

**Gutachten**

an Guido Schommer, ospita  
von Martin Zobl, Daniel Staffelbach, Daniel Zimmerli  
Betrifft **Analyse des Urteils BVGer C-7017/2015**  
Datum 31. Dezember 2021 MZB/DST

Martin Zobl  
Partner  
Dr. iur., LL.M.  
Rechtsanwalt  
Direkt +41 58 658 55 356  
martin.zobl@walderwyss.com

Daniel Staffelbach  
Partner  
Rechtsanwalt  
Direkt +41 58 658 56 50  
daniel.staffelbach@walderwyss.com

**Inhaltsverzeichnis**

**1. Ausgangslage..... 3**

**2. Rechtsgrundlagen der kantonalen Spitalplanung ..... 4**

2.1. Bundesrecht..... 4

2.1.1. Verfassungsrecht ..... 4

2.1.2. KVG und KVV ..... 5

2.2. Kantonales Recht ..... 6

**3. Behördliches Ermessen und dessen Schranken ..... 8**

3.1. Ermessensspielraum ..... 8

3.2. Schranken ..... 9

**4. Einzelthemen.....10**

4.1. Bedarfsermittlung..... 10

4.1.1. Erwägungen des Gerichts..... 10

4.1.2. Würdigung..... 12

4.2. KVV-Planungskriterien und Ausnahmeregelung ..... 14

4.2.1. Erwägungen des Gerichts..... 14

4.2.2. Würdigung..... 15

4.3. Vorgabe von nicht erfüllbaren Kriterien ..... 17

4.3.1. Erwägungen des Gerichts..... 17

4.3.2. Würdigung..... 18

4.4. Kritische Menge und Mindestfallzahlen ..... 19

4.4.1. Erwägungen des Gerichts..... 19

4.4.2. Würdigung..... 21

4.5. Messung von Qualität..... 23

4.5.1. Erwägungen des Gerichts..... 23

4.5.2. Würdigung..... 24

4.6.	Arbeitsbedingungen .....	25
4.6.1.	Erwägungen des Gerichts.....	25
4.6.2.	Würdigung.....	27
4.7.	Mengensteuerung .....	30
4.7.1.	Erwägungen des Gerichts.....	30
4.7.2.	Würdigung.....	31
<b>5.</b>	<b>Abweichungen von Empfehlungen der GDK.....</b>	<b>35</b>
<b>6.</b>	<b>Zusammenfassende Würdigung .....</b>	<b>35</b>

---

## 1. Ausgangslage

- 1 Im Entscheid C-7017/2015 vom 17. September 2021<sup>1</sup> beurteilte das Bundesverwaltungsgericht (**BVGer**) die Rechtmässigkeit der Neuenburger Spitalplanung 2016-2022 («*planification hospitalière neuchâteloise 2016-2022*»). Beschwerdeführerin war die Swiss Medical Network Hospitals SA, die im Kanton Neuenburg zwei Kliniken betreibt. Im Rahmen der Spitalplanung bewarb sie sich um Leistungsaufträge in insgesamt 15 Bereichen.
- 2 Nach einer mehrjährigen Planungsphase veröffentlichte der *Conseil d'Etat* («Regierungsrat») am 28. September 2015 die finale Version seines Berichts über die Neuenburger Spitalplanung 2016-2022. Am selben Tag erliess er die Liste der Spitäler, die ihre Tätigkeiten zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (**OKP**) erbringen können (**Spitalliste 2016**). Die Beschwerdeführerin erhielt Leistungsaufträge in verschiedenen akutsomatischen Bereichen. Gewisse Leistungsaufträge wurden jedoch nur unter bestimmten Bedingungen und Beschränkungen erteilt (z.B. Einhaltung des Gesamtarbeitsvertrags [**GAV**] «*Santé 21*», Abschluss einer Kooperationsvereinbarung mit dem Hôpital Neuchâtelois [**HNE**] betreffend Intensivpflegedienst, Beschränkung des Tätigkeitsvolumen [Mengenbegrenzung]). Im Bereich der Rehabilitation wurde der Beschwerdeführerin der Leistungsauftrag mit der Begründung verweigert, dass sie die Arbeitsbedingungen des GAV «*Santé 21*» nicht einhält und die erforderliche kritische Menge nicht erreicht.
- 3 Dagegen gelangte die Beschwerdeführerin ans BVGer. Sie verlangte im Wesentlichen, dass die Spitalliste aufzuheben und dahingehend abzuändern ist, dass ihr die beantragten Leistungsaufträge bedingungslos und ohne Mengenbegrenzung erteilt werden.<sup>2</sup> Mit Urteil vom 17. September 2021 hiess das BVGer die Beschwerde gut. Es hob die Spitalliste 2016 auf, soweit sie die Beschwerdeführerin betrifft, und wies die Sache an den *Conseil d'Etat* zur Neuurteilung im Sinne der gerichtlichen Erwägungen zurück. Das Urteil behandelt eine Reihe planungsrechtlicher Grundsatzfragen, die es wert sind, vertieft analysiert und eingeordnet zu werden.

---

<sup>1</sup> In dieser Abhandlung auch als «Neuenburger Entscheid» bezeichnet.

<sup>2</sup> Auf die konkreten Rügen wird unter Ziff. 4 näher eingegangen.

---

## 2. Rechtsgrundlagen der kantonalen Spitalplanung

### 2.1. Bundesrecht

#### 2.1.1. Verfassungsrecht

- 4 Die bundes- und kantonalrechtlichen Bestimmungen zur Spitalplanung müssen im Lichte der Bundesverfassung (BV)<sup>3</sup> ausgelegt und angewandt werden. Im Vordergrund stehen die Verfassungsgrundsätze und bestimmte Grund- bzw. Verfahrensrechte.
- 5 Als Verfassungsgrundsätze gelten die Prinzipien der Gesetzmässigkeit und der Verhältnismässigkeit des staatlichen Handelns, der Grundsatz des öffentlichen Interesses, das Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben, die Rechtsgleichheit und das Willkürverbot (vgl. Art. 5 BV). Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Willkürverbot fliesst der Vertrauensschutz. Er schützt die Rechtsadressaten (so etwa die Bewerber in einer Spitalplanung) in ihrem berechtigten Vertrauen auf behördliche Aussagen, soweit sie entsprechende Vermögensdispositionen vorgenommen haben. In der Spitalplanung kann der Vertrauensschutz insbesondere dazu führen, dass Spitälern, denen ein Leistungsauftrag entzogen wird, eine angemessene Übergangsfrist gewährt werden muss.<sup>4</sup>
- 6 Praxisgemäss können sich Spitäler im Zusammenhang mit der Spitalplanung nicht bzw. nur in beschränktem Mass auf die Rechtsgleichheit<sup>5</sup> und die Wirtschaftsfreiheit berufen.<sup>6</sup> Umso bedeutender ist die Einhaltung verfassungsrechtlich verbürgter Verfahrensrechte, insbesondere des Rechts auf ein faires Verfahren, der prozessualen Waffengleichheit (der sich um Leistungsaufträge bewerbenden Spitäler)<sup>7</sup> und des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Betroffene sind berechtigt, vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids sich zur Sache zu äussern. Dazu gehört insbesondere das Recht, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten und Beweisergebnissen

---

<sup>3</sup> SR 101.

<sup>4</sup> Vgl. BVGE 2010/15 E. 8.2 m.H.; BVGer, Urteil C-2907/2008 vom 26. Mai 2011 E. 10.2; BSK KVG-Rütsche/Picocchi Art. 39 N 55.

<sup>5</sup> Vgl. BVGer, Urteil C-490/2016 vom 10. Mai 2017 E. 7.3.

<sup>6</sup> Vgl. BGE 130 I 26 E. 4.3; BVGE 2018 V/3 E. 11.3.

<sup>7</sup> BVGer, Urteil C-4358/2017 vom 5. März 2018 E. 2.7. f.

Stellung nehmen zu können.<sup>8</sup> Wesentlicher Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist die Begründungspflicht. Die Begründung soll verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und dem Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten.<sup>9</sup> Diese Grundrechte gelten in der Spitalplanung gleichermassen wie in anderen Verwaltungsverfahren.

- 7 In bundesverwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren werden diese Grundsätze regelmässig angerufen, am häufigsten wohl das Willkürverbot.<sup>10</sup>

### 2.1.2. KVG und KVV

- 8 Art. 39 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (**KVG**)<sup>11</sup> enthält die bundesrechtlichen Grundlagen für die kantonalen Spitalplanungen und Spitallisten. Nach der Konzeption des KVG muss jede kantonale (bzw. interkantonale) Spitalliste auf einer bundesrechtskonforme Spitalplanung beruhen.<sup>12 13</sup> Es handelt sich bei diesen Vorgaben um eine nicht abschliessende, sog. Rahmen-Gesetzgebung, die der Konkretisierung und Ergänzung durch die Kantone bedarf.<sup>14</sup>
- 9 Art. 39 Abs. 1 KVG bestimmt die Voraussetzungen für die Zulassung von Spitälern zur Tätigkeit zu Lasten der OKP. Lit. a bis c enthalten Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen (ausreichende ärztliche Betreuung, Fachpersonal, zweckentsprechende medizinische Einrichtungen und pharmazeutische Versorgung). In Spitalplanungsverfahren oftmals umstritten ist lit. d:<sup>15</sup> Die Spitäler müssen der von einem oder mehreren Kantonen gemeinsam aufgestellten Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entsprechen, wobei private Trägerschaften angemessen in die Planung einzubeziehen sind (lit. d). Zudem müssen sie in der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste

<sup>8</sup> Statt vieler BVGer, Urteil vom 2. Juni 2014 C-5576/2011 E. 5.3.

<sup>9</sup> BGE 133 I 270 E. 3.1.

<sup>10</sup> Willkürlich handelt eine kantonale Behörde z.B., wenn sie sich nicht an die von ihr selber erlassenen Verfahrensvorschriften hält, vgl. BVGer, Urteil C-426/2012, C-452/2012 vom 5. Juli 2013 E. 2.5.2.

<sup>11</sup> SR 832.10.

<sup>12</sup> Vgl. BVGer, Urteil C-6266/2013 vom 29. September 2015 [SVR 2016 KV Nr. 3] E. 5.4.

<sup>13</sup> Allerdings muss in praktischer Hinsicht nur die *Nichterteilung* eines Leistungsauftrags bundesrechtskonform begründet sein. Die *Erteilung* eines Leistungsauftrags ist der gerichtlichen Kontrolle weitgehend entzogen, weil sie vom Beauftragten selbst nicht angefochten wird und von Dritten mangels Beschwerdelegitimation nicht angefochten werden kann (BVGE 2012/9 E. 4.3.2). Eine Ausnahme bilden Fälle, in denen ein Nachbarkanton Beschwerde führt und hierzu auch legitimiert ist (vgl. BVGer, Zwischenverfügung C-6266/2013 vom 23. Juli 2014).

<sup>14</sup> BGE 140 I 218 E. 5.6.3.

<sup>15</sup> SZS 2018 S. 282, 284.

des Kantons aufgeführt sein (lit. e). Regelmässig Gegenstand von Beschwerdeverfahren bildet zudem die Koordinationspflicht der Kantone nach Art. 39 Abs. 2 KVG. Im Bereich der hochspezialisierten Medizin (**HSM**) sind die Kantone zu einer gemeinsamen, gesamtschweizerischen Planung verpflichtet (Abs. 2<sup>bis</sup>).

- 10 Der Bundesrat hat die Planungskriterien in Art. 58a ff. der Verordnung über die Krankenversicherung (**KVV**)<sup>16</sup> gestützt auf Art. 39 Abs. 2<sup>ter</sup> KVG konkretisiert. Damit sollen die Unterschiede in den kantonalen Planungskonzepten verringert, der effiziente Mitteleinsatz gefördert (BAG-Kommentar KVV 2009, S. 3 f.) und die zentralen Kontrollkriterien dank besserer Transparenz justiziable werden.<sup>17</sup>
- 11 Die Planungskriterien der KVV wurden per 1. Januar 2022 (zusammen mit den Grundsätzen zur Tarifiermittlung) überarbeitet und wesentlich erweitert.<sup>18</sup> Mit der Revision beabsichtigte der Bundesrat in erster Linie, die neuere bundesgerichtliche und bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung in das Verordnungsrecht zu überführen.<sup>19</sup> Vor diesem Hintergrund dürften die im Neuenburger Entscheid enthaltenen Erwägungen und die hier geäusserten Einschätzungen auch unter der revidierten Verordnung grundsätzlich gültig bleiben.

## 2.2. Kantonales Recht

- 12 Trotz der bundesrechtlichen Vorgaben bleibt die Spitalplanung eine kantonale Aufgabe. Die Rahmengesetzgebung des Bundes wird durch die kantonalen Gesundheits- und Spitalgesetze konkretisiert und ergänzt.<sup>20</sup> Die Kantone müssen in der Lage sein, ihre Spitalplanung unter Berücksichtigung der kantonalen Besonderheiten zu erstellen und ihre Planungsinstrumente auf der Grundlage von

<sup>16</sup> SR 832.102.

<sup>17</sup> Eugster, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), 2. Aufl., Zürich 2018, Art. 39, Rz. 48 m.H.

<sup>18</sup> Änderung gemäss Beschluss des Bundesrates vom 23. Juni 2021 der KVV (s.a. Stichwort «Spitalfinanzierung» <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-revisionsprojekte1.html#>); vgl. die Informationen unter <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-revisionsprojekte/aenderung-der-kvv-weiterentwicklung-der-planungskriterien-sowie-ergaenzung-der-grundsätze-zur-tarifiermittlung.html>.

<sup>19</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung der KVV und KLV vom 23. Juni 2021, S. 3. Allerdings finden sich in den revidierten Bestimmungen teilweise auch zusätzliche Regeln, so etwa das Verbot ökonomischer Anreizsysteme, die zu einer medizinisch nicht gerechtfertigten Mengenausweitung führen (vgl. den neuen Art. 58f Abs. 7 revKVV).

<sup>20</sup> BGE 125 V 448 E. 3b; BVGE 2009/48 E. 12.1.

Kenntnissen über ihren jeweiligen Spitalbereich zu entwickeln.<sup>21</sup> Im Kanton Neuenburg erfolgt die Umsetzung über das *Loi de santé* vom 6. Februar 1995 (vgl. insbes. Art. 83 ff.). Darin heisst es u.a.: «Le Conseil d'Etat établit la planification des besoins en soins hospitaliers conformément aux critères fixés par l'article 39, alinéas 1 et 2ter LAMal et ses ordonnances d'application, en tenant compte des institutions privées existantes de manière adéquate.»<sup>22</sup>

- 13 Aus dem Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) folgt, dass die kantonalen Erlasse dem Bundesrecht nicht widersprechen dürfen bzw. zumindest bundesrechtskonform angewendet werden müssen.<sup>23</sup> Bei der Umsetzung des KVG dürfen die Kantone nur solche Vorschriften erlassen und Anordnungen treffen, die nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und nicht dessen Zweck beeinträchtigen oder vereiteln.<sup>24</sup> Im Fall eines Normenkonflikts genießt das Bundesrecht Vorrang.
- 14 Werden kantonale Spitalplanungsentscheide beim BVer angefochten, kann das Gericht zwar die unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellungen und die Verletzung von Bundesrecht, nicht jedoch von (inter-)kantonalem Recht überprüfen (vgl. Art. 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes [VwVG]<sup>25</sup> i.V.m. Art. 53 KVG). Eine Verletzung der IVHSM oder von kantonalem Spitalplanungsrecht kann deshalb nur gerügt werden, wenn gleichzeitig eine Verletzung von Bundesrecht, insbesondere des KVG und der Bundesverfassung, vorliegt.<sup>26</sup> Diese Regelung läuft darauf hinaus, dass sich die Kantonsregierungen bei der Spitalplanung zwar an kantonales Recht halten müssen, dessen Verletzung jedoch nur in engen Schranken richterlich überprüfbar ist. Nach Auffassung des Bundesgerichts handelt es sich hierbei um eine zulässige Ausnahme von der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV.<sup>27</sup>

---

<sup>21</sup> Neuenburger Entscheid E. 7.2.3.2.

<sup>22</sup> Andere Kantone, darunter der Kanton Zürich, kennen neben dem Gesundheitsgesetz ein separates Spitalplanungsgesetz. Vgl. Spitalplanungs- und -finanzierungsgesetz (SPFG; LS 813.20).

<sup>23</sup> Statt vieler Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft. 4. A., Bern 2016, Rz. 2 und insbes. Rz. 18.

<sup>24</sup> BVGE 2018 V/3 E. 7.6.1.

<sup>25</sup> SR 172.021.

<sup>26</sup> Vgl. auch BSK-KVG Zobl Art. 53 N 59; SZS 2018 S. 282, 321.

<sup>27</sup> BVer, Urteil 2C\_399/2012 vom 8. Juni 2012 E. 2.7; BSK-KVG Zobl, Art. 53 N 59.

### 3. Behördliches Ermessen und dessen Schranken

#### 3.1. Ermessensspielraum

15 Die Kantone verfügen bei der Spitalplanung und beim Erlass der Spitalliste über einen erheblichen Ermessensspielraum, wie die eidgenössischen Gerichte stets von neuem betonen, so auch im Neuenburger Entscheid.<sup>28</sup> Mit dem Begriff «Ermessen» werden Situationen beschrieben, in denen eine gesetzliche Vorschrift der Verwaltungsbehörde die Wahl zwischen mehreren Lösungen überlässt, die alle von vornherein gleichermaßen rechtmässig sind.<sup>29</sup> Das BVGer ruft in diesem Zusammenhang regelmässig in Erinnerung, dass der Entscheid, ob ein Spital in die Spitalliste aufzunehmen ist, hauptsächlich («avant tout») politischer Natur sei.<sup>30</sup> Freilich bedeutet dies nicht, dass die Spitalplanung der Rechtskontrolle durch die Gerichte entzogen wäre (zu den Schranken des behördlichen Ermessens s. hinten Ziff. 3.2).

16 Der Ermessensspielraum der Planungsbehörden ist von umso grösserer praktischer Bedeutung, als das BVGer die Angemessenheit bzw. Zweckmässigkeit von Spitalplanungsentscheiden nicht überprüfen darf (Art. 53 Abs. 2 lit. e KVG).<sup>31</sup> Die gerichtliche Kognition ist vielmehr auf Sachverhaltsfragen und die Rechtskontrolle beschränkt. Nicht nur in diesem Punkt unterscheiden sich Spitalplanungs- von «gewöhnlichen» Beschwerdeverfahren, in denen die gerichtliche Ermessenskontrolle möglich ist (Art. 49 lit. c VwVG).<sup>32</sup> Dies bedeutet: Soweit sich ein Spitalplanungsentscheid innerhalb des – im konkreten Fall zu definierenden – Ermessensspielraums bewegt, kann er gerichtlich nicht aufgehoben werden. Typischerweise gilt dies etwa für die Festlegung der Höhe von Mindestfallzahlen, deren Zweckmässigkeit das BVGer nicht überprüft.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> So bereits das Bundesgericht in BGE 132 V 6 E. 2.4.1 in einem seiner wenigen Entscheid auf dem Gebiet der Spitalplanung; BVGE 2018 V/3 E. 4.1.; BVGE 2016/14 E. 1.6.2; BVGE 2013/45 E. 5.4; BVGer C-5017/2015 vom 16. Januar 2019 E. 5.1 und 5.2.

<sup>29</sup> Vgl. BVGer, Urteil A-645/2020 vom 19. August 2020 E. 6.4.

<sup>30</sup> So das BVGer zuletzt im Neuenburger Urteil, E. 8.4; vgl. auch BVGer, Urteil C-6007/2016 vom 7. Februar 2018 E. 8.9). Vgl. auch BVGE 2013/45 E. 5.4; BVGE 2013/46 E. 6.3.3.

<sup>31</sup> Vgl. auch SZS 2018 S. 282, 320:

<sup>32</sup> Zu weiteren Spezialvorschriften für die Überprüfung von Spitalplanungsentscheiden vgl. Art. 53 KVG; dazu BSK-KVG Zobl Art. 53 N 22 ff.

<sup>33</sup> BVGer, Urteile C-2818/2019 vom 4. Februar 2021, E. 7.8.3; C-5633/2017 vom 15. November 2021 E. 10.7; C-5575/2017 vom 9. Oktober 2018 E. 11.3.

### 3.2. Schranken

- 17 Das Ermessen muss im Einklang mit dem Gesetz und der Verfassung ausgeübt werden. Soweit die Kantone das KVG auf dem Weg der Gesetzgebung weiter konkretisieren, darf das kantonale Recht Sinn und Zweck der Bundesgesetzgebung nicht verletzen oder ihrem Zweck widersprechen.<sup>34</sup> Der Verstoß gegen diese rechtlichen Anforderungen (Gesetzesverstoß) führt zur Rechtswidrigkeit der betroffenen kantonalen Gesetzesnorm bzw. der behördlichen Massnahme.<sup>35</sup>
- 18 In der Literatur unterscheidet man mitunter drei Kategorien rechtsfehlerhafter Ermessensausübung (auch sog. qualifizierte Ermessensfehler): Ermessensmissbrauch, -überschreitung, -unterschreitung.<sup>36</sup> Beim Ermessensmissbrauch hält sich die Behörde zwar an den gesetzlich vorgegebenen Rahmen, übt das Ermessen jedoch nach unsachlichen bzw. dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Gesichtspunkten aus oder missachtet allgemeine Rechtsprinzipien wie das Willkürverbot, das Gleichbehandlungsgebot, Treu und Glauben oder den Verhältnismässigkeitsgrundsatz.<sup>37</sup> Von Ermessensüberschreitung wird gesprochen, wenn die Behörde Ermessen ausübt, wo das Gesetz gar keine Ermessensbetätigung vorsieht, oder statt zweier zulässiger Massnahmen eine dritte wählt.<sup>38</sup> Die (in der Praxis weniger bedeutsame) Ermessensunterschreitung besteht darin, dass sich die Behörde als gebunden betrachtet, obschon ihr ein Rechtssatz Ermessen einräumt, oder sie von vornherein ganz oder teilweise auf die Ermessensausübung verzichtet.<sup>39</sup>
- 19 Die erwähnten qualifizierten Ermessensfehler gelten im Unterschied zu bloss unangemessenen Entscheiden als Rechtsverletzungen i.S.v. Art. 49 lit. a VwVG.<sup>40</sup> Sie können vom BVGer (gleich wie die Verletzung von Bundesrecht und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts) auch bei Beschwerden gegen Spitalistenbeschlüsse uneingeschränkt überprüft werden.

<sup>34</sup> Eugster, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Sécurité sociale, Ulrich Meyer [Hrsg.], 11. 3. Aufl. 2016, Rz. 794 und 795.

<sup>35</sup> Zum Ganzen Neuenburger Entscheid E. 3.1.2.

<sup>36</sup> Zum Ganzen BSK KVG-Zobl, Art. 53 N 63.

<sup>37</sup> BGE 143 V 369 E. 5.4.1; 143 III 140 E. 4.1.3; 141 V 365 E. 1.2.

<sup>38</sup> Vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, Rz. 396.

<sup>39</sup> BGE 135 IV 139 E. 2.4.2.

<sup>40</sup> Praxiskommentar VwVG-ZIBUNG/HOFSTETTER, Art. 49 N 33.

- 20 Wo der behördliche Ermessensspielraum endet und die Schwelle zur Rechtsverletzung überschritten wird, ist in der Praxis oftmals umstritten. Dies gilt insbesondere dort, wo keine Präjudizien bestehen. Erfahrungsgemäss bildet genau die Frage, wo die Trennlinie zwischen (gerichtlich nicht überprüfbarer) Unangemessenheit und Rechtsverletzung liegt, Gegenstand von bundesverwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren.
- 21 Auch im Neuenburger Entscheid betonte das BVGer zwar den weiten Ermessensspielraum der kantonalen Behörde und den politischen Charakter des Spitalistenentscheids.<sup>41</sup> Gleichzeitig erachtete es dieses Ermessen in mehrfacher Hinsicht als missbraucht bzw. überschritten, etwa was die Priorisierung oder Nichtberücksichtigung der bundesrechtlichen Planungskriterien angeht oder die Verpflichtung zur Einhaltung des GAV «Santé 21». In diesen und weiteren Vorgaben erkannte das Gericht über die blossе Unangemessenheit hinaus auch eine Rechtsverletzung. In dieser Hinsicht dürfte das Urteil zur Rechts- und damit Planungssicherheit bei zukünftigen Spitalplanungen beitragen.
- 22 Bereits in verschiedenen früheren Entscheiden erkannte das Gericht eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung der Planungsbehörden: So etwa in einem Fall vom Februar 2019,<sup>42</sup> in dem die Tessiner Behörden eine Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Qualität von bereits erbrachten Leistungen unterliess. Laut Gericht ist damit eine nachhaltige, die Gleichbehandlung und Verhältnismässigkeit im Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Spitalern wahrende Spitalplanung nicht möglich (Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG).

---

## 4. Einzelthemen

### 4.1. Bedarfsermittlung

#### 4.1.1. Erwägungen des Gerichts

- 23 Der Kanton Neuenburg stützte sich bei Prognosen des Pflegebedarfs auf Aspekte, die sich aus den «Recommandations sur la planification hospitalière d'après la révision de la LAMal sur le financement hospitalier du 21 décembre

---

<sup>41</sup> Vgl. etwa Neuenburger Entscheid E. 3.1.1 m.H. auf BVGE 2018 V/3 E. 4.1.: «Lors de l'élaboration de la planification et de la liste hospitalière, le canton dispose en effet d'un large pouvoir d'appréciation. ».

<sup>42</sup> BVGer, Urteil C-2229/2016 vom 25. Februar 2019 (Clinica Luganese Moncucco SA) E. 10.3.

2007»<sup>43</sup> (**GDK-Empfehlungen**) ergeben, namentlich die medizinisch-technische Entwicklung, die demografische Entwicklung der Kantonsbevölkerung, die epidemiologische Entwicklung sowie die Dauer und die Häufigkeit der Spitalaufenthalte. Zusätzlich berücksichtigt er die Verlagerung vom stationären in den ambulanten Bereich. Anhand des «Obsan-Modells»<sup>44</sup> schätzte der *Conseil d'Etat* den künftigen Pflegebedarf der kantonalen Bevölkerung. Die Leistungen wurden nach dem SPLG-Modell<sup>45</sup> gruppiert. In Bezug auf diese Aspekte wurde die Bedarfsermittlung vom BVGer *nicht* beanstandet.<sup>46</sup> Dezidiert äusserte sich das Gericht demgegenüber zur Frage, ob und wie das *ausserkantonale* Pflegeangebot und der *ausserkantonale* Bedarf zu berücksichtigen sind:

- 24 Zum einen ging der Kanton im Sinne einer Zielgrösse davon aus, dass zwei Drittel der Akutfälle, die bislang von ausserkantonalen Spitälern behandelt werden, die nicht auf der bisherigen Spitalliste stehen, von den Neuenburger Spitälern im Rahmen des Wettbewerbs zurückgewonnen werden sollen.<sup>47</sup> Entsprechend wurden diese Fälle bei der innerkantonalen Planung hinzugerechnet. Das Gericht erkannte darin eine Verletzung von Art. 58b Abs. 1 KVG in Verbindung mit Art. 39 Abs. 1 KVG, da die gesetzte Zielgrösse weder auf begründeten statistischen Daten noch Vergleichen beruht.<sup>48</sup>
- 25 Zum anderen beschränkte sich der *Conseil d'Etat* bei der Bedarfsermittlung auf den mutmasslichen Bedarf der Neuenburger Bevölkerung («la population résidant dans le canton de Neuchâtel»). In seinem Versorgungsbericht hielt er ausdrücklich fest, dass die Planung der Pflege von Einwohnern der anderen Kantone in deren Zuständigkeit falle, selbst wenn die Behandlung im Kanton Neuenburg stattfindet.<sup>49</sup> Auch diese Herangehensweise erachtete das Gericht

---

<sup>43</sup> Vgl. die heutige (deutschsprachige) Version: Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung unter Berücksichtigung der KVG-Revision zur Spitalfinanzierung vom 21.12.2007 und der Rechtsprechung von 1.1.2012 bis 1.1.2018, abrufbar unter [https://www.gdk-cds.ch/fileadmin/docs/public/gdk/themen/spitalplanung/EM\\_Spitalplanung\\_totalrevidiert\\_20180525\\_def\\_d.pdf](https://www.gdk-cds.ch/fileadmin/docs/public/gdk/themen/spitalplanung/EM_Spitalplanung_totalrevidiert_20180525_def_d.pdf).

<sup>44</sup> Modell des Schweizerischen Gesundheitsobservatoriums Obsan, deutsche Version abrufbar unter <https://www.obsan.admin.ch/de/publikationen/2009-modell-zur-prognose-der-inanspruchnahme-als-instrument-fuer-die-spitalplanung>.

<sup>45</sup> Vgl. [www.gdkGDK.ch/fr/>Gesundheitsversorgung>Krankenhäuser>Spitalplanungs-Leistungsgruppen](http://www.gdkGDK.ch/fr/>Gesundheitsversorgung>Krankenhäuser>Spitalplanungs-Leistungsgruppen) [SPLG-Konzept]: akute somatische Versorgung.

<sup>46</sup> Neuenburger Entscheid E. 6.6.1.

<sup>47</sup> Neuenburger Entscheid E. 6.5: «[...] ayant pour objectif qu'une partie des cas réalisés hors canton dans un hôpital ne figurant pas sur la liste hospitalière précédente soit récupérée par les hôpitaux neuchâtelois par le jeu de la concurrence. ».

<sup>48</sup> Neuenburger Entscheid E. 6.6.1.

<sup>49</sup> Neuenburger Entscheid E. 6.1 : « [...] la planification des soins pour les résidents des autres cantons incombant à ces derniers, même pour les traitements prodigués sur le territoire du canton de Neuchâtel. ».

als bundesrechtswidrig: Nach der Gerichtspraxis zu altArt. 58d KVV müssen die notwendigen Informationen über die Patientenströme ausgewertet und mit den betroffenen Kantonen ausgetauscht werden. Zudem müssen die Planungsmassnahmen mit den von der Versorgungssituation betroffenen Kantonen koordiniert werden.<sup>50</sup> Dies bedeutet, dass nebst dem interkantonalen auch der ausserkantonale Bedarf in die Planung einzubeziehen ist. Die Beschränkung auf die innerkantonale Nachfrage ist nicht bedarfsgerecht im Sinne von Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG. Sie verstösst nicht nur gegen die gesetzliche Koordinationspflicht, sondern auch gegen den Grundsatz der freien Spitalwahl.

- 26 Aus diesen Gründen erachtete das BVGer die vom Kanton vorgenommene Bedarfsermittlung als bundesrechtswidrig.

#### 4.1.2. Würdigung

- 27 Mit Inkrafttreten der neuen Spitalfinanzierung am 1. Januar 2009 wurden die Kantone ausdrücklich verpflichtet, ihre Planung zu koordinieren (Art. 39 Abs. 2 KVG; s. vorne Rz. 9). Insbesondere müssen sie gemäss altArt. 58d KVV die nötigen Informationen über die Patientenströme auswerten und diese mit den betroffenen Kantonen austauschen (lit. a) sowie die Planungsmassnahmen mit den davon in ihrer Versorgungssituation betroffenen Kantonen koordinieren (lit. b). Der neue Art. 58e KVV erweitert die Koordinationspflicht.
- 28 Die Koordinationspflicht bildete bereits kurz nach ihrer Einführung Gegenstand von bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren. Laut BVGer kann ein Kanton nur dann bedarfsgerecht planen, wenn er sowohl die inner- als auch ausserkantonalen Patientenströme kennt und seine Kapazitäten mit den Nachbarkantonen koordiniert.<sup>51</sup> Bereits in einem Entscheid von 2015 stellte es fest, dass es einem Kanton *nicht* frei steht, «ob er auf eine Koordination verzichten und die Kapazitätszuweisung auf die innerkantonale Nachfrage beschränken will».<sup>52</sup> Damit sollen insbesondere Überkapazitäten verhindert werden.<sup>53</sup>
- 29 Zu den relevanten Patientenströmen zählen zum einen Versicherte, die sich in ausserkantonalen Spitälern behandeln lassen (sog. Patientenexporte oder Abwanderung), zum andern auch ausserkantonale Patientinnen und Patienten, die

<sup>50</sup> Neuenburger Entscheid E. 6.6.2 m.H. auf C-5017/2015 vom 16. Januar 2019 E. 10.2 und 10.4; C-1966/2014 vom 23. November 2015 E. 4.1.3.

<sup>51</sup> BVGer, Urteile C-6266/2013 vom 29. September 2015 E. 4.5; C-1966/2014 vom 23. November 2015 E. 2.2.5.

<sup>52</sup> BVGer, Urteil C-1966/2014 vom 23. November 2015 E. 4.1.3.

<sup>53</sup> BVGer, Urteil C-1966/2014 vom 23. November 2015 E. 4.1.2.

innerkantonale Spitäler des planenden Kantons wählen (sog. Patientenimporte oder Zuwanderung).<sup>54</sup>

- 30 Kommt ein Kanton seiner Koordinationspflicht nicht nach und schafft unzweckmässige oder überflüssige Spitalstrukturen, kann dies nicht nur seine eigene Versorgungsplanung, sondern auch diejenige anderer Kantone tangieren. Dies gilt umso mehr, als Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG die Spitalwahlfreiheit in Bezug auf ausserkantonale Wahlbehandlungen gewährleistet. Die ausserkantonale Nachfrage gilt es bei der Spitalplanung auch deshalb zu berücksichtigen, weil ausserkantonale Wahlbehandlungen den interkantonalen Wettbewerb fördern sollen und nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung<sup>55</sup> zur Grundversorgung gehören.<sup>56</sup> Auch wenn mit der Erteilung eines neuen Leistungsauftrags neue Kapazitäten geschaffen werden, die Auswirkungen auf die Patientenströme zwischen benachbarten Kantonen (resp. innerhalb einer Versorgungsregion) haben können, muss vorgängig eine interkantonale Koordination erfolgen.<sup>57</sup> Die Koordinationspflicht wird auch im revidierten Art. 58e KVV detailliert geregelt, insbesondere was die Frage angeht, mit welchen anderen Kantonen sich ein Kanton koordinieren muss (vgl. Abs. 2).
- 31 Vor diesem Hintergrund vermögen die Erwägungen des BVGer im Neuenburger Entscheid zur Bedarfsermittlung nicht zu überraschen. Soweit das Gericht die Pflicht zur Koordination und zur Berücksichtigung ausserkantonaler Patientenströme betont, handelt es sich im Wesentlichen um eine Bestätigung der bisherigen Praxis. Darüber hinaus stellt das Gericht klar, dass auch das bestehende ausserkantonale Pflegeangebot zu berücksichtigen ist und es nicht angeht, die entsprechenden Fälle ohne empirische Daten dem innerkantonalen Bedarf zuzurechnen. Dies folgt aus Art. 58b Abs. 1 KVV, wonach sich die Planung auf Daten und Vergleiche stützen muss, die auf statistischem Erfahrungsmaterial beruhen.<sup>58</sup> Geht ein Kanton davon aus, in der kommenden Planungsperiode den innerkantonalen Bedarf wieder vermehrt mit eigenen Spitalbetten zu decken bzw. bislang in umliegenden Kantonen behandelte Fälle «zurückzugewinnen», kann er dies m.a.W. höchstens auf der Basis einer soliden Datengrundlage tun. Erfolgt die Spitalplanung jedoch allein aufgrund von «Wunschscenarien» der einzelnen Kantone, drohen Überkapazitäten, die es zu vermeiden gilt.

<sup>54</sup> BVGer, Urteil C-1966/2014 vom 23. November 2015 E. 4.1.2.

<sup>55</sup> BGE 141 V 206 E. 3.3.

<sup>56</sup> Vgl. SZS 2018 S. 282.

<sup>57</sup> BVGE 2019 V/2 E. 4.3–4.7.2; BVGer, Zwischenverfügung C-6266/2013 vom 23. Juli 2014.

<sup>58</sup> Vgl. BVGE 2009/48 E. 12.3.

32 Dessen ungeachtet hat der Neuenburger Entscheid auch insofern Klarheit geschaffen, als er im Bereich der Bedarfsermittlung die (unverbindlichen) GDK-Empfehlungen für KVG-konform erklärte. Dasselbe gilt für die Verwendung des «Obsan-Modells» zur Prognose der Inanspruchnahme als Instrument für die Spitalplanung und die Gruppierung nach dem SPLG-Modell. Auch im Zusammenhang mit der Beurteilung der Verfügbarkeit und Kapazität bestätigte das Gericht die KVG-Konformität des SPLG-Modells.<sup>59</sup>

## 4.2. KVV-Planungskriterien und Ausnahmeregelung

### 4.2.1. Erwägungen des Gerichts

33 Im Rahmen der Angebotsbewertung sah der Kanton Neuenburg drei aufeinander folgende Stufen vor: Auf eine Wirtschaftlichkeitsprüfung, die von allen Bewerbern «bestanden» wurde, folgte eine Auswahl der Bewerber anhand zwingender Kriterien. Zu diesen Kriterien gehörten Qualität, Verfügbarkeit und Kapazität. Gleichzeitig mussten sich die Bewerber verpflichten, eine Reihe von allgemeinen Bedingungen («conditions générales») einzuhalten. Die endgültige Leistungszuteilung erfolgt schliesslich gestützt auf Zuschlagskriterien. Diese kamen dann zum Zug, wenn das Leistungsangebot die projizierte Nachfrage übersteigt.

34 Das BVGer sah in dieser Vorgehensweise eine bundesrechtswidrige Hierarchisierung der Planungskriterien, die vom behördlichen Ermessens nicht gedeckt ist.<sup>60</sup> Laut Gericht müssen die in Art. 58b KVV vorgesehenen Kriterien (Wirtschaftlichkeit, Qualität, Verfügbarkeit und Kapazität der Einrichtungen usw.) für die Evaluation und Auswahl der Angebote alle im selben Masse herangezogen werden. Indem der Kanton Neuenburg eine Rangfolge dieser Kriterien festgelegt habe, habe er seinen Ermessenspielraum überschritten. Auch mit Blick auf diese bundesrechtswidrige Hierarchisierung hob das Gericht den angefochtenen Spitallistenentscheid auf.

35 Ausserdem sah der Kanton Neuenburg im Sinne einer Ausnahmeregelung die Möglichkeit vor, einem Spital auch dann einen Leistungsauftrag zu erteilen, wenn es nicht alle Kriterien und Bedingungen erfüllt. Dies galt für den Fall, dass das Angebot derjenigen Einrichtungen, welche die Kriterien erfüllen, nicht

---

<sup>59</sup> Neuenburger Entscheid E. 8.3.

<sup>60</sup> Neuenburger Entscheid E. 7.1.3.4.

ausreicht, um den Behandlungsbedarf zu decken. In einem solchen Fall konnte der *Conseil d'Etat* den betroffenen Einrichtungen einen Leistungsauftrag unter Auflagen erteilen, die es innerhalb einer bestimmten Frist zu erfüllen gilt.<sup>61</sup>

- 36 Das BVGer hielt die vorgesehene Ausnahmeregelung mit Blick auf das Legalitätsprinzip für bundesrechtswidrig. Nachdem es die Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Kantonen im Bereich der Spitalplanung und die gesetzlichen Planungskriterien rekapitulierte, hielt es fest, dass Art. 58b KVV keine Möglichkeit vorsehe, von den gesetzlichen Kriterien vollständig abzuweichen. Dies gilt laut Gericht insbesondere für die Kriterien der Qualität und der Wirtschaftlichkeit. Zwar könnten die Behörden im Rahmen ihres Ermessens einzelne Definitionsmerkmale erst später anwenden. Indem der *Conseil d'Etat* aber eine vollständige Abweichung von den Planungskriterien zugelassen habe, habe er seinen Ermessensspielraum überschritten.<sup>62</sup>

#### 4.2.2. Würdigung

- 37 Mit Erlass von Art. 58b KVV hat der Bundesrat, in Anlehnung an die Rechtsprechung zum alten Recht, einheitliche Kriterien zur Auswahl und Beurteilung der Angebote festgelegt.<sup>63</sup> Zu diesen Kriterien zählen insbesondere die Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungserbringung, der Zugang der Patientinnen und Patienten zur Behandlung innert nützlicher Frist sowie die Bereitschaft und Fähigkeit der Spitäler zur Erfüllung des Leistungsauftrages. Das BVGer betonte zu Recht die Verbindlichkeit und Gleichwertigkeit der in Art. 58b KVV genannten Planungskriterien und begrenzte damit den behördlichen Ermessensspielraum. Es machte damit deutlich, dass es sich – entgegen dem in Art. 58b Abs. 4 KVV enthaltenen einleitenden Begriff «insbesondere» – nicht bloss um eine exemplarische Kriterienliste handelt, die von den Kantonen beliebig abgeändert werden kann.
- 38 Aus rechtsstaatlichen Überlegungen (Legalitätsprinzip, Rechtssicherheit, Gleichbehandlung) ist diese Klarstellung begrüssenswert. Die bundesrechtlichen Planungskriterien sind verbindlich und von den Kantonen grundsätzlich zwingend anzuwenden. Wäre eine ausdrückliche oder nur schon, wie es im Kanton Neuenburg der Fall war, eine faktische Priorisierung der Planungs- bzw. Auswahlkriterien möglich, liesse sich das Beurteilungssystem fast beliebig manipulieren

---

<sup>61</sup> Neuenburger Entscheid E. 7.2.1.

<sup>62</sup> Neuenburger Entscheid E. 7.2.3 f.

<sup>63</sup> Vgl. BSK KVG-Rütsche/Picocchi Art. 39 N 40.

und der Willkür wäre Tür und Tor geöffnet. Dasselbe gilt für den Fall, dass sich die Planungsbehörden vorbehalten, von den gesetzlichen Kriterien im Sinne einer Ausnahmeregelung abzuweichen. Die Kantone könnten in diesem Fall versucht sein, sich von sachfremden, wettbewerbsfeindlichen Motiven leiten zu lassen, die jenseits von oder im Widerspruch zu den Planungskriterien stünden. Zu denken ist etwa an die Bevorzugung von kantonseigenen Einrichtungen anhand (versteckter) Kriterien, was auch dem Gleichbehandlungsgrundsatz und der Pflicht zum angemessenen Einbezug privater Trägerschaften (Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG) zuwiderlaufen würde. Solche Praktiken gilt es schliesslich mit Blick auf die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung und die Förderung des Wettbewerbs zu verhindern.

- 39 Angesichts der Gleichwertigkeit der Planungskriterien erscheint sehr fraglich, ob eine «übergeordnete Wirtschaftlichkeitsprüfung» weiterhin als bundesrechtlich zulässiges Planungskriterium angesehen werden kann. Dieses Kriterium ermöglicht es der Planungsbehörde, Leistungsaufträge ungeachtet der Ergebnisse der konkreten Wirtschaftlichkeitsprüfung anhand der Fallkosten (mittels Betriebsvergleichen) zu vergeben, um eine optimale Ressourcennutzung zu erzielen.<sup>64</sup> In der Vergangenheit hat die Verwendung dieses Kriteriums dazu geführt, dass unter dem Titel einer «regionalen Endversorgerstrategie»<sup>65</sup> quantitative und qualitative Betriebsvergleiche vernachlässigt wurden, um den in diesen Vergleichen unterlegenen, meist kantonseigenen Einrichtungen Leistungsaufträge zuzuteilen. Dies geschah auf der nicht evidenzbasierten Annahme, dass die dank der Fallkonzentration «besser ausgelasteten Ressourcen» zu tieferen Gesamtkosten führen würden. So verstanden wird die «übergeordnete Wirtschaftlichkeitsprüfung» faktisch zu einem planungsrechtlichen «Masterkriterium», mit dem sich die Erkenntnisse aus der Prüfung der gesetzlichen Planungskriterien zur Auswahl und Beurteilung der Angebote (Wirtschaftlichkeit, Qualität, Verfügbarkeit und Kapazität der Einrichtungen usw.) beliebig marginalisieren lassen.
- 40 Andererseits sind die in Art. 58b KVV enthaltenen Kriterien nicht in jeder Hinsicht absolut: So führt beispielsweise eine einstweilige Unterschreitung der Mindestfallzahlen nicht automatisch zur Verweigerung des Leistungsauftrags, wie das Gericht bereits in früheren Entscheiden festgestellt hatte.<sup>66</sup> Vielmehr ist es in diesen Fällen aus Gründen der Verhältnismässigkeit und im Rahmen des

<sup>64</sup> BVGer, Urteil C-4232/2014 vom 26. April 2016 E. 5.4.3

<sup>65</sup> BVGer, Urteil C-4358/2017 vom 5. März 2018 Bst. A.b., A.d., B.b ff.

<sup>66</sup> Vgl. BVGer, Urteil C-5603/2017 vom 14. September 2018 (BVGE 2018 V/3) E. 15.4 und 16.6

Ermessens der Planungsbehörde<sup>67</sup> zulässig, einen befristeten Leistungsauftrag zu erteilen unter der Auflage und mit dem Ziel, dass das betroffene Spital die im Zeitpunkt der Auftragserteilung noch nicht erfüllte Voraussetzung später erfüllt. Im Neuenburger Entscheid nahm das Gericht auf diese Rechtsprechung Bezug, betonte jedoch zugleich (und zurecht), dass eine vollständige Abweichung von den Kriterien im Sinne einer weit gefassten Ausnahmeklausel unzulässig ist.<sup>68</sup>

41 Eine weitere Relativierung erfährt die in Art. 58b Abs. 4 KVV enthaltene Aufzählung der Planungskriterien durch das einleitende Wort «insbesondere». Dieses macht deutlich, dass zusätzliche Kriterien denkbar sind, soweit sie im Einklang mit dem KVG stehen. So wurde in der Praxis etwa das Kriterium der Bedarfsnotwendigkeit bzw. Versorgungsrelevanz eines Spitals entwickelt und vom BVGer für zulässig befunden. Die Versorgungsrelevanz hängt von der Anzahl stationärer Behandlungen pro Leistungsgruppe ab.<sup>69</sup>

42 Dass die Kantone aus zureichenden Gründen und in eingeschränktem Umfang von den Planungskriterien abweichen können, ist unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit geboten. Entscheidend muss sein, aus welchen Motiven dies geschieht. Es wird an der Planungsbehörde sein, darzulegen, dass eine Abweichung im Einzelfall sachgerecht, bspw. weil versorgungsrelevant, und bedarfsnotwendig ist und gleichzeitig dem Sinn und Geist des KVG nicht widerspricht.

### 4.3. Vorgabe von nicht erfüllbaren Kriterien

#### 4.3.1. Erwägungen des Gerichts

43 Die Beschwerdeführerin verfügte im Zeitpunkt der Bewerbung entgegen den Anforderungen über keinen Notfalldienst und keine Level 2-Intensivstation. Da der *Conseil d'Etat* die Schaffung einer zweiten Notfallaufnahme im Kanton «pour des raisons d'économicité»<sup>70</sup> nicht wünschte, konnte die Beschwerdeführerin die entsprechende Anforderung von vornherein nicht erfüllen. Das BVGer erklärte es für willkürlich und ermessensmissbräuchlich, dass der Kanton der Beschwerdeführerin einen Leistungsauftrag mit der Begründung

<sup>67</sup> BVGer, Urteil C-2880/2019 vom 24. März 2021 E. 6.5

<sup>68</sup> Neuenburger Entscheid E. 7.2.3.4.

<sup>69</sup> BSK KVG-Rütsche/Picocchi Art. 39 N 51 mH. Auf BVGer, Urteil C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 11.7.3).

<sup>70</sup> Neuenburger Entscheid E. 8.3.1.

verweigerte, eine Anforderung nicht zu erfüllen, an deren Erfüllung sie gehindert worden ist.<sup>71</sup>

- 44 Hinsichtlich der geforderten Level 2-Intensivstation wurden der Beschwerdeführerin Leistungsaufträge unter der Bedingung erteilt, dass sie bis zum 30. Juni 2016 den Nachweis erbringt, dass sie eine diesbezügliche Kooperationsvereinbarung mit dem HNE abgeschlossen hat. Da sich das HNE weigerte, eine solche Vereinbarung zu unterzeichnen, konnte die Beschwerdeführerin die Bedingung nicht erfüllen. Auch diese Bedingung, welche die Beschwerdeführerin aus eigenen Kräften von vornherein nicht erfüllen konnte, erachtete das BVGer als willkürlich.<sup>72</sup>

#### 4.3.2. Würdigung

- 45 Die kantonalen Spitalplanungsbehörden sind an die Verfassungsgrundsätze und damit das Willkürverbot gebunden (s. vorne Rz. 5). Willkürlich ist ein Verwaltungsakt dann, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft.<sup>73</sup> Aus dem Willkürverbot und dem Grundsatz von Treu und Glauben wird zudem das Verbot widersprüchlichen Verhaltens abgeleitet.
- 46 Dass die Planungsbehörden die Erfüllung einer Bedingung verlangen, von denen sie wissen oder zumindest annehmen müssen, dass sie unerfüllbar ist, ist stossend. Das BVGer hat daher zu Recht auf Willkür erkannt. Darüber hinaus ist es auch widersprüchlich (*venire contra factum proprium*), wenn der Kanton eine Kooperationsvereinbarung verlangt, deren Abschluss vollständig vom Gutdünken des HNE abhängt. Dies gilt umso mehr, als das HNE vom Kanton in seiner Doppelrolle als Planungsbehörde und Eigentümer kontrolliert wird. Dieselbe Widersprüchlichkeit wohnt der Forderung nach einem Notfallzentrum inne, welche der *Conseil d'Etat* selbst als nicht wünschenswert («pas souhaité») bezeichnet.
- 47 Der Entscheid bestätigt Folgendes: Die Kantone besitzen zwar ein Planungsermessen, wenn es darum geht, die Anforderungen an die Listenspitäler zu definieren. Ihr Ermessen ist jedoch insofern begrenzt, als sie sich insgesamt willkür-

---

<sup>71</sup> Neuenburger Entscheid E. 8.3.1.

<sup>72</sup> Neuenburger Entscheid E. 7.2.4. und 8.3.2.

<sup>73</sup> Vgl. statt vieler BGE 137 I 1 E. 2.4.

und widerspruchsfrei verhalten müssen. Bedingungen und Auflagen, welche die (privaten) Bewerber wegen kantonaler Vorgaben von vornherein nicht bzw. nicht aus eigener Kraft erfüllen können, haben in der Spitalplanung nichts zu suchen und dürften es nach dem Neuenburger Entscheid in Zukunft schwer haben. So ist es einem Kanton zwar grundsätzlich unbenommen, die Anzahl innerkantonaler Notfallaufnahmen zu limitieren, wie das BVGer im Neuenburger Entscheid festhält.<sup>74</sup> In diesem Fall darf er die Nichtaufnahme auf die Spitalliste jedoch nicht mit dem Argument der fehlenden Notfallaufnahme verneinen.

- 48 Dasselbe gilt für Bedingungen und Auflagen, deren Erfüllung vollständig vom Willen öffentlicher Einrichtungen abhängig macht. Dies zumal öffentliche Spitäler aus naheliegenden Gründen regelmässig nicht gewillt sein werden, ihre (private) Konkurrenz bei der Erfüllung solcher Bedingungen zu unterstützen. Ebenso wäre es beispielsweise willkürlich, die Aufnahme auf die Spitalliste von der Ausübung universitärer Forschung abhängig zu machen, gleichzeitig jedoch nichtuniversitären Bewerbern den Zugang zu dieser Forschung zu verunmöglichen oder zu erschweren.

#### 4.4. Kritische Menge und Mindestfallzahlen

##### 4.4.1. Erwägungen des Gerichts

- 49 Im Zusammenhang mit den Qualitätskriterien beurteilte das BVGer die Zulässigkeit von Vorgaben zur kritischen Menge («masse critique»)<sup>75</sup>. Im Bewerbungsprozess hatten die Spitäler das Erreichen einer kritischen Menge und eine ausreichende Aktivität nachzuweisen. Konkret mussten sie in den drei Jahren vor der Bewerbung (d.h. von 2012 bis 2014) Leistungen erbracht haben, die mindestens 5 % aller Fälle der Neuenburger Bevölkerung im Referenzjahr (2012) entsprechen (kritische Menge), und mindestens 10 Fälle im betreffenden Leistungsbereich behandelt haben (Mindestfallzahl).
- 50 Das BVGer hielt zum einen fest, dass das Mindestfallzahlkriterium ein in altArt. 58b Abs. 5 lit. c KVV gesetzlich vorgesehener und anerkannter Qualitätsindikator darstellt. So wird laut Gericht sichergestellt, dass ein Spital über die erforderlichen Kompetenzen und Erfahrungen verfüge. Zum anderen würden damit Effizienz und Wirtschaftlichkeit im Sinne der Konzentration von

---

<sup>74</sup> Neuenburger Entscheid E. 8.3.1.

<sup>75</sup> Neuenburger Entscheid E. 9.

Leistungen gefördert, was im Einklang mit den Zielen des KVG, insbesondere dem Ziel der Kostendämpfung, stehe. Ein Kanton soll so die Möglichkeit haben, nur die geeignetsten Angebote zu berücksichtigen («l'offre des établissements les plus pertinents.»).<sup>76</sup> Laut Gericht ist es zulässig, nur denjenigen Spitälern Leistungsaufträge zu erteilen, die für die Bedarfsdeckung insgesamt notwendig sind. So könnten Überkapazitäten vermieden und abgebaut werden.<sup>77</sup>

- 51 Weiter stellte das Gericht fest, dass die Umsetzung des Kriteriums der kritischen Menge von 5% zur Definition der Versorgungsrelevanz und die Festlegung der Mindestfallzahlen zur Qualitätssicherung, deren gleichförmige Anwendung auf alle Leistungsbereiche und die gewählte Granularität in den Ermessensspielraum des Kantons fällt. Immerhin dürften Fallzahlen nicht so hoch angesetzt, dass sie zu einer versorgungsgefährdenden Angebotseinschränkung führen. Der Kanton sei diesbezüglich im Wesentlichen den GDK-Empfehlungen gefolgt, womit das Ermessen offenbar nicht missbraucht wurde.<sup>78</sup> Insgesamt erachtete das Gericht sowohl das Kriterium der kritischen Menge bzw. der Mindestfallzahlen an sich als auch deren Anwendung als rechtmässig.<sup>79</sup>
- 52 Interessant ist die eher beiläufig geäußerte Auffassung des Gerichts zu Einrichtungen mit mehreren Standorten: Der *Conseil d'Etat* wandte das Kriterium der kritischen Menge und der Mindestfallzahl auf die Bewerber als solche und unabhängig von der Zahl der von ihnen betriebenen Standorte an. Er vertrat die Ansicht, dass er nicht befugt sei, die Aufgabenteilung zwischen mehreren Standorten einer Spital Einrichtung vorzunehmen, weshalb er die Leistungsaufträge einer Institution als Ganzes und nicht pro Standort zuweisen müsse. Das Gericht schützte diese Ansicht. Es hielt fest, dass eine Klinik mit mehreren Standorten, welche die kritische Menge und die Mindestfallzahlen erreicht (HNE), die Anforderungen jedenfalls besser erfüllt als eine Klinik mit mehreren Standorten, bei welcher dies nicht der Fall ist (Beschwerdeführerin).<sup>80</sup>

---

<sup>76</sup> Neuenburger Entscheid E. 9.2.2.

<sup>77</sup> Neuenburger Entscheid E. 9.2.3.

<sup>78</sup> Neuenburger Entscheid E. 9.2.6.

<sup>79</sup> Neuenburger Entscheid E. 9.2.9.

<sup>80</sup> Neuenburger Entscheid E. 9.2.7.

#### 4.4.2. Würdigung

- 53 Obwohl über Sinnhaftigkeit und Ausgestaltung von kritischer Menge und Mindestfallzahlen trefflich gestritten werden kann,<sup>81</sup> ist das Kriterium an sich nach bundesgerichtlicher und bundesverwaltungsgerichtlicher Praxis inzwischen unumstösslich.<sup>82</sup> Dies gilt nicht nur im Bereich der HSM, sondern auch in der kantonalen Spitalplanung.<sup>83</sup> Im Neuenburger Entscheid bestätigte das BVGer seine bisherige Rechtsprechung in dem Sinne, dass die Vorgabe von Mindestfallzahlen bzw. einer kritischen Menge nicht nur die Qualität des betroffenen Leistungserbringers, sondern auch die Effizienz und die Wirtschaftlichkeit im Sinne einer optimalen Ressourcennutzung fördern sollen.<sup>84</sup>
- 54 Spitalplanungsbehörden werden daher das Kriterium der kritischen Menge und der Mindestfallzahlen, das auch in Art. 8 lit. b IVHSM enthalten ist, weiterhin anwenden, um Überkapazitäten zu vermindern bzw. vermeiden. Freilich muss das Fallzahlkriterium trotz Ermessensspielraum im Einklang mit dem Bundesrecht sachgerecht festgelegt werden, etwa was die Anzahl der Fälle angeht oder die differenzierte Anwendung des Kriteriums auf Standorte, Teams oder Operateure. So müssen etwa Mindestfallzahlen pro Operateur verhältnismässig und dürfen nicht höher angesetzt sein, als dies zur Qualitätssicherung notwendig ist.<sup>85</sup> Ebenso dürfen sie nicht zu einer versorgungsgefährdenden Angebots-einschränkung führen.<sup>86</sup>
- 55 Aufschlussreich und in medizinisch-ökonomischer Hinsicht begrüßenswert ist die Aussage des Gerichts, dass Mindestfallzahlen nicht zwingend pro Standort gelten müssen. Vielmehr ist auch die vom *Conseil d'Etat* vertretene Sichtweise gesetzeskonform, wonach die Fälle mehrerer Standorte einer Institution bzw. eines Bewerbers kumuliert werden können. Das Gericht setzt sich damit (unausgesprochen) in Widerspruch zu GDK-Empfehlung Nr. 5a), wonach Qualitätsanforderungen «pro Standort» gelten.

---

<sup>81</sup> Vgl. beispielhaft das jüngst ergangene Urteil C-1313/2019, C-2654/2019 des BVGer vom 11. November 2021, insbes. E. 7.

<sup>82</sup> BGE 138 II 398 E. 7.7.2; BVGer, Urteil C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 11.7.

<sup>83</sup> Vgl. auch BSK KVG-Rütsche/Picocchi Art. 39 N 44.

<sup>84</sup> Vgl. etwa BVGer, Urteile C-4967/2019 vom 8. Juni 2021 E. 7.5.1; C-401/2012 vom 28. Januar 2014 E. 9.2 und 14; C-6266/2013 vom 29. September 2015 E. 4.3.4; vgl. auch BGE 138 II 398 E. 7.2.2.

<sup>85</sup> BSK KVG-Rütsche/Picocchi Art. 39 N 45; BVGE 2018 V/3 E. 12.1.5.

<sup>86</sup> BVGE 2018 V/3 E. 12.2.4.

- 56 Zwar kann aus der einschlägigen gerichtlichen Erwägung noch nicht geschlossen werden, dass eine konsolidierte Betrachtung mehrerer Standorte in jedem Fall zwingend ist. Allerdings sind Konstellationen denkbar, in denen standortübergreifend eng zusammengearbeitet wird und ein Austausch von Know-how und technischen und personellen Ressourcen stattfindet. In diesen Fällen wäre eine rein standortbezogene Betrachtung von Fallzahlen sachfremd und nicht im Sinn und Geist des KVG.
- 57 Der Neuenburger Entscheid schafft für Planungsbehörden die Möglichkeit, sich von einer rein standortbezogenen Betrachtung zu lösen und es den Leistungserbringern zu überlassen, wie sie sich im Rahmen ihrer Organisationsautonomie und mit Rücksicht auf wirtschaftliche und betriebliche Kriterien strukturieren wollen (zentrale Erbringung aller Leistungen an einem einzigen Standort versus Aufteilung auf mehrere räumlich getrennte Standorte). Es wird an den Planungsbehörden liegen zu entscheiden, bei welchen Behandlungen eine konsolidierte Betrachtung mehrerer Standorte zur Anwendung kommen kann. Dabei dürfte es jedenfalls sinnvoll sein, ökonomische Effizienzgesichtspunkte wie Skalen- und Verbundeffekte zu berücksichtigen, soweit sie sich eignen, die Planungskriterien gemäss Art. 58a ff. KVV umzusetzen. Eine «Gruppenbetrachtung» entspricht einer wirtschaftlichen sowie qualitativen Betrachtungsweise, die gerade im Kontext der Spitalplanung nicht leichtfertig verworfen werden darf.
- 58 Wie bereits an anderer Stelle (s. vorne Rz. 40) wies das Gericht darauf hin, dass laut GDK-Empfehlungen neue Anbieter auch in Leistungsbereichen, in denen eine Mindestfallzahl gilt, vorläufig zugelassen werden können, wenn aufgrund der Strukturen der Einrichtung und der regionalen Gegebenheiten zu erwarten ist, dass die Fallzahl innerhalb von maximal drei Jahren erreicht wird.<sup>87</sup> Das BVGer hatte ein entsprechendes Vorgehen des Kantons Zürich bereits in einem früheren Entscheid geschützt.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Neuenburger Entscheid E. 9.2.8.

<sup>88</sup> Vgl. BVGer, Urteil C-5603/2017 vom 14. September 2018 (BVGE 2018 V/3) E. 15.4 und 16.6.

## 4.5. Messung von Qualität

### 4.5.1. Erwägungen des Gerichts

- 59 Im Rahmen der Qualitätsbewertung beurteilte der *Conseil d'Etat* die Angebote nicht nur anhand der kritischen Menge, sondern auch anhand der im SPLG-Modell definierten Qualitätskriterien für Strukturen und Prozesse, wie z.B. medizinische und technische Ressourcen. Die Anwendung dieses Modells wird von der GDK empfohlen.<sup>89</sup> U.a. mussten die Bewerber über ein institutionelles Qualitätssicherungskonzept verfügen, das insbesondere die Erkennung von unerwünschten Ereignissen sowie die Prävention und Kontrolle von Infektionen umfasst. Zudem mussten sie an etablierten Qualitätsmassnahmen teilnehmen und über ein *Critical Incident Reporting System* (CIRS) sowie ein Konzept zur Infektionsprävention und -kontrolle verfügen.<sup>90</sup>
- 60 Das BVGer hielt diese Art der Qualitätsbewertung trotz des behördlichen Ermessensspielraum für ungenügend, da sie sich auf die Bewertung von Strukturen und Prozessen beschränkte, die Qualität der Ergebnisse und der Indikation jedoch unberücksichtigt liess. Die Gesamtqualität eines Spitals oder einer Klinik wird laut Gericht insbesondere mit den vom Nationalen Verein für Qualitätsentwicklung in Spitälern und Kliniken (**ANQ**) und vom BAG gewählten Indikatoren erfasst, zumindest was die Ergebnisqualität betrifft.
- 61 Das Gericht verwies erneut auf die GDK-Empfehlungen<sup>91</sup>, die den Erlass kantonaler Richtlinien zur Indikations- und Ergebnisqualität sowie zu den Qualitätssicherungsmassnahmen nahelegen. Indem weitere Kennzahlen zur Qualitätsbeurteilung (z.B. die CH-IQI-Indikatoren des BAG) verwendet würden, können nach Ansicht des BVGer auch die Transparenz und der vom KVG geforderte Qualitätswettbewerb zwischen den Leistungserbringern gestärkt werden.<sup>92</sup> Entsprechend wies das Gericht die Sache zur Durchführung einer vollständigen Qualitätsbewertung («examen complet de la qualité») an den *Conseil d'Etat* zurück.<sup>93</sup>

---

<sup>89</sup> GDK-Empfehlung Nr. 5 a.

<sup>90</sup> Neuenburger Entscheid E. 9.3.1.

<sup>91</sup> GDK-Empfehlung Nr. 5.

<sup>92</sup> Neuenburger Entscheid E. 9.3.3.

<sup>93</sup> Neuenburger Entscheid E. 9.4.

#### 4.5.2. Würdigung

- 62 Nach bundesverwaltungsgerichtlicher Praxis steht den Kantonen bei der Auslegung des Begriffs der «Qualität» im Bereich der Spitalplanung ein weiter Beurteilungsspielraum zu.<sup>94</sup> KVG und KVV enthalten keine ausdrückliche Verpflichtung zur Messung der Ergebnis- und Indikationsqualität. Die GDK erwähnt in ihren Empfehlungen zwar die Möglichkeit, die Indikations- und Ergebnisqualität zu berücksichtigen. Allerdings handelt es sich auch hier nur um eine unverbindliche und offen formulierte Empfehlung. Auch der neue Art. 58d KVV sieht in Abs. 3 nur (aber immerhin) vor, dass die Ergebnisse national durchgeführter Qualitätsmessungen als Kriterien für die Auswahl der Einrichtungen berücksichtigt werden *können* (aber nicht müssen).
- 63 Vor diesem Hintergrund ist es bemerkenswert, dass das BVGer (soweit ersichtlich zum ersten Mal) einem Kanton vorschreibt, nebst der Struktur- und Prozessqualität zusätzlich die Ergebnis- und Indikationsqualität zu berücksichtigen.
- 64 Einerseits kann argumentiert werden, dass das Bundesrecht gerade nicht vorgibt, nach welchen Kriterien die Qualität konkret zu messen und zu bewerten ist, und die Konkretisierung der Qualitätsanforderungen in den Ermessensspielraum der Kantone fällt. Das BVGer hält dies an anderer Stelle des Entscheides sogar selbst fest.<sup>95</sup> Andererseits entspricht es Sinn und Zweck einer umfassenden Qualitätsbewertung, dass der Ergebnis- und Indikationsqualität Rechnung getragen wird, sobald hinreichend zuverlässige Qualitätsindikatoren existieren, wovon das Gericht auszugehen scheint.
- 65 Sowohl kantonale Behörden wie auch die HSM-Organen scheinen bislang eher die Auffassung zu vertreten, dass die Ergebnisqualitätsdaten derzeit noch zu wenig ausgereift sind, um eine sachgerechte Bewertung zu ermöglichen.<sup>96</sup> Ob der Neuenburger Entscheid bedeutet, dass fortan sämtliche Spitalplanungsverfahren bundesrechtswidrig und damit anfechtbar sind, bei denen die Ergebnis- und Indikationsqualität unberücksichtigt bleibt, bleibt abzuwarten.

<sup>94</sup> Vgl. BVGer, Urteile C-5628/2017 vom 6. November 2018 E. 8.10.2.; C-5573/2017 vom 21. November 2018 E. 9.4. und 9.6.2.

<sup>95</sup> Neuenburger Entscheid E. 10.5.5 am Anfang.

<sup>96</sup> So etwa auch in der Zürcher Spitalplanung 2023, vgl. Ziff. 2.2.1 des Versorgungsbericht, abrufbar unter <https://www.zh.ch/de/gesundheit/spitaeler-kliniken/spitalplanung/spitalplanung-2023.html>.

## 4.6. Arbeitsbedingungen

### 4.6.1. Erwägungen des Gerichts

- 66 Der Kanton Neuenburg sah vor, dass die innerkantonalen Leistungserbringer die Bedingungen des öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen GAV «Santé 21» einhalten müssen. Ausserkantonale Betriebe müssen die Bedingungen eines im Standortkanton geltenden GAV oder die dort geltenden Normen einhalten.<sup>97</sup> Der Kanton begründete diese Vorgabe im Wesentlichen mit der Absicht, unlauteren Wettbewerb («concurrency déloyale») zwischen den Spitälern in Bezug auf die Arbeitsbedingungen zu verhindern, in öffentlich subventionierten Spitälern angemessene Mindestarbeitsbedingungen zu gewähren und dem Personalmangel entgegenzuwirken.<sup>98</sup>
- 67 In seinen Erwägungen rief das Gericht zunächst den Aufgabenbereich der Kantone und ihre Pflicht, den Ermessensspielraum bundesrechtskonform auszuüben, in Erinnerung.<sup>99</sup> Bei den Planungskriterien der Qualität und Wirtschaftlichkeit handelt es sich laut Gericht um unbestimmte Rechtsbegriffe («notion juridique indéterminée»), die der Konkretisierung bedürfen.<sup>100</sup> Diese Konkretisierung obliege den Kantonen, könne vom BVGer jedoch (im Unterschied zu Ermessensfragen) überprüft werden.
- 68 Weiter argumentierte das Gericht, dass angemessene Arbeitsbedingungen, so etwa vernünftige und reglementierte Arbeitszeiten, zur Qualität der geleisteten Arbeit beitragen.<sup>101</sup> Laut dem Urteil bedarf es hierfür keines strengen, wissenschaftlichen Nachweises, anderenfalls die Einführung neuer Qualitätsanforderungen kaum je möglich wäre.<sup>102</sup>
- 69 Lohnbezogene Arbeitsbedingungen verbessern nach Ansicht des Gerichts sogar die Wirtschaftlichkeit. Insbesondere sollen sie das Risiko mengenabhängiger, überhöhter Vergütungen vorbeugen und damit Fehlanreize reduzieren, was eine Kostendämpfung bewirken würde. Zudem würde die Anwendung

---

<sup>97</sup> Neuenburger Entscheid E. 10.2.

<sup>98</sup> Neuenburger Entscheid E. 10.4.

<sup>99</sup> Neuenburger Entscheid E. 10.5.2.

<sup>100</sup> Neuenburger Entscheid E. 10.5.5.

<sup>101</sup> Neuenburger Entscheid E. 10.6.1.

<sup>102</sup> Neuenburger Entscheid E. 10.6.1 m.H. auf BVGE 2018 V/3 E. 12.1.7.

identischer Arbeits- und Lohnbedingungen zu einer besseren Vergleichbarkeit der Institute hinsichtlich der Kostenwirksamkeit führen.<sup>103</sup>

- 70 Schliesslich sollen angemessene Arbeitsbedingungen nach der Einschätzung des Gerichts dazu beitragen, das Pflegepersonal zu halten und die Suche nach qualifiziertem Personal zu fördern. Damit werde die Einrichtung besser befähigt, ihre Leistungsaufträge i.S.v. altArt. 58b Abs. 4 lit. c KVV zu erfüllen. Das Vorhandensein des notwendigen qualifizierten Personals ergibt sich, so das BVGer weiter, auch aus den Anforderungen von Art. 39 Abs. 1 lit. b KVG, bei deren Umsetzung die Kantone einen relativ grossen Handlungsspielraum haben, und der GDK-Empfehlung Nr. 13, Erläuterung 13b.<sup>104</sup> Das Gericht bejahte aus diesen Gründen eine grundsätzliche Kompetenz der Planungsbehörden, Anforderungen an die Arbeitsbedingungen in Listenspitälern zu formulieren.
- 71 Dennoch erachtete das BVGer das Vorgehen des Kantons Neuenburg als unzulässig: So sind laut Gericht nicht alle Arten von Arbeitsbedingungen geeignet, die Qualität und Wirtschaftlichkeit zu fördern. Vielmehr sei es notwendig, diejenigen Arbeitsbedingungen zu definieren, die von einer Einrichtung verlangt werden, und zu erläutern, wie diese die Qualität und die Kosteneffizienz der Dienstleistungen gewährleisten oder sogar verbessern können. Der *Conseil d'Etat* habe sich hingegen bloss allgemein und abstrakt auf die Bedingungen des GAV «Santé 21» bezogen, ohne auf konkrete Vertragsbestimmungen einzugehen und ohne darzulegen, inwiefern diese tatsächlich geeignet sind, zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen einer Einrichtung und damit der Qualität und Wirtschaftlichkeit der von ihr erbrachten Leistungen beizutragen. Es sei nicht auszuschliessen, dass eine Institution, welche die Bedingungen des GAV nicht anwendet, Arbeitsbedingungen bietet, die gleich gut oder sogar besser geeignet sind, um die vom KVG verfolgten Ziele der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungen zu erreichen. Aus diesen Gründen erachtete das Gericht den pauschalen Verweis auf den GAV «Santé 21» als mit den bundesrechtlichen Planungsgrundsätzen unvereinbar.<sup>105</sup>
- 72 Das BVGer fügte hinzu, dass die Verpflichtung aller Neuenburger Listenspitäler zur Einhaltung des GAV «Santé 21» eine Umgehung des Bundesgesetzes vom über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen 28. September 1956<sup>106</sup> darstellt.

<sup>103</sup> Neuenburger Entscheid E. 10.6.2.

<sup>104</sup> Neuenburger Entscheid E. 10.6.3 u.a. m.H. auf BVGE 2018 V/3 E. 7.4.1, 7.4.2.

<sup>105</sup> Neuenburger Entscheid E. 10.7.1.

<sup>106</sup> SR 221.215.311.

73 Angesichts der KVG-Widrigkeit hatte sich das Gericht nicht mit der Frage auseinanderzusetzen, ob das Erfordernis der Einhaltung der Bedingungen des GAV «Santé 21» die geltend gemachten Grundrechte (Vereinigungsfreiheit, Wirtschaftsfreiheit, Gleichbehandlung, staatliche Wettbewerbsneutralität, Willkürverbot und Rechtssicherheit) verletzt.

#### 4.6.2. Würdigung

74 In prozessualer Hinsicht fällt die Prüfungsdichte auf, mit der das Gericht die Rechtmässigkeit der kantonalen Vorgaben im Zusammenhang mit den Arbeitsbedingungen untersuchte. Das Gericht äusserte sich einlässlich zum Verhältnis zwischen den fraglichen Anforderungen und den Planungsgrundsätzen des KVG. Zwar wies das Gericht auch hier auf den Ermessensspielraum der Kantone hin. Allerdings wird dieser insofern relativiert, als das Gericht klarstellte, dass es sich bei der Wirtschaftlichkeit und der Qualität um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt, deren Konkretisierung das Gericht überprüfen kann. Dies verdient Zustimmung, kontrastiert jedoch bis zu einem gewissen Grad mit der Aussage, dass den Kantonen bei der Auslegung des Qualitätsbegriffs ein «weiter Beurteilungsspielraum» zusteht.<sup>107</sup> In diesen Spielraum greift das Gericht mit Blick auf Art. 53 Abs. 2 lit. e KVG regelmässig nicht ein.<sup>108</sup> Im Neuenburger Entscheid legte sich das BVGer im Unterschied zu anderen Fällen weniger Zurückhaltung auf.

75 Das BVGer befasste sich sehr ausführlich und soweit ersichtlich zum ersten Mal mit der Kompetenz der Kantone, den Listenspitälern Vorgaben zu Arbeitsbedingungen des Spitalpersonals zu machen. Auch wenn der Bereich der Spitalplanung der Wirtschaftsfreiheit weitgehend entzogen ist, müssen derartige Einschränkungen der Privatautonomie den Verfassungsgrundsätzen entsprechen (s. vorne Rz. 5).<sup>109</sup> Namentlich müssen sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 1 und 2 BV).

76 Das Gericht stellt wie bereits in früheren Entscheiden<sup>110</sup> keine hohen Anforderungen an den Nachweis dafür, dass eine bestimmte Anforderung

<sup>107</sup> BVGE 2018 V/3 E. 7.6.6.1.

<sup>108</sup> Vgl. BVGer, Urteile C-5628/2017 vom 6. November 2018 E. 8.10.2.; C-5573/2017 vom 21. November 2018 E. 9.4. und 9.6.2.

<sup>109</sup> Ähnlich Rüttsche, Spitalplanung und Spitalfinanzierung, Rz. 55.

<sup>110</sup> Vgl. etwa BVGE 2018 V/3 E. 12.1.7 betreffend Mindestfallzahlen pro Operateur als Beitrag zur Qualitätssicherung; im Urteil C-2894/2019 vom 30. März 2021 schützte das Gericht die Vorgabe gegenüber einem Geburtsaus, mit

qualitätsfördernd ist. Es betrachtet die Vorgabe zur Einhaltung gewisser Arbeits- und Lohnbedingungen – und insoweit in Übereinstimmung mit dem *Conseil d'Etat* – als grundsätzlich zulässige Konkretisierung der Planungskriterien Qualität und Wirtschaftlichkeit. Zwar ist diskutabel, inwiefern damit tatsächlich eine (messbare) Qualitätssteigerung erzielt werden kann, zumal empirische Daten fehlen. Die Haltung des Gerichts erscheint in dieser Hinsicht aber als vertretbar, zumal sie sich mit in der Literatur geäusserten Ansichten deckt.<sup>111</sup> Insofern kann sich die Vorgabe bestimmter Arbeitsbedingungen auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse stützen.

- 77 Nicht mehr nachvollziehbar und abzulehnen ist die Aussage des Gerichts, wonach die Einhaltung bestimmter Lohnvorgaben die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung fördern soll, weil damit monetäre Fehlanreize und damit Mengenausweitungen verhindert werden. Die Personalkosten bilden zwar den wesentlichen, jedoch bei weitem nicht der einzige Kostenfaktor. Zudem ist es den Leistungserbringern zu überlassen, wie sie eine optimale Kostenstruktur (bspw. durch optimierte Prozesse) und damit eine im Vergleich mit anderen Spitälern bessere Wirtschaftlichkeit erzielen. Sie dürften hierfür regelmässig besser geeignet sein als die Planungsbehörden.
- 78 Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz gebietet es, dass ein Kanton – anders als es der Kanton Neuenburg tat – den (privaten) Listenspitälern *keine* Verpflichtung zum Beitritt zu einem GAV und damit *keinen* Kontrahierungszwang auferlegt, sondern nach milderem Mitteln sucht. Ein Kontrahierungszwang würde zu weit führen und unnötig tief in die Vertragsautonomie der privaten Leistungserbringer eingreifen. Das Gericht ist insofern zu Recht davon ausgegangen, dass die Planungsbehörden die erforderlichen Arbeitsbedingungen oder Vertragsbestandteile konkret zu bezeichnen und zu begründen haben, inwiefern sie in qualitativer Hinsicht notwendig sind. Diese Einschränkung an die Adresse der Kantone ist rechtsstaatlich geboten und zwingt die Behörden, hinsichtlich jeder Vorgabe zu analysieren, ob sich eine Steigerung der Qualität oder Wirtschaftlichkeit erwarten lässt oder nicht. Das Gericht erteilte damit indirekt auch der GDK-Empfehlung Nr. 13b) eine Absage, zumindest soweit sie Privatspitäler betrifft. Gemäss dieser Empfehlung kann der Kanton «*die einschlägigen öffentlichen Personal- und Besoldungsreglemente oder die Einhaltung der gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen im Leistungsauftrag als anwendbar erklären*».

---

einem Spital einen Kooperationsvertrag abzuschliessen, der die Zusammenarbeit zwischen Geburtshaus und Geburtsklinik bzw. Neonatologie in Notfallsituationen sowie die fachärztliche Betreuung vor Ort (im Geburtshaus) oder durch Sicherstellung eines umgehenden Notfalltransportes regeln soll.

<sup>111</sup> Vgl. Rüttsche, Spitalplanung und Spitalfinanzierung, Rz. 59.

- 79 Der behördliche Zwang von Listenspitälern, sich dem GAV «Santé 21» anzuschliessen, bedeutet faktisch eine Allgemeinverbindlicherklärung dieses GAV. Der Bund hat die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV gestützt auf Art. 110 Abs. 1 lit. d BV bundesgesetzlich geregelt (Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen<sup>112</sup>). Das Gesetz sieht dafür ein spezifisches Verfahren vor. Unter anderem ist es interessierten Parteien möglich, Einsprache gegen einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung zu erheben und den Entscheid (im Unterschied zu Spitalplanungsentscheiden<sup>113</sup>) bis ans Bundesgericht weiterzuziehen. Erfasst die Allgemeinverbindlicherklärung mehr als nur einen Kanton, ist der Bundesrat zuständig. Könnte eine kantonale Behörde einen GAV im Rahmen eines Spitalplanungsverfahrens für verbindlich erklären, würden die Verfahrensrechte der beteiligten Spitäler ausgehebelt und, soweit der GAV auch für ausserkantonale Spitäler gelten soll, die Zuständigkeit des Bundesrats missachtet.
- 80 Vermutlich hat das BVer übersehen, dass sich das Bundesgericht in einem Entscheid von 2011 bereits mit einer ähnlichen Frage befasst hat. Damals war zu beurteilen, ob der Kanton Neuenburg die Höhe seiner Vergütung von Langzeitpflegeleistungen nach Art. 25a KVG davon abhängig machen durfte, ob der betroffene Leistungserbringer den GAV «Santé 21» anwendete. Das Bundesgericht hielt fest, dass eine direkte Beitrittsverpflichtung zwar gegen Art. 110 BV betreffend die Allgemeinverbindlichkeit von GAV verstossen würde, ein indirekter Beitrittszwang (Anreiz über die Höhe der kantonalen Vergütung) jedoch zulässig sei.<sup>114</sup> Allerdings ist eine entsprechende Unterscheidung in der Spitalfinanzierung, anders als in der kantonalen Restkostenfinanzierung der Langzeitpflege, aufgrund der zwingenden, gesetzlichen Tarifvorgaben des KVG nicht möglich.
- 81 Eine direkte Beitrittsverpflichtung, wie sie der *Conseil d'Etat* vorsah, würde nach unserem Dafürhalten zudem gegen die Vereinigungsfreiheit (Art. 23 Abs. 3 BV) verstossen. In diesem Sinne hielt das Bundesgericht in einem Entscheid von 2012 (erneut betreffend den Kanton Neuenburg) fest, dass Privatspitäler nicht zum Beitritt zum ANQ verpflichtet werden dürfen, um in die Spitalliste aufgenommen zu werden.<sup>115</sup> Obwohl das damalige Urteil in Bezug auf Verträge über die Qualitätsentwicklung angesichts von Art. 58a KVG (Massnahmen der

---

<sup>112</sup> SR 221.215.311.

<sup>113</sup> Vgl. Art. 83 lit. r BGG.

<sup>114</sup> BVer, Urteil 2C\_728/2011 vom 23. Dezember 2011 E. 7.3; Eugster, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), 2. Aufl., Zürich 2018, Art. 39 Rz. 40.

<sup>115</sup> BVer, Urteil 2C\_825/2011 vom 25. April 2012 E. 2.2.4.

Leistungserbringer und der Versicherer zur Qualitätsentwicklung) inzwischen überholt ist, dürften die gerichtlichen Erwägungen zur Vereinigungsfreiheit grundsätzlich immer noch zutreffen.

#### 4.7. Mengensteuerung

##### 4.7.1. Erwägungen des Gerichts

82 Das Recht des Kantons Neuenburg sieht ein Mengensteuerungssystem vor. Gestützt darauf erteilte der *Conseil d'Etat* der Beschwerdeführerin Aufträge mit einer Begrenzung des Leistungsvolumens in den Bereichen Ophthalmologie und Orthopädie.<sup>116</sup>

83 Das BVGer rief zunächst die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Erinnerung, wonach die kantonale Gesetzgebung für Listenspitäler eine maximale Fallzahl pro Jahr vorsehen kann. Dies ergebe sich aus dem Grundsatz der Sparsamkeit im Sinne von Art. 39 Abs. 2 KVG.<sup>117</sup> Laut einem jüngeren Entscheid des BVGer stellen Art. 39 Abs. 21 KVG und altArt. 58b Abs. 4 und 5 KVV zwar eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Einführung von Höchstfallzahlen («limitation quantitative de cas») als Element der Wirtschaftlichkeit dar. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn damit eine kapazitäts- bzw. fallzahlbasierte politische Kontrolle ausgeübt werden soll («d'imposer un pilotage politique axé sur les capacités, respectivement les limitations quantitatives de cas»). Zudem dürfen die vom Kanton festgelegten Fallzahlen den Wettbewerb zwischen den Spitälern nicht verhindern.<sup>118</sup>

84 Das BVGer stellte weiter fest, dass im Fall der Neuenburger Spitalplanung (gleich wie im Rahmen der Genfer Spitalplanung<sup>119</sup>) das vom *Conseil d'Etat* eingeführte Instrument der Mengensteuerung zu einer systematischen Aufteilung des Marktes führte, indem den Listenspitälern eine fixe Anzahl von Fällen pro Jahr vorgegeben wurde. Damit wird laut Gericht eine kapazitätsbezogene Planung vorgenommen, wie sie unter dem früheren Recht üblich war, mit der neuen Spitalfinanzierung jedoch verhindert werden sollte. Indem sich die

<sup>116</sup> Neuenburger Entscheid E. 11.1.

<sup>117</sup> Neuenburger Entscheid E. 11.4 m.H. auf BGE 145 V 128 E. 6.2; BGE 138 II 398 E. 3.3; BGer, Urteil 9C\_151/2016 vom 27. Januar 2017 E. 6.2.

<sup>118</sup> Neuenburger Entscheid E. 11.4 m.H. auf BVGer, Urteil C-5017/2015 vom 16. Januar 2019 E. 19.3.4 und 21.3.2

<sup>119</sup> Vgl. BVGer, Urteil C-5017/2015 vom 16. Januar 2019.

Planungsbehörden von altrechtlichen Überlegungen leiten liessen, hätten sie ihr Ermessen missbraucht.<sup>120</sup>

- 85 Weiter hielt das Gericht fest, dass die vorgenommene systematische quantitative Begrenzung der Fälle wettbewerbsschädlich sei und zu einer statischen Spitalplanung führe. Laut Urteil nimmt eine solche Planung den Spitalern den Anreiz, ihre Effizienz zu überprüfen und zu optimieren (beste Qualität zum besten Preis). Daran ändere auch nichts, dass die Mengenbegrenzung nur für bestimmte Leistungen in sechs Leistungsbereichen vorgesehen sei und eine regelmässige Neubewertung vorgenommen werde, um dem tatsächlichen Bedarf Rechnung zu tragen.<sup>121</sup>
- 86 Das Gericht hob die Spitalplanung auch aus diesem Grund auf und wies die Sache zur Neuurteilung an den Kanton zurück.

#### 4.7.2. Würdigung

- 87 Mit der Mengensteuerung sollen medizinisch nicht indizierte stationäre Behandlungen, unverhältnismässige Mengenausweitungen oder Überkapazitäten vermieden werden.<sup>122</sup> Nach bundesgerichtlicher und bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung liegt es grundsätzlich auch unter der neuen Spitalfinanzierung in der Planungsautonomie der Kantone (Art. 39 KVG), eine Mengensteuerung vorzunehmen.<sup>123</sup> Die Kantone sind hierzu berechtigt, jedoch nicht verpflichtet. In der Art der Mengensteuerung sind die Kantone dagegen nicht (mehr) frei.
- 88 Seit Inkrafttreten der neuen Spitalfinanzierung ist in der Akutsomatik eine leistungsorientierte Planung zwingend, wohingegen eine kapazitätsbasierte Planung im Sinne des früheren Rechts unzulässig ist (Art. 58c KVV). Dies im Unterschied zu den Bereichen Psychiatrie, Rehabilitation und Pflegeheime, in denen die Kantone weiterhin die Wahl zwischen leistungsorientierter und kapazitätsbezogener Planung haben. Dies bedeutet in erster Linie, dass den einzelnen Listenspitälern keine Begrenzung der Bettenzahl oder anderer Ressourcen vorgeschrieben werden dürfen, sondern die Mengensteuerung auf andere Weise zu

---

<sup>120</sup> Neuenburger Entscheid E. 11.5.1.

<sup>121</sup> Neuenburger Entscheid E. 11.5.2.

<sup>122</sup> Vgl. etwa GDK-Empfehlung Nr. 8.

<sup>123</sup> Vgl. BGE 145 V 128 E. 6.2; Urteil C-5017/2015 vom 16. Januar 2019; Rütsche, Spitalplanung und Spitalfinanzierung, Rz. 22.

erfolgen hat.<sup>124</sup> Damit wird der Wettbewerb gestärkt, wie es etwa die WEKO in ihrem Gutachten vom 19. April 2010 gefordert hatte.<sup>125</sup>

- 89 Bislang wurde eine direkte Mengensteuerung mittels Begrenzung von Leistungsmengen, wie sie insbesondere in Westschweizer Kantonen praktiziert wurde<sup>126</sup>, vom Bundesgericht als zulässig erachtet.<sup>127</sup> Auch die GDK sieht in ihren Empfehlungen vor, dass der Kanton «den Listenspitälern bedarfsgerecht für ausgewählte oder alle Spitalleistungsgruppen eine jährliche Maximalfallzahl an stationären OKP-Behandlungen von Kantonsewohnern vorgeben» kann.<sup>128</sup>
- 90 Bereits das erwähnte Urteil des BVGer vom Januar 2019 betreffend den Kanton Genf stellte eine Weiterentwicklung der bisherigen Praxis dar. Das Gericht bestätigte zwar, dass Mengenvorgaben weiterhin grundsätzlich zulässig sind. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn sie damit eine politische und damit wettbewerbs-hemmende Steuerung bezweckt wird. Das Gericht stellte fest: «*La planification hospitalière de l'autorité inférieure a une finalité tournée vers les capacités – telle que voulue dans l'ancien financement hospitalier – en répartissant systématiquement le marché et en imposant de façon rigide un nombre de prestations par pôle d'activités autorisées dans chaque hôpital.*»<sup>129</sup>
- 91 An diese Erwägung knüpfte das BVGer im Neuenburger Entscheid an, indem es die Zielsetzung der Massnahme zum relevanten Gesichtspunkt erklärte. Dies erscheint aus wettbewerbspolitischen Überlegungen begrüssenswert: Letztlich kann es keinen Unterschied machen, ob die Kapazitäten über die Vorgabe von Bettenzahlen oder über systematische Begrenzungen von Fallzahlen pro Listenspital und Leistungsbereich erfolgt. Beide Massnahmen können in der Absicht erfolgen, den Markt künstlich aufzuteilen und damit den Wettbewerb einzuschränken. Das Gericht relativiert damit die GDK-Empfehlungen, wonach der Kanton den Listenspitälern für ausgewählte oder alle Spitalleistungsgruppen eine jährliche Maximalfallzahl an stationären OKP-Behandlungen vorgeben kann.<sup>130</sup>

<sup>124</sup> Eugster, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), 2. Aufl., Zürich 2018, Art. 39 Rz. 28.

<sup>125</sup> Gutachten der WEKO vom 19. April 2010 in Sachen Gutachtensauftrag der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich gemäss Art. 47 KG betreffend Spitalplanung 2012, Ziff. 3.3 vgl. SZS 2018 S. 282, 290.

<sup>126</sup> BSK KVG-Rütsche/Picocchi Art. 39 N 34.

<sup>127</sup> BGer, Urteil 2C\_796/2011 vom 10. Juli 2012 (publiziert als BGE 138 II 398) E. 3.6.

<sup>128</sup> GDK-Empfehlung Nr. 8.

<sup>129</sup> BVGer, Urteil C-5017/2015 vom 16. Januar 2019 E. 21.3.2.

<sup>130</sup> Vgl. GDK-Empfehlung Nr. 8 und diesbezügliche Begründung, S. 16 f.

- 92 Diese neuere bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung wird aufgenommen im neuen Art. 58f Abs. 6 KVV. Nach dieser Bestimmung können die Kantone in der Akutsomatik zwar (weiterhin) Globalbudgets oder maximale Leistungsmengen vorsehen. Voraussetzung ist aber, dass sie «weder strukturerhaltend sind noch jeglichen Wettbewerb verhindern».
- 93 In der Praxis dürfte es oftmals schwierig sein, zu entscheiden, ob Fallzahlbegrenzungen auf unzulässigen politischen bzw. wettbewerbsfeindlichen oder auf schützenswerten Motiven (Verhinderung ungerechtfertigter Mengenausweitungen etc.) beruhen. Wichtige Anhaltspunkte dürften die konkrete Ausgestaltung von Höchstfallzahlen und deren Begründung durch die Behörden in den Planungsunterlagen bilden. Eine Grundvoraussetzung ist, dass die Kriterien auf alle Leistungserbringer einheitlich angewandt werden. Klar bundesrechtswidrig ist eine Vorgabe, wonach Privatkliniken nur diejenigen (restlichen) Fälle behandeln dürfen, die nicht von öffentlich-rechtlichen Spitälern abgedeckt werden können.<sup>131</sup> Aber bereits eine statische Verteilung der Gesamtfallzahlen auf alle kantonalen Spitäler stellt nach dem Gesagten eine unzulässige Marktaufteilung dar. Eine gewisse Flexibilität scheint zwingend, um die freie Spitalwahl und den damit verbundene Qualitätswettbewerb nicht zu unterlaufen.<sup>132</sup>
- 94 In diesem Zusammenhang wird sich weisen, ob der von den beiden Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft in mehreren Spitalleistungsgruppen mit «vermuteter Überversorgung» begonnene «Mengendialog» mit den Leistungserbringern zur Steuerung der Gesamtmenge der Fälle bundesrechtlich stützen lässt.<sup>133</sup> Zum Start des Mengendialogs zielen die beiden Planungsbehörden für das Jahr 2021 offenbar auf eine Reduktion der Fallzahlen in den betroffenen Spitalleistungsbereichen um rund 3'200 Fälle (Einfrieren der Gesamtfallmenge auf das Jahr 2018) und um 5'700 Fälle bis ins Jahr 2024<sup>134</sup> oder eine Reduktion um 3'300 Fälle bis zum Jahr 2024<sup>135</sup>.

<sup>131</sup> So in der vom BVGer aufgehobenen Genfer Spitalplanung Urteil C-5017/2015 vom 16. Januar 2019 E.21.3.1.

<sup>132</sup> In diesem Sinne auch Erläuternder Bericht zur Änderung der KVV und KLV vom 23. Juni 2021, S. 23.

<sup>133</sup> Vgl. Folien 12 ff. der Medienkonferenz vom 27. Mai 2021 zur gleichlautenden Spitalliste der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft [https://www.baselland.ch/politik-und-behorden/regierungsrat/medienmitteilungen/ab-1-juli-2021-gleichlautende-spitallisten-fuer-basel-stadt-und-basel-landschaft/pfd/1\\_folien-mk-gemeinsame-spitallisten-bs-bl-1.pdf/@download/file/1\\_Folien%20MK%20Gemeinsame%20Spitallisten%20BS%20BL.pdf](https://www.baselland.ch/politik-und-behorden/regierungsrat/medienmitteilungen/ab-1-juli-2021-gleichlautende-spitallisten-fuer-basel-stadt-und-basel-landschaft/pfd/1_folien-mk-gemeinsame-spitallisten-bs-bl-1.pdf/@download/file/1_Folien%20MK%20Gemeinsame%20Spitallisten%20BS%20BL.pdf) sowie Faktenblatt zur Medienmitteilung zur Versorgungsplanung: „Ab 1. Juli 2021: Gleichlautende Spitallisten für Basel-Stadt und Basel-Landschaft“ vom 27. Mai 2021 (Seite 5).

<sup>134</sup> Vgl. Folien 12 ff. der Medienkonferenz vom 27. Mai 2021.

<sup>135</sup> Vgl. Seite 5 des Faktenblatts zur Medienkonferenz vom 27. Mai 2024.

- 95 Gemäss Leistungsvereinbarung des Spitals mit dem Sitzkanton ist dieses verantwortlich für die Einhaltung der in der Zielvereinbarung maximal definierten Leistungsmengen. Das Spital erstellt hierzu quartalsweise eine Übersicht über die Anzahl der für die Zielvereinbarung massgebenden erbrachten Leistungen und reicht diese der Aufsichtsbehörde ein. Sind die gemeldeten Zahlen und die hochgerechneten Zahlen über den massgebenden Planzahlen beider Kantone, wird mit den einzelnen Spitälern der Mengendialog in Gang gesetzt. Dabei wird analysiert, in welchen Spitälern die errechneten Zielwerte überschritten wurden. Zudem werden gemeinsam Massnahmen eruiert und vereinbart, um den Zielkorridor wieder zu erreichen (Zielvereinbarungsprozess). Massnahmen können bspw. die Einführung eines Indikationscontrollings oder die Implementierung eines Ortho-Boards mit allen Spitälern sein, welche über einen Leistungsauftrag für diese Spitalleistung verfügen.
- 96 Leistungen, bei denen die Indikationsstellung gegeben war, gelten in jedem Fall als bedarfsgerecht und rechtfertigen eine entsprechende Überschreitung der in der Zielvereinbarung definierten Leistungsmengen. Vorbehalten bleiben zudem alle Leistungen in Erfüllung der Aufnahmepflicht nach Art. 41a KVG, die ebenfalls in jedem Fall als bedarfsgerecht gelten. Bei einer erheblichen und unverhältnismässigen Überschreitung der definierten Leistungsmengen ohne ersichtlichen Grund, und unter der Voraussetzung, dass das Spital keine Bemühungen für die Einhaltung der bedarfsgerechten Leistungsmengen erkennen lässt, können die Planungsbehörden den Entzug des Leistungsauftrags nach Anhörung des Spitals vor Ablauf der Vertragsdauer der Leistungsvereinbarung prüfen.
- 97 Dieser angestrebte «Mengendialog» scheint weder die Spitalwahlfreiheit der Patientinnen und Patienten innerhalb des Planungsregion der beiden Kantone einzuschränken, noch gelten die angestrebten Fallzahlen als fixe Höchstfallzahlen. Sie halten die Leistungserbringer somit nicht davon ab, bei bestehender Indikationsstellung trotz Überschreiten der definierten Leistungsmengen die Patientinnen und Patienten zu versorgen. Marktanteilsgewinne müssen begründet werden, sind aber bei verhältnismässigen Nachteilen (bspw. Einrichten von Indikationsboards, Indikationscontrolling etc.) möglich, was für die Bundesrechtskonformität dieser Form der Marktsteuerung spricht.
- 98 Vorausgesetzt wäre allerdings, dass die Zielsetzung der vereinbarten Leistungsmengen gesetzeskonform und für alle Leistungserbringer rechtsgleich erfolgt ist, was bei der bestehenden Informationslage nicht überprüfbar und angesichts der divergierenden, kommunizierten Fallzahlenziele zwischen Folien und Faktenblatt zur Medienkonferenz vom 27. Mai 2021 zumindest hinsichtlich Absenkung der Fallzahlen bis zum Jahr 2024 als sehr zweifelhaft erscheint.

---

## 5. Abweichungen von Empfehlungen der GDK

- 99 Während sich das BVGer im Neuenburger Entscheid zu gewissen GDK-Empfehlungen bekannte (so etwa bezüglich der Bedarfsermittlung, s. vorne Rz. 32), wich es von anderen Empfehlungen ab oder relativierte sie zumindest, ohne dies jedoch ausdrücklich zu adressieren:
- Während laut GDK-Empfehlung Nr. 5a) die Qualitätsanforderungen «pro Standort» gelten, erachtete es das BVGer als gesetzeskonform, die Fälle mehrerer Standorte einer Institution bzw. eines Bewerbers kumuliert (d.h. standortübergreifend) zu betrachten (s. vorne Rz. 52).
  - Gemäss GDK-Empfehlung Nr. 13b) kann der Kanton «*die einschlägigen öffentlichen Personal- und Besoldungsreglemente oder die Einhaltung der gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen im Leistungsauftrag als anwendbar erklären*». Demgegenüber hielt das BVGer fest, dass ein Kanton den Listenspitälern *keine* Verpflichtung zum Beitritt zu einem GAV und damit *keinen* Kontrahierungszwang auferlegen darf. Vielmehr muss er die erforderlichen Arbeitsbedingungen oder Vertragsbestandteile konkret bezeichnen und begründen, inwiefern ihre Einhaltung in qualitativer Hinsicht notwendig ist (s. vorne Rz. 78).
  - Laut den Erläuterungen zur GDK-Empfehlung Nr. 8 (s. vorne Rz. 89) kann ein Kanton den Listenspitälern für ausgewählte oder alle Spitalleistungsgruppen eine jährliche Maximalfallzahl an stationären OKP-Behandlungen vorgeben. Diese Empfehlung wird vom BVGer insofern relativiert, als die Zielsetzung einer solchen Massnahme zum relevanten Gesichtspunkt erklärt wird: Kapazitätsbezogene Vorgaben dürfen nicht dazu führen, dass der Markt künstlich aufgeteilt und damit der Wettbewerb beschränkt wird.

---

## 6. Zusammenfassende Würdigung

- 100 Im Neuenburger Entscheid behandelte das BVGer praktisch bedeutsame Aspekte der Spitalplanung. Während das Gericht bei gewissen Fragen im Wesentlichen die bisherige Praxis bestätigte, entwickelte es in anderen Punkten die Rechtsprechung weiter oder beantwortete bislang ungeklärte Rechtsfragen. Dem Ermessensspielraum der Kantone bei der Spitalplanung wurden in mehrfacher Hinsicht (neue) Grenzen gesetzt. Gleichzeitig stehen gewisse gerichtliche Erwägungen (wenngleich unausgesprochen) im Widerspruch zu den GDK-

Empfehlungen oder relativieren sie massgeblich. Mit Blick auf künftige Spitalplanungen lassen sich aus dem Entscheid im Wesentlichen die folgenden Schlussfolgerungen ziehen:

- **Koordination mit den Nachbarkantonen:** Im Rahmen der Bedarfsermittlung besteht eine Pflicht der Planungsbehörde zur Koordination mit den Nachbarkantonen (vgl. Art. 58e KVV). In diesem Zusammenhang:
  - muss die Behörde nebst der ausserkantonalen Nachfrage auch das bestehende ausserkantonale Leistungsangebot berücksichtigen;
  - ist es bundesrechtswidrig, die bislang von ausserkantonalen Leistungserbringern behandelten Fälle ohne empirische Daten und Vergleichsstudien dem innerkantonalen Angebot zuzurechnen.
- **Gleichwertigkeit der Planungskriterien:** Die in Art. 58b KVV genannten Planungskriterien (Wirtschaftlichkeit, Qualität, Zugänglichkeit sowie Bereitschaft und Fähigkeit zur Erfüllung des Leistungsauftrags) sind nicht nur verbindlich, sondern auch gleichwertig. Unter diesem Titel ist es der Planungsbehörde namentlich untersagt,
  - die Kriterien zu hierarchisieren, etwa indem sie den Bewerbungsprozess so ausgestaltet, dass einzelnen Kriterien faktisch ein stärkeres Gewicht zukommt als anderen;
  - eine Ausnahmeregelung vorzusehen, welche die Vergabe eines Leistungsauftrags an einen Bewerber ermöglicht, der wesentliche Kriterien oder Bedingungen nicht erfüllt.

Mit diesen gerichtlichen Leitplanken wird der behördlichen Handlungsspielraum bei der Ausgestaltung der Auswahl- und Evaluationskriterien beschränkt und bis zu einem gewissen Grad verhindert, dass unsachliche, bspw. wettbewerbsfeindliche Elemente «durch die Hintertür» Eingang in die Spitalplanung finden.

- **Widerspruchsfreie Anforderungen:** Die Planungsbehörden sind dem Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet. Die Bedingungen und Kriterien müssen widerspruchsfrei formuliert sein. Unzulässig sind demgegenüber Anforderungen, welche die Leistungserbringer aus eigener Kraft von vornherein nicht erfüllen können. Dies gilt etwa für die Forderung nach einer Kooperationsvereinbarung, deren Abschluss vom kantonalen

öffentlichen Spital einseitig verweigert werden kann, oder einer Notfallaufnahme, die der Kanton gar nicht wünscht.

- **Kritischen Menge und Mindestfallzahlen über mehrere Standorte:** Die Vorgabe einer kritischen Menge und Mindestfallzahlen können nach gefestigter Rechtsprechung nicht nur die Qualität des betroffenen Leistungserbringers, sondern auch die Effizienz und die Wirtschaftlichkeit im Sinne einer optimalen Ressourcennutzung fördern. Sie sind grundsätzlich bundesrechtskonform, solange sie nicht zu einer versorgungsgefährdenden Angebotseinschränkung führen. Laut BVGer müssen Mindestfallzahlen aber nicht zwingend pro Standort erhoben werden. Vielmehr ist eine konsolidierte Betrachtung der Fälle mehrerer Standorte einer Institution bzw. eines Bewerbers möglich.

Das Gericht setzt sich damit in Widerspruch zur GDK-Empfehlung Nr. 5a), wonach Qualitätsanforderungen «pro Standort» gelten. Die Planungsbehörden erhalten so die Möglichkeit, sich von einer rein standortbezogenen Betrachtung zu lösen und es den Leistungserbringern zu überlassen, wie sie sich im Rahmen ihrer Organisationsautonomie strukturieren wollen (zentrale Erbringung aller Leistungen an einem Standort versus Aufteilung auf mehrere räumlich getrennte Standorte). Insbesondere in Fällen, in denen standortübergreifend eng zusammengearbeitet wird und ein Austausch von Know-how und Ressourcen stattfindet, erscheint eine konsolidierte Betrachtung naheliegend, wenn nicht geboten.

- **Ergebnis- und Indikationsqualität:** Während die Messung der Qualität bislang weitgehend ins Ermessen der Planungsbehörden gestellt wurde, stellte das BVGer (soweit ersichtlich) zum ersten Mal klar, dass nebst der Struktur- und Prozessqualität auch die Ergebnis- und die Indikationsqualität zwingend zu berücksichtigen sind.

Diese Vorgabe ist umso erstaunlicher, als sowohl kantonale Behörden als auch die HSM-Organe bislang eher die Auffassung zu vertreten scheinen, dass die Ergebnisqualitätsdaten derzeit noch zu wenig ausgereift sind, um eine sachgerechte Bewertung zu ermöglichen.

- **Kein Kontrahierungszwang für Gesamtarbeitsvertrag:** Im Rahmen der Qualitätsvorgaben können Listenspitäler zwar grundsätzlich verpflichtet werden, gewisse Arbeitsbedingungen einzuhalten. Allerdings:

- muss die Planungsbehörden im Einzelnen prüfen und darlegen, inwiefern die entsprechenden Bedingungen tatsächlich geeignet sind, zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen einer Einrichtung und damit der Qualität und Wirtschaftlichkeit der von ihr erbrachten Leistungen beizutragen;
- ist ein Kontrahierungszwang (Abschluss eines GAV) unverhältnismässig und stellt eine Umgehung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlichkeit von GAV dar. Zudem dürfte ein solcher Zwang die Vereinigungsfreiheit verletzen.
- **Mengensteuerung:** Eine Mengensteuerung einschliesslich der Festlegung von Höchstfallzahlen ist zwar grundsätzlich KVG-konform. Eine solche kapazitätsbasierte Mengensteuerung darf jedoch keine verkappte politische Steuerung («pilotage politique») des Angebots darstellen und darf den Wettbewerb nicht einschränken.

Das BVGer präzisierte insofern mit Verweis auf einen früheren Entscheid betreffend den Kanton Genf die bisher vorherrschende, tendenziell grosszügige Gerichtspraxis. Die Wettbewerbsneutralität der Mengensteuerung wird auch in den Planungskriterien gemäss revidierter KVV reflektiert (Art. 58f Abs. 6 KVV).

- 101 Soweit das BVGer Neuland betreten hat, etwa was die zwingende Berücksichtigung der Ergebnis- und der Indikationsqualität bei der Angebotsevaluation betrifft, ist der Neuenburger Entscheid richtungsweisend. Inwiefern dieser Entscheid sich in der Gerichtspraxis verfestigt, wird sich weisen. Erst eine gefestigte Gerichtspraxis dürfte in zukünftigen Beschwerdeverfahren nur unter bestimmten Voraussetzungen abgeändert werden (u.a. bei Vorliegen ernsthafter und sachlicher Gründe). Dennoch entfaltet der Entscheid eine präjudizielle Wirkung. Die Kantone sind gut beraten, ihn bei zukünftigen Spitalplanungen zu berücksichtigen.

\*\*\*\*\*