

ospita

Guido Schommer
Generalsekretär
Zieglerstrasse 29
CH-3007 Bern

Datum: 20. November 2022

Rechtsgutachten

Grenzen kantonaler Beiträge für gemeinwirtschaftliche Leistungen (GWL) von Spitälern

Inhaltsübersicht

1. Auftrag und Fragestellungen.....	3
2. Rechtliche Grundlagen	4
2.1 Spitalfinanzierung nach KVG.....	4
a. Ziele der neuen Spitalfinanzierung	4
b. Vergütung stationärer Leistungen (Art. 49 KVG).....	5
c. Abgeltung stationärer Leistungen (Art. 49a KVG)	7
2.2 Subventionsrechtliche Grundlagen	8
2.3 Gemeinwirtschaftliche Leistungen.....	9
a. Materialien	10
b. Rechtsprechung	10
c. Lehre	11
d. GDK-Empfehlungen	14
2.4 Zwischenfazit	16

FROHBURGSTRASSE 3
POSTFACH 4466
6002 LUZERN

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

3.	Grenzen der Subventionierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen (Frage 1).....	17
3.1	Gesetzliche Grundlage	17
3.2	Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit	18
3.3	Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerbsneutralität.....	19
a.	Allgemeines	19
b.	Geltung der Wettbewerbsneutralität im Spitalbereich	22
3.4	Zwischenfazit	23
4.	Wettbewerbsneutrale Ausgestaltung und Vergabe von Subventionen (Frage 2).....	24
4.1	Materielle Vorgaben.....	24
a.	Trägerschaftsneutralität	24
b.	Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben (Abgeltungen).....	25
c.	Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten (Finanzhilfen)	25
4.2	Prozedurale Vorgaben (Ausschreibungspflicht).....	27
a.	Vergabe von Abgeltungen.....	28
b.	Vergabe von Finanzhilfen	29
4.3	Zwischenfazit	30
5.	Ergebnisse	31
5.1	Beantwortung der Gutachtensfragen	31
5.2	Grafische Zusammenfassung.....	33
6.	Abkürzungsverzeichnis	34
7.	Literaturverzeichnis	36

1. Auftrag und Fragestellungen

- 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. Im Einzelnen lauten die Fragen wie folgt:
 - Art. 49 Abs. 3 KVG schliesst die Integration von gemeinwirtschaftlichen Leistungen in die Spitaltarife aus und nennt «insbesondere» zwei Arten von GWL: jene für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen und jene für Forschung und universitäre Lehre.
Setzen Verfassung und Gesetz bzw. die Rechtsprechung den gemeinwirtschaftlichen Leistungen Grenzen und wenn ja, welche?
 - Werden gemeinwirtschaftliche Leistungen transparent definiert und abgegrenzt, können sie als entgeltliche Leistungen ausserhalb der Spitaltarife im Wettbewerbsverfahren ausgeschrieben und an den günstigsten Anbieter vergeben werden.
Wie könnten die gemeinwirtschaftlichen Leistungen positivrechtlich geregelt werden, um Transparenz und fairen Wettbewerb sicherzustellen?
Welche gesetzgeberischen Möglichkeiten bestehen, um eine Ausschreibungspflicht zu statuieren?
- 2 Zur Beantwortung der vorstehenden Fragen werden **im Folgenden** zunächst die vorliegend relevanten rechtlichen Grundlagen der Spitalfinanzierung im Krankenversicherungsgesetz (KVG) sowie die Grundsätze des Subventionsrechts dargestellt. Dabei wird die über das KVG hinausgehende Subventionierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen von Spitälern im Sinne von Art. 49 Abs. 3 KVG im Fokus stehen (Kap. 2). Anschliessend werden die verfassungsrechtlichen Grenzen der Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen dargestellt; im Zentrum steht dabei die Wirtschaftsfreiheit mit ihrem Teilgehalt der Wettbewerbsneutralität (Kap. 3). Gestützt auf diese Ausführungen zeigt das Gutachten auf, welche Vorgaben sich aus den verfassungsrechtlichen Grundsätzen für die Ausgestaltung und Vergabe von Beiträgen für gemeinwirtschaftliche Leistungen der Spitäler ergeben (Kap. 4). Am Ende werden die Gutachtensfragen beantwortet und die Ergebnisse des Gutachtens in einem Diagramm zusammenfassend dargestellt (Kap. 6).

2. Rechtliche Grundlagen

- 3 Zuerst gilt es, die **rechtliche Natur kantonaler Beiträge** für die Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen von Spitälern über das KVG hinaus im Rahmen des geltenden Spitalfinanzierungssystems zu klären. Zu diesem Zweck werden zunächst die Grundzüge der Spitalfinanzierung nach KVG (Kap. 2.1) und des Subventionsrechts (Kap. 2.2) dargestellt. Die anschliessenden Ausführungen setzen sich mit dem Begriff der gemeinwirtschaftlichen Leistungen auseinander (Kap. 2.3).

2.1 Spitalfinanzierung nach KVG

a. Ziele der neuen Spitalfinanzierung

- 4 Das gegenwärtige System der Spitalfinanzierung im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) basiert auf der Teilrevision des KVG vom 21. Dezember 2007¹. Ein Ziel der Revision bestand darin, den **Wettbewerb unter den Spitälern zu stärken**, um dadurch Anreize für eine effizientere Leistungserbringung zu schaffen und den Kostenanstieg in der OKP zu bremsen². Wichtigste Neuerungen waren die Einführung von leistungsbezogenen, auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen beruhenden Fallpauschalen für die Vergütung der stationären Spitalleistungen (Art. 49 KVG) und die dual-fixe Finanzierung der stationären Spitalleistungen durch die Versicherer und Kantone (Art. 49a KVG).
- 5 In seiner **Botschaft** vom 15. September 2004 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung) äusserte sich der Bundesrat eingehend zur beabsichtigten Stärkung des Wettbewerbs im Spitalwesen:

«Zentraler Punkt der Vorlage ist der Tarifbereich. In diesem steht der Wettbewerbsgedanke im Vordergrund. [...] Eine Stärkung dieses Wettbewerbsgedankens ist eines der Ziele dieser Vorlage. Zwar ist grundsätzlich am System der Pauschaltarifierung festzuhalten. Dabei sollen jedoch Leistungen finanziert und nicht mehr Kosten gedeckt werden. Mit der leistungsbezogenen Finanzierung soll eine Abkehr von der bisher üblichen Objektsubventionierung bewirkt werden. [...] Zukünftig soll daher sowohl die Kostenübernahme durch die Krankenversicherer wie diejenige der öffentlichen Hand allein davon abhängen, ob der Leistungserbringer für die Behandlung geeignet und zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen ist. [...] Wenn zur Stärkung des Wettbewerbs Leistungen und nicht mehr Objekte finanziert werden sollen, bedingt dies, dass alle Spitäler ihre Leistungen unter denselben Bedingungen erbringen. Eine Differenzierung aufgrund der Trägerschaft ist nicht sachgemäss.»³

¹ Die Revision trat am 1. Januar 2009 in Kraft. Dazu eingehend RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung, Rz. 47 ff. mit weiteren Hinweisen.

² Dazu die Botschaft vom 15. September 2004 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung), BBI 2004 5551, 5555.

³ BBI 2004 5551, 5569 f.

- 6 Das neue System der Spitalfinanzierung behandelt die öffentlichen und privaten Spitäler somit gleich, soweit diese auf der Spitalliste figurieren und damit vergütungsberechtigt sind. Damit schuf der Bundesgesetzgeber im Bereich der Finanzierung einheitliche Rahmenbedingungen für öffentliche und private Spitäler, so dass sich zwischen diesen Wettbewerb entfalten kann⁴. Da die Preise für OKP-Behandlungen in Form von genehmigungsbedürftigen Tarifverträgen bzw. behördlichen Tariffestsetzungen fixiert sind, spielt sich der Wettbewerb primär im Bereich der Qualität und Kosten der Leistungen ab (**Qualitäts- und Kostenwettbewerb**)⁵.
- 7 In Anbetracht der in Art. 41 Abs. 1^{bis} KVG garantierten freien Spitalwahl kann der Qualitätswettbewerb zwischen den Spitälern **über die Kantonsgrenzen hinweg** stattfinden⁶. Das Institut der freien Spitalwahl vermittelt versicherten Personen das Recht, für eine stationäre Behandlung zwischen den Listenspitalern aller Kantone frei zu wählen. Allerdings wird dabei eine Behandlung in einem Listenspital eines anderen Kantons nur nach dem Tarif vergütet, der in einem Listenspital des Wohnkantons für die betreffende Behandlung gilt (Referenztarif gemäss Art. 41 Abs. 1^{bis} KVG). Allfällige Preisdifferenzen gehen zulasten der versicherten Person. Insoweit herrschen zwischen inner- und ausserkantonalen Listenspitalern nicht die gleichen Rahmenbedingungen, so dass sich ein interkantonaler Spitalwettbewerb nur beschränkt entfalten kann. Im Bereich der hochspezialisierten Medizin (HSM) können demgegenüber die Angebote der Spitäler, die mit Leistungsaufträgen ausgestattet sind, schweizweit zu denselben Tarifen beansprucht werden⁷; in diesem Bereich besteht somit zwischen den Spitälern mit gleichartigen Leistungsaufträgen schweizweit Raum für Wettbewerb.

b. Vergütung stationärer Leistungen (Art. 49 KVG)

- 8 Art. 49 KVG regelt unter der Überschrift «Tarifverträge mit Spitälern» die Vergütung stationärer Behandlungen im Bereich der OKP. Absatz 1 dieser Bestimmung verpflichtet die Tarifpartner – Versicherer und Leistungserbringer bzw. deren Verbände – für die Vergütung stationärer Behandlungen einschliesslich Aufenthalt und Pflegeleistungen in einem Spital Pauschalen zu vereinbaren. Dabei sind in der Regel **Fallpauschalen** festzulegen. Die Pauschalen müssen leistungsbezogen ausgestaltet sein und auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen beruhen. Für die Erarbeitung dieser Tarifstrukturen haben die Tarifpartner gemeinsam mit den Kantonen gestützt auf Art. 49 Abs. 2 KVG eine Organisation (SwissDRG AG) eingesetzt. Diese hat ein für die ganze Schweiz massgebendes System von Fallpauschalen entwickelt, welches die Vergütung stationärer Leistungen von der Diagnose und Fallschwere abhängig macht (Diagnosis Related Groups, DRG)⁸. Die von SwissDRG AG erarbeiteten Strukturen sowie deren Anpassungen werden von den Tarifpartnern dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreitet. Können sich diese nicht einigen, legt der Bundesrat die Strukturen fest.

⁴ BGE 138 II 398 E. 3.9.3 S. 425. Aus der Lehre RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung, Rz. 68; DONATSCH, Rz. 1; DRUEY JUST, Rz. 2; MADER, Rz. 215; GÄCHTER/RÜTSCHÉ, Rz. 180.

⁵ AB 2007 N 440 (Bortoluzzi), 441 (Meyer). RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung, Rz. 77.

⁶ POLEDNA/VOKINGER, Rz. 60 f.

⁷ GÄCHTER/RÜTSCHÉ, Rz. 1096 ff.

⁸ EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 1021; GÄCHTER/RÜTSCHÉ, Rz. 1123.

- 9 Die **Höhe der Tarife** (Basispreis bzw. Baserate) wird in Tarifverträgen vereinbart, welche von den zuständigen Kantonsregierungen zu genehmigen sind (Art. 46 Abs. 4 KVG). Kommt zwischen Leistungserbringern und Versicherern kein Tarifvertrag zustande, wird der Tarif von der Kantonsregierung festgesetzt (Art. 47 Abs. 1 KVG). Die Spitaltarife müssen sich an der Entschädigung jener Spitälern orientieren, welche die tarifierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen (Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG). Die Spitaltarife müssen somit auf Betriebsvergleichen (sog. Benchmarking) abstellen.
- 10 Die krankenversicherungsrechtlichen Spitaltarife beruhen auf einer **Vollkostenrechnung**⁹. Demnach sind sämtliche Kosten, die für die Erbringung stationärer OKP-Leistungen anfallen, in die Tariffberechnung einzubeziehen. Dazu gehören sowohl die Betriebskosten (Personalkosten, Materialkosten u.a.) als auch die Investitionskosten (vgl. Art. 49 Abs. 7 KVG). Zu den Investitionen zählen Mobilien, Immobilien und sonstige Anlagen, die zur Erfüllung der Leistungsaufträge der Spitälern nach Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG notwendig sind (Art. 8 Abs. 1 VKL)¹⁰. Mietverträge und Abzahlungsgeschäfte wie Leasing-Verträge sind dabei Kaufgeschäften gleichgestellt; die Kosten aus solchen Miet- und Abzahlungsgeschäften sind als Anlagenutzungskosten separat auszuweisen (Art. 8 Abs. 2 VKL)¹¹. Mit den an den Vollkosten orientierten einheitlichen Vergütungen in Form von Fallpauschalen hat der Bundesgesetzgeber im Bereich der Spitalfinanzierung gleich lange Spiesse für öffentliche und private Listenspitäler geschaffen; die Spitalleistungen werden gesamtschweizerisch vergleichbar, was den Wettbewerb unter den Spitälern fördert¹².
- 11 Gewisse OKP-Leistungen werden nicht in die Berechnung der Vergütungen für stationäre Leistungen nach Art. 49 Abs. 1 KVG (Fallpauschalen) einbezogen, sondern **separat vergütet**. Dazu gehört namentlich die Vergütung von Arzneimitteln¹³, von Mitteln und Gegenständen, die Patienten zur Eigenverwendung abgegeben werden¹⁴, von Rettungstransporten¹⁵ sowie von besonderen diagnostischen oder therapeutischen Leistungen, die gemäss Art. 49 Abs. 1 Satz 4 KVG nach Massgabe entsprechender tarifvertraglicher Regelungen gesondert in Rechnung gestellt werden¹⁶. Sodann sind die Kosten der ambulanten Behandlung im Spital (Art. 49 Abs. 6 KVG) sowie die Kosten für Langzeitbehandlung im Spital (Art. 49 Abs. 4 KVG) von den Vergütungen nach Art. 49 Abs. 1 KVG ausgenommen¹⁷. Damit Betriebsvergleiche zwischen Spitälern auf regionaler, kantonaler und überkantonaler Ebene durchgeführt und die Tarife berechnet werden können, müssen die Leistungen und Kosten der stationären, der ambulanten und der Langzeitbehandlung je gesondert ermittelt werden (Art. 2 VKL).

⁹ EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 1073; EUGSTER, Art. 49 KVG, Rz. 7 f.; GÄCHTER/RÜTSCHÉ, Rz. 1124.

¹⁰ Vgl. auch BVGE 2014/36 E. 4.9.5.

¹¹ Vgl. auch GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, S. 5.

¹² EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 1075; EUGSTER, Art. 49 KVG, Rz. 8; POLEDNA/VOKINGER, Rz. 2, 7, 61.

¹³ Vergütung gemäss Spezialitätenliste (SL) nach Art. 52 Abs. 1 lit. b KVG.

¹⁴ Vergütung gemäss Mittel- und Gegenständeliste (MiGeL) nach Art. 52 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 KVG; vgl. Art. 20 KLV.

¹⁵ Die medizinisch notwendigen Transporte von einem Spital in ein anderes (sog. Sekundärtransporte) sind demgegenüber Teil der stationären Behandlung (Art. 33 lit. g KVV) und damit über den stationären Tarif zu finanzieren.

¹⁶ BVGE 2014/36 E. 4.9.4.

¹⁷ Vgl. EUGSTER, Art. 49 KVG, Rz. 58.

- 12 Kostenanteile für Spitalleistungen, die nicht unter die OKP fallen, sind von den Tarifen für stationäre Leistungen ausgenommen. Art. 49 Abs. 3 KVG spricht von Kostenanteilen für **gemeinwirtschaftliche Leistungen**, die nicht in den Vergütungen nach Art. 49 Abs. 1 KVG enthalten sein dürfen. Zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen gehören nach Art. 49 Abs. 3 KVG insbesondere die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen (lit. a) sowie die Forschung und universitäre Lehre (lit. b). Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen dürfen demzufolge für die nach Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG vorzunehmenden Betriebsvergleiche zwischen den Spitälern nicht massgebend sein. Die Spitäler haben die Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen in ihren Kostenträgerrechnungen transparent auszuweisen (Art. 2 Abs. 1 lit. g VKL)¹⁸.
- 13 Ob und inwieweit gemeinwirtschaftliche Leistungen ausserhalb der OKP **durch die Kantone vergütet** werden dürfen, regelt das KVG nicht. Aus Art. 49 Abs. 3 KVG lässt sich mithin keine Beschränkung der Kantone hinsichtlich der Subventionierung von Spitälern ableiten¹⁹. Art. 49 Abs. 3 KVG hält lediglich fest, dass Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen nicht in die Berechnung der stationären Tarife einfließen und damit nicht zulasten der OKP gehen dürfen²⁰.

c. Abgeltung stationärer Leistungen (Art. 49a KVG)

- 14 Art. 49a KVG regelt die Finanzierung (Abgeltung) der stationären Leistungen. Nach Absatz 1 dieser Bestimmung werden die Vergütungen für die stationären Behandlungen **vom Kanton und den Versicherern anteilmässig übernommen** (sog. dual-fixe Abgeltung²¹). Der Anteil des Kantons wird jeweils für ein Kalenderjahr festgelegt und beträgt mindestens 55 % der Vergütungen (Art. 49a Abs. 2^{ter} KVG).
- 15 Die Kantone übernehmen den **kantonalen Anteil** für Versicherte, die im Kanton wohnen, sowie für gewisse Versicherte, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union, in Island oder in Norwegen wohnen und sich in der Schweiz stationär behandeln lassen (Art. 49a Abs. 2 sowie Abs. 3^{bis} KVG). Gemäss Art. 49a Abs. 3 KVG entrichtet der Kanton seinen Anteil direkt dem Spital, wobei die Modalitäten zwischen Spital und Kanton vereinbart werden. Der Kanton kann mit Krankenversicherern aber auch vereinbaren, dass er seinen Anteil dem Versicherer leistet und dieser dem Spital beide Anteile überweist.

¹⁸ BVGE 2014/3 E. 6.4.4; BVGE 2014/36 E. 4.9.3, 16.1.4. Vgl. auch BVGE 2014/3 E. 7.4.4 (Aufschlüsselung der Kosten und Leistungen für die einzelnen Spitalstandorte). GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, S. 9.

¹⁹ DONATSCH, Rz. 21.

²⁰ BVGE 2014/3 E. 7.1; BVGE 2014/36 E. 16.3.3. Aus der Lehre: RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung, Rz. 68 Fn. 94; DRUEY JUST, Rz. 4; DONATSCH, Rz. 16, 21, 36; vgl. auch GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, S. 8.

²¹ BBI 2004 5551, 5569. RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung, Rz. 67.

2.2 Subventionsrechtliche Grundlagen

- 16 **Subventionen** sind geldwerte Vorteile, die der Staat Personen und Organisationen des privaten oder öffentlichen Rechts gewährt für Tätigkeiten, die im öffentlichen Interesse liegen²². Subventionen können in Form von Geld-, Sach- oder Dienstleistungen ausgerichtet werden²³. Dazu gehören insbesondere nichtrückzahlbare Geldleistungen (Beiträge à fonds perdu), Vorzugsbedingungen bei Darlehen (zinslose oder zinsgünstige Darlehen oder Zinskostenbeiträge), Bürgschaften sowie unentgeltliche bzw. verbilligte Dienst- und Sachleistungen (vgl. Art. 3 Abs. 1 SuG). Staatliche Darlehen sind auch dann als Subventionen einzustufen, wenn sie zu marktüblichen Konditionen – unter Einhaltung der kaufmännischen Grundsätze – gewährt werden. Der geldwerte Vorteil besteht in diesem Fall darin, dass der Staat anstelle des Kapitalmarkts das Darlehen vergibt und damit den Zugang zum Kapital an sich gewährleistet. Das Einräumen von Steuererleichterungen fällt demgegenüber im schweizerischen Recht nicht unter den Subventionsbegriff, obschon der Staat mit dem Verzicht auf Steuereinnahmen indirekt ebenfalls geldwerte Vergünstigungen gewährt²⁴.
- 17 Auf Bundesebene existiert mit dem **Subventionsgesetz** ein Rahmenerlass, der für alle im Bundesrecht vorgesehenen Subventionen gilt (Art. 2 Abs. 1 SuG). Das Subventionsgesetz stellt Grundsätze für die Rechtsetzung auf und formuliert allgemeine Bestimmungen über die einzelnen Subventionsverhältnisse (Art. 1 Abs. 2 SuG). Das Gesetz fungiert damit als Allgemeiner Teil des eidgenössischen Subventionsrechts, enthält aber keine gesetzlichen Grundlagen für einzelne Subventionen; diese sind vielmehr in Spezialgesetzen vorgesehen. Im kantonalen Recht werden Subventionen häufig als Staatsbeiträge bzw. Beiträge bezeichnet. Die Kantone kennen zum Teil eigene Staatsbeitragsgesetze, die Grundsätze für kantonale Beiträge aufstellen²⁵. Soweit keine solche allgemeinen Erlasse bestehen, können die Begriffe und Grundsätze des eidgenössischen Subventionsgesetzes sowie die dazugehörige Rechtsprechung sinngemäss herangezogen werden²⁶.
- 18 Art. 3 SuG definiert **Abgeltungen und Finanzhilfen** als Unterkategorien von Subventionen. Abgeltungen bezwecken die Milderung oder den Ausgleich von finanziellen Lasten, die aus der Erfüllung öffentlicher – gesetzlich vorgeschriebener oder mittels Leistungsauftrag übertragener – Aufgaben resultieren (Art. 3 Abs. 2 SuG). Abgeltungen dienen somit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (Zweckbindung) und stehen mit dieser in einem Austauschverhältnis (Synallagma)²⁷. Finanzhilfen sind demgegenüber geldwerte Vorteile, die gewährt werden, um die Ausübung einer vom Leistungsempfänger selbst gewählten Tätigkeit zu fördern oder zu erhalten

²² Eingehend zum Subventionsbegriff im schweizerischen Recht BUNDI, S. 5 ff. Sodann HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2513 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, § 46 Rz. 1; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 44.

²³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2513; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 50 ff.

²⁴ Vgl. BUNDI, S. 20. Anders RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 60.

²⁵ Z.B. die Kantone Basel-Stadt, Bern, Freiburg, Genf, Jura, Luzern, Neuenburg, Tessin, Waadt, Wallis und Zürich; dazu BUNDI, S. 15 ff.

²⁶ Vgl. BUNDI, S. 20.

²⁷ DRUEY JUST, Rz. 18, die allerdings derartige staatliche Leistungen nicht den Subventionen zurechnet.

(Art. 3 Abs. 1 SuG). Finanzhilfen sollen Anreize schaffen und das Verhalten der Leistungsempfänger so lenken, dass öffentliche Interessen erreicht oder gefördert werden²⁸. Für die Unterscheidung zwischen Abgeltungen und Finanzhilfen ist somit entscheidend, ob eine öffentliche Aufgabe oder eine selbst gewählte private Tätigkeit subventioniert wird.

- 19 Die **Gewährung von Subventionen** erfolgt in der Regel durch Verfügung (Art. 16 Abs. 1 SuG). Möglich sind aber auch öffentlich-rechtliche Subventionsverträge. Die Vertragsform kann sich insbesondere dann anbieten, wenn die zuständige Behörde bei der Subventionsgewährung über einen erheblichen Ermessensspielraum verfügt oder wenn bei Finanzhilfen sichergestellt werden soll, dass die Realerfüllung der subventionierten Aufgabe durchgesetzt werden kann (Art. 16 Abs. 2 SuG). Abgeltungen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben werden typischerweise mit den Leistungsaufträgen bzw. Leistungsvereinbarungen gewährt, mit welchen die öffentliche Aufgabe übertragen wird.
- 20 Die vom Kanton gemäss Art. 49a Abs. 1 KVG zu übernehmenden Anteile für die **Vergütung stationärer Leistungen im Bereich der OKP** stellen im subventionsrechtlichen Sinne Abgeltungen dar²⁹. Die Abgeltungen sind den Listenspitälern aufgrund der Leistungsaufträge nach Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG für die stationäre Versorgung der Kantonseinwohner sowie weiterer versicherter Personen geschuldet (vgl. Art. 49a Abs. 2 lit. a und b KVG). Die Listenspitäler nehmen im Rahmen ihrer Leistungsaufträge öffentliche Versorgungsaufgaben der Kantone wahr³⁰.

2.3 Gemeinwirtschaftliche Leistungen

- 21 Wie vorne ausgeführt, dürfen nach Art. 49 Abs. 3 KVG die Kostenanteile für **gemeinwirtschaftliche Leistungen** (franz.: «prestations d'intérêt général», ital.: «prestazioni economicamente di interesse generale») nicht in die Vergütungen für stationäre Leistungen nach Art. 49 Abs. 1 KVG einbezogen werden (Rz. 12). Das KVG überlässt es den Kantonen, ob und inwieweit sie Kosten von Spitälern für gemeinwirtschaftliche Leistungen subventionieren wollen (Rz. 13). Um zu vermeiden, dass mit solchen kantonalen Beiträgen für gemeinwirtschaftliche Leistungen dieselbe Spitalleistung (nach KVG und nach kantonalem Recht) doppelt subventioniert wird, ist der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Leistung im Sinne von Art. 49 Abs. 3 KVG präzise zu fassen und von den stationären OKP-Leistungen abzugrenzen.
- 22 Das KVG definiert den Begriff der gemeinwirtschaftlichen Leistungen nicht, sondern erwähnt in Art. 49 Abs. 3 lediglich beispielhaft, dass die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen (lit. a) sowie die Forschung und universitäre Lehre zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen zählen (lit. b). Was zur Forschung und universitären Lehre gehört, wird dabei in Art. 7 VKL näher definiert. Abgesehen davon erfährt der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Leistungen **im positiven Recht** keine Präzisierung. Anschliessend werden die Begriffsinterpretationen in den amtlichen Materialien, in Rechtsprechung und Lehre sowie in den GDK-Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung von 2018 näher betrachtet.

²⁸ Vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 44 (in Bezug auf alle Subventionen).

²⁹ MADER, Rz. 86 ff.

³⁰ RÜTSCHÉ, Datenschutzrechtliche Aufsicht, Rz. 57 ff., 82.

a. Materialien

- 23 Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Leistungen wurde im Rahmen der **parlamentarischen Beratungen** der KVG-Revision von 2007 in das KVG eingeführt, jedoch nicht näher definiert³¹. Im ersten Entwurf von Art. 49 Abs. 3 KVG wurden als gemeinwirtschaftliche Leistungen neben der Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen, der Forschung und der universitären Lehre zudem die für andere Spitäler nicht gleichermassen geltenden Aufnahmepflichten der Spitäler mit Bezug auf bestimmte Patientenkategorien genannt³². Das Beispiel der Aufnahmepflichten wurde in der Folge vom Nationalrat aus dem Gesetzestext gestrichen³³.
- 24 Der **Bundesrat** hielt in seiner Botschaft von 2004 allgemein fest, dass den Kantonen aus «sozialpolitischen Erwägungen» freigestellt werden soll, «gewisse Bereiche auszuscheiden und deren Kosten gesondert zu übernehmen. Dabei handelt es sich vornehmlich um öffentliche Aufgaben, mit denen die Versorgung sichergestellt wird wie Vorhalteleistungen und Notfalldienste.»³⁴ In seiner Stellungnahme vom 11. März 2011 zur Interpellation 10.4001 «Gesetzeskonforme Umsetzung der Spitalfinanzierung» führte der Bundesrat sodann aus: «Der Begriff ‹gemeinwirtschaftliche Leistungen› ist im Gesetz nicht abschliessend definiert. Damit sollen die Leistungen festgehalten werden, deren Kosten keinesfalls zulasten des KVG gehen dürfen – so die Kosten für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen und die Kosten für die Forschung und universitäre Lehre –, gleichzeitig soll aber den Kantonen im Zusammenhang mit der Gesundheitsversorgung ein gewisser Spielraum für die Finanzierung von anderen Leistungen gewährt werden.»

b. Rechtsprechung

- 25 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in einem Entscheid vom 7. April 2014 eingehend mit der Frage auseinandergesetzt, welche **Kosten der universitären Lehre** im Sinne von Art. 49 Abs. 3 lit. b KVG als Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen von der Berechnung der OKP-Vergütungen auszuscheiden sind. Das Gericht kam zum Schluss, dass die Kosten für erteilte universitäre Weiterbildung der Studierenden bis zur Erlangung des eidgenössischen Weiterbildungstitels (Art. 7 Abs. 1 Bst. b VKL) als Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen gelten, nicht aber die Löhne der Assistenzärztinnen und -ärzte, welche zu den für das Benchmarking relevanten Betriebskosten gehören³⁵.
- 26 In einem weiteren Entscheid vom 11. September 2014 hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass für den sachgerechten Betriebsvergleich nach Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG auch Kosten von Spitälern, welche die Leistungen nicht wirtschaftlich erbringen, relevant sind. Dazu gehören auch Spitäler, welche als Folge von Überkapazitäten unwirtschaftlich arbeiten. Hingegen sind **Kosten**

³¹ AB 2006 S 57 ff.

³² AB 2006 S 57 sowie 58 (Votum Brunner).

³³ AB 2007 N 448 ff.

³⁴ BBI 2004 5551, 5579.

³⁵ BVGE 2014/3 E. 6.6.3.

für bewusst aufrechterhaltene Überkapazitäten als Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen vom Benchmarking auszuscheiden. Es handelt sich dabei um Kosten für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen im Sinne von Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG.³⁶

- 27 Im selben Entscheid kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass stationäre Behandlungen bei einem **medizinischen Notfall** als OKP-Pflichtleistungen gelten und damit durch die Fallpauschalen abzugelten sind³⁷. Da die Kosten für stationäre Notfallbehandlungen für die Berechnung der stationären Tarife relevant sind, ist eine Ausscheidung der entsprechenden Kostenanteile als gemeinwirtschaftliche Leistungen nicht sachgerecht³⁸. Zu den Kosten, die in die Tarifberechnung einfließen, gehören dabei auch die Kosten für die Ausrichtung der Spitalorganisation auf dringende Fälle wie namentlich die Kosten für die Gewährleistung erhöhter Flexibilität und Verfügbarkeit von Personal und Geräten sowie für die Bereitstellung dauernd freier Aufnahmekapazitäten (sog. Vorhalteleistungen)³⁹. Diese Mehrkosten der Notfallspitäler sind Kosten von OKP-Pflichtleistungen und damit nicht als gemeinwirtschaftliche Leistungen auszuscheiden. Demgegenüber liess das Gericht offen, ob darüberhinausgehende Mehrkosten, welche als Folge der Aufrechterhaltung einer an sich zu kleinen oder schlecht ausgelasteten Notfallstation entstehen, als gemeinwirtschaftliche Leistungen auszuscheiden wären⁴⁰.
- 28 Schliesslich führte das Bundesgericht in einem Urteil vom 21. Februar 2019 zu Art. 49 Abs. 3 KVG aus, «dass die nach dem Krankenversicherungsgesetz geschuldeten Vergütungen der stationären Behandlung in einem Spital zwar keine Kostenanteile für gemeinwirtschaftliche Leistungen wie die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen oder die Forschung und universitäre Lehre enthalten dürfen», dass damit «der Gesetzgeber allerdings allein die Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen von Spitälern über das System der obligatorischen Krankenversicherung» ausschliesst, nicht aber verhindert, «dass im Rahmen der Spitalplanung und Festlegung der Spitalliste auch gemeinwirtschaftliche Aspekte einfließen [...]».⁴¹

c. Lehre

- 29 Nach GEBHARD EUGSTER sind **gemeinwirtschaftliche Leistungen** entweder solche, «deren Erbringung nicht zu den Aufgaben der OKP zählen (Beispiel: universitäre Lehre und Forschung) oder solche, an denen festgehalten wird, obwohl sie im Widerspruch zu den Geboten des KVG stehen (Beispiel: Aufrechterhaltung von Spitälern oder Überkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen; [...]), mithin nicht primär den Interessen des KVG, sondern anderen Zielsetzungen dienen.»⁴²

³⁶ Zum Ganzen BVGE 2014/36 E. 4.9.6.

³⁷ BVGE 2014/36 E. 21.3.1.

³⁸ BVGE 2014/36 E. 21.3.2.

³⁹ BVGE 2014/36 E. 21.3.3.

⁴⁰ BVGE 2014/36 E. 21.3.4.

⁴¹ BGer 2C_196/2017 E. 4.5.1.4.

⁴² EUGSTER, Art. 49 KVG, Rz. 50.

- 30 Zur **Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen** im Sinne von Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG führt EUGSTER Folgendes an:

«Der Begriff der Region bezieht sich auf das Territorium des Spitalplankantons (in der Regel der Standortkanton). Primär ist an den Fall zu denken, wo zur Vermeidung eines regionalen Versorgungsnachteils im Kanton aus politischen Gründen auf Schliessungen von Spitälern oder Spitalabteilungen verzichtet wird, obwohl der Bevölkerung unter dem Aspekt des angemessenen Zugangs zu einer stationären Grundversorgung im Wohnkanton ein Verzicht zumutbar wäre; eine Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen ist mit Bezug auf Randregionen unter dem Aspekt der Angemessenheit mit Zurückhaltung anzunehmen.»⁴³

- 31 Sodann hält EUGSTER fest, dass das Erbringen von **hochkomplexen Leistungen** durch ein Zentrumspital auch dann nicht als gemeinwirtschaftliche Leistung zur Aufrechterhaltung von regionalen Spitalkapazitäten qualifiziert werden kann, wenn diese Leistungen besser von einem Universitätsspital erbracht werden könnten⁴⁴.
- 32 Als weitere **Beispiele** für gemeinwirtschaftliche Leistungen nennt EUGSTER Sozialdienste, die Spitalseelsorge, die Epidemie-Vorsorge, die Rechtsmedizin und den Betrieb eines geschützten Spitals sowie die medizinische Vorsorge für Notlagen und Katastrophen⁴⁵.
- 33 EVA DRUEY JUST hat sich in einem Beitrag von 2015 eingehend mit der **Definition der gemeinwirtschaftlichen Leistungen** im Sinne des KVG auseinandergesetzt. Als Ausgangslage zitiert sie das Bundesgericht, welches Leistungen ganz allgemein dann als gemeinwirtschaftlich bezeichne, «wenn sie nicht dem eigenen Betrieb zugutekommen, sondern einem öffentlichen Interesse dienen»⁴⁶. Gemeinwirtschaftlich seien demnach einerseits Leistungen, an denen das öffentliche Interesse gegenüber dem privaten Nutzen überwiege. Der gemeinwirtschaftliche Zweck bestehe hier darin, dass der Staat die Leistung selber für die öffentliche Hand beziehen wolle. Andererseits seien Leistungen gemeinwirtschaftlich, wenn sie zwar dem Patienten dienen, aber wegen ihrer hohen Kosten (eventuell verursacht durch fehlende Versicherungsdeckung) für ihn überteuert sind. Der gemeinwirtschaftliche Zweck bestehe hier nicht in einem überwiegenden öffentlichen Interesse an der Leistung selbst, sondern in einem solchen an der Gewährleistung der Versorgungssicherheit⁴⁷. Eine Leistung sei somit gemeinwirtschaftlich im Sinne des KVG, wenn ein **überwiegendes öffentliches Interesse** an ihr selbst oder an ihrer Versorgungssicherheit besteht und das Gemeinwesen sie in Auftrag gegeben hat⁴⁸.
- 34 Das zuletzt genannte Begriffselement – Auftrag des Gemeinwesens – grenzt gemäss DRUEY JUST die gemeinwirtschaftlichen Leistungen zugleich von den «Subventionen» ab (gemeint sind wohl «Finanzhilfen» im subventionsrechtlichen Sinne, vgl. Rz. 18). Eine gemeinwirtschaftliche

⁴³ EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 1077.

⁴⁴ EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 1077 (unter Bezugnahme auf BVGE 2014/3 E. 7.4.3).

⁴⁵ EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 1078 (in Anlehnung an BVGE 2014/36 E. 16.3.2).

⁴⁶ DRUEY JUST, Rz. 9 mit Bezug auf BGer, 2C_58/2009 vom 4. Februar 2010, E. 3.5.

⁴⁷ DRUEY JUST, Rz. 11.

⁴⁸ DRUEY JUST, Rz. 19.

Leistung liegt gemäss dieser Autorin nur vor, wenn sie **vom Kanton bestellt** wird⁴⁹. Zwar werde sowohl mit der Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Leistungen als auch mit einer Subvention ein öffentliches Interesse verfolgt, und Beides seien strukturpolitische Massnahmen des Gemeinwesens, mit denen ein aus Sicht des öffentlichen Interesses erwünschtes Verhalten belohnt und gefördert werden solle⁵⁰. Erstere gingen jedoch über die blossе Setzung von Anreizen klar hinaus, indem gemeinwirtschaftliche Leistung und staatliche Gegenleistung in einem Austauschverhältnis stehen (Synallagma). Der im öffentlichen Interesse stehende Dienst werde von der öffentlichen Hand wie von einem privaten Auftraggeber bestellt und nach seinem Marktwert bzw. mangels eines Marktwertes nach seinen Kosten abgegolten. Dies bedinge eine klare und transparente Vereinbarung sowohl der Leistung als auch der Abgeltung⁵¹.

- 35 Als **Beispiele** für gemeinwirtschaftliche Leistungen erwähnt DRUEY JUST «die Epidemie-Vorsorge, die Behandlung nicht versicherter und nicht zahlungsfähiger Personen, der Betrieb von Spitalschulen oder -Gefängnissen sowie generell die Erbringung notwendiger, aber unrentabler Leistungen». Zunehmend seien gerade letztere «nicht nur im stationären, sondern auch im ambulanten Bereich ein Thema»⁵².
- 36 MARCO DONATSCH betont, dass das KVG einzig regle, für welche Leistungen die OKP aufkommen müsse. Damit verhindere das KVG, dass wirtschaftlich ineffiziente Spitalleistungen zulasten der Krankenversicherung finanziert werden⁵³. Bei der **Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten** würden stationäre Spitalbehandlungen finanziert, welche nach Art. 49 Abs. 1 KVG defizitär seien. Dabei erfolge gerade keine Leistungsabgeltung, sondern eine Kostenübernahme etwa in Form einer Defizitdeckung. Ob das Defizit auf fehlender Auslastung oder aufgrund anderweitig zu hohen Kosten für die Leistungserbringung beruhe, spiele keine Rolle. Erwirtschaftete ein Spital ein Defizit, so verfüge es entweder über eine ineffiziente Kostenstruktur oder es liege eine Überkapazität vor, die letztlich mit einer fehlerhaften Spitalplanung (durch den betreffenden Kanton) zusammenhänge⁵⁴.
- 37 Gemäss RAPHAEL KUMMER handelt es sich bei den **gemeinwirtschaftlichen Leistungen** gemäss Art. 49 Abs. 3 KVG um «Leistungen, welche im öffentlichen Interesse, gestützt auf einen im positiven Recht festgehaltenen Sicherstellungsauftrag vom Staat nachgefragt und bezahlt werden. Zugleich ist eine Finanzierung durch die OKP ausgeschlossen.»⁵⁵ Die Regelung und Handhabung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen falle in den Kompetenzbereich der Kantone⁵⁶. Angesichts der kantonalen Heterogenität in Bezug auf die Subventionsbegriffe könne nicht gesagt werden, ob die Kostenübernahme für gemeinwirtschaftliche Leistungen als Subvention zu qualifizieren sei oder nicht⁵⁷.

49 DRUEY JUST, Rz. 13 f.

50 DRUEY JUST, Rz. 15.

51 DRUEY JUST, Rz. 18; vgl. auch Rz. 21 ff.

52 DRUEY JUST, Rz. 3 (beide Zitate).

53 DONATSCH, Rz. 16.

54 DONATSCH, Rz. 20.

55 KUMMER, Rz. 23.

56 KUMMER, Rz. 24.

57 KUMMER, Rz. 32; vgl. auch Rz. 38 ff.

- 38 Den Kantonen sei es freigestellt, gemeinwirtschaftliche Leistungen mehr als bloss kostendeckend oder etwa pauschal zu vergüten. Folglich sei auch eine Defizitdeckung im Bereich der OKP-pflichtigen Leistungen und damit verbunden die Erhaltung von bestimmten Spitälern nicht per se ausgeschlossen⁵⁸. Defizite, die aufgrund einer nicht wirtschaftlichen bzw. unrentablen Erbringung stationärer Leistungen resultieren, könnten von den Kantonen unter dem Titel der gemeinwirtschaftlichen Leistungen nach Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG (**Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen**) abgedeckt werden, um «dem Leistungsabbau oder im Extremfall einer Spitalschliessung und damit verbunden dem Verlust einer regionalen Wertschöpfung oder einer fehlenden oder unzureichenden Versorgungssicherheit zuvorzukommen»⁵⁹.

d. GDK-Empfehlungen

- 39 Die am 27. Juni 2019 von der GDK verabschiedeten «**Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung**: Ermittlung der effizienten Spitäler nach Art. 49 Abs. 1 KVG» befassen sich ausführlich mit der Abgrenzung zwischen Kosten für gemeinwirtschaftlichen Leistungen und den für das Benchmarking anrechenbaren Kosten. Die GDK-Empfehlungen sind zwar nicht rechtsverbindlich, können aber von den Kantonen zur Lückenfüllung oder Konkretisierung offener Rechtsnormen herangezogen werden⁶⁰.
- 40 Die GDK-Empfehlungen halten zunächst fest, dass im KVG und in den Ausführungsbestimmungen nicht abschliessend geregelt sei, welche Leistungen als gemeinwirtschaftlich zu verstehen sind. Aus der **Optik der Tariffindung** sei denn auch nicht die Bezeichnung der (ausserhalb der Fallpauschalen zu finanzierenden) gemeinwirtschaftlichen Leistungen entscheidend, sondern generell die Abgrenzung der für das Benchmarking anrechenbaren von nicht anrechenbaren Kosten. Dabei sei es unwesentlich, ob die Leistungen, die nicht anrechenbare Kosten verursachen, als «gemeinwirtschaftlich» qualifiziert und durch wen und in welchem Umfang (kostendeckend oder nicht kostendeckend) finanziert werden.⁶¹
- 41 Zur Grenze zwischen den für das Benchmarking anrechenbaren und nicht anrechenbaren Kosten halten die GDK-Empfehlungen folgenden **Grundsatz** fest:

«Alle Leistungen und damit verbundenen Kosten eines Spitals, welche notwendig sind, um langfristig in einem wettbewerblichen System die medizinischen und pflegerischen Leistungen nach Art. 25 ff. KVG gemäss Leistungsauftrag nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG bereitstellen sowie die Auflagen bezüglich Kosten- und Leistungserfassung erfüllen zu können, werden mittels Fallpauschale vergütet. Die entsprechenden Kosten fliessen in die Ermittlung des stationären Tarifs ein. [...] Im Umkehrschluss kann davon ausgegangen

⁵⁸ KUMMER, Rz. 25.

⁵⁹ KUMMER, Rz. 25.

⁶⁰ Vgl. RÜTSCHÉ, Spitalplanung und Privatspitäler, Rz. 41 ff.

⁶¹ Zum Ganzen GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, S. 7.

werden, dass die Kosten einer Leistung dann in die Kalkulation des stationären Tarifs einzufließen haben, wenn ein Spital ohne diese zu gewährleisten den Leistungsauftrag gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG nicht in angemessener Weise zu erbringen vermag.»⁶²

42 In der Folge unterscheiden die GDK-Empfehlungen zwischen **vier Kategorien von Leistungen** bzw. Kosten:

- 1) OKP-pflichtige und über den stationären Tarif zu finanzierende Leistungen gemäss gesetzlicher Regelung,
- 2) OKP-pflichtige, nicht über den stationären Tarif zu finanzierende Leistungen,
- 3) Nicht OKP-pflichtige und nicht über den stationären Tarif zu finanzierende Leistungen,
- 4) Nicht in den Fallpauschalen enthaltene Vergütungen gemäss Gesetz⁶³.

43 Die **von der OKP-Vergütung ausgenommenen Leistungen** fallen unter die Kategorien 3 und 4. Es handelt sich gemäss GDK einerseits um Leistungen, die nicht zwingend notwendig sind zur Erfüllung des Leistungsauftrags nach Art. 39 Abs. 1 KVG und damit im Rahmen der stationären Spitalbehandlung nicht unter die OKP fallen (Kategorie 3). Andererseits zählen die von Art. 49 Abs. 3 KVG erwähnten gemeinwirtschaftlichen Leistungen zu den Leistungen, die nicht in die Berechnung der stationären Tarife einfließen. Aus Sicht der GDK fallen folgende Leistungen unter diese beiden Kategorien:

- **Nicht OKP-pflichtige und nicht über den stationären Tarif zu finanzierende Leistungen** (Kategorie 3): Angehörigen-Verpflegung; Spitalseelsorge; Forensik-Sicherheitsmassnahmen («Gefängnis»-Kosten); Sozialberatung als soziale und berufliche Integration; Kinderschutz; an die Bevölkerung gerichtete Prävention; Rechtsmedizin; gesundheitspolizeiliche Aufsicht über andere Leistungserbringer; Unterricht für Kinder und Jugendliche; geschützte Operationsstellen (GOPS); Einsatzzentrale 144; Dispositiv für besondere Lagen (DBL): Vorhalteleistungen und Übungen für besondere Lagen und Ereignisse mit einem grossen Patientenansturm (z.B. Pandemie, Dekontamination)⁶⁴.
- **Nicht in den Fallpauschalen enthaltene Vergütungen gemäss Gesetz** (Kategorie 4) Forschung und universitäre Lehre (Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG); regionalpolitisch (volkswirtschaftlich) motivierte Mehrkosten für Leistungen, die über die Deckung des Versorgungsbedarfs hinausgehen (Art. 49 Abs. 3 lit. b KVG); weitere gemeinwirtschaftliche Leistungen⁶⁵.

⁶² GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, S. 7.

⁶³ GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, S. 7 ff.

⁶⁴ GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, S. 9.

⁶⁵ GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, S. 9.

2.4 Zwischenfazit

44 Aus den vorstehend wiedergegebenen Interpretationen der gemeinwirtschaftlichen Leistungen in Materialien, Rechtsprechung, Lehre und den GDK-Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung lassen sich folgende Schlüsse ziehen:

- Die **Vergütungen für stationäre Leistungen** nach Art. 49 Abs. 1 KVG erfassen alle Leistungen und damit verbundenen Kosten von Spitälern, welche zur Erfüllung ihrer Leistungsaufträge nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG notwendig sind. Dazu gehören neben den Kosten für die stationär erbrachten medizinischen und pflegerischen OKP-Leistungen auch die Kosten, die aufgrund der Vorgaben des KVG für organisatorische und administrative Leistungen wie die Kosten- und Leistungserfassung im Sinne von Art. 49 Abs. 7 KVG anfallen. (Rz. 8 ff.)
- **Gemeinwirtschaftliche Leistungen** im Sinne von Art. 49 Abs. 3 KVG sind Leistungen, die Listenspitäler im öffentlichen Interesse erbringen («prestations d'intérêt général»), die jedoch für die Erfüllung der Leistungsaufträge nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG nicht notwendig und deren Kosten von den OKP-Tarifen daher nicht abgedeckt sind. Ob und inwieweit gemeinwirtschaftliche Leistungen ausserhalb der OKP durch die Kantone vergütet werden dürfen, regelt das KVG nicht. Art. 49 Abs. 3 KVG hält lediglich fest, dass Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen nicht in die Berechnung der stationären Tarife einfließen und damit nicht zulasten der OKP gehen dürfen. (Rz. 13, 21 ff.)
- Eine Kategorie gemeinwirtschaftlicher Leistungen besteht darin, dass ein Spital im Auftrag des Kantons **bestimmte öffentliche Aufgaben** erfüllt, welche über die OKP hinausgehen. Dazu gehören Aufgaben wie Angehörigen-Verpflegung, Spitalseelsorge, Sozialberatung, Rechtsmedizin oder Vorhalteleistungen für Pandemiefälle, aber auch Forschung und universitäre Lehre (Art. 49 Abs. 3 lit. b KVG)⁶⁶. Solche Aufgaben dienen gesundheits-, sozial- oder auch sicherheitspolitischen Anliegen⁶⁷. Es handelt sich um öffentliche Aufgaben, deren Erfüllung der Kanton aufgrund entsprechender gesetzlicher Aufträge mittels Erteilung von Leistungsaufträgen an Spitäler sicherzustellen hat⁶⁸. Bei der Vergütung der (ungedeckten) Kosten solcher gemeinwirtschaftlichen Leistungen durch den Kanton handelt es sich subventionsrechtlich um Abgeltungen (vgl. Rz. 18). Diese sind an einen bestimmten Zweck – die Erfüllung der übertragenen öffentlichen Aufgabe – gebunden. Zwischen gemeinwirtschaftlicher Leistung des Spitals und staatlicher Gegenleistung (Abgeltung) besteht mithin ein Austauschverhältnis (Synallagma)⁶⁹.
- Die andere Kategorie gemeinwirtschaftlicher Leistungen betrifft die **Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten**, die in Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG angesprochen ist. Dabei geht es nicht um die Erfüllung bestimmter, über die OKP hinausgehender öffentlicher Aufgaben, sondern gerade um die (langfristige) Gewährleistung der stationären Spitalversorgung durch Listenspitäler im Rahmen der OKP. Kantonale Beiträge an die Aufrechterhaltung

⁶⁶ Vgl. GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, S. 8 f. (Kategorie 3 und teilweise Kategorie 4).

⁶⁷ Vgl. bereits BBI 2004 5551, 5579 («aus sozialpolitischen Erwägungen» bzw. «öffentliche Aufgaben»).

⁶⁸ Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe RÜTSCHÉ, öffentliche Aufgaben, S. 157 ff.

⁶⁹ So der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Leistung bei DRUEY JUST, Rz. 9 ff.

von Spitalkapazitäten decken ebenfalls Kosten ab, die von den stationären OKP-Tarifen nicht erfasst sind. Es handelt sich etwa um Kosten für spitalnotwendige Infrastrukturen, die in dünn besiedelten Gebieten wegen zu geringen Fallzahlen nicht voll ausgelastet werden können⁷⁰, oder auch um ausserordentliche, von den Fallpauschalen nicht berücksichtigte Kosten für Investitionen in die Erneuerung und Modernisierung von Spitalinfrastrukturen. Kantonale Beiträge an die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten sind keine Abgeltungen für die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben⁷¹ – die öffentliche Aufgabe der stationären Spitalversorgung wird mit den KVG-Leistungsaufträgen übertragen und abschliessend abgegolten. Vielmehr handelt es sich subventionsrechtlich um **Finanzhilfen**, mit denen die Ausübung einer vom Leistungsempfänger (Spital) selbst gewählten Tätigkeit (Bewerbung um Leistungsaufträge zur stationären Versorgung zulasten der OKP) gefördert bzw. erhalten wird (vgl. Rz. 18).

3. Grenzen der Subventionierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen (Frage 1)

- 45 Die Gewährung von Subventionen bzw. Staatsbeiträgen stellt staatliches Handeln dar, welches verfassungsrechtlichen Vorgaben, namentlich den **Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns** genügen muss⁷². Dazu gehört die Einhaltung des Gesetzmässigkeitsprinzips, das Handeln im öffentlichen Interesse, die Beachtung der Verhältnismässigkeit sowie die Wahrung von Treu und Glauben (Art. 5 BV). Darüber hinaus können Subventionen in ein Spannungsverhältnis zur Wirtschaftsfreiheit, insbesondere zur Wettbewerbsneutralität geraten (Art. 27 sowie Art. 94 Abs. 1 BV), wenn sie zur Erhaltung bestehender Wirtschaftsstrukturen oder zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Im Folgenden werden die Erfordernisse der gesetzlichen Grundlage (Kap. 3.1), des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit (Kap. 3.2) sowie der Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerbsneutralität (Kap. 3.3) näher beleuchtet.

3.1 Gesetzliche Grundlage

- 46 Das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt «für das ganze Verwaltungshandeln mit Einschluss der Leistungsverwaltung»⁷³, weshalb auch Subventionen einer genügenden gesetzlichen Grundlage bedürfen⁷⁴. Erforderlich ist eine **Grundlage im formellen Gesetz**. Das bedeutet zum einen, dass die Subvention in einem generell-abstrakten Erlass, der in dem von der Verfassung vorgesehenen demokratischen Verfahren verabschiedet worden ist, verankert sein muss (Erfordernisse

⁷⁰ Vgl. BVGE 2014/36 E. 4.9.6; EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 1077; DONATSCH, Rz. 20; KUMMER, Rz. 25.

⁷¹ Vgl. DONATSCH, Rz. 20.

⁷² BGE 138 II 191 E. 4.2.5 S. 200.

⁷³ BGE 130 I 1 E. 3.1 S. 5, mit Verweis auf BGE 103 Ia 369 E. 5 f. S. 380 ff. und BGE 123 I 1 E. 2b S. 3 f.

⁷⁴ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 46; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, § 46 Rz. 18. Für Subventionen im Spitalbereich JOSEPH, S. 297.

der Gesetzesform und der Normstufe). Zum anderen muss die gesetzliche Grundlage hinreichend bestimmt sein (Erfordernis der Normdichte). Die Normdichte kann dabei je nach Art und konkreter Ausgestaltung der Subvention variieren⁷⁵: Für Anspruchssubventionen (Subventionen, auf deren Ausrichtung ein Rechtsanspruch besteht) müssen die Voraussetzungen des Rechtsanspruchs (Zweck der Subventionsgewährung, Kreis der Berechtigten und Bemessungsrahmen) in einem formellen Gesetz geregelt sein. Bei Ermessenssubventionen (Subventionen, deren Ausrichtung im Entschliessungsermessen der Behörde liegt) genügt es, dass die Möglichkeit der Subventionsgewährung für einen bestimmten öffentlichen Zweck im formellen Gesetz erwähnt wird⁷⁶. Solche Ermessenssubventionen sind namentlich Finanzhilfen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen.

- 47 In Bezug auf Abgeltungen ist mit Blick auf das Gesetzmässigkeitsprinzip Folgendes zu beachten: Die **öffentliche Aufgabe**, deren Erfüllung mittels abgeltungsberechtigten Leistungsaufträgen an verwaltungsexterne Leistungserbringer übertragen wird, bedarf ihrerseits einer Grundlage im formellen Gesetz. Dabei genügt es, wenn die öffentliche Aufgabe im Gesetz allgemein bezeichnet wird und deren Konkretisierung auf Verordnungsstufe sowie in Leistungsaufträgen erfolgt. Gemäss Art. 178 Abs. 3 BV ist sodann für die Übertragung öffentlicher Aufgaben («Verwaltungsaufgaben») an Organisationen und Personen ausserhalb der Bundesverwaltung eine formellgesetzliche Grundlage erforderlich. Dasselbe gilt gemäss Bundesgericht, wenn Kantone Verwaltungsaufgaben auslagern⁷⁷.

3.2 Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit

- 48 Das Erfordernis des **öffentlichen Interesses** ist dem Subventionsbegriff inhärent: Subventionen sind geldwerte Vorteile, die der Staat für Tätigkeiten gewährt, die im öffentlichen Interesse liegen (Rz. 16). Mit Finanzhilfen unterstützt der Staat selbst gewählte Tätigkeiten, die im öffentlichen Interesse liegen, während mit Abgeltungen Lasten ausgeglichen werden, die aufgrund der Erfüllung öffentlicher Aufgaben anfallen (Rz. 18). Das Erfordernis des öffentlichen Interesses aktualisiert sich vor allem dann, wenn der Staat mittels Gewährung von Subventionen im betreffenden Markt den Wettbewerb verzerrt oder bestehende Wirtschaftsstrukturen aufrechterhält. In solchen Fällen kann es von der Art und vom Gewicht des öffentlichen Interesses abhängen, ob die Subvention mit der Wirtschaftsfreiheit und der Wettbewerbsneutralität vereinbar ist (vgl. Rz. 55 ff.).
- 49 Für Kantonsbeiträge an die Finanzierung gemeinschaftlicher Leistungen von Spitälern steht das öffentliche Interesse an einer **ausreichenden Gesundheitsversorgung** für die Kantonsbevölkerung im Vordergrund. Die Tatsache, dass eine subventionierte Tätigkeit im öffentlichen Interesse liegt, bedeutet noch nicht, dass diese Tätigkeit eine öffentliche Aufgabe darstellt. Vielmehr kann der Staat seine Ziele bzw. öffentlichen Interessen auch dadurch erfüllen, dass er Private in der Wahrnehmung von Aufgaben unterstützt, welche im öffentlichen Interesse liegen. Der Gesetzgeber sollte im Sinne des Subsidiaritätsgrundsatzes eine im öffentlichen Interesse liegende

⁷⁵ Vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 46; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, § 46 Rz. 19.

⁷⁶ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, § 46 Rz. 19.

⁷⁷ BGE 138 I 196 E. 4.4.3 S. 201; RÜTSCHÉ, öffentliche Aufgaben, S. 153, 158.

Tätigkeit nur so weit zur Staatsaufgabe erklären, als Private sie nicht angemessen erfüllen (vgl. Art. 6 BV).

- 50 Fraglich ist, ob und inwieweit das **Verhältnismässigkeitsprinzip** für die Gewährung von Subventionen massgebend ist. Eine Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips in diesem Bereich würde den Staat darauf verpflichten, die Interessen der Bürger am haushälterischen Umgang mit öffentlichen Geldern sowie an der schonenden, nachhaltigen Nutzung knapper Ressourcen zu wahren. Auf dem Gebiet der Sozialversicherungen hat das Bundesgericht in mehreren Entscheidungen festgehalten, dass die von der Versicherung zu bezahlende Leistung (Kosten) in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel (Nutzen) stehen muss⁷⁸ bzw. zwischen Kosten und Nutzen kein grobes Missverhältnis herrschen darf⁷⁹. Aus dieser Rechtsprechung lässt sich der allgemeine Schluss ziehen, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht nur der Begrenzung staatlicher Eingriffsgewalt dient, sondern auch die zweckmässige Nutzung öffentlicher Mittel gebietet. Subventionen müssen demzufolge nicht nur geeignet sein, das angestrebte öffentliche Interesse zu erreichen bzw. zu fördern, sondern dürfen in ihrer Höhe nicht über dieses Ziel hinausgehen und nicht in einem Missverhältnis zum geförderten öffentlichen Interesse stehen.

3.3 Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerbsneutralität

a. Allgemeines

- 51 Die **Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht** ist in Art. 27 BV verankert und schützt insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung. Zudem vermittelt die Wirtschaftsfreiheit einen Anspruch auf Gleichbehandlung von Konkurrenten.
- 52 Gemäss Art. 94 Abs. 1 BV halten sich Bund und Kantone an den **Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit**. Dieser umfasst – spiegelbildlich zum Anspruch auf Gleichbehandlung von Konkurrenten – die Pflicht des Staates zu wettbewerbsneutralem Verhalten. Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind (Art. 94 Abs. 4 BV). Art. 27 BV schützt somit den individualrechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit. Demgegenüber verankert Art. 94 BV die systembezogene oder institutionelle Dimension der Wirtschaftsfreiheit als grundlegendes Ordnungsprinzip einer Wirtschaftsordnung, die auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruht. Die individualrechtliche und systembezogene Dimension der Wirtschaftsfreiheit sind indessen eng aufeinander bezogen und können nicht isoliert betrachtet werden⁸⁰.
- 53 Die in Art. 27 und Art. 94 BV garantierte Wirtschaftsfreiheit schützt vor staatlichen Eingriffen, die den **Wettbewerb mindern oder verzerren**. Dies kann dadurch geschehen, dass der Staat den

⁷⁸ BGE 130 V 488 E. 4.3.2 S. 491; BGE 132 V 215 E. 3.2.2 S. 221.

⁷⁹ BGE 109 V 41 E. 2b S. 44; BGE 118 V 107 E. 7b S. 115; BGE 136 V 395 E. 7.4 S. 407 f.

⁸⁰ Zum Ganzen BGE 138 I 378 E. 6.1 S. 384 f.; BBI 1997 I 1 175 ff., 293, 296; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 94 BV, Rz. 1; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 Rz. 63 ff.

Zugang zu einem Markt einschränkt, indem er beispielsweise ein Monopol errichtet, eine Tätigkeit verbietet oder den Marktzugang mengenmässig beschränkt. Ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit liegt weiter dann vor, wenn der Staat zentrale Wettbewerbsparameter wie den Preis oder die Qualität des Angebots reguliert. Sodann schützt die Wirtschaftsfreiheit in ihrem Gleichbehandlungsaspekt vor Wettbewerbsverzerrungen, die dadurch entstehen, dass der Staat innerhalb des relevanten Marktes bestimmte Konkurrenten bevorteilt, etwa durch Subventionen oder Steuererleichterungen.

- 54 Die Garantie der Wirtschaftsfreiheit gilt nicht absolut, sondern kann unter bestimmten Voraussetzungen **eingeschränkt** werden. Diese Voraussetzungen sind zunächst in Art. 36 BV (falls der Staat in das Grundrecht gemäss Art. 27 BV eingreift) bzw. Art. 5 BV (falls nur die Systemgarantie gemäss Art. 94 BV berührt ist) geregelt. Eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit ist demnach nur zulässig, wenn eine hinreichende Grundlage in einem formellen Gesetz vorliegt, die Einschränkung auf einem zulässigen öffentlichen Interesse beruht und verhältnismässig ist⁸¹.
- 55 Für die Beurteilung der Frage, ob eine staatliche Massnahme mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 94 Abs. 1 BV vereinbar ist, bestehen bezüglich **des öffentlichen Interesses** und der **Verhältnismässigkeit** Besonderheiten:
- 56 Ist das öffentliche Interesse (Motiv der Regelung) **rein wirtschaftspolitischer Natur**, d.h. geht es einzig um den Schutz der wirtschaftlichen Interessen eines Gemeinwesens (Standortförderung), bestimmter Wirtschaftszweige (Branchenförderung) oder einzelner Unternehmen (Unternehmensförderung), liegt ein grundsatzwidriger Eingriff vor. Es handelt sich um sog. strukturpolitische Massnahmen, da sie bestimmte Wirtschaftsstrukturen erhalten und gegen den Wettbewerb abschirmen. Dasselbe gilt, wenn der Staat rein fiskalische Interessen verfolgt, d.h. wenn die Staatsverwaltung oder öffentliche Unternehmen eigene wirtschaftliche Interessen verfolgen und dabei verzerrend in den Wettbewerb eingreifen. Rein wirtschaftspolitisch oder fiskalisch motivierte Eingriffe in den Wettbewerb sind in jedem Fall mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit unvereinbar⁸².
- 57 Selbst wenn der Eingriff in den Wettbewerb durch **nicht-wirtschaftliche öffentliche Interessen** motiviert ist (z.B. öffentliche Sicherheit, Grundversorgung oder sozialpolitische Interessen), kann ein grundsatzwidriger Eingriff vorliegen. In diesem Fall ist das Motiv (öffentliches Interesse) gegen die Wirkung (Beeinträchtigung des Wettbewerbs) abzuwägen. Falls das öffentliche Interesse im Verhältnis zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht überwiegt, liegt eine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, d.h. eine grundsatzwidrige Massnahme vor⁸³.
- 58 Selbst grundsatzwidrige Massnahmen in Abweichung von Art. 94 Abs. 1 BV können **verfassungsrechtlich gerechtfertigt** sein, und zwar nach Massgabe von Art. 94 Abs. 4 BV. Demnach sind grundsatzwidrige Massnahmen ausnahmsweise zulässig, wenn dafür eine Grundlage in der Bundesverfassung besteht oder wenn sie durch ein historisches kantonales Regalrecht (Jagd- und Fischereiregale sowie Salz- und Bergbauregale) begründet sind.

⁸¹ BGE 135 II 296 E. 2.1 S. 300.

⁸² Zum Ganzen BGE 140 I 218 E. 6.2 S. 228 f.

⁸³ Zum Ganzen BGer, 2C_940/2010 vom 17.5.2011, E. 3.2.

- 59 Die Wirtschaftsfreiheit vermittelt grundsätzlich **keinen Anspruch auf staatliche Leistungen**, insbesondere verschafft sie keinen Anspruch auf die Zusprechung von Subventionen, die Vergabe öffentlicher Aufträge oder den Schutz vor privater Konkurrenz⁸⁴. Die Sozialversicherung ist als solche auf Verfassungs- und Gesetzesstufe der Wirtschaftsfreiheit weitgehend entzogen. In Bereichen, in denen von vornherein kein privatwirtschaftlicher Wettbewerb herrscht, wie bei der Festlegung von Tarifen für sozialversicherungsrechtliche Leistungen, sind Preisvorschriften zulässig. Insbesondere ergibt sich aus der Wirtschaftsfreiheit kein Anspruch darauf, in beliebiger Höhe Leistungen zu Lasten der sozialen Krankenversicherung zu generieren⁸⁵.
- 60 Der Staat ist jedoch nicht nur im Rahmen der Eingriffsverwaltung, sondern auch bei der Gewährung von Leistungen aufgrund der Wirtschaftsfreiheit verpflichtet, **Konkurrenten gleich zu behandeln und sich wettbewerbsneutral zu verhalten**. Demzufolge sind staatliche Massnahmen unzulässig, «die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen»⁸⁶. Das Gleichbehandlungsgebot ist damit vom Staat zu beachten, wenn er Unternehmen subventioniert, die zueinander in Konkurrenz stehen⁸⁷. Generell ist der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität nach Art. 94 Abs. 1 BV auch im Rahmen der Leistungsverwaltung, insbesondere bei der Zusprache von Subventionen, massgebend. Diese dürfen demzufolge nicht auf rein wirtschaftspolitischen Motiven beruhen oder zu Beeinträchtigungen des Wettbewerbs führen, welche nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt sind. Vorbehalten bleiben Ermächtigungen zu einer Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit in der Bundesverfassung selber (vgl. Rz. 56 ff.).
- 61 Die Wettbewerbsneutralität des Staates bzw. der Anspruch von Konkurrenten auf Gleichbehandlung setzt ein **direktes Konkurrenzverhältnis** voraus⁸⁸. Unter direkten Konkurrenten versteht das Bundesgericht «Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen»⁸⁹.
- 62 Der Anspruch von Konkurrenten auf Gleichbehandlung bietet einen über das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) hinausreichenden Schutz⁹⁰, gilt jedoch nicht absolut. Zu ver-

⁸⁴ BIAGGINI, Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 17.

⁸⁵ BGE 143 V 369 E. 5.4.3 S. 382; BGE 142 V 488 E. 7.2 S. 499; BGE 132 V 6 E. 2.5.2 S. 14 f.; BGE 130 I 26 E. 4.3 S. 41 f., E. 4.5 S. 42 f.

⁸⁶ BGE 131 II 271 E. 9.2.2 S. 291 m.w.H.

⁸⁷ BGE 121 I 129 E. 3d S. 135; 130 I 26 E. 4.4 S. 42; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 Rz. 63; JOSEPH, S. 297 f.

⁸⁸ BGE 131 II 271 E. 9.2.2 S. 291.

⁸⁹ BGE 132 I 97 E. 2.1 S. 100. Vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 25 m.w.H., wonach nicht auf das Kriterium der Branchenzugehörigkeit, sondern auf jenes des relevanten Markts abzustellen wäre.

⁹⁰ BGE 121 I 129 E. 3d S. 135.

meiden sind gemäss Bundesgericht spürbare, durch das öffentliche Interesse nicht gerechtfertigte Wettbewerbsverzerrungen⁹¹. Eine Bevorzugung von Konkurrenten ist demgegenüber zulässig, wenn sie durch hinreichende **öffentliche Interessen** gerechtfertigt ist⁹², etwa aus Gründen des Umweltschutzes⁹³ oder der Kosteneindämmung im Gesundheitswesen⁹⁴.

b. Geltung der Wettbewerbsneutralität im Spitalbereich

- 63 Listenspitäler üben ihre Tätigkeit zulasten der sozialen Krankenversicherung aus und erfüllen im stationären Bereich aufgrund ihrer Leistungsaufträge **öffentliche Aufgaben** der Gesundheitsversorgung⁹⁵. Im Rahmen dieser Aufgaben können sie sich nicht auf den aus der Wirtschaftsfreiheit fließenden Anspruch auf freien Zugang und freie Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten berufen. Staatliche Tätigkeiten oder die Ausübung öffentlicher Ämter sind von diesem Anspruch ausgenommen⁹⁶.
- 64 In eine andere Richtung geht die Rechtsprechung demgegenüber in Bezug auf das von der Wirtschaftsfreiheit erfasste Gebot der **Wettbewerbsneutralität des Staates** bzw. der Gleichbehandlung der Konkurrenten. So hat das Bundesgericht in einem Urteil von 2005 in Bezug auf ein mit einem Leistungsauftrag ausgestattetes Privatspital festgehalten, dass dann ein Anspruch auf Wettbewerbsneutralität bestehe, wenn der Gesetzgeber die staatlichen und privaten Einrichtungen mit Leistungsauftrag den gleichen Regeln unterstellt⁹⁷. Nachdem der Bundesgesetzgeber mittels Revision des KVG von 2007 private und öffentliche Spitäler im Bereich der Spitalfinanzierung gleichgestellt hatte, anerkannte das Bundesgericht, dass sich Privatspitäler mit Leistungsaufträgen gegenüber dem Kanton auf die Wettbewerbsneutralität bzw. den Anspruch auf Gleichbehandlung der Konkurrenten berufen können⁹⁸. Die gerichtliche Überprüfung beschränkte sich in diesem Urteil auf Gleichbehandlungsaspekte sowie das Willkürverbot⁹⁹.
- 65 Aus dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist zu schliessen, dass das Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrenten nach Art. 27 BV sowie der in Art. 94 BV verankerte Systemgehalt der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere die staatliche Wettbewerbsneutralität, auch im Spitalbereich zum Tragen kommen¹⁰⁰. Kantone müssen sich somit gegenüber – öffentlichen und privaten – Listenspitälern wettbewerbsneutral verhalten und diese gleich behandeln, soweit sie zueinander in direkter Konkurrenz stehen. Die Ermöglichung von **Wettbewerb zwischen Listenspitälern** über die Kantonsgrenzen hinweg war denn auch erklärtes Ziel der KVG-Revision 2007, mit der das System der neuen Spitalfinanzierung eingeführt wurde (Rz. 4 ff.). Das bedeutet, dass

⁹¹ BGE 125 I 431 E. 4b S. 436; BGE 125 II 129 E. 10b S. 150; BGE 130 I 26 E. 6.3.3.1 S. 53.

⁹² RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 Rz. 41 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 693 f.; KIENER/KÄLIN, S. 395 ff.

⁹³ BGE 125 II 129 E. 10b S. 150.

⁹⁴ BGE 130 I 26 E. 6.2 S. 50.

⁹⁵ RÜTSCHÉ, Datenschutzrechtliche Aufsicht, Rz. 57 ff., 82.

⁹⁶ BIAGGINI, Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 13 m.w.H.

⁹⁷ BGE 132 V 6 E. 2.5.4 S. 16.

⁹⁸ BGE 138 II 398 E. 3.9.3 und 3.9.4 S. 425 f.

⁹⁹ BGE 138 II 398 E. 3.6 S. 418 ff. (Prüfung der Rechtsgleichheit) und E. 3.7 S. 421 ff. (Prüfung des Willkürverbots).

¹⁰⁰ GÄCHTER/RÜTSCHÉ, Rz. 180. Vgl. auch DRUEY JUST, Rz. 2; JOSEPH, S. 297 f. Anders DONATSCH, Rz. 36.

wettbewerbsverzerrende Eingriffe von Kantonen im Bereich der stationären Spitalversorgung nicht nur im Widerspruch zur Verfassung (Art. 27 und 94 BV), sondern auch zum KVG selber stehen¹⁰¹, sofern solche Verzerrungen nicht durch hinreichende öffentliche Interessen (Rz. 62) gerechtfertigt sind.

- 66 Öffentliche und private Listenspitäler stehen in direkter Konkurrenz zueinander, wenn sie für dieselben Leistungsspektren über Leistungsaufträge verfügen und sich dieses Angebot an dieselben Patienten richtet. Der im Bereich stationärer OKP-Leistungen intendierte Wettbewerb ist jedoch zu unterscheiden vom Begriff des wirksamen Wettbewerbs, wie er dem Kartellgesetz und auch dem öffentlichen Beschaffungsrecht zugrunde liegt¹⁰². Insbesondere ist mit den Preisen (Tarifen) ein wesentlicher Wettbewerbsparameter staatlich reguliert (Rz. 8 f.). Der Wettbewerb zwischen Listenspitälern beschränkt sich damit im Wesentlichen auf einen **Qualitätswettbewerb**. Hinzu kommt ein **Kostenwettbewerb** zwischen Spitälern, indem das System der Spitalfinanzierung Anreize setzt, medizinische Leistungen möglichst effizient, d.h. zu möglichst geringen Kosten zu erbringen (Rz. 6). Das Gebot der Wettbewerbsneutralität bezieht sich im Bereich der stationären Spitalversorgung im Rahmen der OKP somit auf den Qualitäts- und Kostenwettbewerb, nicht aber die Festsetzung der staatlich regulierten Preise.

3.4 Zwischenfazit

- 67 Für die Subventionierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen durch Kantone ergeben sich aus dem übergeordneten Recht, namentlich aus den rechtsstaatlichen Grundsätzen sowie dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, die folgenden Grenzen:
- Subventionen für gemeinwirtschaftliche Leistungen benötigen eine **Grundlage im formellen Gesetz**. Dieses muss generell-abstrakter Natur, demokratisch beschlossen und hinreichend bestimmt sein. Die Normdichte kann dabei je nach Art und konkreter Ausgestaltung der Subvention variieren. Bei Ermessenssubventionen wie Finanzhilfen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen genügt es, dass die Möglichkeit der Subventionsgewährung für einen bestimmten öffentlichen Zweck im formellen Gesetz erwähnt wird. (Rz. 46 f.)
 - Weiter müssen Subventionen auf einem zulässigen **öffentlichen Interesse** beruhen. Das Interesse an einer ausreichenden Gesundheitsversorgung für die Bevölkerung des Kantons stellt ein solches öffentliches Interesse dar. Subventionen müssen mit Blick auf das **Verhältnismässigkeitsprinzip** geeignet sein, das angestrebte öffentliche Interesse zu erreichen bzw. zu fördern und dürfen in ihrer Höhe nicht in einem Missverhältnis zum geförderten öffentlichen Interesse stehen. (Rz. 48 ff.)

¹⁰¹ Vgl. BVGer, Entscheid C-5017/2015 vom 16. Januar 2019, E. 15.2: Ungleichbehandlung von Privatspitälern gegenüber dem Universitätsspital Genf (HUG) verletzt das KVG, da sie sich nicht auf sachliche Gründe, d.h. in casu auf die Planungskriterien der Qualität und Wirtschaftlichkeit (Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG) abstützen kann.

¹⁰² Eingehend TRÜEB/ZIMMERLI, Rz. 83 ff.

- Kantone müssen sich gegenüber – öffentlichen und privaten – Listenspitalern **wettbewerbsneutral** verhalten und diese gleich behandeln, soweit sie zueinander im – vom KVG intendierten – Qualitäts- und Kostenwettbewerb (direkte Konkurrenz) stehen. (Rz. 51 ff.)

4. Wettbewerbsneutrale Ausgestaltung und Vergabe von Subventionen (Frage 2)

68 Nach der Darstellung der krankensicherungsrechtlichen Grundlagen zur Spitalfinanzierung, der subventionsrechtlichen Grundlagen und der verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Gewährung von Subventionen für gemeinschaftliche Leistungen lässt sich nun die Frage beantworten, welche Anforderungen an eine wettbewerbsneutrale Ausgestaltung und Vergabe von Subventionen für gemeinwirtschaftliche Leistungen zu beachten sind. Die **folgenden Ausführungen** unterscheiden zwischen materiellen (inhaltlichen) Vorgaben an die positivrechtliche Regelung von Subventionen für gemeinschaftliche Leistungen (Kap. 4.1) und prozeduralen Anforderungen an deren Vergabe, namentlich in Gestalt einer möglichen Ausschreibungspflicht (Kap. 4.2).

4.1 Materielle Vorgaben

a. Trägerschaftsneutralität

69 Wenn Kantone gemeinwirtschaftliche Leistungen von Spitälern im stationären Bereich subventionieren, müssen sie die aus Art. 27 und Art. 94 Abs. 1 BV folgenden Gebote der Gleichbehandlung der Konkurrenten und der Wettbewerbsneutralität beachten. Letzteres lässt sich wie erwähnt im Spitalbereich auch aus dem KVG ableiten (Rz. 65). Aus dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ergibt sich generell, dass der Kanton Beiträge für gemeinwirtschaftliche Leistungen von Spitälern, die miteinander im Wettbewerb stehen, **trägerschaftsneutral** gewähren muss. Trägerschaftsneutralität bedeutet, dass die Gewährung von Subventionen an direkte Konkurrenten nicht von der Rechtsform und Eigentümerschaft eines Unternehmens abhängen darf. Rechtsform und Eigentümerschaft sind keine sachlichen Kriterien, die eine unterschiedliche Behandlung von konkurrierenden Spitälern erlauben würden. Der Kanton hat somit öffentliche und private Spitäler gleich zu behandeln, wenn er Subventionen für gemeinwirtschaftliche Leistungen vergibt. Mit der Wettbewerbsneutralität nicht vereinbar wären Subventionen, die nur kantonseigenen bzw. öffentlichen Spitälern zugutekommen.

70 Das Gebot der Wettbewerbsneutralität bzw. Trägerschaftsneutralität gilt gegenüber Spitälern mit **Standort im Kanton**; aufgrund der bundesstaatlichen Zuständigkeitsordnung kann der Kanton nicht verpflichtet werden, die Wettbewerbsneutralität über das eigene Hoheitsgebiet hinaus zu gewährleisten¹⁰³. Im Übrigen ist für die Prüfung, ob Beiträge für gemeinwirtschaftliche Leistungen mit der Wettbewerbsneutralität vereinbar sind, zwischen Abgeltungen von Kosten aus der Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben einerseits (Rz. 71 f.) und Finanzhilfen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten andererseits (Rz. 73 ff.) zu differenzieren.

¹⁰³ RAINER J. SCHWEIZER, St.Galler Kommentar zu Art. 8 BV, Rz. 23 m.w.H.

b. Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben (Abgeltungen)

- 71 Gemeinwirtschaftliche Leistungen können darin bestehen, dass ein Spital im Leistungsauftrag des Kantons bestimmte Aufgaben erfüllt, die gesundheits-, sozial- oder auch sicherheitspolitischen Anliegen dienen. Beispielhaft zu nennen sind Aufgaben wie Spitalseelsorge, Sozialberatung, Rechtsmedizin oder Forschung und universitäre Lehre (vgl. Art. 49 Abs. 3 lit. b KVG). Kantonale Beiträge an Spitäler für die Erfüllung solcher Aufgaben stellen **Abgeltungen** dar (Rz. 44). Die Abgeltung bedarf einer Grundlage im formellen Gesetz. Ebenso muss die öffentliche Aufgabe, für deren Erfüllung die Abgeltung ausgerichtet wird, im formellen Gesetz bezeichnet sein, im öffentlichen Interesse liegen und in Leistungsaufträgen an die betreffenden Spitäler konkretisiert werden; dabei ist auch die Möglichkeit der Aufgabenübertragung an Dritte im formellen Gesetz zu verankern (Rz. 46 f.).
- 72 Abgeltungen für die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben sind dann mit dem Gebot der Wettbewerbsneutralität vereinbar, wenn sie ausschliesslich die ungedeckten Kosten der übertragenen, wirtschaftlich erfüllten Aufgabe vergüten und damit mit dieser in einem **Austauschverhältnis** (Synallagma) stehen (Rz. 18)¹⁰⁴. Damit die Abgeltung nicht wettbewerbsverzerrend wirkt, darf sie vom Leistungsempfänger nicht für andere, vom Leistungsauftrag nicht erfasste Aufgabenbereiche verwendet werden; d.h. es dürfen innerhalb des Spitals keine Quersubventionierungen stattfinden (Zweckbindung).

c. Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten (Finanzhilfen)

- 73 Mit Subventionen zur Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten (vgl. Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG) soll die stationäre Spitalversorgung durch Listenspitäler im Rahmen der OKP (langfristig) gewährleistet werden. Dabei geht es insbesondere um die Mitfinanzierung versorgungsnotwendiger Infrastrukturen von Regionalspitälern, die wegen zu geringen Fallzahlen nicht voll ausgelastet werden können, oder auch um die Finanzierung ausserordentlicher Investitionen in die Erneuerung von Spitalinfrastrukturen. Subventionsrechtlich sind Beiträge zur Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten keine Abgeltungen für die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben, sondern **Finanzhilfen** (Rz. 44 f.). Wie alles staatliche Handeln bedarf auch die Gewährung von Finanzhilfen einer gesetzlichen Grundlage, wobei die Anforderungen an deren Bestimmtheit gering sind (Rz. 46).
- 74 Finanzhilfen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten bezwecken die Erhaltung bzw. Erneuerung von Spitalinfrastrukturen, deren Existenz unter Wettbewerbsbedingungen voraussichtlich gefährdet wäre. Damit solche Förderungsmassnahmen des Staates mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbar sind, müssen sie auf einem **überwiegenden öffentlichen Interesse** beruhen, das nicht rein wirtschaftspolitischer Natur ist (Rz. 56).
- 75 Ein zulässiges öffentliches Interesse ist das Interesse an einer **ausreichenden Versorgung der Bevölkerung mit stationären Spitalleistungen**. Der Kanton nimmt das öffentliche Versor-

¹⁰⁴ Dazu auch die Rechtsprechung des EuGH, zitiert bei DRUEY JUST, Rz. 16. Vgl. sodann BVGE 2014/3 E. 7.3.3.

gungsinteresse primär mit der Planung einer bedarfsgerechten Spitalversorgung sowie der gestützt darauf erlassenen Spitalliste und der Vergabe entsprechender Leistungsaufträge wahr (Art. 39 Abs. 1 lit. d und e KVG). Die Finanzierung der Spitalversorgung erfolgt entsprechend über die auf Vollkostenrechnungen beruhenden Abgeltungen an die Listenspitäler (Art. 49 Abs. 1 und Art. 49a Abs. 1 KVG; Rz. 10). Über die KVG-Abgeltungen hinausgehende Finanzhilfen der Kantone liegen nur dann in einem hinreichenden öffentlichen Versorgungsinteresse, wenn und soweit sie notwendig sind, um eine bedarfsgerechte Spitalversorgung sicherzustellen. Das bedeutet, dass solche Finanzhilfen nur Listenspitälern gewährt werden dürfen, welche voraussichtlich auch in Zukunft in der Lage sein werden, die krankensicherungsrechtlichen Spitalplanungskriterien zu erfüllen und damit auf der Spitalliste des Kantons zu bleiben («Listenfähigkeit» des subventionierten Spitals).

- 76 **Keine zulässigen öffentlichen Interessen** für die Subventionierung von Spitälern sind dagegen strukturpolitische Motive wie die Erhaltung von Arbeitsplätzen und Aufträgen in der Region. Neben strukturpolitischen Beiträgen ist auch eine Subventionierung ineffizienter Spitalstrukturen unzulässig. Gemäss dem Planungskriterium der Wirtschaftlichkeit (Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG, Art. 58b Abs. 4 lit. a sowie Abs. 5 lit. a KVV) dürfen nur wirtschaftlich arbeitende Spitäler auf die Spitalliste aufgenommen und zulasten der OKP tätig werden. Vor diesem Hintergrund erweisen sich 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, als unvereinbar mit dem KVG und damit bundesrechtswidrig
- 77 Ein Aspekt des öffentlichen Versorgungsinteresses ist der **Zugang der Patienten zur Behandlung innert nützlicher Frist** (Art. 58b Abs. 4 lit. b KVV). In der Frage, welche Art von Behandlungen innert welcher Frist zugänglich sein sollen, steht dem Kanton ein weitgehendes Planungsermessen zu, in welches er auch politische Überlegungen einfliessen lassen kann¹⁰⁵. Konkrete Anhaltspunkte zum Kriterium der Erreichbarkeit ergeben sich namentlich aus den Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung vom 20. Mai 2022¹⁰⁶. Kommt aber der Kanton im Rahmen seiner Spitalplanung zum Schluss, dass bestimmte Spitalkapazitäten nicht erforderlich sind, um den Zugang zur Behandlung innert nützlicher Frist zu gewährleisten, darf er diese Kapazitäten konsequenterweise auch nicht mit Beiträgen aufrechterhalten¹⁰⁷. Es würde sich dabei um nicht versorgungsnotwendige Beiträge und damit um eine rein wirtschaftspolitische Massnahme handeln, die mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 94 Abs. 1 BV nicht vereinbar ist. Für eine ausnahmsweise Rechtfertigung solcher unternehmensbezogener Strukturerehaltung durch die Bundesverfassung (vgl. Art. 94 Abs. 4 BV) fehlt es an der erforderlichen Verfassungsgrundlage.
- 78 In vorliegendem Zusammenhang von Bedeutung ist weiter das Planungskriterium der **Versorgungsrelevanz** von Listenspitälern. Dieses Kriterium für die Auswahl der Listenspitäler ist in Gesetz und Verordnung nicht explizit verankert. Das Bundesverwaltungsgericht hat indessen

¹⁰⁵ BGE 133 V 123 E. 3.3 S. 126; BGE 132 V 6 E. 2.4.1 S. 12; EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 803.

¹⁰⁶ GDK, Empfehlungen Spitalplanung, Empfehlung 6, S. 16.

¹⁰⁷ Vgl. aber EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 1077.

festgehalten, dass alle Listenspitäler bedarfsnotwendig sein müssen, d.h. notwendig, «um den Versorgungsbedarf des Kantons, welcher die Leistungsaufträge erteilt, zu decken»¹⁰⁸. Spitäler, welche über eine geringe Fallzahl verfügen, sind nicht versorgungsrelevant¹⁰⁹. Die Versorgungsrelevanz eines Spitals hängt von der Anzahl stationärer Behandlungen pro Leistungsgruppe ab¹¹⁰. Sodann hat die GDK in ihren Empfehlungen zur Spitalplanung vom 20. Mai 2022 für die Versorgungsrelevanz von Spitälern Schwellenwerte definiert¹¹¹.

- 79 Das Planungskriterium der Versorgungsrelevanz ist ein weiterer Gesichtspunkt zur Beantwortung der Frage, ob an der Aufrechterhaltung bestimmter Spitalkapazitäten mit Kantonsbeiträgen ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht. Im Kontext von Subventionen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten ist dabei zu verlangen, dass die Versorgungsrelevanz des subventionierten Spitals voraussichtlich auch in Zukunft gegeben ist. Das Spital muss insofern nicht nur versorgungsrelevant, sondern versorgungsnotwendig sein. **Versorgungsnotwendigkeit** ist dann gegeben, wenn ein Spital für die Gesundheitsversorgung der Kantonsbevölkerung unerlässlich ist und damit gewissermassen Systemrelevanz aufweist («too big to fail»). Soweit sich jedoch 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 Systemrelevanz und damit an der Versorgungsnotwendigkeit. Zur Vermeidung unmittelbar drohender Versorgungslücken, die durch den Konkurs eines Spitals oder die Aufhebung einzelner Spitalabteilungen eintreten und die nicht kurzfristig durch Leistungsaufträge an andere Spitäler abgedeckt werden können, liessen sich lediglich vorübergehende Überbrückungshilfen rechtfertigen. Darüberhinausgehende Subventionen zur Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten kämen einer nicht gerechtfertigten Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gleich.
- 80 Das öffentliche Interesse an einer ausreichenden Versorgung mit stationären Leistungen kann sich sodann nur auf den im Rahmen der OKP **üblichen Behandlungsstandard** beziehen¹¹². Eine Subventionierung von Spitalinfrastrukturen, die über den Standard hinausgehen, wäre nicht versorgungsnotwendig und würde den Qualitäts- und Kostenwettbewerb zwischen den Spitälern verzerren. Demzufolge wären etwa Beiträge des Kantons für die Errichtung von Einzelzimmern (ohne medizinische Notwendigkeit), luxuriöse Einrichtungen oder die Anschaffung medizinischer Spitzentechnologie, die (noch) nicht zum Standard gehört, mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und der Wettbewerbsneutralität unvereinbar.

4.2 Prozedurale Vorgaben (Ausschreibungspflicht)

- 81 Als nächstes fragt sich, inwieweit der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität in prozeduraler Hinsicht bei der **Vergabe von Subventionen** für die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen zu beachten ist und ob aus dem Grundsatz insbesondere eine Ausschreibungspflicht abgeleitet

¹⁰⁸ BVGer, Zwischenverfügung C-6266/2013 vom 23. Juli 2014, E. 4.6.5.

¹⁰⁹ BVGer, Entscheid C-3413/2014 vom 11. Mai 2017, E. 11.7.3.

¹¹⁰ BVGer, Entscheid C-3413/2014 vom 11. Mai 2017, E. 11.7.3.

¹¹¹ GDK, Empfehlungen Spitalplanung, Empfehlung 2, S. 8 f.

¹¹² Zu diesem Leistungsstandard eingehend RÜTSCHÉ, Zusatzversicherte Leistungen, Rz. 34 ff.

werden kann. Dabei ist wiederum zwischen der Vergabe von Abgeltungen für die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben (Rz. 82 ff.) und der Vergabe von Finanzhilfen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten (Rz. 87 f.) zu unterscheiden.

a. Vergabe von Abgeltungen

- 82 Mit Abgeltungen werden ungedeckte Kosten aus der Erfüllung von Leistungsaufträgen abgedeckt (Rz. 19). Die Vergabe von Leistungsaufträgen und der mit ihnen verbundenen Abgeltungen hat im Einklang mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zu erfolgen. Das bedeutet, dass alle potenziellen Leistungserbringer unabhängig von ihrer Trägerschaft unter gleichen Bedingungen Zugang zu den Leistungsaufträgen und Abgeltungen haben müssen. Am besten kann eine solche wettbewerbsneutrale Vergabe mittels einer **öffentlichen Ausschreibung** gewährleistet werden. Während in der Lehre teilweise angenommen wird, dass aus Art. 27 und 94 BV eine Ausschreibungspflicht des Staates folgt¹¹³, lässt sich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht entnehmen, dass zur prozeduralen Verwirklichung der Wettbewerbsneutralität zwingend eine öffentliche Ausschreibung erforderlich wäre.
- 83 Das Bundesgericht hat in seiner neueren Rechtsprechung jedoch die Vergabe von Leistungsaufträgen dem **öffentlichen Beschaffungsrecht** unterstellt¹¹⁴. Demzufolge sind Leistungsaufträge öffentlich auszuschreiben, sofern die nach dem anwendbaren Beschaffungsrecht massgebenden Schwellenwerte erreicht sind. Mittlerweile enthält die totalrevidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019)¹¹⁵ in Art. 9 unter bestimmten Voraussetzungen eine Grundlage für eine Ausschreibungspflicht für Leistungsaufträge. Art. 9 IVöB 2019 definiert die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe als öffentlichen Auftrag im Sinne des Beschaffungsrechts, «wenn dem Anbieter dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt.»
- 84 Die Ausschreibungspflicht in Art. 9 IVöB 2019 setzt voraus, dass mit der Übertragung der öffentlichen Aufgabe dem Unternehmen **«ausschliessliche oder besondere Rechte»** verliehen werden. Dies ist der Fall, wenn die öffentliche Aufgabe vom Gesetzgeber monopolisiert worden ist. Für gemeinwirtschaftliche Leistungen bestehen jedoch, abgesehen namentlich vom Rettungswesen, grundsätzlich keine rechtlichen Monopole. Von der Verleihung «ausschliesslicher oder besonderer Rechte» kann möglicherweise aber auch dann gesprochen werden, wenn die mit der Übertragung der öffentlichen Aufgabe zugesprochenen Abgeltungen so bedeutend sind, dass die fragliche Tätigkeit ohne Leistungsauftrag faktisch nicht ausgeübt werden kann. Dies ist

¹¹³ DIEBOLD, S. 221 f., 237, 240; RÜTSCHÉ, Leistungsaufträge, S. 90.

¹¹⁴ BGE 144 II 177 E. 1.3 S. 180 ff.; BGer, Urteil 2C_861/2017 vom 12. Oktober 2018, E. 3. Ebenso das Bundesverwaltungsgericht in: BVGer, Urteil B-2457/2020 vom 23. August 2021, E. 2.4.4.1. Vgl. bereits die frühere Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) betreffend die Übertragung der Aufgabe der Erhebung, Verwaltung und Verwendung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr auf einen Privaten: BRK 2001-009, VPB 66.4, E. 2b/cc.

¹¹⁵ Die IVöB 2019 ist mittlerweile von folgenden Kantonen ratifiziert worden (Stand 1. Januar 2023): LU, SZ, FR, SO, SH, AI, GR, AG, TG, VD; der Kanton Bern wendet die IVöB 2019 als kantonales Recht mit eigenem Rechtsweg an.

wohl in Bezug auf die gestützt auf Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG für die Erbringung von stationären OKP-Behandlungen erteilten Leistungsaufträge der Fall, in der Regel aber nicht in Bezug auf die Erteilung von Aufträgen für die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen. Denkbar ist indes, dass die Zusprache von Abgeltungen per se als «ausschliessliche oder besondere Rechte» interpretiert werden. Insgesamt ist unsicher, inwieweit sich aus Art. 9 IVöB eine Ausschreibungspflicht für die Vergabe von Aufträgen für gemeinwirtschaftliche Leistungen und der damit verbundenen Abgeltungen ableiten lässt. Fraglich ist auch, ob und inwieweit das Bundesgericht nach Inkrafttreten von Art. 9 IVöB an seiner Rechtsprechung festhalten wird, wonach die Vergabe von Leistungsaufträgen dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt ist. Damit bestehen zurzeit erhebliche Unsicherheiten bezüglich der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Beschaffungsrecht auf die Vergabe von Aufträgen für gemeinwirtschaftliche Leistungen und entsprechender Abgeltungen anwendbar ist.

- 85 Eine bundesrechtliche Ausschreibungspflicht sieht weiter das **Binnenmarktgesetz** in Art. 2 Abs. 7 BGBM vor. Nach dieser Bestimmung hat die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren. Diese Ausschreibungspflicht setzt damit voraus, dass die fragliche Tätigkeit monopolisiert ist. Wie gesagt ist dies bei gemeinwirtschaftlichen Leistungen grundsätzlich nicht der Fall, weshalb für deren Vergabe auch aus Art. 2 Abs. 7 BGBM keine allgemeine Ausschreibungspflicht folgt.
- 86 Aus dem Gesagten folgt, dass aus dem Bundesrecht (Gleichbehandlung der Konkurrenten und Wettbewerbsneutralität nach Art. 27 und 94 BV, Art. 2 Abs. 7 BGBM) und dem interkantonalen Beschaffungsrecht (IVöB) nicht eindeutig eine allgemeine Pflicht zur Ausschreibung von Aufträgen zur Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen und der damit verbundenen Abgeltungen abgeleitet werden kann. Für eine solche Ausschreibungspflicht könnte **im KVG selbst oder im kantonalen Spitalrecht** eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Diese hätte die Voraussetzungen für die Ausschreibung von Leistungsaufträgen mit hinreichender Klarheit festzulegen.

b. Vergabe von Finanzhilfen

- 87 Beim Kantonsbeitrag an die bauliche Erneuerung des Kantonsspitals handelt es sich um eine Finanzhilfe zur Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen im Sinne von Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG (Rz. 44 f.). Für die Vergabe von Finanzhilfen lässt sich aus dem Bundesrecht (Gleichbehandlung der Konkurrenten und Wettbewerbsneutralität nach Art. 27 und 94 BV, Art. 2 Abs. 7 BGBM) und dem interkantonalen Beschaffungsrecht (IVöB) **keine Ausschreibungspflicht** ableiten. Eine Ausschreibung von Finanzhilfen zur Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten wäre insofern auch nicht sachgerecht, da im Zeitpunkt der Vergabe typischerweise keine Vergleichsgruppe besteht und somit gar kein Wettbewerb möglich ist. Denn die erforderlichen Voraussetzungen für solche Finanzhilfen, namentlich die Notwendigkeit für die Sicherstellung der Überlebensfähigkeit eines wirtschaftlich arbeitenden versorgungsrelevanten Spitals (Rz. 74 ff.) werden bei einzelnen Spitälern regelmässig zu ganz unterschiedlichen Zeitpunkten entstehen.

4.3 Zwischenfazit

88 Aus den Grundsätzen der Gleichbehandlung der Konkurrenten (Art. 27 BV) und der Wettbewerbsneutralität (Art. 94 BV) ergeben sich für die Ausgestaltung und Vergabe von Subventionen für gemeinwirtschaftliche Leistungen die folgenden Anforderungen:

- Subventionen für gemeinwirtschaftliche Leistungen von Spitälern, die miteinander im Wettbewerb stehen, müssen **trägerschaftsneutral** ausgestaltet sein. Das bedeutet, dass jedes Spital im relevanten Spitalmarkt unabhängig von seiner Rechtsform und Eigentümerschaft unter den gleichen Voraussetzungen Zugang zur Abgeltung bzw. zur Finanzhilfe haben muss. (Rz. 69 f.)
- **Abgeltungen** für die Erfüllung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen sind dann mit dem Gebot der Wettbewerbsneutralität vereinbar, wenn sie ausschliesslich die ungedeckten Kosten der übertragenen, wirtschaftlich erfüllten Aufgabe vergüten (Austauschverhältnis bzw. Synallagma). Der Leistungsempfänger darf mit den Abgeltungen nicht andere, vom Leistungsauftrag nicht erfasste Aufgabenbereiche quersubventionieren (Gebot der Zweckbindung). (Rz. 71 f.)
- Subventionen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten stellen **Finanzhilfen** dar. Diese müssen durch das öffentliche Interesse an einer ausreichenden Versorgung der Bevölkerung mit stationären Spitalleistungen gerechtfertigt sein. Das bedeutet, dass Finanzhilfen nur Listenspitalern gewährt werden dürfen, welche voraussichtlich auch in Zukunft in der Lage sein werden, die krankensicherungsrechtlichen Spitalplankriterien zu erfüllen und damit auf der Spitalliste des Kantons zu bleiben («Listenfähigkeit» des Spitals). Darüber hinaus müssen die subventionierten Infrastrukturen unerlässlich sein, um den Versorgungsbedarf des Kantons künftig abzudecken (Versorgungsnotwendigkeit). Dabei dürfen Infrastrukturen nur so weit subventioniert werden, als sie für die Gewährleistung des im Rahmen der OKP üblichen Behandlungsstandards erforderlich sind. Unzulässig sind dagegen strukturpolitisch motivierte Finanzhilfen (Erhaltung von Arbeitsplätzen und Aufträgen in der Region) oder Beiträge zur Aufrechterhaltung ineffizienter Spitalstrukturen bzw. zur Deckung von Betriebsdefiziten, die auf überhöhte Kosten zurückzuführen sind. (Rz. 73 ff.)
- Aus dem Bundesrecht und dem interkantonalen Beschaffungsrecht lässt sich nicht eindeutig eine allgemeine Pflicht zur **Ausschreibung von Abgeltungen** für die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen ableiten. Für eine solche Ausschreibungspflicht müsste im kantonalen Spitalrecht eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden. (Rz. 82 ff.)
- Für die **Vergabe von Finanzhilfen** zur Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten ergibt sich aus dem übergeordneten Recht keine Ausschreibungspflicht. (Rz. 87)

5. Ergebnisse

5.1 Beantwortung der Gutachtensfragen

89 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen sind die Gutachtensfragen wie folgt zu beantworten:

Setzen Verfassung und Gesetz bzw. die Rechtsprechung den gemeinwirtschaftlichen Leistungen Grenzen und wenn ja, welche?

- **Gemeinwirtschaftliche Leistungen** im Sinne von Art. 49 Abs. 3 KVG sind Leistungen, die Listenspitäler im öffentlichen Interesse erbringen («prestations d'intérêt général»), die jedoch für die Erfüllung der Leistungsaufträge nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG nicht notwendig und deren Kosten von den OKP-Tarifen daher nicht abgedeckt sind. Ob und inwieweit gemeinwirtschaftliche Leistungen ausserhalb der OKP durch die Kantone vergütet werden dürfen, regelt das KVG nicht. Art. 49 Abs. 3 KVG hält lediglich fest, dass Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen nicht in die Berechnung der stationären Tarife einfließen und damit nicht zulasten der OKP gehen dürfen. (Rz. 13, 21 ff.)
- Für die Vergütung gemeinwirtschaftlicher Leistungen durch Kantone bestehen jedoch verfassungsrechtliche Grenzen. Zunächst benötigen Subventionen für gemeinwirtschaftliche Leistungen eine **Grundlage im formellen Gesetz**. Dieses muss generell-abstrakter Natur, demokratisch beschlossen und hinreichend bestimmt sein. Die Normdichte kann dabei je nach Art und konkreter Ausgestaltung der Subvention variieren. Bei Ermessenssubventionen wie Finanzhilfen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen genügt es, dass die Möglichkeit der Subventionsgewährung für einen bestimmten öffentlichen Zweck im formellen Gesetz erwähnt wird. (Rz. 46 f.)
- Weiter müssen Subventionen auf einem zulässigen **öffentlichen Interesse** beruhen. Das Interesse an einer ausreichenden Gesundheitsversorgung für die Bevölkerung des Kantons stellt ein solches öffentliches Interesse dar. Subventionen müssen mit Blick auf das **Verhältnismässigkeitsprinzip** geeignet sein, das angestrebte öffentliche Interesse zu erreichen bzw. zu fördern und dürfen in ihrer Höhe nicht in einem Missverhältnis zum geförderten öffentlichen Interesse stehen. (Rz. 48 ff.)
- Kantone müssen sich gegenüber – öffentlichen und privaten – Listenspitälern **wettbewerbsneutral** verhalten und diese gleich behandeln, soweit sie zueinander im – vom KVG intendierten – Qualitäts- und Kostenwettbewerb stehen. (Rz. 51 ff.)

Wie könnten die gemeinwirtschaftlichen Leistungen positivrechtlich geregelt werden, um Transparenz und fairen Wettbewerb sicherzustellen?

- Subventionen für gemeinwirtschaftliche Leistungen von Spitälern, die miteinander im Wettbewerb stehen, müssen **trägerschaftsneutral** ausgestaltet sein. Das bedeutet, dass jedes Spital im relevanten Spitalmarkt unabhängig von seiner Rechtsform und Eigentümerschaft unter den gleichen Voraussetzungen Zugang zur Abgeltung bzw. zur Finanzhilfe haben muss. (Rz. 69 f.)
- **Abgeltungen** für die Erfüllung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen sind dann mit dem Gebot der Wettbewerbsneutralität vereinbar, wenn sie ausschliesslich die ungedeckten Kosten der übertragenen, wirtschaftlich erfüllten Aufgabe vergüten (Austauschverhältnis

bzw. Synallagma). Der Leistungsempfänger darf mit den Abgeltungen nicht andere, vom Leistungsauftrag nicht erfasste Aufgabenbereiche quersubventionieren (Gebot der Zweckbindung). (Rz. 71 f.)

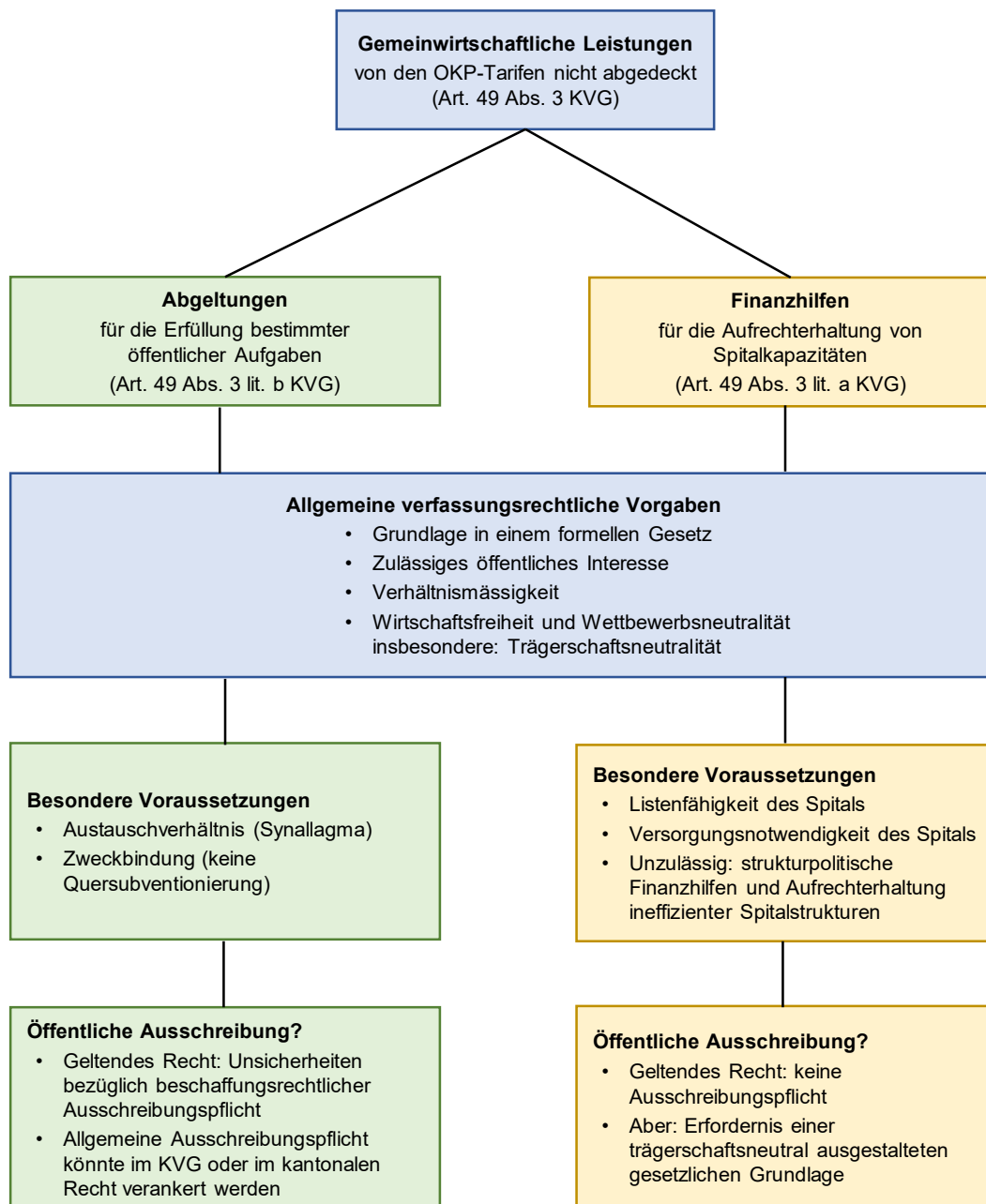
- Subventionen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten stellen **Finanzhilfen** dar. Diese müssen durch das öffentliche Interesse an einer ausreichenden Versorgung der Bevölkerung mit stationären Spitalleistungen gerechtfertigt sein. Das bedeutet, dass Finanzhilfen nur Listenspitälern gewährt werden dürfen, welche voraussichtlich auch in Zukunft in der Lage sein werden, die krankensicherungsrechtlichen Spitalplanungskriterien zu erfüllen und damit auf der Spitalliste des Kantons zu bleiben («Listenfähigkeit» des Spitals). Darüber hinaus müssen die subventionierten Infrastrukturen unerlässlich sein, um den Versorgungsbedarf des Kantons künftig abzudecken (Versorgungsnotwendigkeit). Dabei dürfen Infrastrukturen nur so weit subventioniert werden, als sie für die Gewährleistung des OKP-Behandlungsstandards erforderlich sind. Unzulässig sind dagegen strukturpolitisch motivierte Finanzhilfen (Erhaltung von Arbeitsplätzen und Aufträgen in der Region) oder Beiträge zur Aufrechterhaltung ineffizienter Spitalstrukturen bzw. zur Deckung von Betriebsdefiziten, die auf überhöhte Kosten zurückzuführen sind. (Rz. 73 ff.)

Welche gesetzgeberischen Möglichkeiten bestehen, um eine Ausschreibungspflicht zu statuieren?

- Aus dem Bundesrecht und dem interkantonalen Beschaffungsrecht lässt sich nicht eindeutig eine allgemeine Pflicht zur **Ausschreibung von Abgeltungen** für die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen ableiten. Für eine solche Ausschreibungspflicht könnte im KVG selbst oder im kantonalen Spitalrecht eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden. (Rz. 82 ff.)
- Für die **Vergabe von Finanzhilfen** zur Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten ergibt sich aus dem übergeordneten Recht keine Ausschreibungspflicht. (Rz. 87)

5.2 Grafische Zusammenfassung

90 Die Ergebnisse des vorliegenden Gutachtens lassen sich in folgendem Diagramm grafisch darstellen:



6. Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (Amtliche Sammlung)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
DRG	Diagnosis Related Groups
E.	Erwägung
EDI	Eidgenössisches Departement des Inneren
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Fn.	Fussnote
GDK	Schweizerische Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren
GWL	Gemeinwirtschaftliche Leistungen
HSM	Hochspezialisierte Medizin
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
Kap.	Kapitel
KLV	Verordnung des EDI vom 29. September 1995 über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung; SR 832.112.31)
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1995 über die Krankenversicherung (SR 832.10)
KVV	Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (SR 832.102)
lit.	litera (Buchstabe)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
OKP	Obligatorische Krankenpflegeversicherung
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SR	Systematische Rechtssammlung
SuG	Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionengesetz; SR 616.1)

VKL	Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitälern, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung (SR 832.104)
vgl.	Vergleiche
Ziff.	Ziffer

7. Literaturverzeichnis

- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV-Kommentar), 2. Aufl., Zürich 2017.
- BUNDI LIVIO, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Diss. Luzern 2016.
- DIEBOLD NICOLAS F., Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, in: ZSR 2014 I 219.
- DONATSCH MARCO, Die Stellung der öffentlichen Hand bei der Spitalfinanzierung nach KVG, in: Jusletter 28. August 2017.
- DRUEY JUST EVA, Was sind gemeinwirtschaftliche Leistungen? Eine gesundheitsrechtliche Analyse aus der Perspektive des Vertragsrechts, in: Jusletter 26. Januar 2015.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich etc. 2014.
- EUGSTER GEBHARD, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018.
- EUGSTER GEBHARD, *Krankenversicherung*, in: Ulrich Meyer (Hrsg.) Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht. Soziale Sicherheit, 3. Aufl., Basel 2016.
- GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHÉ BERNHARD, Gesundheitsrecht, 4. Aufl., Basel 2018.
- GDK, Empfehlungen zur Spitalplanung, 20. Mai 2022.
- GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung: Ermittlung der effizienten Spitäler nach Art. 49 Abs. 1 KVG, 27. Juni 2019.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.
- JOSEPH MANON, L'application du droit suisse de la concurrence en matière de soins, Lausanne 2019.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.
- KUMMER RAPHAEL PATRICE, Art. 49 Abs. 3 KVG: Gemeinwirtschaftliche Leistungen? Subventionen?, in: Jusletter 14. Mai 2018.
- POLEDNA TOMAS/VOKINGER KERSTIN NOËLLE, Spitalsubventionen und neue Spitalfinanzierung. Ein Rechtsvergleich kantonalen Wirkens im Spannungsverhältnis von Wettbewerbsneutralität und kantonalen Autonomie, in: Jusletter 18. August 2014.
- MADER MÉLANIE, Financement des hôpitaux et des soins: éléments importants des révisions LAMal, marge de manœuvre des cantons et rôle de la liberté économique, in: Jusletter 16. August 2010.
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011.

- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Neue Spitalfinanzierung* und Spitalplanung. Insbesondere zur Steuerung der Leistungsmenge im stationären Bereich, Bern 2011.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Datenschutzrechtliche Aufsicht* über Spitäler, Zürich/Basel/Genf 2012.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Was sind öffentliche Aufgaben?*, recht 4/2013 153 ff.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Staatliche Leistungsaufträge* und Rechtsschutz, ZBJV 2/2016 71 ff.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Spitalplanung und Privatspitäler*. Aktuelle Rechtsfragen zur Umsetzung des KVG in Bezug auf Privatspitäler, Zürich/Basel/Genf 2016.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Zusatzversicherte Leistungen* von Spitälern. Zulässigkeit und Grenzen medizinischer Leistungsdifferenzierungen, Zürich/Basel/Genf 2017.
- TRÜEB HANS-RUDOLF/ZIMMERLI DANIEL, *Spitalfinanzierung und Vergaberecht*, Zürich 2012.
- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., Bern 2022.