

# LU\_GERICHTE 7H 21 246 vom 14. Juli 2022

LU Gerichte, 2022-07-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu\\_gerichte\\_7H\\_21\\_246](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_7H_21_246)

FR: LU\_GERICHTE 7H 21 246 du 14 juillet 2022

IT: LU\_GERICHTE 7H 21 246 del 14 luglio 2022

## Regeste

Mit der Umwandlung der selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt "Luzerner Kantonsspital" in die gemeinnützige private Aktiengesellschaft "Luzerner Kantonsspital AG" (Organisationsprivatisierung) wurde keine effektiv neue Verwaltungs- und Betriebseinheit im Sinn von Art. 98 Abs. 2 UVV geschaffen. Die "Luzerner Kantonsspital AG" ist daher nicht berechtigt, neu zu wählen, ob sie die obligatorische Unfallversicherung der SUVA oder einem anderen anerkannten Versicherer nach Art. 68 UVG vergeben will. Weil kein Wahlrechtstatbestand vorlag, hätte die SUVA wegen Nichterfüllung des entsprechenden Eignungskriteriums nicht zur Offertstellung zugelassen werden dürfen bzw. ausgeschlossen werden müssen. Die Vergabe der obligatorischen Unfallversicherung an die SUVA ist daher rechtswidrig erfolgt. | § 16 öBG, § 29 Abs. 1 öBG; Art. 75 UVG; Art. 98 UVV. | Öffentliches Beschaffungswesen

## Erwägungen

### E. 4

Vorauszuschicken ist, dass die Frage nach dem Vorliegen eines Wahlrechtstatbestands – nach derzeitigem Wissensstand des Gerichts – bis heute nicht in einem sozialversicherungsrechtlichen Unterstellungsverfahren geprüft und entschieden wurde. Die Beschwerdegegnerin 1 hat insbesondere darauf verzichtet, diese Frage vor der Einleitung des Vergabeverfahrens abschliessend zu klären. Mit dem Gesuch der Beschwerdegegnerin 1 um Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens hatte sich die Suva (Beschwerdegegnerin 2) zwar einverstanden erklärt, aber auch gegen eine direkte Klärung des Wahlrechts als Vorfrage im hängigen Prozess nicht opponiert. Der Sistierungsantrag wurde wie erwähnt mit Verfügung vom 17. Januar 2022 abgewiesen, was unangefochten blieb. Unabhängig vom Umstand, ob es sich beim Wahlrecht nach Art. 75 UVG i.V.m. Art. 98 UVV um eine Spezialbestimmung des Sozialversicherungsrechts handelt, welche dem Submissionsrecht vorgeht (so der Bundesrat in seiner Antwort vom 22.2.2012 auf eine Interpellation Nr. 11.4139 von NR J. Stahl, ebenso Beyeler, Der Geltungsbereich, in: Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Zürich 2020, N 43 S. 33), betrifft die Frage nach dem Vorliegen eines Wahlrechtstatbestands eine nicht anderweitig geklärte Vorfrage, die im vorliegenden Verfahren zu beantworten ist. Denn nur bei neuen Verwaltungseinheiten, die ihre einmalige Wahl noch nicht getroffen haben, ist das Einreichen einer Offerte seitens der Suva gesetzeskonform.

### E. 5.1

Die Beschwerdeführerin macht unter Verweis auf den Leitentscheid des Bundesgerichts BGE 141 V 221 primär geltend, es existiere in der vorliegenden öffentlichen Ausschreibung – unter Umständen mit Ausnahme für die Höhenklinik Montana AG – kein neues Wahlrecht i.S.v. Art. 98 UVV. Damit sei die Beschwerdegegnerin 2 nicht zur Teilnahme an

der öffentlichen Ausschreibung berechtigt gewesen und müsse vom Verfahren ausgeschlossen werden. Die Vergabestelle habe in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen anscheinend das Wahlrecht und das öffentliche Beschaffungsrecht miteinander vermischt und in sich widersprüchliche Feststellungen getroffen, die sich aber erst im Zeitpunkt der Zuschlagsverfügung manifestiert hätten. Der Pressemitteilung der LUKS-Gruppe vom 1. Juli 2021 könne unter anderem entnommen werden, dass die neue Rechtsform per 1. Juli 2021 einen Zusammenschluss zur LUKS-Gruppe mit der Luzerner Kantonsspital AG als Dachorganisation ermögliche. Falls ein neues Wahlrecht im Sinn von Art. 98 UVV existieren würde, hätte dieses somit bis Ende Mai 2021 ausgeübt werden müssen. Mit der Publikation der öffentlichen Ausschreibung am 5. Juni 2021 und der Frist für die Eingabe der Offerten bis am 6. August 2021 wäre die Frist für die Wahlrechtsausübung somit verpasst worden. Entscheidend sei, ob mit der Umstrukturierung erstmals neu eine eigene Rechnung geführt werde und es sich bei den einzelnen Einheiten um effektiv neu geschaffene Einheiten handle. Durch eine Umwandlung der Rechtsform oder durch Vereinbarungen über die Zusammenarbeit oder durch eine Verschiebung von Aktienpaketen entstehe keine neue Verwaltungseinheit, die erstmals eine eigene Rechnung führt, i.S.v. Art. 98 UVV und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Sowohl die Luzerner Spitäler als auch das Spital Nidwalden hätten bereits vor dem Beschluss für eine Zusammenarbeit im Rahmen eines Spitalverbundes per 1. Juli 2021 eine eigene Rechnung geführt. Bezüglich Unterstellungsobjekt und damit bezüglich Zuständigkeit der Versicherungsträger im Bereich der UVGO (private UVG-Versicherer oder Suva) habe sich mit der neuen LUKS Gruppe nichts geändert. Zudem seien die hier zur Diskussion stehenden Spitalbetriebe als Listenspitäler verpflichtet gewesen, eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen. Selbst bei Annahme von neu geschaffenen Verwaltungs- und Betriebseinheiten hätten sie daher über kein neues Wahlrecht verfügt. Denn andernfalls könnten Listenspitäler die Verpflichtung zur Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung durch Abgabe eines schriftlichen Versicherungsantrags an einen UVG-Versicherer umgehen.

#### **E. 5.2.1**

Die Beschwerdegegnerin 1 vertritt den Standpunkt, die neue Struktur mit Mutter- und Tochtergesellschaften unterscheide sich wesentlich von der bis anhin geltenden Struktur bzw. Rechnungsführung. Unter der neuen Struktur sei das Jahr 2022 das erste Geschäftsjahr. Mit der ersten Konzernrechnung unter der neuen Struktur werde der Zustand erreicht, den der Regierungsrat bei Änderung des Spitalgesetzes in Aussicht gestellt habe. Damit sei das Erfordernis "erstmalig eine eigene Rechnung" erfüllt. Die Beschwerdegegnerin 1 habe also ein Wahlrecht, was der Beschwerdegegnerin 2 die Teilnahme am Verfahren ermögliche. Das Wahlrecht sei in zulässiger Weise ausgeübt worden. Die Beschwerdegegnerin 1 habe der Beschwerdegegnerin 2 in rechtlich verbindlicher Form und rechtzeitig den Zuschlag erteilt. Dies stelle im Zusammenspiel mit dem vorangehenden Beschaffungsverfahren einen "schriftlichen Versicherungsantrag" i.S.v. Art. 98 Abs. 3 UVV dar.

#### **E. 5.2.2**

Die Beschwerdegegnerin 2 führt aus, mit dem ungenutzten Verstreichen der Wahlfrist gemäss Art. 98 Abs. 2 UVV sei sie – sofern ein Wahlrecht im Sinn dieser Bestimmung bejaht werde – per Gesetz zur UVG-Versicherungsträgerin für die Vergabestelle geworden. Damit bestehe nun neben dem vorliegenden vergaberechtlichen Verfahren auch die

Möglichkeit eines sozialversicherungsrechtlichen Verfahrens. Sie, die Suva, könnte jetzt eine Verfügung erlassen bezüglich der Zuständigkeit für die Vergabestelle und deren Einreichung (diesbezüglich wäre die Verfügung rein deklaratorischer Natur). Sollte sich das Gericht für eine Klärung der Frage des Wahlrechts im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren entscheiden, wäre die Beschwerdegegnerin 2 bereit, innert kürzester Zeit die nötigen Verfügungen zu erlassen und das sozialversicherungsrechtliche Verfahren so in die Wege zu leiten. Sollte das vorliegende Verfahren fortgesetzt werden, würde die Beschwerdegegnerin 2 aus verfahrensökonomischen Gründen mit dem Erlass von Verfügungen bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids im vorliegenden Gerichtsprozess zunächst abwarten. Das Ausschreibungsverfahren sei im Wahlrechtsbereich in Konkordanz mit Art. 98 Abs. 2 UVV durchzuführen und im Fall einer Unvereinbarkeit der Bestimmungen gehe letzterer vor. Sofern der Vergabestelle ein Wahlrecht in diesem Sinn zukomme und sie eine Ausschreibung rechtzeitig – das heisst vor Ablauf der Frist gemäss Art. 98 Abs. 2 UVV – durchführe, müsse es dieser aus vergaberechtlicher Sicht demnach freistehen, nach der Vergabeverfügung noch ihr Wahlrecht gemäss Art. 98 Abs. 2 UVV auszuüben. Um dem Sinn und Zweck von Art. 75 UVG und Art. 98 UVV Genüge zu tun und der Vergabestelle effektiv Gelegenheit zur Ausübung ihrer Wahl zu geben, habe sich die Beschwerdegegnerin 2 auf den Standpunkt gestellt, dass die neuen Einheiten ihre Tätigkeit per 1. Januar 2022 aufnahmen, was den neuen Einheiten eine Frist bis 30. November 2021 für die Ausübung des Wahlrechts gewährt habe. Mit den neu gegründeten Gesellschaften LUKS Spitalbetriebe AG und LUKS Immobilien AG und der neu hinzugetretenen Luzerner Höhenklinik Montana AG fänden sich im Konzern gleich drei völlig neue Einheiten. Die beiden erstgenannten seien zuvor weder organisatorisch selbstständig gewesen noch hätten sie eine eigene Rechnungsführung aufgewiesen – sie hätten gar nicht existiert. Der Geschäftsbereich Spitalbetriebe sei dabei nur ein Bestandteil der öffentlich-rechtlichen Anstalt "Luzerner Kantonsspital" gewesen. Erst mit ihrer Gründung und Übertragung der Geschäftsbereiche von der Muttergesellschaft, der Luzerner Kantonsspital AG, seien diese entstanden. Als Tochtergesellschaften im Konzern wiesen sie heute eine gewisse organisatorische Selbstständigkeit auf, wobei sie nach wie vor von der Konzernmutter abhängig seien und von dieser gesteuert würden. Da sie als Aktiengesellschaften organisiert seien, müssten sie selbstredend eine eigene Rechnung führen. Sie würden dies erstmals machen, hätten doch weder die operative Spitalorganisation noch der Immobilienbereich zuvor eine eigene Rechnung ausgewiesen. Bedeutender als die rechtliche Umwandlung und die Gründung der Tochtergesellschaften sei aber die organisatorische Umstrukturierung, welche das Spital des Kantons Luzern in Folge dieser Umstrukturierung erfahren habe. Mit der Gründung der Tochtergesellschaften, der Aufgabenverteilung im Konzern und der Trennung von operativer und strategischer Tätigkeit werde eine sogenannte Management-Holding oder organisatorische Holding etabliert. Die Vergabestelle habe sich jeglicher operativer Tätigkeiten entledigt und diese auf die Tochtergesellschaften übertragen. Bereits diese Trennung von operativer und strategischer Tätigkeit verdeutliche, dass es hier nicht bloss um eine Veränderung der Besitzverhältnisse oder einen reinen Rechtskleid-Wechsel gehe. Die operative Tätigkeit sei bis dato Teil der Aufgaben der öffentlich-rechtlichen Anstalt gewesen und von dieser nun auf die LUKS Spitalbetriebe AG bzw. die Luzerner Höhenklinik Montana AG übergegangen. Mit der Einführung der Management-Holding seien diese Tochtergesellschaften nun viel stärker durch die Konzernmutter kontrolliert und – strategisch – gesteuert. Es handle sich nicht um eine reine Finanz- oder

Vermögensholding. Die Tochtergesellschaften im Konzern seien genau betrachtet organisatorisch nur teilweise selbstständig, verfügten sie doch nicht über eine eigene Personal- oder Finanzabteilung und seien sie strategisch wie finanziell von der Muttergesellschaft geführt. Sie bildeten zusammen mit der Muttergesellschaft eine – als Spital im Sinn der oben zitierten Botschaft archetypische – Einheit im Sinn von Art. 75 Abs. 1 UVG und Art. 98 Abs. 1 UVV. Allerdings wiesen die Tochtergesellschaften hinsichtlich des operativen Geschäfts dennoch eine grosse Selbstständigkeit auf. Die Tochtergesellschaften führten eigene Rechnungen und würden zudem unter der Konzernmutter in einer gemeinsamen Rechnung geführt. Dies genüge für die Anforderung von Art. 98 Abs. 1 UVV. Dass die Einheit im Sinn von Art. 98 Abs. 1 UVV mehrere Betriebe enthalte, für welche je einzeln eine Versicherungsbeziehung bestehe, ergebe sich daraus, dass der Begriff der Einheit und der Begriff des Betriebs eben nicht deckungsgleich seien.

### **E. 6.1**

Seit dem 1. Januar 2008 waren die Spitäler des Kantons Luzern in den beiden öffentlich-rechtlichen Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit "Luzerner Kantonsspital" (LUKS) und "Luzerner Psychiatrie" (lups) zusammengefasst (§ 7 Abs. 1 Spitalgesetz [SpG], in der bis 1.9.2021 geltenden Fassung [im Folgenden: aSpG]; SRL Nr. 800a). Die "Luzerner Spitäler" mit Sitz in Luzern boten Leistungen der Akut- und Rehabilitationsmedizin, die "Luzerner Psychiatrie" mit Sitz in St. Urban (Gemeinde Pfaffnau) bot Leistungen der Psychiatrie an (§ 7 Abs. 2 aSpG). Als juristische Personen des öffentlichen Rechts i.S.v. Art. 52 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB; SR 210) waren sie selber Träger von Rechten und Pflichten, verfügten über ein eigenes Vermögen und hafteten für ihre Verbindlichkeiten. Auf den Zeitpunkt der Verselbstständigung hin gingen die Betriebseinrichtungen der vormaligen kantonalen Dienststellen als Sacheinlage i.S.v. § 21 Abs. 1 aSpG in das Eigentum der LUKS und lups über (§ 29 Abs. 1 aSpG). 2011 wurde ihnen gegen eine Entschädigung zusätzlich auch der Grossteil der bis dato im Eigentum des Kantons befindlichen Spital- und Klinikbauten zu Eigentum im Baurecht übertragen (zum Ganzen auch: Luzerner Kantonsblatt Nr. 43 vom 29.10.2005 S. 2664 f., Botschaft und Gesetzesentwurf des Regierungsrats vom 27.9.2005 [B 116] zum Erlass eines Spitalgesetzes).

### **E. 6.2**

Mit der Änderung des Spitalgesetzes des Kantons Luzern vom 27. Januar 2020 sollten die kantonalen Spitäler in Aktiengesellschaften umgewandelt werden (§ 1 Abs. 1 lit. b SpG). Mit Handelsregistereintrag vom 22. Juni 2021 wurde die selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt "Luzerner Kantonsspital" gemäss den Art. 99 ff. des Fusionsgesetzes (FusG; SR 221.301) unter der Firma "Luzerner Kantonsspital AG" in eine gemeinnützige Aktiengesellschaft gemäss den Art. 620 ff. des Obligationenrechts (OR; SR 220) umgewandelt (vgl. § 7 Abs. 1 SpG). Die Umwandlung erfolgte gemäss Umwandlungsplan vom 27. Mai 2021 und Inventar per 31.12.2020 mit Aktiven von Fr. E. \_\_\_\_\_ und Passiven (Fremdkapital) von Fr. F. \_\_\_\_\_ durch Universalsukzession. Auf den Zeitpunkt der Umwandlung gingen die Rechte und Pflichten der früheren öffentlich-rechtlichen Anstalt, insbesondere auch die bestehenden Arbeitsverhältnisse, auf die neue Aktiengesellschaft über. Das im Umwandlungszeitpunkt ausgewiesene Dotationskapital der Anstalt wurde in voll liberiertes Aktienkapital umgewandelt (vgl. § 7 Abs. 2 SpG). Aus der öffentlich-rechtlichen Anstalt wurde somit eine Aktiengesellschaft –

die heutige Vergabestelle bzw. Beschwerdegegnerin 1. Gemäss ihrer Zweckumschreibung sowie gemäss § 2 SpG stellt die Luzerner Kantonsspital AG im Rahmen des Leistungsauftrags und der Leistungsvereinbarung des Kantons Luzern die Spitalversorgung für alle Kantonseinwohnerinnen und -einwohner wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sicher. Sie bietet Leistungen der Akut- und der Rehabilitationsmedizin mit Spitalbetrieben in Luzern, Montana, Sursee und Wolhusen an (§ 8 Abs. 2 Teilsatz 1 SpG). Sie kann ferner alle Tätigkeiten ausüben, die geeignet sind, ihren Zweck zu fördern, oder die mit diesem zusammenhängen und im Rahmen des Gesellschaftszwecks Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften errichten und betreiben und sich an anderen Unternehmen beteiligen (§ 8 Abs. 3 lit. b SpG). Der Kanton Luzern ist gemäss § 8a Abs. 1 SpG Alleinaktionär der Beschwerdegegnerin 1, und der Regierungsrat des Kantons Luzern sorgt dafür, dass die Beschwerdegegnerin 1 an Spitalbetrieben gemäss § 8 Abs. 2 SpG, die in selbstständige Tochtergesellschaften ausgelagert werden, eine Beteiligung von 100 Prozent hält (§ 8a Abs. 4 SpG).

### **E. 6.3**

Am 28. Juni 2021 übertrug die Vergabestelle gemäss Vermögensübertragungsvertrag vom 16. Juni 2021 den Geschäftsbereich Spitalbetriebe Luzerner Kantonsspital mit Aktiven von Fr. G.\_\_\_\_\_ und Passiven (Fremdkapital) von Fr. H.\_\_\_\_\_ (Sacheinlage) auf die mit gleicher Zweckumschreibung inzwischen gegründete Tochtergesellschaft "LUKS Spitalbetriebe AG". Der Geschäftsbereich Immobilien wurde mit Aktiven von Fr. I.\_\_\_\_\_ und Passiven (Fremdkapital) von Fr. J.\_\_\_\_\_ gleichentags auf die "LUKS Immobilien AG" übertragen. Schliesslich wurde der Geschäftsbereich Höhenklinik Montana, welche vor der Rechtsformänderung der kantonalen Spitalunternehmen Teil der öffentlich-rechtlichen Anstalt "Luzerner Kantonsspital" und bei der Suva versichert war, auf die "Luzerner Höhenklinik Montana AG" übertragen. Die Vergabestelle hält zudem 100 % der Aktien folgender Tochterunternehmen: Medical Imaging Luzern AG sowie Augenärzte Zentralschweiz AG. Zudem hält sie eine Beteiligung an der Spital Nidwalden AG.

### **E. 6.4**

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Umstrukturierung durch eigentliche Umwandlung i.S.v. Art. 99 Abs. 1 lit. b FusG und nicht durch Fusion gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. a FusG erfolgte. Der privatrechtlich organisierte Rechtsträger, die Beschwerdegegnerin 1, hat weder die öffentlich-rechtliche Anstalt "Luzerner Kantonsspital" übernommen (Absorptionsfusion, vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a FusG), noch haben sich die beteiligten Rechtsträger zu einem neuen Rechtsträger zusammengeschlossen (Kombinationsfusion, vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b FusG). Nichts anderes ergibt sich aus der Botschaft, wo mehrfach von Umwandlung und Rechtsformänderung bzw. -wechsel gesprochen wird (Botschaft des Regierungsrats vom 14.6.2019 [B 173] zur Änderung der Rechtsform der kantonalen Spitalunternehmen S. 10, 13, 15, 16, 19, 22, 30 f., S. 42 und 43 f., Botschaft B 44 vom 16.6.2020, Entwurf Kantonsratsbeschluss über die Genehmigung der Statuten der Luzerner Kantonsspital AG und der Luzerner Psychiatrie AG, S. 3). Schliesslich erfolgte die Handelsregistereintragung als Änderung der Firma (Name), Änderung der Rechtsform, Änderung Zweck, Kapitaländerung (alle), Änderung liberiertes Kapital, Änderung nominelles Kapital, Änderung Kapitalstückelung, Änderung Organe / Vertretung und nicht als Neueintragung; insbesondere führt die Luzerner Kantonsspital AG auch die bisherige UID (Unternehmens-Identifikationsnummer) der öffentlich-rechtlichen Anstalt unverändert

weiter (vgl. demgegenüber Art. 116 Abs. 4 i.V.m. Art. 145 Abs. 1 der Handelsregisterverordnung [HRegV, SR 221.411]). Die vorliegende Umwandlung ist daher nicht vergleichbar mit der Zusammenlegung von mehreren selbstständigen Gemeinden, die untergingen, zu einer neu geschaffenen Grossgemeinde, wie sie dem Bundesgerichtsentscheid BGE 145 V 255 zugrunde liegt. In diesem Entscheid erkannte das Bundesgericht, dass die dort erfolgte Fusion nicht in dem Sinn vollzogen worden sei, dass die bisherigen Einheiten in der alten Gemeinde Bellinzona aufgegangen wären, sondern dass eine neue Gemeinde geschaffen worden sei. Diese sei daher nicht an die Entscheidung gebunden, welche die vorherige Gemeinde Bellinzona bei Inkrafttreten des UVG getroffen habe, weshalb der neuen Gemeinde ein Wahlrecht nach Art. 75 Abs. 1 UVG i.V.m. Art. 98 Abs. 2 UVV zustehe (BGE 145 V 255 E. 5.2). Die Beschwerdegegnerinnen können daher mit Bezug auf die Frage, ob mit der hier umstrittenen Umwandlung nach Art. 99 f. FusG überhaupt ein neues Wahlrecht entstanden ist, aus diesem Entscheid nichts zu ihren Gunsten ableiten, handelte es sich dort wie erwähnt nicht um eine direkte Umwandlung, sondern um eine eigentliche Neugründung mit Untergang der bestehenden Gemeinden. Soweit sie sich im Kontext mit der Ausübungsfrist des Wahlrechts und zur Vereinbarkeit von Art. 98 UVV mit übergeordnetem Recht auf den zitierten Bundesgerichtsentscheid beziehen, betreffen diese Ausführungen die Modalitäten der Wahlrechtsausübung, die erst relevant werden, wenn grundsätzlich das Vorliegen eines Wahlrechtstatbestands bejaht wird.

#### **E. 7.1**

Nur für die in der abschliessenden Liste von Art. 66 Abs. 1 lit a - q UVG i.V.m. Art. 73 - 87 UVV aufgeführten Betriebe und Branchen ist die Unterstellung bei der Suva zwingend vorgeschrieben. Das Versicherungsverhältnis wird ex lege, d.h. automatisch mit Abschluss des Arbeitsvertrags begründet; das der freiwillig sich Unterstellenden durch Vereinbarung (Art. 59 Abs. 1 UVG). Betriebe, die nicht von der Liste in Art. 66 UVG erfasst werden, müssen sich bei einem anderen, vom Bundesamt für Gesundheit (BAG) anerkannten Unfallversicherer (öffentliches Register) nach Art. 68 Abs. 2 UVG i.V.m. Art. 90 Abs. 4 UVV nach freier Wahl unterstellen (Teilmonopol; vgl. Riemer-Kafka, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 7. Aufl. 2019, N 6.42 und 6.59 f.). Der Zuständigkeitsbereich der anderen Versicherer nach Art. 68 UVG wird damit negativ umschrieben. Sie können nur in jenen Bereichen tätig werden, für welche nicht die Suva von Gesetzes wegen zuständig ist (Hürzeler/Usinger-Egger, Einführung in das schweizerische Unfallversicherungsrecht, Bern 2021, N 83).

#### **E. 7.2**

Kantone, Bezirke, Kreise, Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften können für die Versicherung ihres Personals, das nicht bereits bei der Suva versichert ist (vgl. Art. 66 Abs. 1 lit q i.V.m. Art. 66 Abs. 1 lit b-m), innert einer vom Bundesrat festzusetzenden Frist zwischen der Suva und einem Versicherer nach Art. 68 UVG wählen. Verwaltungen und Betriebe, die eine Einheit bilden, werden beim gleichen Versicherer versichert (Art. 75 UVG). In Art. 98 UVV hat der Bundesrat dazu festgelegt, dass Zweige der öffentlichen Verwaltungen und öffentliche Betriebe je eine Einheit bilden, wenn sie organisatorisch selbstständig sind und eine eigene Rechnung führen. Solche Einheiten müssen beim gleichen Versicherer versichert werden (Abs. 1). Neu geschaffene Verwaltungs- und Betriebseinheiten die, namentlich infolge von Neugründungen oder Umstrukturierungen bestehender Einheiten, erstmals eine eigene Rechnung führen, müssen

die Wahl des Versicherers spätestens einen Monat vor der Aufnahme der Tätigkeit treffen (Abs. 2 Satz 1). Übt eine öffentliche Verwaltung das Wahlrecht nicht rechtzeitig aus, so sind ihre Arbeitnehmer bei der Suva versichert (Abs. 2 Satz 3). Gemäss Art. 98 Abs. 3 UVV üben die öffentlichen Verwaltungen ihr Wahlrecht aus, indem sie dem gewählten Versicherer einen schriftlichen Versicherungsantrag unter Angabe der davon betroffenen Verwaltungs- und Betriebseinheiten zustellen. Mit der umschriebenen Wahlmöglichkeit soll der Autonomie der öffentlichen Körperschaften soweit als möglich Rechnung getragen werden. Das Wahlrecht der öffentlichen Verwaltungen geht insoweit entsprechend weiter als dasjenige der übrigen Arbeitgebenden, deren Wahl auf die Versicherer nach Art. 68 UVG beschränkt ist (Kieser/Scheiwiller, in: Komm. zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, UVG [Hrsg. Hürzeler/Kieser], Bern 2018, Art. 75 UVG N 1 und 3 f., m.H.). Ein Wahlrecht gestützt auf Art. 75 UVG steht nicht nur denjenigen öffentlichen Verwaltungs- und Betriebseinheiten zu, die bei Inkrafttreten des UVG bereits existierten. Vielmehr gilt es auch für neu geschaffene Verwaltungs- und Betriebseinheiten, die erstmals eine eigene Rechnung führen (vgl. Hürzeler/Usinger-Egger, a.a.O., N 107; vgl. BGE 141 V 221 E. 5.3.9). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezieht sich Art. 75 UVG nämlich nicht nur auf die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des UVG bereits bestehenden öffentlichen Verwaltungen, sondern die Bestimmung delegiert eine Regelungskompetenz für neu – sprich nach Inkraftsetzung des UVG – geschaffene öffentliche Verwaltungen (Kieser/Scheiwiller, a.a.O., Art. 75 UVG N 6). Zu prüfen ist demzufolge, ob die Beschwerdegegnerin 1 durch die erfolgte Umwandlung von einer öffentlich-rechtlichen Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit in eine gemeinnützige private Aktiengesellschaft aus unfallversicherungsrechtlicher Sicht als neu geschaffene Verwaltungs- und Betriebseinheit im Sinn von Art. 98 Abs. 2 UVV gilt und ihr damit eine neue und autonome Wahl des Versicherungsträgers gestattet ist.

## **E. 8**

Soweit sich das Bundesgericht bisher im Zusammenhang mit Umwandlungen bzw. Fusionen zum Vorliegen eines Wahlrechtstatbestands i.S. der genannten Bestimmungen geäussert hat, handelte es sich jeweils um Neuorganisationen innerhalb der öffentlichen Verwaltung bzw. auf Ebene der öffentlich-rechtlichen Körperschaften (BGE 141 V 221 und 145 V 255) und gerade nicht um eine wie hier zur Diskussion stehende Umwandlung nach Art. 99 ff. FusG in eine private Aktiengesellschaft. Der Gesetzgeber wollte mit der Einräumung des besagten Wahlrechts offenbar der Autonomie der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und nicht jener von privaten Organisationsformen Rechnung tragen. Es erschliesst sich weder aus dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen oder deren Entstehungsgeschichte noch aus der Rechtsprechung, ob private Unternehmen, die als dezentrale Verwaltungsträger zwar – mindestens teilweise – noch öffentliche Aufgaben erfüllen, aber als Kapitalgesellschaften des Privatrechts nicht mehr Teil der öffentlichen Verwaltung im engeren Sinn sind, nach einer vollzogenen Organisationsprivatisierung (E. 9 hiernach), also nach einer umfassenden organisatorischen Ausgliederung aus der öffentlichen Verwaltung in die Privatwirtschaft, sich auf das infrage stehende Wahlrecht berufen können. Mindestens für weitere, rein konzernintern begründete, organisatorische Umstrukturierungen nach der erfolgten Organisationsprivatisierung, mithin für die noch weiter von der öffentlichen Verwaltung entfernten, neu gegründeten Tochtergesellschaften der Beschwerdegegnerin 1, an welcher der Kanton nicht mehr beteiligt ist und via Eignerstrategie nur noch über mittelbare Einflussmöglichkeiten verfügt (vgl. § 8a Abs. 4 SpG; B 173 Ziff. 3.3.1 S. 19, Ziff. 4.1 S. 24 f., Ziff. 5.2.2 S. 27 ff.), ist eine Berufung auf

das Wahlrecht fraglich, ganz zu schweigen von den in die LUKS-Gruppe eingegliederten vorbestehenden Gesellschaften. Angesichts der folgenden Ausführungen und weil die Parteien übereinstimmend davon ausgehen, dass es sich bei der Beschwerdegegnerin 1, der Luzerner Kantonsspital AG, auch nach der erfolgten Organisationsprivatisierung um einen öffentlichen Betrieb bzw. eine öffentliche Betriebseinheit i.S.v. Art. 98 Abs. 1 UVV bzw. Art. 75 Abs. 1 UVG handle mit der Folge, dass mit Bezug auf sie über den Bestand eines Wahlrechts zu diskutieren sei, kann hier auf eine abschliessende Beurteilung dieser Frage verzichtet werden.

### **E. 9.1**

Die sachliche Dezentralisation relativiert das hierarchische System der Zentralverwaltung, denn damit wird die Erfüllung bestimmter staatlicher Aufgaben einer besonderen Verwaltungseinheit übertragen, die über eine gewisse Selbstständigkeit verfügt. Die dezentrale Ausübung einer bestimmten Verwaltungstätigkeit hat meist die Schaffung eines dezentralen Verwaltungsträgers durch den Gesetzgeber zur Folge. Dieser muss die Aufgabe, den Grad an Autonomie, die Organisationsform, die Steuerung und wesentliche verwaltungsrechtliche Rechtsfolgen bestimmen. Möglich sind etwa (strategische) Leistungsvorgaben von Parlament und Regierung, Leistungsaufträge, Berichterstattungspflichten, Einsitznahme in das Steuerungsorgan des dezentralen Verwaltungsträgers, Genehmigungsvorbehalte, Kontrollen etc. (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N 1618 f.). Als solche besondere Verwaltungseinheiten kommen namentlich öffentlich-rechtliche Anstalten oder auch gemischtwirtschaftliche und privatrechtliche Organisationen in Betracht. Die sachliche Dezentralisation führt zur Lockerung der hierarchischen Bindung und damit zur Autonomie der dezentralen Verwaltungseinheit. Dieser kommt bei der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben eine selbstständige, weisungsgebundene Beurteilungs- und Entscheidungsbefugnis zu. Auch hat sie in der Regel das Recht, die Form ihrer Organisation in einem bestimmten Rahmen frei zu wählen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1595 f. und N 1600). Autonomie liegt vor, wenn einer Anstalt ein verhältnismässig grosses Mass an administrativer Selbstständigkeit, d.h. Entscheidungsfreiheit, zukommt. So kann sie insbesondere organisatorische Fragen sowie die Beziehungen zwischen ihr und ihren Benützern regeln und hinsichtlich dieser Fragen auch rechtssetzend tätig werden und Anstaltsverordnungen erlassen. Die Frage der Autonomie einer öffentlich-rechtlichen Anstalt ist allerdings zu unterscheiden von derjenigen der rechtlichen Selbstständigkeit. Trotz fehlender Rechtspersönlichkeit kann eine Anstalt über grosse Autonomie gegenüber ihrem Trägergemeinwesen verfügen. Andererseits kann einer rechtsfähigen öffentlich-rechtlichen Anstalt die Autonomie weitgehend oder gar vollständig abgehen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1669 f.). Politische, fachliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit sowie Vermeidung von Interessenkonflikten können mögliche Gründe für eine dezentrale Verwaltungsorganisation sein. So erfordern gewisse Tätigkeiten ein qualifiziertes Fachwissen und haben namentlich einen engen Wirtschaftsbezug. Ein dezentraler Verwaltungsträger erlaubt eine Angleichung der Organisation der Verwaltungsbehörde an diejenige von privaten Unternehmen. Dezentralisierte Verwaltungseinheiten, die wirtschaftliche Aufgaben erfüllen, werden – unabhängig von ihrer Rechtsform – auch als öffentliche Unternehmen bezeichnet (zum Ganzen: Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1602 ff.).

### **E. 9.2**

Das Gemeinwesen kann eine dezentrale Verwaltungseinheit auch durch einen privatrechtlichen Verwaltungsträger ausüben lassen. In jüngerer Zeit bedient sich der Staat im Rahmen von Privatisierungen verstärkt privatrechtlicher Organisationsformen. Wenn öffentliche Unternehmen – wie hier das "Luzerner Kantonsspital" – die bisher öffentlich-rechtlich organisiert waren, im Rahmen einer Organisationsprivatisierung (auch formelle oder unechte Privatisierung) in private Rechtsformen überführt werden, berührt dies die staatliche Aufgabenträgerschaft nicht. Diese Umwandlung ist in Art. 99 - 101 FusG geregelt (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1707 und N 1868). Die Aufgabenträgerschaft mit Bezug auf die Spitalversorgung der Luzerner Bevölkerung durch den Betrieb von Spitälern an verschiedenen Standorten hat sich somit durch die Überführung der öffentlich-rechtlichen Anstalt in die gemeinnützige Aktiengesellschaft Luzerner Kantonsspital AG nicht geändert. Die privatrechtlich organisierten neuen Gesellschaften sind insofern weiterhin Träger kantonaler und damit öffentlich-rechtlicher Aufgaben (vgl. §§ 8 und 8a SpG sowie B 44 vom 16.6.2020, Entwurf Kantonsratsbeschluss über die Genehmigung der Statuten der Luzerner Kantonsspital AG und der Luzerner Psychiatrie AG, S. 3 und Anhang 1, §§ 1 und 2 der Statuten). Es kann in diesem Kontext auch auf die Rechtsprechung zum subjektiven Geltungsbereich des Vergaberechts für öffentlich gehaltene Listenspitäler verwiesen werden (BGE 145 II 49; AGVE 2017 S. 33 ff.). Demnach untersteht ein durch die öffentliche Hand gehaltenes Spital, das sich auf der kantonalen Spitalliste befindet, dem öffentlichen Vergaberecht subjektiv, selbst wenn es als privatrechtliche Aktiengesellschaft organisiert ist. In dem Sinn erfasst der Begriff der "Einrichtung des öffentlichen Rechts" i.S.v. Ziff. 3 von Anhang 1 Annex 2 und Fussnote 1 von Anhang 1 Annex 3 GPA sowie Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB Rechtssubjekte aller Art, solange sie nur die materiellen Begriffskriterien der Rechtspersönlichkeit, der Staatsgebundenheit und der nicht gewerblichen Tätigkeit im Allgemeininteresse erfüllen. Für die Vergaberechtsunterstellung nicht massgeblich ist dagegen, ob das Subjekt öffentlich- oder privatrechtlich konstituiert ist, ebenso wenig, ob das infrage stehende Subjekt zum Teil gewerblichen Tätigkeiten nachgeht; für die Qualifikation ist ausreichend, dass überhaupt eine nicht gewerbliche Tätigkeit verfolgt wird, und sei diese nur in minderheitlichem Ausmass (Beyeler, in: BR 4/2019 S. 200 Anm. Ziff. 1). Von der staatlichen Aufgabenträgerschaft zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob bzw. wann von einem Tatbestand, der ein neues Wahlrecht auslöst, gesprochen werden kann (E. 10.4.1 hiernach).

#### **E. 10.1.1**

Das Kriterium der erstmaligen Führung einer eigenen Rechnung wurde erst mit der Teilrevision der UVV per 1. Januar 2017 explizit in Art. 98 UVV aufgenommen, dies in Umsetzung der dazu ergangenen, bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Bereits im Frühling 2015 hatte das Bundesgericht in einem Entscheid betreffend die Überführung der Universitären Psychiatrischen Kliniken (UPK) Basel in eine öffentlich-rechtliche kantonale Anstalt zur Bedeutung von "organisatorisch selbstständig" i.S.v. aArt. 98 Abs. 2 UVV unter Beizug der Materialien zur UVV sowie unter Berücksichtigung der bundesrätlichen Antworten auf parlamentarische Interpellationen aufgezeigt, dass der Verordnungsgeber die organisatorische Selbstständigkeit einer Verwaltungs- oder Betriebseinheit in engen Zusammenhang mit der eigenen Rechnungsführung stellt. Nicht erforderlich sei, dass die neue Verwaltungseinheit eine Tätigkeit aufnehme, die vorher nicht wahrgenommen worden sei. Diejenigen Verwaltungen, die ihr Wahlrecht gemäss Art. 75 UVG bei Inkrafttreten des UVG ausgeübt hätten, könnten nicht ein zweites Mal zwischen

der Suva und einem Privatversicherer wählen. Durch Gemeindefusionen könnten jedoch neue Einheiten entstehen, die noch nie eine Wahl getroffen hätten. Bei neuen Einheiten, die ihre einmalige Wahl noch nicht getroffen hätten, könne somit auch die Suva eine Offerte für die UVGO derjenigen Arbeitnehmer einreichen, welche nicht bereits obligatorisch bei der Suva versichert seien (vgl. Antworten des Bundesrats vom 6.6.2011 auf die Interpellation Nr. 11.3159 von Christian Miesch betreffend "Änderungen des Prämientarifs der Suva" und vom 22.2.2012 auf die Interpellation Nr. 11.4139 von Jürg Stahl betreffend "Teilnahme der Suva an öffentlichen Ausschreibungen" [beide abrufbar unter [parlament.ch:Dokumentation/Curia Vista](http://parlament.ch/Dokumentation/Curia_Vista), zuletzt besucht am 14.7.2022]). Gemeint seien effektiv neu geschaffene Einheiten (BGE 141 V 221 E. 6.2.1-6.2.3). Weil die UPK Basel bereits vor der erfolgten Überführung eine in sich abgeschlossene selbstständige Einheit (eigene betriebliche Spitalorganisation und -verwaltung, eigene Rechnung, eigene Personal- und Finanzabteilung) gebildet hätten, könnten sie nicht als neu geschaffene Verwaltungs- und Betriebseinheit i.S.v. Art. 98 Abs. 2 UVV gelten (BGE 141 V 221 E. 6.4). Ergänzend sei darauf hinzuweisen, dass in der Lehre im Zusammenhang mit Art. 75 UVG bzw. Art. 98 UVV die öffentlichen Spitäler als "Wahlkunden" genannt worden seien. So hätten sowohl die Suva als auch die anderen Versicherer gemäss Art. 68 UVG um diese "Wahlkunden" vor Ablauf der Wahlfrist intensiv geworben (vgl. Maurer, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 1985, S. 51 Fn. 42). Auch dies deutet darauf hin, dass aus unfallversicherungsrechtlicher Sicht bereits damals von der organisatorischen Selbstständigkeit der öffentlichen Spitäler ausgegangen worden sei (BGE 141 V 221 E. 6.4). Hürzeler merkte zu dieser Bundesgerichtsentscheidung in der Folge an, mit dem zitierten Urteil messe das Bundesgericht v.a. der eigenen Rechnungsführung erhebliches Gewicht bei und distanzieren sich von der allgemeinen juristischen Verselbstständigung i.S. der Schaffung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit. Diese konkretisierte bundesgerichtliche Rechtsprechung werde sich faktisch wohl dahingehend auswirken, dass Neu- und Umstrukturierungen von Verwaltungen, selbst wenn sie mit Veränderungen im Rechtskleid einhergingen, künftig nur noch in seltenen Fällen ein Wahlrecht nach Art. 75 UVG auslösen dürften (Hürzeler, Wahlrecht des UVG-Versicherers der öffentlichen Verwaltungen. Anmerkungen zu BGE 141 V 221, in: HAVE 2015 S. 398).

### **E. 10.1.2**

Weiter kann gemäss dem erläuternden Bericht des BAG vom Oktober 2016 zur Änderung der UVV per 1. Januar 2017 eine neue Einheit als solche bezeichnet werden, wenn es nicht lediglich zu einer rechtlichen Umwandlung und organisatorischen Neuordnung einer bereits bestehenden Verwaltungseinheit mit gleichbleibender Tätigkeit und gleichem Personal kommt, sondern wenn der neu geschaffenen Organisationseinheit erstmals und neu die Kompetenz einer eigenen Rechnungsführung eingeräumt werde. Wo bereits eine Struktur und Organisation mit eigener Rechnung bestanden habe, entstehe durch eine rechtliche und administrative Neuorganisation aus unfallversicherungsrechtlicher Sicht keine neue Einheit. Entscheidend bleibe, ob mit der Umstrukturierung erstmals neu eine eigene Rechnung geführt werde (zum Ganzen: Kieser/Scheiwiler, a.a.O., Art. 75 UVG N 19-21, a.z.F.). Im Ergebnis wird damit der Begriff der neu geschaffenen Einheit durch das Erfordernis der erstmaligen eigenen Rechnungsführung enger gefasst. Dies dürfte auch nach Ansicht der Autoren Kieser/Scheiwiler zwangsläufig zur Folge haben, dass das Vorliegen einer neu geschaffenen Einheit nur in wenigen Fällen bejaht werden kann, womit es selten zu einer Neuwahl des Unfallversicherers kommen dürfte. Dementsprechend werde in den meisten Fällen die bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens von Art. 75 UVG vorgenommene Wahl

durch die damaligen Entscheidungsträger massgeblich sein.

### **E. 10.2**

Betreffend die in Art. 75 Abs. 2 UVG erwähnte "Einheit" findet sich in Art. 98 Abs. 1 UVV eine Umschreibung. Demnach bilden Zweige der öffentlichen Verwaltungen und öffentlichen Betriebe je eine Einheit, wenn sie organisatorisch selbstständig sind und eine eigene Rechnung führen, wobei solche Einheiten beim gleichen Versicherer versichert werden. Ziel der per 1. Januar 2008 erfolgten Verselbstständigung der kantonalen Spitäler war es, die politische Ebene von der strategischen und operativen Betriebsführung zu trennen, eine wirkungsvollere Steuerung der Spitäler sicherzustellen, die Transparenz zu verbessern sowie den unternehmerischen Handlungsspielraum der Unternehmen zu vergrössern – dies vor allem auch vor dem Hintergrund der auf den 1. Januar 2012 in Kraft getretenen neuen Spitalfinanzierung (zum Ganzen: Botschaft B 173 vom 14.6.2019, m.H. auf Botschaft B 124 zum Entwurf eines Kantonsratsbeschlusses über die Genehmigung der Übertragung der Spital- und Klinikgebäude an das Luzerner Kantonsspital und die Luzerner Psychiatrie vom 1.1.2009 und Dekret des Kantonsrats vom 30.11.2009, in Verhandlungen des Kantonsrats [KR] 2009 S. 1970 ff.). Als Anstalt des öffentlichen Rechts ergaben sich für das LUKS die zentralen Vorschriften über die Rechtsform, den Unternehmenszweck und die Organisation aus dem aSpG und den verschiedenen Reglementen des Spitalrats, so beispielsweise dem Organisations-, Personal-, Patienten-, Finanz- sowie Tarifreglement (vgl. B 173 S. 6 f.). Das Luzerner Kantonsspital verfügte ferner bereits über verschiedene Tochtergesellschaften und Beteiligungen sowie vertragliche Zusammenarbeitsvereinbarungen (B 173 S. 7 f.). Schon als öffentlich-rechtliche Anstalt war das "Luzerner Kantonsspital" also eine technisch-organisatorisch verselbstständigte, d.h. aus der Zentralverwaltung ausgegliederte Verwaltungseinheit mit weitreichender Autonomie, der die Erfüllung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe, nämlich die Sicherstellung einer wirksamen, zweckmässigen und wirtschaftlichen Spitalversorgung aller Kantonseinwohnerinnen und -einwohner (§ 2 SpG) oblag (sog. sachliche Dezentralisation; vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1661). Ohne organisatorische Verselbstständigung wäre eine direkte Umwandlung nach Art. 99 ff. FusG denn auch nicht möglich gewesen (vgl. Kuster, in: Basler Komm. zum Fusionsgesetz [Hrsg. Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker], Basel 2005, Art. 99 N 10). Das Erfordernis der organisatorischen Verselbstständigung ergibt sich nämlich aus den funktionalen Anforderungen an einen Rechtsträger für die Transaktionsformen des FusG (vgl. Art. 2 lit. d FusG: Institute des öffentlichen Rechts). Es ist einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung nur dann möglich, an einer Fusion oder Umwandlung i.S.v. Art. 99 FusG teilzunehmen, wenn ihr Vermögen von der Gebietskörperschaft, der sie zugehört, abgetrennt werden kann (Morscher, in: Basler Komm. zum Fusionsgesetz, a.a.O., Art. 2 N 16). Zur Kompetenz der eigenen Rechnungsführung kann auf die nachfolgende E. 9.4.2 verwiesen werden.

### **E. 10.3**

Die per 22. Juni 2021 erfolgte Umwandlung der öffentlichen Spitäler des Kantons Luzern von einer selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt in die gemeinnützige privatrechtliche Aktiengesellschaft Luzerner Kantonsspital AG erfolgte – wie der Botschaft B 173 S. 10 ff. entnommen werden kann – zur Stärkung der Verbundfähigkeit der kantonalen Spitalunternehmen sowie zwecks Erhöhung der Transparenz und Stärkung der Führbarkeit der Unternehmen durch klare Trennung zwischen der strategischen und der operativen Unternehmensebene. Themen wie Führbarkeit, Transparenz und Compliance

erforderten neue Lösungen, insbesondere vor dem Hintergrund der künftig vermehrt notwendigen Spitalkooperationen. Strukturen und Prozesse müssten auf die betrieblichen Bedürfnisse ausgerichtet und die Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortungen eindeutig und nach nachvollziehbaren Kriterien zugewiesen sein. Ein Unternehmen von der Grösse des LUKS müsse Betriebsbereiche als Tochterunternehmen mit eigenständiger Führung und Aufsicht und entsprechend unternehmerischer Verantwortung halten können. Die Unternehmen bräuchten eine Rechtsform, welche die Bildung von klar getrennten, gut führbaren Einheiten ermögliche und innovative Verbund- oder Beteiligungslösungen fördere. Um den Partnern eine rechtlich robuste, verlässliche Zusammenarbeit anbieten zu können, brauche es zudem genügend unternehmerischen Handlungsspielraum (z.B. für Beteiligungsmodelle). Eine aus unternehmerischer Sicht sinnvolle und klare Trennung des Kerngeschäfts "Gesundheitsversorgung" und den ergänzenden Leistungseinheiten sei mit der Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt nur bedingt möglich, insbesondere nicht eine rechtsformdurchlässige Holding-Struktur. Die damalige Schaffung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt bezweckte also in einem ersten Schritt die Entpolitisierung der Spitalversorgung. Mit der aktuellen Umstrukturierung in eine privatrechtliche gemeinnützige Aktiengesellschaft wurde in einem zweiten Schritt die strategische und die operative Ebene entflechtet. Dass die Beschwerdegegnerin 1 durch diese rechtliche Umgestaltung und die damit verbundene organisatorische Privatisierung zusätzliche und weitgehende Autonomie gewonnen hat und im Rahmen der Management-Holding-Struktur innerhalb ihres Leistungsauftrags ihre eigenen strategischen Zielsetzungen flexibler verfolgen kann als bisher, ist offensichtlich und unbestritten. Die schon vorbestehende organisatorische Selbstständigkeit und Autonomie sowie der unternehmerische Handlungsspielraum wurde mit der Umwandlung in eine Aktiengesellschaft mit gemeinnütziger Zweckausrichtung zweifellos erheblich erweitert. Der Grad der Umstrukturierung und die zusätzlich gewonnene Autonomie sagen indes noch nichts Entscheidendes aus zum Kriterium der erstmaligen Führung einer eigenen Rechnung i.S.v. Art. 98 Abs. 2 UVV.

#### **E. 10.4.1**

Trotz der rechtlichen Umgestaltung von einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zur privatrechtlich organisierten Luzerner Kantonsspital AG, der Beschwerdegegnerin 1, und der daraus resultierenden weitgehenden Autonomie kann aus unfallversicherungsrechtlicher Sicht nicht von einer per 22. Juni 2021 (bzw. 1. Januar 2022) neu geschaffenen Verwaltungs- und Betriebseinheit i.S.v. Art. 98 Abs. 2 UVV gesprochen werden. Zwar unterscheidet sich die neue rechtliche Struktur und Organisation wesentlich von der bis anhin geltenden und wurden die in Ziff. 5.1.1 der Ausschreibungsunterlagen genannten Betriebe, sofern nicht schon vorbestehend, als Aktiengesellschaften neu gegründet und unter das Dach der Beschwerdegegnerin 1 geführt. Für die hier umstrittene Frage einer neuen Berechtigung zur Wahl des UVGO-Versicherers kann jedoch nur die eigentliche Umwandlung der öffentlich-rechtlichen Anstalt in die gemeinnützige Luzerner Kantonsspital AG massgebend sein. Dies zum einen, weil die Beschwerdegegnerin 1 Versicherungsnehmerin ist; zum anderen auch, weil nach dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte von Art. 75 UVG bzw. Art. 98 UVV das Recht zur erstmaligen oder erneuten Wahl zwischen der Suva einerseits und einem anderen Versicherungsträger nach Art. 68 UVG andererseits Kantonen, Bezirken, Kreisen, Gemeinden und anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften eingeräumt wird. Damit ist wie erwähnt jedenfalls für die in einem weiteren Umstrukturierungsschritt neu gegründeten Tochtergesellschaften oder

bereits vorbestehenden, in den Konzern integrierten privatrechtlichen Aktiengesellschaften, die aus der umgewandelten Muttergesellschaft ausgelagert wurden, die Berufung auf das besagte Wahlrecht fraglich (vgl. E. 8 hiervor). Dass mit der Haupttochtergesellschaft LUKS Spitalbetriebe AG weiterhin öffentliche Aufgaben erfüllt werden, ändert daran nichts, weil die Frage nach dem Bestand eines neuen Wahlrechts von der Aufgabenträgerschaft und der damit einhergehenden Unterstellung unter die vergaberechtlichen Bestimmungen (vgl. E. 9.2 hiervor) abzugrenzen ist. Hinzu kommt, dass die nach der Umwandlung des Spitalunternehmens "Luzerner Kantonsspital" in die Luzerner Kantonsspital AG erfolgte und vorzunehmende betriebliche Organisation der privaten Beschwerdegegnerin 1, wozu auch allfällige betriebliche Auslagerungen in Tochtergesellschaften gehören, unternehmerischer Natur und eine unentziehbare Kompetenz des Verwaltungsrats ist (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 2 OR). Die Schaffung solcher Einheiten steht denn auch nicht mehr in der Kompetenz des Gesetzgebers. Insofern stand und steht sie nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der ein allfälliges neues Wahlrecht auslösenden Umwandlung der öffentlich-rechtlichen Anstalt im Rahmen der Organisationsprivatisierung und war demzufolge auch nicht Gegenstand der Gesetzesvorlage zur Rechtsformänderung der Spitalunternehmen "Luzerner Kantonsspital" und "Luzerner Psychiatrie" (B 173 S. 24 Ziff. 4). Für die Beurteilung des Bestands eines neuen Wahlrechts kann es daher keine Rolle spielen, dass die beiden Geschäftsfelder Spitalbetriebe und Immobilien nach der eigentlichen Umwandlung aus der Muttergesellschaft heraus organisatorisch verselbstständigt und in je ein separates Tochterunternehmen (eine Betriebs- und eine Immobiliengesellschaft) mit je eigener Rechnungslegungspflicht ausgegliedert wurden, dies damit sie im Rahmen der Gesamtstrategie der Beschwerdegegnerin 1 als Muttergesellschaft (Konzernerbene) für ihr jeweiliges Geschäftsfeld eigene Strategien entwickeln können (Tochterebene; vgl. B 173 S. 24 Ziff. 4.1). Zwar konnte diese Auslagerung nur durch Neugründung von neuen juristischen Einheiten, nämlich den jeweiligen Tochtergesellschaften, vollzogen werden. Nicht die eigentlichen Neugründungen standen dabei jedoch im Vordergrund, sondern rein konzerninterne und strategisch-unternehmerische Überlegungen, was sich auch darin zeigt, dass bereits vorbestehende Aktiengesellschaften ebenfalls in die LUKS-Gruppe integriert wurden; die rechtliche Gründung von neuen Gesellschaften diene insofern lediglich als Instrument zum Vollzug der im Rahmen der Konzernstrategie verfolgten Unternehmensstruktur. Massgeblich ist in dem Zusammenhang nicht eine formaljuristische, sondern eine wirtschaftliche Betrachtungsweise. Die Beschwerdegegnerin 2 führt denn auch selber aus, die Tochtergesellschaften bildeten zusammen mit der Muttergesellschaft, der Beschwerdegegnerin 1, eine "archetypische Spital-Einheit" unter gemeinsamer strategischer Leitung (vgl. auch E. 10.4.2 hiernach). Deshalb und weil die beiden Geschäftsbereiche schon bei der Muttergesellschaft sowie im Übrigen auch schon im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Anstalt existierten, kann nicht gesagt werden, es seien effektiv neue Einheiten i.S.v. Art. 98 Abs. 2 UVV, die erstmals neu eine eigene Rechnung führen, entstanden. Beide Geschäftsbereiche gehörten schon vor ihrer Auslagerung zur selbstständigen Organisation und Struktur der öffentlichen Spitäler und waren Teil von deren eigenen Rechnung. Mit der in diesem zweiten Schritt erfolgten Auslagerung änderte sich lediglich die Darstellung der Rechnung, die als solche allerdings schon vorher im Rahmen der gesamten Spitalorganisation als eigenständige Rechnung geführt worden war. Folglich wurde damit keine effektiv neue Einheit geschaffen. Somit sind die organisatorisch-unternehmerischen Auslagerungen von einzelnen Geschäftsfeldern und die

damit einher gehenden aktienrechtlichen Umdispositionen nach der Umwandlung in die Luzerner Kantonsspital AG für die Entstehung eines neuen Wahlrechts i.S.v. Art. 75 Abs. 1 UVG und Art. 98 Abs. 2 UVV nicht entscheidend, auch wenn die einzelnen zu versichernden Betriebe nach der Rechtsprechung als juristische Personen unfallversicherungsrechtlich je einzeln als Unterstellungsobjekt gelten (BGE 113 V 327 E. 4). Die Frage des Unterstellungsobjekts bei der erstmaligen unfallversicherungsrechtlichen Unterstellung ist demnach zu unterscheiden von der Frage, ob und gegebenenfalls wem ein neues Wahlrecht nach Art. 75 UVG und Art. 98 Abs. 2 UVV zusteht. Im Übrigen existierten die Augenärzte Zentralschweiz AG und die Medical Imaging Luzern AG (ursprünglich MIL Holding AG, Ersteintrag am 7.11.2007, Übernahme der zufolge Fusion gelöschten Medical Imaging Luzern AG per 26.6.2020) schon vor der erwähnten Organisationsprivatisierung der Luzerner Spitäler als buchführungs- und rechnungslegungspflichtige Aktiengesellschaften (Art. 957 ff. OR). Gemäss den eigenen Angaben der Zuschlagsempfängerin in ihrer Stellungnahme vom 6. Dezember 2021, die auch seitens der Beschwerdegegnerin 1 unwidersprochen geblieben ist und worauf deshalb abgestellt werden kann, legte auch die Höhenklinik Montana AG schon vor der Umstrukturierung als organisatorisch verselbstständigter Geschäftsbereich des "Luzerner Kantonsspitals" eine eigene Rechnung ab. Schliesslich ist mit Verweis auf die folgenden Ausführungen zum "Luzerner Kantonsspital" (E. 10.4.2 hiernach) auch für die Spitäler Nidwalden von einer eigenen Rechnungsführung auszugehen, bevor sie in die Spital Nidwalden AG umgewandelt wurden. Inwiefern diese Betriebe deshalb als effektiv neu geschaffene Einheiten i.S.v. Art. 98 Abs. 2 UVV zu qualifizieren wären mit der Folge eines neuen Wahlrechts, ist bei dieser Sachlage nicht ersichtlich, muss aber mit Blick auf das eben Ausgeführte nicht abschliessend geprüft werden.

#### **E. 10.4.2**

Das "Luzerner Kantonsspital" bestand schon vor der rechtsformändernden Umwandlung in eine Aktiengesellschaft (die Beschwerdegegnerin 1) als organisatorisch selbstständige Einheit mit eigener Rechnungsführung i.S.v. Art. 98 Abs. 2 UVV. So bildete bereits die kantonale öffentlich-rechtliche Anstalt eine in sich abgeschlossene selbstständige Einheit mit eigener betrieblicher Spitalorganisation und -verwaltung, führte auch vor der Umstrukturierung schon eine eigene Rechnung und verfügte über eigene Personal- und Finanzreglemente (vgl. §§ 11 Abs. 1 und 2, 15 Abs. 2 und 3, § 16 Abs. 1 lit. f und g, § 19 aSpG), was unbestritten ist. Insbesondere war es als Unternehmen verpflichtet, den Finanzhaushalt nach anerkannten Grundsätzen gemäss Einzelheiten im Finanzreglement zu führen und jährlich einen Geschäftsbericht mit Jahresrechnung und Jahresbericht zu erstellen (§§ 25 und 27 Abs. 1 aSpG). Eine Revisionsstelle hatte zu prüfen, ob die Buchführung und die Jahresrechnungen den gesetzlichen Anforderungen entsprachen (§ 15 Abs. 2 aSpG; zum Ganzen auch: B 173 S. 6 ff. Ziff. 1.1). An dieser Kompetenz und Verpflichtung zur Buchführung und Rechnungslegung änderte sich mit der per 22. Juni 2021 erfolgten Umwandlung der öffentlich-rechtlichen Anstalt in die organisatorisch privatisierte heutige Muttergesellschaft, die Beschwerdegegnerin 1, nichts. Vielmehr gingen die Rechte und Pflichten der vorbestandenen öffentlich-rechtlichen Anstalt "Luzerner Kantonsspital" mit der Kernaufgabe Spitalversorgung durch den Betrieb von Spitälern an verschiedenen Standorten und den anderen Leistungseinheiten wie dem Immobilienbereich ungeteilt und in einem Akt auf die neue Aktiengesellschaft, die Beschwerdegegnerin 1, über (§ 7 Abs. 2 SpG). Die Beschwerdegegnerin 1 – hätte sie die beiden Betriebsbereiche Spitalbetriebe und Immobilien nicht unmittelbar in einem zweiten,

hier nicht weiter massgeblichen Organisationsschritt ausgelagert – wäre hinsichtlich des Betriebszweigs Spitalversorgung nach dem oben Ausgeführten nicht erstmals und neu i.S.v. Art. 98 Abs. 2 UVV buchführungs- und rechnungslegungspflichtig gewesen. Als Aktiengesellschaft hat sie einen Geschäftsbericht zu erstellen, der u.a. die Jahresrechnung (Einzelabschluss) enthält und welche sich wiederum aus Bilanz, Erfolgsrechnung, Geldflussrechnung und dem Anhang mit zusätzlichen Angaben gemäss Art. 961a OR zusammensetzt (§ 24 Abs. 1 der Statuten). Auch am vom Regierungsrat bereits für die früheren Spitalanstalten vorgegebenen Rechnungslegungsstandard (vgl. Art. 962a und 963b OR) nach Swiss GAAP FER änderte sich mit der Umwandlung in Aktiengesellschaften grundsätzlich nichts (B 173 S. 16 Ziff. 3.2.1; vgl. auch § 24 Abs. 2 der Statuten), wobei für die Konzernstruktur festzuhalten ist, dass gemäss Art. 962 Abs. 3 OR die Pflicht zur Erstellung eines Abschlusses nach einem anerkannten Standard entfällt, wenn eine Konzernrechnung nach einem anerkannten Standard erstellt wird. Schliesslich blieb der gesamte Betriebscharakter, der im Angebot von Leistungen der Akut- und Rehabilitationsmedizin mit Spitalbetrieben in Luzern, Montana, Sursee und Wolhusen besteht (§ 8 Abs. 2 SpG), mit der Umwandlung – wie auch mit der Auslagerung in die LUKS Spitalbetriebe AG – unverändert. Auch die allgemeinen Bestimmungen über die Spitalversorgung, -planung und -finanzierung (§§ 1-6j SpG) blieben bestehen. Nachdem mit der bisherigen öffentlich-rechtlichen Anstalt bereits eine Struktur und Organisation mit eigener Rechnung bestanden hatte, führte die Rechtsformänderung nach Art. 99 ff. FusG im Juni 2021, trotz rechtlicher und administrativer Neuorganisation, somit nicht zu einer effektiv neu geschaffenen Einheit im Sinn der zitierten Bundesgerichtspraxis und von Art. 98 Abs. 2 UVV.

#### **E. 10.4.3**

Daran ändert die Tatsache, dass die LUKS-Gruppe als Konzern in einer Holding-Struktur erstmals neu zusätzlich zur eigenen Jahresrechnung der einzelnen Konzerngesellschaften noch eine konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung) zu erstellen hat (vgl. Art. 963 Abs. 1 OR), nichts. Denn die konsolidierte Jahresrechnung basiert auf den nach einheitlichen Grundsätzen erstellten Jahresabschlüssen per 31. Dezember 2021 der einzelnen Konzerngesellschaften, an denen die Beschwerdegegnerin 1 direkt oder indirekt mehr als 50 % der Stimmrechte hält oder durch vertragliche Vereinbarung die Kontrolle über die Finanz- und Geschäftspolitik ausübt, namentlich also auch der Beschwerdegegnerin 1 selber und der Tochtergesellschaft LUKS Spitalbetriebe AG, in welche die Spitalbetriebe ausgelagert wurden. Ein Konzern besteht aus mehreren juristisch selbstständigen Gesellschaften unter einheitlicher Leitung und Kontrolle und bildet eine wirtschaftliche Einheit. Die Kontrolle bezweckt die Herstellung der wirtschaftlichen Einheit. Dargestellt wird die wirtschaftliche Einheit durch die konsolidierte Konzernrechnung (Handschin, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2016, N 934 ff.). Ziel der Konzernrechnung ist, dem Aktionär und allenfalls weiteren Kreisen Transparenz über die ganze unter einheitlicher Leitung zusammengefasste Gruppe von rechtlich selbstständigen Gesellschaften zu verschaffen. Sie wird aufgestellt, wie wenn die Obergesellschaft und die Untergesellschaften nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich eine Einheit, ein einziges Unternehmen bilden würden (BGE 132 III 71 E. 1.3.2). Die konsolidierte Konzernrechnung ist mithin primär ein Informationsinstrument für Aktionäre, Konzerngläubiger und Dritte und ein Führungsinstrument für die Konzernleitung, jedoch kein Instrument des Verkehrs- und Gläubigerschutzes wie die Jahresrechnung der Gesellschaft (Handschin, a.a.O., N 947 und 948). Muss ein

Unternehmen eine konsolidierte Konzernrechnung erstellen, bedeutet dies, dass das Mutterunternehmen zwei Jahresrechnungen erstellen muss, eine Jahresrechnung für sich selber und als zweite Jahresrechnung die konsolidierte Konzernrechnung. Ist das Mutterunternehmen wie hier als Holding organisiert, beschränkt sich der Abschluss des Mutterunternehmens auf die Beteiligungen und das Fremdkapital gegenüber Dritten (Handschin, a.a.O., N 970). Aus diesen Erwägungen erhellt, dass die konsolidierte Konzernrechnung ein Mittel zur Darstellung der wirtschaftlichen Einheit des Konzerns ist, wobei sämtliche "unternehmensinternen" Verhältnisse unbeachtet bleiben und eliminiert werden (Handschin, a.a.O., N 941), und dabei zum Teil eigenen Rechnungslegungsgrundsätzen unterliegt, die nicht mit jenen der Jahresrechnung der einzelnen Konzerngesellschaften übereinstimmen. Basis der Konzernrechnung bleiben jedoch immer die jeweiligen Jahresabschlüsse der einzelnen Konzerngesellschaften. Nur diese Jahresrechnungen im Sinn von Einzelabschlüssen können hinsichtlich des Wahlrechts denn auch ausschlaggebend sein.

### **E. 10.5**

Zusammenfassend ergibt sich was folgt: Sofern die Beschwerdegegnerin 1 als öffentlicher Betrieb i.S. der einschlägigen Bestimmungen qualifiziert wird, ist mit der Überführung der kantonalen öffentlich-rechtlichen Anstalt "Luzerner Kantonsspital" in die gemeinnützige, privatrechtlich organisierte Luzerner Kantonsspital AG trotz weitgehender rechtlicher und organisatorischer Umstrukturierung keine effektiv neue Betriebseinheit i.S. der zitierten Rechtsprechung entstanden, weil die Beschwerdegegnerin 1 nicht erstmals und neu eine eigene Rechnung führt. Demnach konnte im Zug der erfolgten Umstrukturierung auch kein neues Wahlrecht i.S.v. Art. 98 Abs. 2 UVV i.V.m. Art. 75 Abs. 1 UVG entstehen, sodass die Beschwerdegegnerin 1 nicht berechtigt ist, neu zu wählen, ob sie die UVGO-Versicherung für die zu versichernden Unternehmen der Beschwerdegegnerin 2 als öffentlich-rechtliche Unfallversichererin oder einem anderen, anerkannten Unfallversicherer nach Art. 68 UVG vergeben will. Es bleibt damit für die beiden Tochtergesellschaften LUKS Spitalbetriebe AG und LUKS Immobilien AG bis auf weiteres bei der bereits früher ausgeübten Wahl zugunsten einer Unfallversicherung nach Art. 68 UVG. Auch hinsichtlich der vorbestehenden Aktiengesellschaften kann die Beschwerdegegnerin 1 sich nicht auf ein neues Wahlrecht berufen. Analoges gilt für die Höhenklinik Montana AG, wobei diese bereits bei der Suva versichert und demnach von der aktuellen Vergabe an einen anderen Versicherer nach Art. 68 UVG auszunehmen ist. Bei diesem Ergebnis braucht nicht weiter eingegangen zu werden auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Wahlrecht und zur Ausschreibungspflicht von Listenspitälern.

### **E. 11.1**

Anbieterinnen können aus wichtigen Gründen vom Verfahren ausgeschlossen werden (§ 16 Abs. 1 öBG). Der Gesetzgeber hat einen nicht abschliessenden Katalog von Ausschlussgründen wie Formfehler, inhaltliche Mängel (Unvollständigkeit) und weitere submissionsrechtlich bedeutsame Tatbestände geschaffen (§ 16 Abs. 1 und 2 öBG; LGVE 2000 II Nr. 16; Botschaft [B 112] zum öBG vom 13.2.1998, in: Verhandlungen des Grossen Rats 1998, S. 307). Bei klaren oder schweren Verstössen gegen Bestimmungen dieses Gesetzes sind Anbieterinnen zwingend vom Verfahren auszuschliessen (§ 16 Abs. 3 öBG). Ein Ausschlussgrund muss mithin eine gewisse Schwere aufweisen. Dies ist dann der Fall, wenn sich die Gleichbehandlung zwischen der fehlerhaften Offerte und den übrigen Angeboten nicht mehr gewährleisten lässt (BGE 143 I 177 E. 2.3.1). Bei weniger schweren

Verstössen gemäss der nicht abschliessenden Aufzählung in § 16 Abs. 2 öBG steht den Vergabeinstanzen ein gewisses Ermessen zu. Sie haben bei ihrer Entscheidung jedoch das Verhältnismässigkeitsprinzip, das Verbot des überspitzten Formalismus, aber auch das gerade im Vergabewesen zentrale Gebot der Gleichbehandlung zu beachten (vgl. BGer-Urteil 2P.176/2005 vom 13.12.2005 E. 2.4; Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 11 1 vom 16.2.2011 E. 3a; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 433 ff., insbesondere N 468-472). Insofern ist bei der Beurteilung solcher Mängel im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab gerechtfertigt (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2007.00123 vom 12.9.2007 E. 3.1). Wenn eine Anbieterin die geforderten Eignungskriterien nicht oder nicht mehr erfüllt, liegt darin ein wichtiger Grund für den Ausschluss aus dem Vergabeverfahren vor (§ 16 Abs. 2 lit. b öBG).

### **E. 11.2.1**

Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, welche an die Anbieterinnen gestellt werden, um zu gewährleisten, dass diese zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind. Sie sollen sicherstellen, dass im Vergabeverfahren nur jene Bieter eine Chance haben, die den konkreten Auftrag gehörig erbringen können (BGE 143 I 177 E. 2.3). Gemäss § 10 Abs. 1 öBV betreffen sie insbesondere die wirtschaftliche, finanzielle, technische, personelle und organisatorische Leistungsfähigkeit. Die Vergabebehörde legt die für den betreffenden Auftrag erforderlichen objektiven, überprüfbaren Eignungskriterien fest und gibt diese in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (vgl. § 10 Abs. 2 öBV). Die Vergabestelle ist an die eigene Definition und den allgemeinen Sprachgebrauch gebunden. Angebote, bei denen feststeht, dass der Anbieter die Eignungskriterien oder Teilnahmebedingungen nicht einhalten kann, sind in der Regel vom Vergabeverfahren auszuschliessen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 1128 mit Hinweis; BVGer-Urteil B-4895/2017 vom 28.6.2018 E. 3.2.2). Eignungskriterien (oder Teilnahmebedingungen) sind denn auch grundsätzlich als Ausschlusskriterien zu definieren, d.h. dass bei Nichterfüllen ein Ausschluss die Folge sein muss (BGE 141 II 353 E. 7.1 und 139 II 489 E. 2.2.4), ausser wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig wäre (BGer-Urteile 2C\_346/2013 vom 20.1.2014 E. 3 und 2C\_665/2015 vom 26.1.2016 E. 1.3.3; Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 17 60 vom 17.5.2017 E. 3.5).

### **E. 11.2.2**

Bezüglich der Zulassung der Beschwerdegegnerin 2 als Offerentin betreffend Los 1 (UVGO) kann – um Wiederholungen zu vermeiden – auf die oben in E. 2.3.2 angeführten Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen, namentlich Ziff. 4.1.1 verwiesen werden. Die Beschwerdegegnerin 2 sollte demnach nur unter der Voraussetzung, dass ein Wahlrecht i.S.v. Art. 75 UVG besteht, zur Offertstellung zugelassen werden. Unter derselben Prämisse erfolgte denn auch die Offerte der Beschwerdegegnerin 2. Gemäss Ziff. 4.1 der Ausschreibungsunterlagen sollte die Nichterfüllung der Eignungskriterien, namentlich auch von Ziff. 4.1.1 betreffend Zulassung, wie erwähnt zum Verfahrensausschluss führen. Gestützt auf diese klare Formulierung der Zulassungsberechtigung als Muss- und somit Ausschlusskriterium und weil sich im vorliegenden Verfahren ergeben hat, dass mit der erfolgten Umwandlung seitens der Beschwerdegegnerin 1 kein neues Wahlrecht i.S.v. Art. 98 Abs. 2 UVV entstand, ist die Offerte der Zuschlagsempfängerin somit vom vorliegenden Vergabeverfahren auszuschliessen bzw. hätte die Beschwerdegegnerin 1 die

Zuschlagsempfängerin (Beschwerdegegnerin 2) aus dem Vergabeverfahren ausschliessen müssen.

### **E. 11.2.3**

Damit erweist sich die Vergabe der UVGO an die Beschwerdegegnerin 2 als rechtswidrig, weshalb die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutzuheissen ist. Die weiteren, von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Ausschlussgründe hinsichtlich der Zuschlagsempfängerin (Vorwurf der Vorbefassung, Verletzung der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Wettbewerbsneutralität) sind bei diesem Verfahrensausgang nicht weiter zu prüfen. Schliesslich wird mit diesem das Verfahren vor Kantonsgericht abschliessenden Urteil die der Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit Verfügung vom 9. November 2021 vorläufig erteilte und am 17. Januar 2022 bestätigte aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

### **E. 12.1**

Das Gericht kann eine rechtswidrige Verfügung nicht nur aufheben und die Sache mit oder ohne verbindliche Anordnungen an die Vergabebehörde zurückweisen, sondern auch in der Sache selbst entscheiden, wenn der Vertrag noch nicht abgeschlossen ist (§ 33 öBG i.V.m. Art. 18 Abs. 1 IVöB). Die Beschwerdeführerin beantragt denn auch die direkte Erteilung des Zuschlags an sie, wobei die Höhenklinik Montana AG als zu versicherndes Unternehmen auszunehmen sei (vgl. Ziff. 1 der Rechtsbegehren).

### **E. 12.2**

Es ist grundsätzlich die Aufgabe der Vergabebehörde und nicht des Kantonsgerichts, weitere Abklärungen vorzunehmen, wenn sich der Sachverhalt als unvollständig abgeklärt erweist. Folglich kann das Gericht einen Zuschlag nur dann direkt an eine Anbieterin erteilen, wenn gestützt auf das Ergebnis des Beschwerdeverfahrens eine Rückweisung der Sache nicht erforderlich bzw. der Abschluss des Vergabeverfahrens liquid ist. Dies trifft hier nicht zu, da keine hinreichend klare Konstellation vorliegt, welche es dem Kantonsgericht erlauben würde, einen direkten Vergabeentscheid zu fällen (vgl. BGE 146 II 276 E. 6). Als zwingende Anforderung an das Versicherungsprodukt wurde in Ziff. 4.1.3 der Ausschreibungsunterlagen definiert, dass für Los 1 und 2 die ausgeschriebene Versicherungsdeckung im Angebot enthalten sein muss (Ziff. 5.1.1 für Los 1). Die Ausschreibung für Los 1 erfolgte also mit Bezug auf die Gesamtsumme der Versicherungsdeckung aller gemäss Ziff. 5.1.1 der Ausschreibungsunterlagen zu versichernden Unternehmen. Soweit möglich sollten die versicherten Unternehmen in einer Risikogemeinschaft mit einheitlichen Prämiensätzen zusammengefasst werden (Ziff. 5.1.2 der Ausschreibungsunterlagen). Die Nichterfüllung der für alle in Ziff. 5.1.1 aufgeführten Unternehmen geforderten Versicherungsdeckung sollte zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen (vgl. dazu den Fragenkatalog zu den Eignungskriterien). Zu Vergleichszwecken mussten sämtliche Anbieterinnen den Preis mit den in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Lohnsummen in CHF berechnen. Folglich umfasste auch das Angebot der Beschwerdeführerin als konsolidierte Offerte die unter dem Titel "Risikogemeinschaft" aufgeführten Firmen, die identisch sind mit den zu versichernden Unternehmen gemäss Ziff. 5.1.1 der Ausschreibungsunterlagen, wobei Gruppenkonditionen gelten sollten. Mit anderen Worten bildeten sämtliche aufgeführten Unternehmen als Einheit die Berechnungsgrundlage der Erfahrungstarifizierung und des Verwaltungskostenansatzes und damit des Gesamtangebots der Beschwerdeführerin.

Nachdem sich ergeben hat, dass die Zuschlagsempfängerin im vorliegenden Vergabeverfahren als Anbieterin nicht zugelassen und die Höhenklinik Montana AG bereits bei der Suva versichert ist und zudem davon auszugehen ist, dass letztere über kein neues Wahlrecht verfügt, dürfte sie antragsgemäss als zu versicherndes Unternehmen i.S.v. Ziff. 5.1.1 der Ausschreibungsunterlagen wegfallen. Dies führt nach dem Gesagten zu einer für alle offerierenden Anbieterinnen veränderten Berechnungsgrundlage für die zu offerierende Versicherungsdeckung und letztlich zu veränderten Offertsummen. Insofern kann das Gericht den Zuschlag nicht direkt gestützt auf das offerierte Angebot der Beschwerdeführerin erteilen. Wie erwähnt erweist sich die Zuschlagsverfügung vom 29. Oktober 2021 betreffend Durchführung der Unfallversicherung UVG, Los 1, als rechtswidrig (E. 11.2.3 hiervor) und ist demnach aufzuheben. Es ist Aufgabe der Vergabebehörde und nicht des Gerichts als Rechtsmittelinstanz, gegebenenfalls die Ausschreibung entsprechend den Vorgaben des Beschaffungsrechts und im Sinn der vorstehenden Erwägungen neu zu konzipieren. Es würde zu weit führen, wenn das Kantonsgericht diesbezüglich Vorgaben machen würde, denn es gilt, dass der Beschwerdegegnerin 1 zustehende Ermessen für das weitere Vorgehen zu wahren (Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 15 31 vom 21.7.2015 E. 7, nicht publ. in LGVE 2015 IV Nr. 11).

### **E. 13**

Entsprechend diesem Verfahrensausgang gelten die Beschwerdegegnerinnen als unterliegend und haben die amtlichen Kosten dieses Verfahrens, die ihnen je hälftig zu überbinden sind, zu tragen. Die amtlichen Kosten sind in Anwendung von § 1 Abs. 1 i.V.m. § 14 Abs. 1 der Verordnung über die Kosten in Zivil-, Straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren (JusKV; SRL 265) auf pauschal Fr. 15'000.-- festzusetzen (§ 35 Abs. 2 öBG i.V.m. § 198 Abs. 1 lit. c VRG). In diesem Betrag ist auch der Aufwand des Gerichts für den separaten Zwischenentscheid mitenthalten (vgl. Sachverhalt C.a hiervor). Der Beschwerdeführerin ist der von ihr geleistete Kostenvorschuss von Fr. 15'000.-- zurückzuerstatten. Eine Parteientschädigung ist nicht zu entrichten, weil die Beschwerdeführerin im Verfahren nicht berufsmässig vertreten war (Umkehrschluss aus § 35 Abs. 2 öBG i.V.m. § 193 Abs. 3 VRG).

### **E. 14**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ist nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt und der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgeblichen Schwellenwert erreicht (Art. 83 lit. f des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110]). Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (Art. 83 lit. f BGG, in der seit 1.1.2021 gültigen Fassung; BGE 146 II 276 E. 1.2; BGer-Urteil 2C\_1021/2016, 2D\_39/2016 vom 18.7.2017 E. 2.1.1, nicht publ. in: BGE 143 II 553). Der Auftragswert übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungen (Art. 52 Abs. 1 lit. a i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.1 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1]). Gegen diesen Entscheid ist daher die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG zulässig, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.