

RF, RuBe, 6002 Luzern

ospita

Guido Schommer
Generalsekretär
Zieglerstrasse 29
CH-3007 Bern

Datum: 8. Januar 2023

Rechtsgutachten: Grenzen kantonaler Beiträge für gemeinwirtschaftliche
Leistungen (GWL) von Spitälern

Addendum: Rechtliche Zulässigkeit einer Finanzhilfe an das Kantonsspital Aarau (KSA) zwecks Bilanzsanierung

Inhaltsübersicht

1. Auftrag und Fragestellung.....	2
2. Grundlagen im Spitalrecht des Kantons Aargau	2
3. Rechtliche Zulässigkeit einer Finanzhilfe für das KSA	4
4. Ergebnis	7

FROHBURGSTRASSE 3
POSTFACH 4466
6002 LUZERN

T +41 229 53 69
bernhard.ruetsche@unilu.ch
www.unilu.ch

1. Auftrag und Fragestellung

- 1 Der Verband der Schweizer Gesundheitsunternehmen ospita erteilte am 19. September 2022 dem Unterzeichnenden den Auftrag, zur Zulässigkeit kantonaler Beiträge für gemeinwirtschaftliche Leistungen von Spitälern ein **Rechtsgutachten** zu verfassen. Dieses Rechtsgutachten wurde der Auftraggeberin am 20. November 2022 überreicht (im Folgenden: «RÜTSCHÉ, Gutachten Grenzen GWL, 2022»).
- 2 Am 18. November 2022 stellte das **Kantonsspital Aarau (KSA)** wegen drohender Überschuldung beim Regierungsrat des Kantons Aargau ein Finanzhilfegesuch in der Höhe von 240 Millionen Franken. Der Regierungsrat plant gemäss Medienberichten, voraussichtlich im ersten Quartal 2023 zwecks Bilanzsanierung des KSA dem Grossen Rat des Kantons Aargau eine entsprechende Kreditvorlage zu unterbreiten¹.
- 3 Der Verband ospita beauftragte den Unterzeichnenden am 16. Dezember 2022, zum Rechtsgutachten vom 20. November 2022 zur folgenden Frage ein **Addendum** zu erstellen:
Wie ist die Zulässigkeit der vom KSA am 18. November 2022 beantragten Finanzhilfe im Lichte des übergeordneten Bundesrechts zu beurteilen?
- 4 Zur Beantwortung der Fragestellung werden **im Folgenden** zunächst die massgebenden Grundlagen im geltenden Spitalrecht des Kantons Aargau dargestellt (Kap. 2). Anschliessend erfolgt die Prüfung der rechtlichen Zulässigkeit der vom KSA beantragten Finanzhilfe (Kap. 3). Am Ende wird das Ergebnis des Addendums zusammengefasst (Kap. 4.).

2. Grundlagen im Spitalrecht des Kantons Aargau

- 5 Die **Kantonsspital Aarau AG** wurde 1887 gegründet, ist im vollständigen Besitz des Kantons und steuerbefreit. Im Jahr 2003 schuf der kantonale Gesetzgeber im Spitalgesetz die rechtliche Grundlage für die Umwandlung des Kantonsspitals Aarau in eine gemeinnützige Aktiengesellschaft des Schweizerischen Obligationenrechts (§ 9 Abs. 1 SpiG²). Gestützt darauf wurde das Spital vom Regierungsrat auf das Jahr 2004 in die Rechtsform einer Aktiengesellschaft umgewandelt. Gemäss § 11 Abs. 1 Satz 1 SpiG muss der Kanton mindestens 70 Prozent des Aktienkapitals und der Aktienstimmen halten. Der Kanton ist indessen alleiniger Aktionär der Kantonsspital Aarau AG. Für die Übertragung von Aktien an Dritte braucht es die Zustimmung des Grossen Rates (§ 11 Abs. 1 Satz 2 SpiG). Die Regierung übt alle dem Kanton zustehenden Aktionärsrechte aus (§ 11 Abs. 2 SpiG). Sie wählt insbesondere die Mitglieder des Verwaltungsrats

¹ NZZ, 18. November 2022, Schock im Aargau – das grösste Spital braucht 240 Millionen vom Staat, sonst droht der Konkurs; Aargauer Zeitung, 19. November 2022, Steuerzahler müssen Kantonsspital retten, S. 1 und Knall am Kantonsspital Aarau, S. 24 ff.; Aargauer Zeitung, 22. November 2022, «Offenbar zu wenig gut hingeschaut», S. 20.

² Spitalgesetz (SpiG) des Kantons Aargau vom 25. Februar 2003 (SpiG; SAR 331.200).

und die Revisionsstelle, legt die Eigentümerstrategie fest und ist zuständig für die Genehmigung der Jahresrechnung.

- 6 § 17b SpiG legt die Grundsätze zu den **gemeinwirtschaftlichen Leistungen (GWL)** fest. Gemäss Definition in Absatz 1 sind gemeinwirtschaftliche Leistungen «Leistungen von Spitälern, die aus Gründen der Versorgungs- und Patientensicherheit notwendig sind». Der Kanton kann den Spitälern die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen abgelten, wenn diese nachweislich nicht kostendeckend erbracht werden können (§ 17b Abs. 2 SpiG). Welche gemeinwirtschaftlichen Leistungen abgegolten werden können, ist in der Verordnung über die gemeinwirtschaftlichen Leistungen (GWL³) geregelt. Die Einzelheiten zu den von einem Spital zu erbringenden gemeinwirtschaftlichen Leistungen und zur kantonalen Entschädigung werden in Verträgen geregelt, welche der Regierungsrat (oder aufgrund einer Delegation das zuständige Departement) mit den Spitälern auf der Spitalliste (Listenspitäler) im Rahmen des Aufgaben- und Finanzplans Verträge abschliesst (§ 17 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b SpiG).
- 7 Die Verordnung über die gemeinwirtschaftlichen Leistungen (GWL³) sieht eine Reihe von spezifischen Leistungen vor, die entweder pauschal oder pro erbrachte Leistungseinheit abgegolten werden (§ 3 und 4 GWLV). Damit deckt die Verordnung nur eine Kategorie von GWL ab: Es geht um bestimmte, über die obligatorische Krankenpflegeversicherung (OKP) hinausgehende Leistungen, die ein Spital im Auftrag des Kantons erfüllt (z.B. Forschung und universitäre Lehre gemäss Art. 49 Abs. 3 lit. b KVG). Es handelt sich um **öffentliche Aufgaben**, die gesundheits-, sozial- oder auch sicherheitspolitischen Anliegen dienen. Bei der Vergütung der (ungedeckten) Kosten solcher gemeinwirtschaftlichen Leistungen durch den Kanton handelt es sich subventionsrechtlich um **Abgeltungen**. Diese sind an einen bestimmten Zweck – die Erfüllung der vom Kanton übertragenen Aufgabe – gebunden. Zwischen gemeinwirtschaftlicher Leistung des Spitals und staatlicher Gegenleistung (Abgeltung) besteht mithin ein Austauschverhältnis (zum Ganzen RÜTSCHÉ, Gutachten Grenzen GWL, 2022, Rz. 44).
- 8 Von der Verordnung über die gemeinwirtschaftlichen Leistungen (GWL³) nicht erfasst ist dagegen die **Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten** aus regionalpolitischen Gründen, die in Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG angesprochen ist. Dabei geht es um die (langfristige) Gewährleistung der stationären Spitalversorgung durch Listenspitäler im Rahmen der OKP. Kantonale Beiträge an die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten decken ebenfalls Kosten ab, die von den stationären OKP-Tarifen nicht erfasst sind. Solche Beiträge sind keine Abgeltungen für die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben. Vielmehr handelt es sich subventionsrechtlich um **Finanzhilfen**, mit denen bezweckt wird, dem begünstigten Spital die Erfüllung seiner Leistungsaufträge der stationären Versorgung zulasten der OKP weiterhin zu ermöglichen (zum Ganzen RÜTSCHÉ, Gutachten Grenzen GWL, 2022, Rz. 44).

³ Verordnung des Kantons Aargau vom 11. November 2020 über die gemeinwirtschaftlichen Leistungen (GWL³; SAR 331.217).

- 9 Finanzhilfen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten führen zu einer Ausgabe bzw. zu einem Aufwand des Kantons. Das Gesetz über die wirkungsorientierte Steuerung von Aufgaben und Finanzen (GAF)⁴ regelt in § 6 die **Voraussetzungen der Aufwandstätigung**. Demnach bedarf ein zu tätiger Aufwand einer Rechtsgrundlage, finanzieller Mittel des Budgets (Budgetmittel), eines Verpflichtungskredits im Rahmen von §§ 24 ff. GAF, einer Ausgabenkompetenz gemäss den §§ 30 ff. GAF sowie einer Höherschuldungskompetenz, falls diese gemäss § 33 GAF notwendig ist.

3. Rechtliche Zulässigkeit einer Finanzhilfe für das KSA

- 10 Mit der Finanzhilfe in der Höhe von 240 Millionen Franken, die das KSA am 18. November 2022 wegen drohender Überschuldung beim Regierungsrat des Kantons Aargau beantragte, würde der Kanton Aargau betriebliche Defizite des Spitals decken. Im subventionsrechtlichen Sinne ist der Kantonsbeitrag als **Finanzhilfe** einzustufen, mit dem bezweckt wird, dem KSA die Erfüllung seines Versorgungsauftrags weiterhin zu ermöglichen und damit einen Beitrag an die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten im Sinne von Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG zu leisten (Rz. 8).
- 11 Gemäss dem Gesetzmässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) bedürfen Finanzhilfen einer **Grundlage im formellen Gesetz**. Dieses muss generell-abstrakter Natur, demokratisch beschlossen und hinreichend bestimmt sein. Bei Finanzhilfen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten genügt es, dass die Möglichkeit der Subventionsgewährung für einen bestimmten öffentlichen Zweck im formellen Gesetz erwähnt wird (RÜTSCHÉ, Gutachten Grenzen GWL, 2022, Rz. 46). Darüber hinaus verlangt das kantonale Recht für Ausgaben (Aufwände) eine Rechtsgrundlage (Rz. 9). Für die vom KSA beantragte Finanzhilfe in der Höhe von 240 Millionen Franken fehlt es im kantonalen Recht an der erforderlichen formell-gesetzlichen Grundlage. Auch im Bundesrecht existiert keine gesetzliche Grundlage; insbesondere stellt Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG keine Grundlage für die Ausrichtung von Subventionen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten dar (vgl. RÜTSCHÉ, Gutachten Grenzen GWL, 2022, Rz. 13, 21).
- 12 Aus der in der Bundesverfassung (Art. 27 und 94 BV) verankerten **Wirtschaftsfreiheit** und der dazugehörigen Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich, dass sich Kantone gegenüber – öffentlichen und privaten – Listenspitälern wettbewerbsneutral verhalten und diese gleich behandeln müssen, soweit sie zueinander im – vom KVG intendierten – Qualitäts- und Kostenwettbewerb stehen (RÜTSCHÉ, Gutachten Grenzen GWL, 2022, Rz. 51 ff.). Das bedeutet insbesondere Folgendes:
- Subventionen für gemeinwirtschaftliche Leistungen von Spitälern, die miteinander im Wettbewerb stehen, müssen **trägerschaftsneutral** ausgestaltet sein. Daraus folgt, dass jedes Spital im relevanten Spitalmarkt unabhängig von seiner Rechtsform und Eigentümerschaft unter den gleichen Voraussetzungen Zugang zur Subvention haben muss (RÜTSCHÉ, Gutachten Grenzen GWL, 2022, Rz. 69 f.).

⁴ Gesetz des Kantons Aargau vom 5. Juni 2012 über die wirkungsorientierte Steuerung von Aufgaben und Finanzen (GAF; SAR 612.300).

- Finanzhilfen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten müssen durch das **öffentliche Interesse an einer ausreichenden Versorgung** der Bevölkerung mit stationären Spitalleistungen gerechtfertigt sein. Finanzhilfen dürfen deshalb nur Listenspitälern gewährt werden, welche voraussichtlich auch in Zukunft in der Lage sein werden, die krankenversicherungsrechtlichen Spitalplanungskriterien zu erfüllen und damit auf der Spitalliste des Kantons zu bleiben («**Listenfähigkeit**» des Spitals). Mit Blick auf das krankenversicherungsrechtliche Planungskriterium der Wirtschaftlichkeit (Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG) sind namentlich kantonale Beiträge zur Deckung von Betriebsdefiziten, die auf überhöhte Kosten (z.B. aufgrund zu hoher Personaldotationen, überteuerter Medizinaltechnik, nicht ausgelasteter Bettenkapazitäten oder luxuriöser Einrichtungen) zurückzuführen sind, unvereinbar mit dem KVG und damit bundesrechtswidrig. Darüber hinaus müssen die subventionierten Infrastrukturen unerlässlich sein, um den Versorgungsbedarf des Kantons künftig abzudecken (**Versorgungsnotwendigkeit**). Soweit sich in absehbarer Zeit die Leistungsaufträge an das fragliche Spital durch Leistungsaufträge an andere Spitäler im Rahmen des Kriteriums der Erreichbarkeit (innerhalb oder ausserhalb des Kantons) ersetzen lassen, fehlt es an der Versorgungsnotwendigkeit (zum Ganzen RÜTSCHÉ, Gutachten Grenzen GWL, 2022, Rz. 73 ff.).
- 13 Die vom KSA beantragte Finanzhilfe zur Abwendung einer Überschuldung steht in zweifacher Hinsicht in **Konflikt mit den bundesrechtlichen Anforderungen**, die sich wie gezeigt aus dem Gebot der Wettbewerbsneutralität und dem KVG ergeben:
- Zum einen würde es sich um eine Finanzhilfe handeln, die im Einzelfall für ein sich im Eigentum des Kantons befindliches Spital gesprochen würde. Die Ausrichtung der Finanzhilfe wäre ein politischer Entscheid, der nicht auf allgemeine – trägerschaftsneutral ausgestaltete – Rechtsgrundlagen abgestützt ist. Damit würde das **Gebot der Trägerschaftsneutralität verletzt**.
 - Zum anderen besteht zumindest die Gefahr, dass mit der Finanzhilfe Betriebsdefizite des Spitals gedeckt würden, die auf überhöhte Kosten zurückzuführen und damit struktureller Natur sind⁵. Insoweit würden ineffiziente Spitalstrukturen aufrechterhalten, was gegen das krankenversicherungsrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit verstossen würde. An der Subventionierung ineffizienter Spitalstrukturen besteht **kein öffentliches Versorgungsinteresse**. Mit Blick auf unmittelbar drohende Versorgungslücken, die infolge einer Schliessung des Spitals oder einzelner Spitalabteilungen eintreten könnten, wäre lediglich eine vorübergehende Überbrückungshilfe des Kantons zu rechtfertigen (RÜTSCHÉ, Gutachten Grenzen GWL, 2022, Rz. 79).
- 14 Die zur Diskussion stehende Finanzhilfe in der Höhe von 240 Millionen Franken steht somit im Widerspruch zu den in der Bundesverfassung verankerten Grundsätzen der Gesetzmässigkeit und der Wettbewerbsneutralität. Die Finanzhilfe würde nicht auf einer trägerschaftsneutral ausgestalteten, demokratisch beschlossenen gesetzlichen Grundlage beruhen und wäre mit der

⁵ Vgl. NZZ, 18. November 2022, Schock im Aargau – das grösste Spital braucht 240 Millionen vom Staat, sonst droht der Konkurs; Aargauer Zeitung, 19. November 2022, Knall am Kantonsspital Aarau, S. 24 f.

Gefahr verbunden, dass ineffiziente Spitalstrukturen subventioniert würden, an welchen kein öffentliches Versorgungsinteresse besteht. Vor diesem Hintergrund wäre die Ausrichtung einer Finanzhilfe an das KSA nur unter folgenden **Voraussetzungen** zulässig:

- Der kantonale Gesetzgeber müsste eine **trägerschaftsneutrale Grundlage im formellen Gesetz** (z.B. im Spitalgesetz) schaffen, welche die Ausrichtung von Finanzhilfen zugunsten von Listenspitälern vorsieht, soweit diese zur Sicherstellung der Spitalversorgung der Kantonsbevölkerung notwendig sind.
- Eine Finanzhilfe zur Deckung von Defiziten dürfte mit Blick auf das Kriterium der Versorgungsnotwendigkeit nur so weit ausgerichtet werden, als die Defizite nachweislich auf **spitalexterne Faktoren** (z.B. Pandemie, Krieg, Teuerung, allgemeiner Fachkräftemangel) zurückzuführen und damit nicht strukturell bedingt sind. Damit diese Voraussetzung hinreichend überprüfbar ist, bedürfte es als Grundlage einer unabhängigen, allenfalls nach Spitalabteilungen differenzierten betriebswirtschaftlichen Analyse.
- Soweit durch eine Schliessung des Spitals oder einzelner Abteilungen infolge struktureller Defizite unmittelbar **Versorgungslücken** drohen würden, könnten die betroffenen Spitalstrukturen ausnahmsweise mithilfe einer Finanzhilfe so lange aufrechterhalten werden, bis die Lücken durch andere (inner- und ausserkantonale) Spitäler abgedeckt werden könnten.

4. Ergebnis

- 15 Die vorstehenden Ausführungen führen zum Ergebnis, dass die Ausrichtung einer Finanzhilfe an das KSA in der Höhe von 240 Millionen Franken zur Deckung von Betriebsdefiziten aus folgenden Gründen **bundesrechtswidrig** wäre:
- Die Finanzhilfe würde das bundesverfassungsrechtliche **Gesetzmässigkeitsprinzip verletzen**, da es für deren Ausrichtung an einer Grundlage in einem formellen Gesetz fehlt (Rz. 11).
 - Die Finanzhilfe würde das sich aus dem bundesverfassungsrechtlichen Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ergebende **Gebot der Trägerschaftsneutralität verletzen**, da sie im Einzelfall für ein sich im Eigentum des Kantons befindliches Spital gesprochen würde (Rz. 13).
 - Die Finanzhilfe wäre mit der Gefahr verbunden, dass ineffiziente Spitalstrukturen subventioniert würden, an welchen **kein öffentliches Versorgungsinteresse** besteht (Rz. 13).
- 16 Die Ausrichtung einer Finanzhilfe zur Deckung von Betriebsdefiziten wäre nur unter folgenden **Voraussetzungen** zulässig (Rz. 14):
- Der kantonale Gesetzgeber müsste eine **trägerschaftsneutrale Grundlage im formellen Gesetz** schaffen.
 - Gestützt auf eine solche Grundlage dürfte die Finanzhilfe nur so weit ausgerichtet werden, als die Defizite nachweislich auf **spitalexterne Faktoren** zurückzuführen und nicht strukturell bedingt sind.
 - Zur **Vermeidung unmittelbar drohender Versorgungslücken** dürften die betroffenen Spitalstrukturen ausnahmsweise mithilfe einer Finanzhilfe so lange aufrechterhalten werden, bis die Lücken durch andere Spitäler abgedeckt werden könnten.