

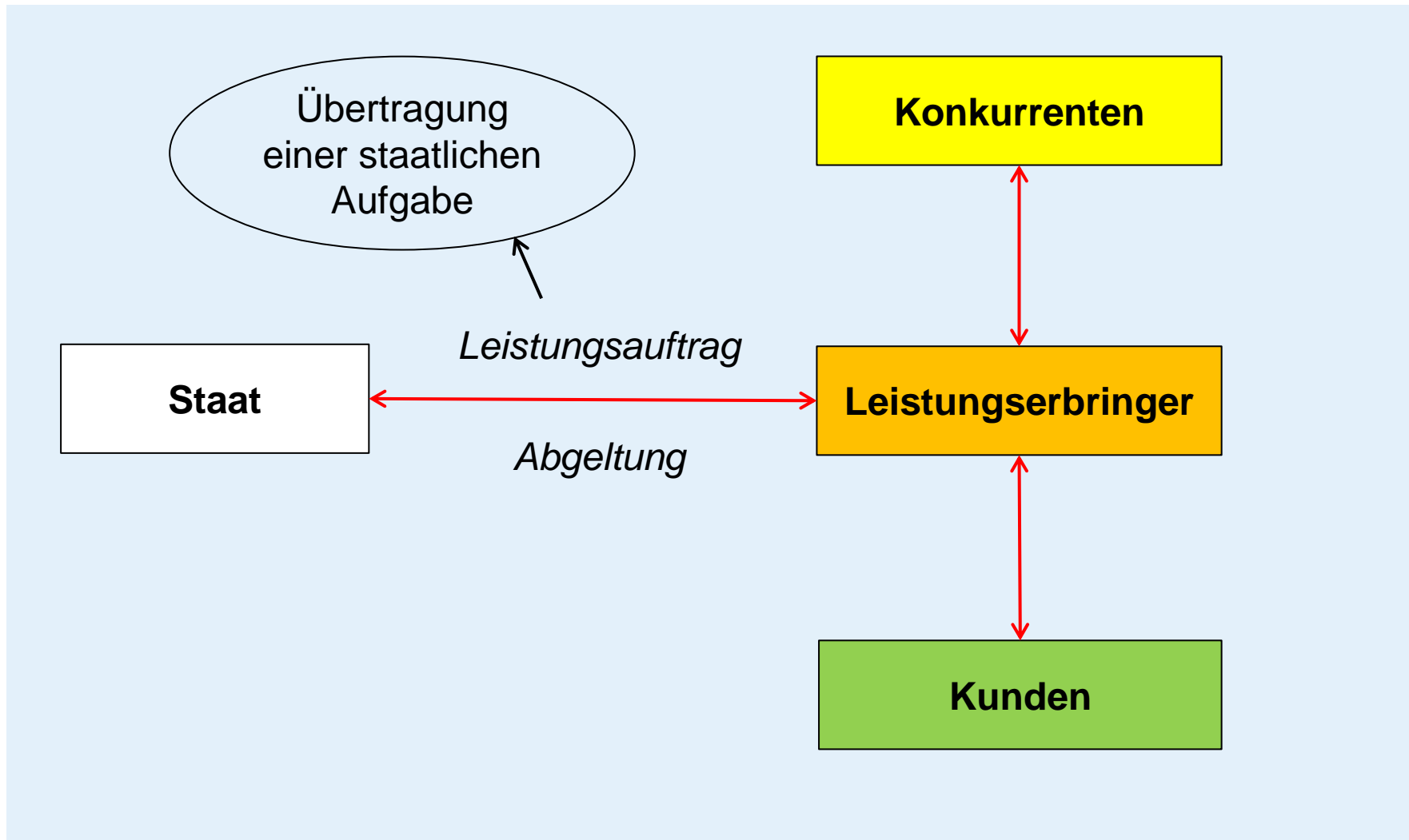
Prof. Dr. Bernhard Rütsche

Juristenverein des Kantons Luzern

**Staatliche Leistungsaufträge und
Rechtsschutz**

25. November 2014

Fragestellung



Übersicht

Leistungsaufträge

1. Bedeutung
2. Rechtsnatur
3. Grundrechte

Rechtsschutz

4. Leistungserbringer
5. Konkurrenten
6. Kunden

Schlussfolgerungen

1. Leistungsaufträge: Bedeutung (I)

Staatstheoretische Bedeutung

- Instrument zur **Auslagerung** von staatlichen Aufgaben an private oder öffentliche Unternehmen
- Insbesondere: dezentrale Organisation der **Grundversorgung** (service public)
- **Gewährleistungsstaat**: Kooperation bzw. Aufgabenteilung zwischen Staat und Gesellschaft
 - Staat reguliert, überwacht und finanziert
 - Private erfüllen die Aufgaben
- Abgrenzung von **Aufgabenverzicht** (Privatisierung von Aufgaben) und **Verringerung der Regulierungsdichte**

1. Leistungsaufträge: Bedeutung (II)

Gründe für die Auslagerung

- Hohe **Komplexität** öffentlicher Aufgaben in einer hochdifferenzierten Gesellschaft / Wirtschaft
- **Synergien** dank Verbindung von öffentlicher Aufgabenerfüllung mit privatwirtschaftlicher Tätigkeit
 - Synergien hinsichtlich Fachwissen, Personal, Infrastrukturen
 - Synergien durch grenzüberschreitende Angebote
- **Akzeptanz** der Staatstätigkeit
 - Kundennähe
 - Keine Ausdehnung des «Staatsapparats»
(Staat beschränkt sich auf Kernaufgaben)
- **Flexibilität** und Wettbewerbsfähigkeit dank privatrechtlichen Organisationsformen (privates Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht u.a.)
- Organisation der Aufgabenerfüllung im **Wettbewerb**

1. Leistungsaufträge: Bedeutung (III)

Praktische Bedeutung

- **Öffentlicher Verkehr und Energie**
 - Regionaler Personenverkehr
 - Eisenbahnverkehr
 - Unterhalt und Betrieb von Nationalstrassen
 - Stromversorgung: Leistungsaufträge an Netzbetreiber
- **Kommunikation**
 - Radio und Fernsehen: Leistungsauftrag an SRG
 - Fernmeldewesen: Leistungsauftrag an Swisscom («Grundversorgungskonzession»)
- **Gesundheit und Soziales**
 - KVG: Leistungsaufträge an Spitäler und Pflegeheime
 - IV: Leistungsvereinbarungen mit MEDAS
 - Soziale Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen (LU)
 - Spitalexterne Pflege (LU): Leistungsvereinbarungen mit Spitex
 - Ehe- und Familienberatungsstellen (LU)

1. Leistungsaufträge: Bedeutung (IV)

Praktische Bedeutung

- **Natur- und Umwelt**
 - Waldbewirtschaftung, Pflege und Nutzung des Waldes (LU)
- **Bildung**
 - Gymnasialbildung sowie Berufs- und Weiterbildung (LU)
 - Sonderschulung (LU)
- **Asyl- und Ausländerrecht**
 - Integration von Ausländerinnen und Ausländern
 - Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich
 - Durchführung von Ausreisegesprächen
- **Vollzugsaufgaben**
 - Entsendegesetz
 - Tierschutzgesetz und Artenschutzgesetz
 - Bekämpfung von Schwarzarbeit (Kontrolltätigkeiten)
 - Wohnraumförderung
 - Stipendiengesetz (LU)

2. Leistungsaufträge: Rechtsnatur (I)

Begriff

Übertragung einer öffentlichen Aufgabe vom Staat an eine Person des öffentlichen oder privaten Rechts («Beleihung»)

Form

- Übertragung durch **Gesetz** (gesetzlicher Leistungsauftrag)
- Übertragung durch die **Verwaltung** (administrativer Leistungsauftrag)
 - **Verfügung** («Leistungsauftrag»)
 - **Öffentlich-rechtlicher Vertrag** («Leistungsvereinbarung»)
 - Vom Gesetzgeber bisweilen als «Konzession» bezeichnet

Typischer Inhalt

- **Angebotspflicht** (Kontrahierungspflicht)
- **Regulierung** von Leistungsumfang, Qualität und Preisen durch den Staat
- **Abgeltung** der (ungedeckten) Kosten des Leistungserbringers durch den Staat bzw. eine Sozialversicherung (Staatsbeiträge bzw. Subventionen)

2. Leistungsaufträge: Rechtsnatur (II)

Arten

- Übertragung einer **monopolisierten** öffentlichen Aufgabe
 - Leistungserbringer hat Ausschliesslichkeitsrecht
- Übertragung einer **nicht monopolisierten** öffentlichen Aufgabe
 - Leistungserbringer stehen in Konkurrenz zu privatwirtschaftlichen Anbietern

Abgrenzungen

- **Bewilligungen**: Erlaubnis einer **privaten Tätigkeit**, die generell (im Gesetz) verboten ist
- **Konzessionen**: Verleihung von Sonderrechten auf eine **privatwirtschaftliche Tätigkeit** an Private

3. Leistungsaufträge: Grundrechte (I)

Grundrechtsbindung

- Leistungserbringer erfüllen staatliche Aufgaben
 - Art. 35 Abs. 2 BV (funktionale Betrachtungsweise):
volle Grundrechtsbindung gegenüber Kunden, auch wenn das Rechtsverhältnis dem Privatrecht untersteht
 - Rechtsgleiche, verhältnismässige, willkürfreie Behandlung von Kunden

Grundrechtsträgerschaft

- **keine Grundrechtsträgerschaft** von öffentlichen und privaten Leistungserbringern, soweit sie staatliche Aufgaben erfüllen (funktionale Betrachtungsweise)
- Problematik:
 - viele Unternehmen sind von Leistungsaufträgen **wirtschaftlich abhängig** (soziale Einrichtungen, MEDAS, Spitäler, Privatschulen etc.) und damit auf Schutz vor staatlicher Macht angewiesen
 - Gewisse Kompensation durch Systemrelevanz von einzelnen Leistungserbringern

3. Leistungsaufträge: Grundrechte (II)

Wirtschaftsfreiheit

- **Kein Anspruch aus der Wirtschaftsfreiheit** (Art. 27 BV) auf Erteilung und Erneuerung von Leistungsaufträgen (kein Anspruch auf Subventionen)
- Aber: **Wettbewerbsneutralität des Staates** (Art. 94 Abs. 1 BV), falls zwischen Leistungserbringern Wettbewerb besteht (BGE 138 II 398: allerdings nur Überprüfung auf Willkür hin)
- Vergabe von Leistungsaufträgen: **öffentliche Ausschreibung?**
 - Keine Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM
 - Vereinzelt: Ausschreibungspflichten nach Spezialgesetz
 - Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts?
 - Ausschreibungspflicht kraft Art. 94 Abs. 1 BV (Wettbewerbsneutralität)?
 - § 9 Staatsbeitragsgesetz/LU

Der Staat kann öffentliche Aufgaben, für deren Erfüllung Staatsbeiträge ausgerichtet werden, aufgrund von Wettbewerben oder ähnlichen Verfahren vergeben.

3. Leistungsaufträge: Grundrechte (III)

Vertrauensschutz

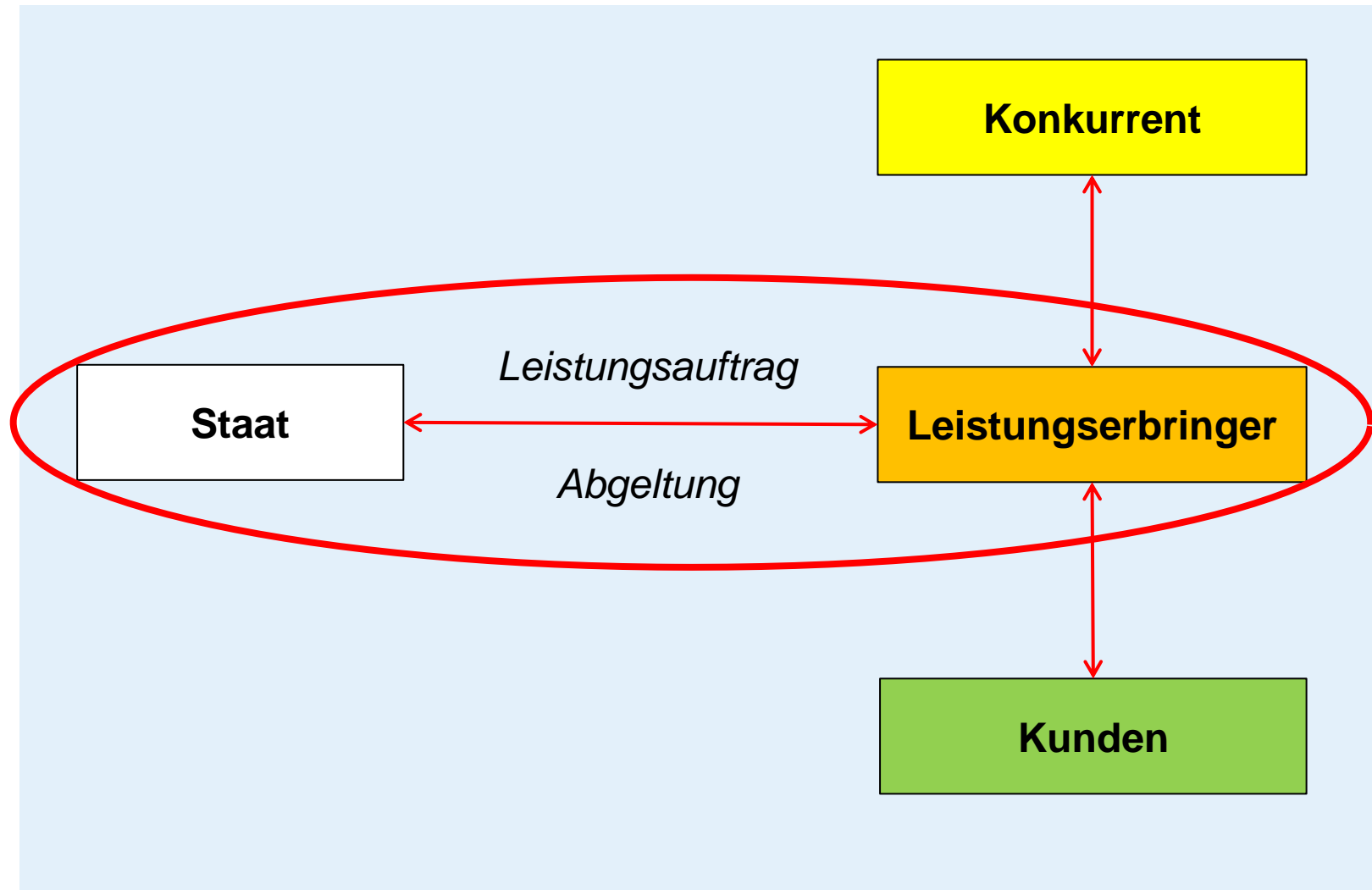
Die private Stiftung X für Menschen mit psychischer Behinderung hat vom Kanton für 2011-2014 einen Leistungsauftrag, 50 Wohnplätze für zur Verfügung zu stellen. Aufgrund des steigenden Bedarfs plant die Stiftung, in den nächsten Jahren 15 neue Wohnplätze zu errichten. Die Investitionskosten betragen CHF 30 Mio. Die zuständigen Behörden weigern sich, der Stiftung eine Zusicherung zu geben, dass die Investitionsfolgekosten in Zukunft abgegolten werden.

Bei der Stiftung und den Banken besteht Unsicherheit darüber, ob die Investition amortisiert werden kann.

- **Fehlender Vertrauensschutz**

- Kein Anspruch auf Wiedererteilung von Leistungsaufträgen
- Kurze Dauer von Leistungsaufträgen (i.d.R. 3-4 Jahre)
- **Keine wohlerworbenen Rechte**: kein Anspruch auf Entschädigung bei Entzug von Leistungsaufträgen

Fragestellung



4. Rechtsschutz: Leistungserbringer (I)

Fallkonstellationen

- Ablehnung eines Gesuchs um **Erteilung** oder **Wiedererteilung** eines Leistungsauftrags
- **Verweigerung oder Rückforderung von Abgeltungen**

2011 trat die neue Pflegefinanzierung in Kraft, welche eine Vollkostenrechnung für Pflegeheime vorschreibt. Hierauf empfahl die Wirtschaftsprüfungs-, Treuhand- und Beratungsgesellschaft BDO den Gemeinden, die noch nicht abgeschriebenen Investitionsbeiträge von den Pflegeheimen zurückzufordern.

In der Folge forderten mehrere Gemeinden von Pflegeheimen Investitionskostenbeiträge zurück, welche früher geleistet wurden und noch nicht abgeschrieben waren. Das Pflegeheim X ist der Auffassung, dass die Rückforderung rechtswidrig ist und will sich dagegen wehren.

4. Rechtsschutz: Leistungserbringer (II)

Fallkonstellationen

- **Widerruf oder Änderung** zulasten des Leistungserbringers
- **Verweigerung einer Änderung** des Leistungsauftrags zugunsten des Leistungserbringers

Der Kanton Bern hat die Erbringung von stationären Leistungen im Bereich der Betreuung von Kindern, Jugendlichen und erwachsenen Personen mit Behinderung sowie der Eingliederung invalider Personen mittels Leistungsverträgen an private Institutionen übertragen. Die Leistungsverträge sahen für 2011 ein Lohnsummenwachstum von 1 % vor. Der Regierungsrat beschloss nachträglich, für den Gehaltsaufstieg 1.8 % der Lohnsumme zu verwenden. Die privaten Institutionen verlangen vom zuständigen Alters- und Behindertenamt (ALBA) eine entsprechende Anpassung der Leistungsverträge. Das Amt verweigert die Anpassung und verweist die Institutionen auf den Klageweg.

(BVR 2013/5)

4. Rechtsschutz: Leistungserbringer (III)

Leistungsaufträge in Verfügungsform

- **Verfügung bzw. Entscheid** über
 - Ablehnung eines Gesuchs um Erteilung oder Wiedererteilung eines Leistungsauftrags
 - Verweigerung oder Rückforderung von Abgeltungen
 - Widerruf oder Änderung des Leistungsauftrags zulasten des Leistungserbringers
 - Verweigerung einer Änderung des Leistungsauftrags zugunsten des Leistungserbringers
- verwaltungsrechtlicher **Beschwerdeweg**

4. Rechtsschutz: Leistungserbringer (IV)

Leistungsaufträge in Vertragsform (Leistungsvereinbarungen)

- **Verfügung bzw. Entscheid über**
 - Ablehnung eines Gesuchs um Erteilung oder Wiedererteilung eines Leistungsauftrags
Art. 16 Abs. 5 Subventionsgesetz / Art. 11 Abs. 3 Staatsbeitragsgesetz:
Ablehnung von Gesuchen durch Verfügung bzw. Entscheid
→ verwaltungsrechtlicher **Beschwerdeweg**
- **Streitsachen aus öffentlich-rechtlichen Verträgen**
(Art. 35 lit. a VGG / Art. 162 Abs. 1 lit. a VRG)
 - Verweigerung oder Rückforderung von Abgeltungen
→ verwaltungsgerichtliche **Klage**
- **Verfügung oder Streitsache aus öffentlich-rechtlichen Verträgen?**
 - Widerruf oder Änderung zulasten des Leistungserbringers
 - Verweigerung einer Änderung des Leistungsauftrags zugunsten des Leistungserbringers

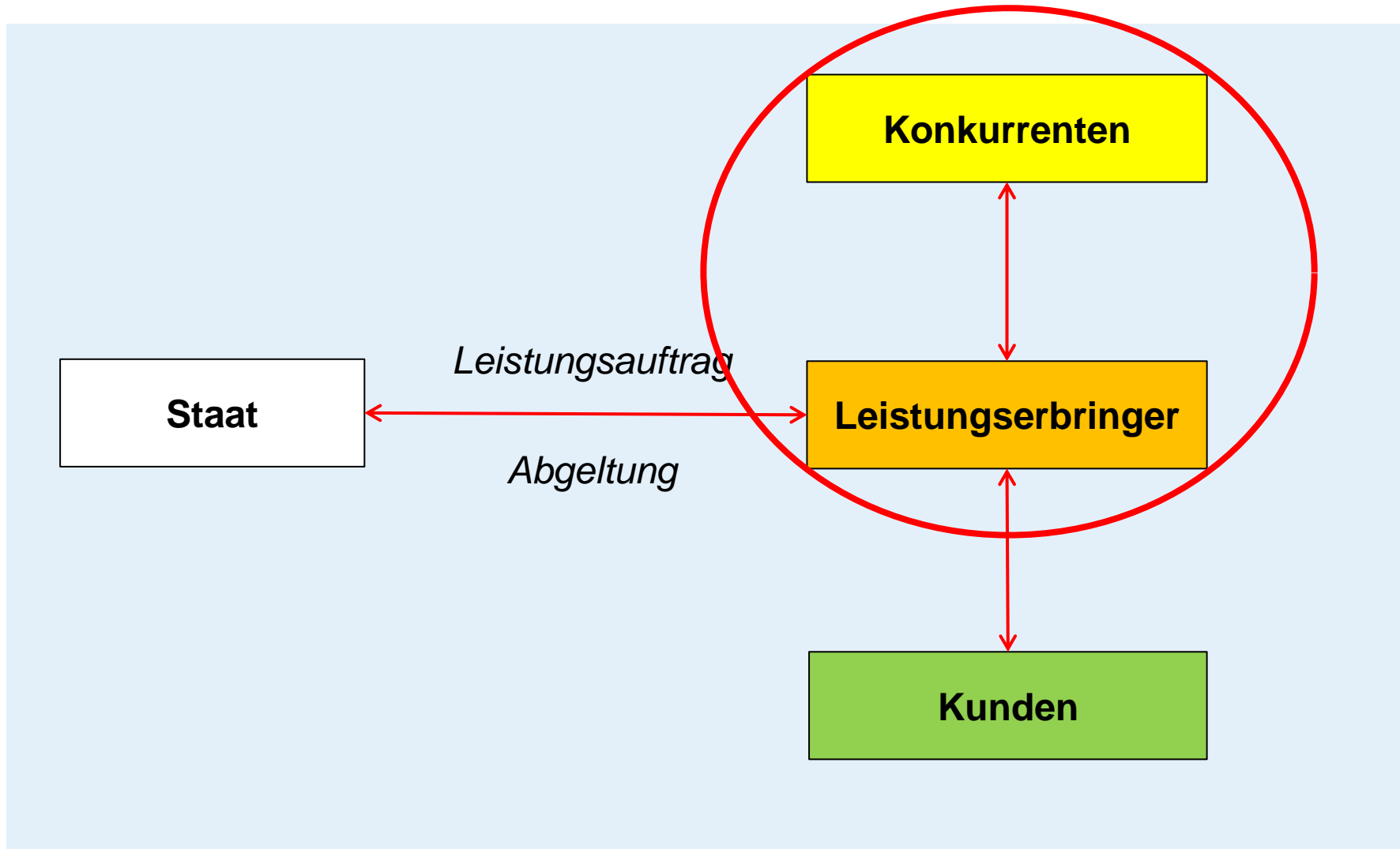
4. Rechtsschutz: Leistungserbringer (V)

Falllösungen

Die Gemeinde, die vom Pflegeheim X Investitionsbeiträge zurückfordern will, muss verwaltungsgerichtliche Klage beim Kantonsgericht einreichen.

Das ALBA hätte die Weigerung, die Leistungsverträge an das vom Regierungsrat beschlossene Lohnsummenwachstum von 1,8 % anzupassen, verfügen sollen (BVR 2013/5).

Fragestellung



5. Rechtsschutz: Konkurrenten (I)

Fallkonstellationen

- **Contra Gleichstellung von Konkurrenten**

Am 28. Mai 2010 wies das Beschlussorgan der interkantonalen Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin (HSM-Beschlussorgan) die Durchführung von Herztransplantationen den Universitätsspitälern Bern, Lausanne und Zürich zu. Das Inselspital Bern erhebt Beschwerde mit dem Antrag, das Inselspital als einziges Zentrum für Herztransplantationen festzulegen. (BVGE 2012/9)

- **Contra Privilegierung von Konkurrenten**

Für den 110 Mio. teuren Neubau des Spitals Wolhusen reichen die KVG-Fallpauschalen (DRG) nicht aus. Der Kanton Luzern gewährt deshalb einen sog. Standortbeitrag von mehreren Millionen Franken. Die privaten Listenspitäler im Kanton wollen sich gegen diese Subventionierung eines Konkurrenzspitals wehren.

5. Rechtsschutz: Konkurrenten (II)

Allgemein: Konkurrentenbeschwerde

- Contra Gleichstellung von Konkurrenten
 - **Grundsatz**
kein Schutz vor Konkurrenz, d.h. **keine Beschwerdebefugnis** von Konkurrenten
(Prinzip des freien Wettbewerbs)
 - **Ausnahme**
Beschwerdebefugnis von Konkurrenten wenn sich durch **wirtschaftspolitische oder sonstige spezielle Regelungen** eine schutzwürdige besondere Beziehungsnähe ergibt («Schutznorm»)
- Contra Privilegierung von Konkurrenten
 - **Beschwerdebefugnis** von Konkurrenten, die geltend machen, andere Konkurrenten würden privilegiert behandelt
(Wettbewerbsneutralität des Staates)

5. Rechtsschutz: Konkurrenten (III)

Listenspital contra Leistungsauftrag an anderes Spital (Gleichstellung)

- BVGE 2012/9 E. 4: **keine Konkurrentenbeschwerde**
Spital hat kein schutzwürdiges Interesse daran, dass ein anderes Spital von der Spitalliste gestrichen oder dessen Leistungsauftrag reduziert wird
 - In Beschwerdeverfahren betreffend Spitallisten besteht in der Regel nur mittelbare Betroffenheit, weil das Gericht angesichts der beschränkten Kognition kaum reformatorische Entscheide fällen kann
 - Drittbetroffene Spitäler haben somit auch keine Parteistellung
 - Ein Beschwerderecht von drittbetroffenen Spitälern bräuchte eine explizite gesetzliche Grundlage
- Vgl. aber noch BVGer C-2907/2008 E. 3.2: Konkurrentenbeschwerde eines privaten Listenspitals gegen Erteilung eines Leistungsauftrags an anderes privates Listenspital (besondere Beziehungsnähe in einem staatlich gelenkten Markt; vgl. BGE 127 II 264)

5. Rechtsschutz: Konkurrenten (IV)

Falllösung

Auf die Beschwerde des Inselspitals Bern gegen den Entscheid des HSM-Beschlussorgans, die Herztransplantationen den Universitätsspitalern Bern, Lausanne und Zürich zuzuweisen, wird nicht eingetreten. (BVGE 2012/9)

5. Rechtsschutz: Konkurrenten (V)

Listenspital contra Subvention an anderes Listenspital (Privilegierung)

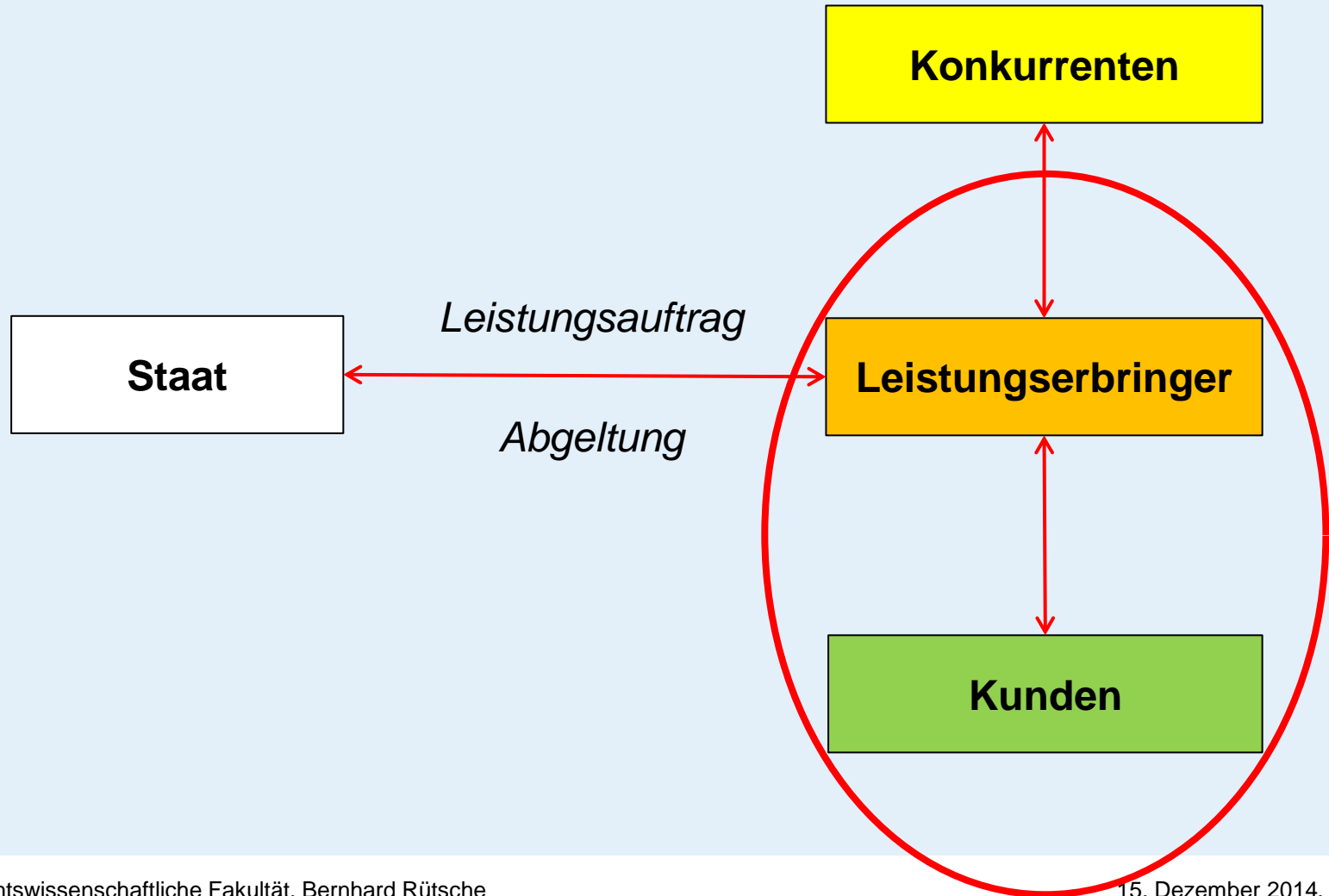
- Subvention in Form einer **Verfügung**
 - Beschwerde wegen Privilegierung eines direkten Konkurrenten müsste zulässig sein
 - Beschwerdefrist ab Kenntnis der Subvention (aus mangelhafter Eröffnung dürfen Beschwerdeberechtigten keine Nachteile erwachsen)
- Subvention in Form eines öffentlich-rechtlichen **Vertrags**
 - Kein taugliches Anfechtungsobjekt
 - Grundproblem: Drittbetroffene haben gegen verwaltungsrechtliche Verträge grundsätzlich keinen Rechtsschutz
(Ausnahme: «Nichtigkeitsbeschwerde» gemäss BGE 136 II 415 – Drittbeschwerde gegen Vereinbarung zwischen Exit und Zürcher Oberstaatsanwaltschaft betreffend organisierte Sterbehilfe)

5. Rechtsschutz: Konkurrenten (VI)

Falllösung

Auf die Beschwerde eines privaten Listenspitals gegen den Staatsbeitrag für den Neubau des Spitals Wolhusen wird eingetreten, sofern der Staatsbeitrag in Form einer Verfügung gewährt wird (vgl. Art. 5 Abs. 2 Spitalgesetz LU). Ansonsten wird nicht eingetreten.

Fragestellung



6. Rechtsschutz: Kunden (I)

Fallkonstellationen

- **Nichtaufnahme oder Kündigung** von Kundenbeziehungen

Die Post (Postfinance) kündigt die Zahlungsverkehrskonten mehrerer, geschäfts- und personenmässig eng verbundener Kunden, die im Ruf standen, mehrfach in dubiose Geschäfte verstrickt zu sein. Die Post ist der Meinung, dass es sich für sie rufschädigend auswirkte, falls sie diesen Kunden weiterhin als Bank diene. Wie können sich die Kunden gegen die Kündigung wehren? (BGer 4A_417/2009)

- **Nicht- oder Schlechterfüllung** von Leistungspflichten

Der Eigentümer eines vermieteten Mehrfamilienhauses bezahlte während zwei Jahren auch nach Androhung einer Lieferunterbrechung seine Stromrechnung nicht. Daraufhin sperrt das kommunale Energiewerk die Stromlieferung für den Warmwasserboiler und Lift. Wie können sich die Mieter der Liegenschaft wehren? (BGE 137 I 120)

6. Rechtsschutz: Kunden (II)

Fallkonstellationen

- **Streitigkeiten über Preise und andere Konditionen**

X. fährt mit einem Fahrausweis für die zweite Klasse versehentlich in der ersten Klasse einer S-Bahn mit Selbstkontrolle. Bei einer Kontrolle stellt das Zugpersonal fest, dass X. keinen gültigen Fahrausweis für die erste Klasse besitzt und erhebt von ihm einen Zuschlag von Fr. 80.- für Strecken mit Selbstkontrolle sowie einen Zeitzuschlag von Fr. 25.-. Da X. nicht vor Ort bezahlte, stellten ihm die SBB in der Folge eine Rechnung zu. Wie kann sich X. gegen die Rechnung wehren? (BGE 136 II 457)

- **Haftungsfragen**

Im privaten Listenspital X im Kanton Luzern wird einer Patientin aufgrund einer falschen Krebsdiagnose die Gebärmutter entfernt. Wie kann die Frau ihre Schadenersatzansprüche geltend machen?

6. Rechtsschutz: Kunden (III)

Grundsatz: öffentlich-rechtliches Verhältnis

- **Funktionale Betrachtungsweise:** Organisationsform des Leistungserbringers spielt keine Rolle
- Primärer Rechtsschutz:
 - **Recht auf anfechtbare Verfügung**, wenn Leistungserbringer in schutzwürdige Interessen von Kunden eingreift
 - soweit planbar: vorgängige Verfügung
 - ansonsten Verfügung über Realakt (Art. 25a VwVG, Art. 44a VRG)
 - verwaltungsrechtlicher **Beschwerdeweg**
- Haftung:
 - **Bundesebene: Staatshaftung** des Leistungserbringers mit subsidiärer Haftung des Bundes (Art. 19 Abs. 1 VG)
 - **Kanton LU: zivilrechtliche Haftung** von privaten Leistungserbringern mit zivilrechtlicher Ausfallhaftung des Gemeinwesens (Art. 5a HG)
(für Haftung von Anstalten gilt Staatshaftungsrecht)

6. Rechtsschutz: Kunden (IV)

Falllösungen

Die Unterbrechung der Stromlieferung an das Mehrfamilienhauses griff in schutzwürdige Interessen der Mieter ein und war planbar; folglich hätte sie mittels anfechtbarer Verfügung angeordnet werden müssen.

(BGE 137 I 120)

Das private Listenspital X haftet der Patientin gegenüber nach Zivilrecht; die Schadenersatzansprüche sind auf dem Zivilweg geltend zu machen.

6. Rechtsschutz: Kunden (V)

Ausnahme: privatrechtliches Verhältnis

- Ausdrückliche Regelung im **Spezialgesetz**
 - **Post** (Art. 11 POG), **Swisscom** (Art. 18 TUG): Rechtsbeziehungen und Haftung richten sich nach den Vorschriften des Privatrechts; Schlichtungsstelle für Streitigkeiten bezüglich Postdiensten (Art. 29 PG) und Fernmeldediensten (Art. 12c FMG)
 - **Personen- und Gütertransport** (Art. 56 PBG, Art. 12 GÜTG): vermögensrechtliche Streitigkeiten beurteilt das Zivilgericht, für die übrigen Streitigkeiten gilt Bundesverwaltungsrechtspflege
 - **Spitäler LU**: «Das Rechtsverhältnis zwischen den Patientinnen und Patienten und den Unternehmen ist öffentlich-rechtlich.» (§ 32 Abs. 1 Spitalgesetz LU)
e contrario: in privaten Spitälern privatrechtlich?

Gegenausnahme: Aufsichtsbeschwerde

- Gegen öffentliche Unternehmen kann stets bei der Aufsichtsbehörde Aufsichtsbeschwerde erhoben werden

6. Rechtsschutz: Kunden (VI)

Falllösungen

Gegen die Kündigung der Zahlungsverkehrskonten durch Postfinance muss zivilrechtliche Klage eingereicht werden.
(BGer 4A_417/2009)

Der Kontrollzuschlag der SBB für Graufahren ist privatrechtlicher Natur. Entsprechend kann die betroffene Person dagegen auf dem Zivilweg vorgehen.

Zudem ist aber auch eine Aufsichtsbeschwerde möglich: Zwar kann Aufsichtsbehörde den Zuschlag nicht unmittelbar aufheben. Sie kann aber die beaufsichtigte Transportunternehmung anweisen, wie sie sich in ihrer Vertragsbeziehung zu verhalten hat. Die Anweisung kann insbesondere dahin lauten, keinen Zuschlag zu erheben, diesen zu modifizieren oder den Vertrag zu ändern.

(BGE 136 II 457)

Schlussfolgerungen

1. **Uneinheitlichkeit**

- Rechtsformen (Verfügung / Vertrag)
- Rechtswege (Beschwerde, verwaltungsgerichtliche Klage, Zivilweg)

2. **Grundrechtsdefizite**

- Kein Grundrechtsschutz von Leistungserbringern, insbesondere kein Schutz durch Wirtschaftsfreiheit und Vertrauensschutz
- Grundsatz der Wettbewerbsneutralität wirkt nur schwach
- Keine Ausschreibungspflichten (ausser Spezialgesetz)

3. **Rechtsschutzlücken**

- Drittbetroffene Leistungserbringer können gegen eine ungerechtfertigte Gleich- oder Besserstellung von Konkurrenten kaum vorgehen.
- Hohe Rechtsschutzhürden (Kosten) im Bereich der Grundversorgungsdienste, die dem Zivilrecht unterstellt sind.