkte die Anordnung des Regierungsrates gemäss Dispositiv-Ziff. 1 auf die GZO AG und hob Dispositiv-Ziff. 2 vollständig auf. Dieses Urteil zog die GZO AG ans Bundesgericht weiter, welches die Beschwerde mit Entscheid vom 21. Februar 2019 abwies, soweit es darauf eintrat.

[4] Das Bundesgericht hatte im Wesentlichen zu entscheiden, ob die GZO AG eine Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a [IVöB](#) ist. Dies setzt nach Anhang I Annex 3 Government Procurement Agreement ([GPA](#)) voraus, dass drei Voraussetzungen (Gründung einer Einrichtung zu einem besonderen Zweck, der im Allgemeininteresse liegt und deren Tätigkeit keinen industriellen oder gewerblichen Charakter aufweist;

Rechtspersönlichkeit; Staatsgebundenheit) gegeben sind. Die letzten beiden Voraussetzungen waren nach Ansicht des Bundesgerichts bei der GZO AG ohne Weiteres gegeben. Zum zweiten Lemma (Rechtspersönlichkeit) führte das Bundesgericht klarstellend aus, dass die GZO AG zwar eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR sei, diese privatrechtliche Konstituierung einer Qualifikation als «organisme public» aber nicht entgegenstehe (E. 4.3.1). Da das Leitungsorgan der GZO AG mehrheitlich von der öffentlichen Hand bestellt werde, sei sodann das letzte Alternativkriterium des dritten Lemmas erfüllt und die GZO AG gelte als staatsgebunden (E. 4.3.2).

[5] Zu prüfen blieb für das Bundesgericht, ob auch das erste Lemma erfüllt ist oder ob die GZO AG einer gewerblichen Tätigkeit nachgeht und aus diesem Grund keine Einrichtung des öffentlichen Rechts ist. Das Bundesgericht setzte sich dabei insbesondere mit den Vorbringen der GZO AG, mit denen diese ihre gewerbliche Tätigkeit zu begründen versuchte, auseinander und verneinte diese allesamt:

[6] Das Bundesgericht führte zunächst aus, dass das Verfahren auf Spitalplanung und Festlegung der Spitalliste keinen äquivalenten Mechanismus zum Beschaffungsrecht darstelle. Trotz der Verstärkung des Wettbewerbsgedankens zwischen den Spitälern komme den planwirtschaftlichen Elementen weiter massgebende Bedeutung zu. Dass sich die GZO AG für die Aufnahme in die Spitalliste bewerben muss, reiche daher nicht für die Annahme aus, dass die GZO AG im freien Wettbewerb stehe (E. 4.5.1.5).

[7] Auch die mögliche Wettbewerbssituation zu Einrichtungen, die ihrerseits nicht auf der Spitalliste stehen, vermag nach Auffassung des Bundesgerichts die Unzulänglichkeiten des Spitalplanungs- und Listenverfahrens nicht zu kompensieren. Diese Einrichtungen verfügten gegenüber Listenspitälern über einen erheblichen Wettbewerbsnachteil und könnten daher keine Gewähr für einen Wettbewerbsdruck bieten (E. 4.5.2.2). Diejenigen Anbieter, welche nur ambulante medizinische Dienstleistungen erbringen, würden die GZO AG sodann nur in einem Teilbereich konkurrenzieren (E. 4.5.2.3).

[8] Ein Indiz für die fehlende Gewerblichkeit der GZO AG sah das Bundesgericht auch in der Preisbildung. Die Preisbildung für akutstationäre Behandlungen im Rahmen der obligatorischen Krankenversicherung erfolge im Wesentlichen nach staatlich definierten Kriterien. Der preisbildende Mechanismus sei daher nicht in erster Linie das freie Spiel aus Angebot und Nachfrage, das ein zentrales Merkmal von Märkten mit funktionierendem Wettbewerb darstelle (E. 4.5.3.4).

[9] Die Tatsache, dass die Verhandlungen über den Basispreis für akutstationäre Leistungen mit Versicherern geführt werden, die dem Gewinnausschüttungsverbot unterliegen, deutet nach Ansicht des Bundesgerichts ebenfalls auf eine fehlende gewerbliche Tätigkeit hin (E. 4.5.3.5).

[10] Nicht überzeugen konnte das Bundesgericht das beschwerdeführerische Argument, dass durch die Festsetzung des Spitaltarifs Wettbewerb entstehe. Vielmehr kam das Bundesgericht diesbezüglich zum Schluss, dass mit Blick auf die Umstände der Preisfestlegung die GZO AG zwar unter Kosten-, nicht aber unter Wettbewerbsdruck stehe (E. 4.5.3.6).

[11] Zum Anliegen der Kantone nach einer Kostenbeschränkung für die Gesundheitskosten führte das Bundesgericht aus, dass dieses nicht entscheidend vom allgemeinen Interesse nach einem geordneten öffentlichen Finanzhaushalt abweiche. Der Erlass von beschaffungsrechtlichen Bestimmungen zeige gerade die Wertung des Gesetzgebers, dass dieses Interesse nicht ausreiche, um eine wirtschaftliche und wettbewerbsneutrale Verwendung von Mitteln sicherzustellen (E. 4.5.3.7).

[12] Sodann erwog das Bundesgericht, dass die Kostengewichte, die neben dem Basispreis für die einheitliche Tarifstruktur massgeblich sind, den unmittelbaren Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern im Hinblick auf die Effizienz ihrer Behandlungsleistungen weiter begrenzen würden (E. 4.5.3.8). Zudem finde der Qualitätswettbewerb im Bereich der obligatorischen Krankenkasse nur in einem gesetzlich erheblich beschränkten Rahmen statt (E. 4.5.4).

[13] Schliesslich verwarf das Bundesgericht auch das Argument, dass die GZO AG als AG ein Verlustrisiko trage. So hätten die Aktionärsgemeinden ein über die reine Werterhaltung ihrer finanziellen Beteiligung hinausgehendes Interesse an der Aufrechterhaltung der GZO AG, wodurch die fehlende aktienrechtliche Nachschusspflicht

relativiert werde (E. 4.5.5.2).

[14] Gestützt auf diese Erwägungen kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die GZO AG keine gewerbliche Tätigkeit im beschaffungsrechtlichen Sinn wahrnehme, die GZO AG somit als Einrichtung des öffentlichen Rechts gelte (E. 4.5.6) und damit dem Beschaffungsrecht unterstehe.

[15] Weiter hatte sich das Bundesgericht mit der Frage zu beschäftigen, ob der Regierungsrat überhaupt zum Erlass des streitgegenständlichen Beschlusses befugt war (E. 5). Das Bundesgericht führte hierzu aus, dass nach § 4 Abs. 1 des [Beitrittsgesetzes](#) der Regierungsrat die Überwachung der Auftraggeber und Anbieter im Sinn von Art. 19 IVöB ordne. Diese Ordnung habe der Regierungsrat in § 39 [Submissionsverordnung](#) vorgenommen und er habe sich in § 39 Abs. 2 Satz 3 Submissionsverordnung die Oberaufsicht zugedacht (E. 5.2). Die beschaffungsrechtlichen Bestimmungen wiesen dem Regierungsrat damit die Aufgabe zu, die Einhaltung der kantonalen Submissionsgesetzgebung durch die Vergabestelle zu überwachen. In Verbindung mit der allgemeinen Verfügungskompetenz ziehe dies die Befugnis des Regierungsrates nach sich, Rechtssubjekte im Anwendungsbereich des für den Kanton massgeblichen Submissionsrechts zu dessen Einhaltung zu verpflichten (E. 5.3).

[16] Zuletzt machte die GZO AG eine Verletzung des Legalitätsprinzips sowie der Wirtschaftsfreiheit geltend (E. 6). Das Bundesgericht verwarf gestützt auf die vorangegangenen Erwägungen auch dieses Vorbringen, sei doch der Regierungsrat zum Erlass des angefochtenen Beschlusses befugt gewesen (vgl. E. 5) und habe er diesen auf eine generell-abstrakte Rechtsgrundlage abgestützt (E. 6.3.1). Da die GZO AG überdies keine gewerbliche Tätigkeit im Sinne des Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB ausführe und der Beitritt zur IVöB dem fakultativen Referendum unterstand, liege sodann auch mit Blick auf Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB keine Verletzung des Legalitätsprinzips vor (E. 6.3.2). Zur Wirtschaftsfreiheit musste das Bundesgericht aufgrund einer Verletzung der Rügepflicht keine weiteren Ausführungen machen (E. 6.4).

## **Kommentar**

[17] Damit die Gewerblichkeit einer staatsgebundenen Einrichtung bejaht werden kann, muss eine Einrichtung dem vollen Wettbewerbsdruck ausgesetzt sein. Dies ist der Fall, wenn die Einrichtung ihr Überleben allein durch ihren kommerziellen Erfolg im Wettbewerb ohne jegliche Hilfe sichern kann (MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 278).

[18] Das Bundesgericht kommt im vorliegenden Entscheid nach einer ausführlichen Prüfung der konkreten Gegebenheiten (Wettbewerbssituation, Aktionariat der GZO AG etc.) sowie einer Analyse der gesundheits- und sozialversicherungsrechtlichen Rahmenbedingungen zum Schluss, dass bei der GZO AG keine solche gewerbliche Tätigkeit vorliegt. Da die übrigen Voraussetzungen ohne Weiteres gegeben waren, qualifizierte das Bundesgericht die GZO AG als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB, womit diese sowohl im Staats- als auch im Binnenbereich subjektiv dem Beschaffungsrecht untersteht.

[19] Nicht entschieden hat das Bundesgericht, ob jedes staatsgebundene Listenspital subjektiv dem Beschaffungsrecht untersteht. Gegen eine solche «automatische» Unterstellung spricht, dass das Bundesgericht eine Einzelfallprüfung vorgenommen hat und dabei unter anderem auch die Entstehungsgeschichte der GZO AG und deren Marktumfeld untersucht hat. Auf der anderen Seite ist jedoch zu beachten, dass die allgemein gehaltenen Erwägungen des Bundesgerichts zur Preisbildung, zur Tarifstruktur und zum Wettbewerb im Bereich der obligatorischen Krankenkasse dazu führen, dass der Spielraum, welcher dem Bundesgericht und den unteren Gerichten bei der Beurteilung der gewerblichen Tätigkeit von anderen staatsgebundenen Listenspitälern verbleibt, klein ist.

MLaw ISABELLA MAAG, Rechtsanwältin, A MT Rechtsanwälte.

**Zitiervorschlag:** Isabella Maag, Staatsgebundenes Listenspital untersteht dem Beschaffungsrecht, in: dRSK,

publiziert am 25. Juni 2019

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

**EDITIONS WEBLAW**

**Weblaw AG** | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern

T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

**www.weblaw.ch**