

RF_RuBe_6000 Luzern 7

Privatkliniken Schweiz PKS
Herr Guido Schommer
Generalsekretär
Zieglerstrasse 29
Postfach 530
3000 Bern 14

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Prof. Dr. Bernhard Rüttsche

Luzern, 28. Mai 2019

Stellungnahme PKS: Teilrevision SPFG/ZH (RRB Nr. 234/2019 vom 13. März 2019)

Zusammenfassung

Der Vorentwurf eines teilrevidierten Spitalplanungs- und -finanzierungsgesetzes des Kantons Zürich (VE-SPFG) enthält zahlreiche Bestimmungen, welche die Rahmenbedingungen für Privatspitäler markant verschlechtern und zu einschneidenden Eingriffen in deren Organisationsstrukturen und betrieblichen Abläufe führen würden. Damit steht der Vorentwurf in verschiedener Hinsicht im Widerspruch zum KVG, welches den angemessenen Einbezug von Spitälern mit privater Trägerschaft in die kantonale Spitalplanung garantiert, öffentliche und private Listenspitäler gleichen Wettbewerbsbedingungen unterstellt und im Rahmen der bundesrechtlichen Spitalplanungskriterien (insbesondere Qualität und Wirtschaftlichkeit) die unternehmerische Freiheit von Privatspitälern schützt. Darüber hinaus sind im Vorentwurf Konflikte mit den verfassungsrechtlichen Garantien des Vertrauensschutzes und der Wettbewerbsneutralität angelegt.

Falls der Gesetzgeber die fraglichen Regelungen im Vorentwurf beschliesst, bestünde die Gefahr, dass sich private Investoren aus dem Spitalwesen des Kantons Zürich zurückziehen. Mit Blick darauf, dass Privatspitäler einen wichtigen Teil der Spitalversorgung erbringen, ist der Vorentwurf daher auch aus versorgungspolitischer Sicht kritisch zu beurteilen.

Stellungnahme PKS: Teilrevision SPFG/ZH (RRB Nr. 234/2019 vom 13. März 2019)

Im Folgenden wird der Vorentwurf aus Sicht von Spitälern mit privaten Trägerschaften rechtlich beurteilt. Dabei werden die problematischen Regelungen jeweils zuerst mit den entsprechenden Begründungen des Regierungsrats dargestellt und danach auf ihre möglichen Auswirkungen auf Privatspitäler sowie auf ihre Vereinbarkeit mit dem Bundesrecht geprüft. Daraus ergibt sich, dass die folgenden Bestimmungen ganz oder teilweise in Konflikt mit Bundesrecht stehen:

- § 5 Abs. 1 lit. d: Leitungsgremien mit uneingeschränkter Weisungsbefugnis (Ziff. 1),
- § 5 Abs. 1 lit. e: Nachhaltige Leistungserbringung (Ziff. 2),
- § 5 Abs. 1 lit. f: Öffentliches Beschaffungswesen (Ziff. 3),
- § 6 Abs. 1 lit. c: Entschädigungssysteme (Ziff. 4),
- § 6 Abs. 3: Grösstmögliche gemeinnützige Ausrichtung (Ziff. 5),
- § 7 Abs. 3 lit. b: Infrastruktur und Personal (Ziff. 6),
- § 7a Abs. 1: Mengensteuerung mit verminderten Tarifen (Ziff. 7),
- § 8 Abs. 3: Jederzeitige Kündigung (Ziff. 8),
- § 9 Abs. 1 Satz 2: Weitere Leistungsbereiche (Ziff. 9),
- § 11 Abs. 1 lit. a: Subventionen für Listenspitäler (Ziff. 10).

1. Leitungsgremien mit uneingeschränkter Weisungsbefugnis

Regelung im Vorentwurf

§ 5 Abs. 1 lit. d VE-SPFG setzt für die Erteilung von Leistungsaufträgen voraus, dass Spitäler und Geburtshäuser «die Erfüllung des Leistungsauftrags mit uneingeschränkter Weisungsbefugnis sicherstellen».

Nach den Bemerkungen des Regierungsrats zu dieser Bestimmung muss die Gesamtverantwortung für die Erfüllung des Leistungsauftrags und der damit zusammenhängenden Anforderungen von leitenden Angestellten des Spitals wahrgenommen und darf nicht auf Dritte übertragen werden, die gestützt auf ein anderes Rechtsverhältnis zum Spital im oder für das Spital tätig sind. Im Übrigen muss gemäss Regierungsrat dem Spital generell für sämtliche Handlungen, welche die Gesundheit bzw. das Wohlergehen der Patienten betreffen oder betreffen können, ein unmittelbares und uneingeschränktes Weisungsrecht zukommen.

Stellungnahme PKS: Teilrevision SPFG/ZH (RRB Nr. 234/2019 vom 13. März 2019)

Auswirkungen der Regelung

Die Regelung in § 5 Abs. 1 lit. d VE-SPFG kann dazu führen, dass Listenspitäler, die mit selbständigen Belegärzten zusammenarbeiten, künftig von Leistungsaufträgen ausgeschlossen sind. Selbständige Belegärzte tragen eine eigene medizinische Verantwortung gegenüber ihren Patienten und sind keinem unmittelbaren und uneingeschränkten Weisungsrecht des Spitals unterstellt.

Rechtliche Beurteilung

Mit der Revision des KVG von 2007 (neue Spitalfinanzierung) hat der Bundesgesetzgeber die spitalunternehmerischen Elemente markant gestärkt¹. Im Bereich der Spitalplanung zeigt sich dies namentlich darin, dass die Qualität und Wirtschaftlichkeit als primäre Planungskriterien verankert (Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG, Art. 58b Abs. 4 und 5 KVV) und die Kantone im akutsomatischen Bereich zu einer leistungsorientierten Planung verpflichtet wurden (Art. 58c lit. a KVV). Hinsichtlich der Kapazitäten, die Listenspitäler zur Erfüllung ihrer Leistungsaufträge bereitstellen müssen, bestimmt das KVG einzig, dass diese eine ausreichende ärztliche Betreuung gewährleisten, über das erforderliche Fachpersonal und über zweckentsprechende medizinische Einrichtungen verfügen sowie eine zweckentsprechende pharmazeutische Versorgung gewährleisten müssen (Art. 39 Abs. 1 lit. a-c KVG). Zur Organisationsform und den Organisationsstrukturen von Listenspitälern enthält das KVG hingegen keine Vorschriften. Im Rahmen der Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. a-c KVG überlässt es das KVG vielmehr den Spitälern, wie sie ihre Leistungsaufträge erfüllen. Das KVG garantiert damit im Rahmen der bundesrechtlichen Planungskriterien die unternehmerische Freiheit von Listenspitälern.

Die Regelung in § 5 Abs. 1 lit. d VE-SPFG ist eine Vorschrift zur internen Organisation von Listenspitälern. Es handelt sich um einen Eingriff in die unternehmerische Freiheit der Listenspitäler, welcher von den bundesrechtlichen Planungskriterien nicht abgedeckt ist. Mit § 5 Abs. 1 lit. d VE-SPFG überschreitet der Kanton damit den planungsrechtlichen Rahmen, der ihm vom KVG gesetzt ist. Die Vorschrift ist daher als bundesrechtswidrig zu erachten.

¹ Vgl. etwa BERNHARD RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, Bern 2011, Rz. 88.

Stellungnahme PKS: Teilrevision SPFG/ZH (RRB Nr. 234/2019 vom 13. März 2019)

Hinzu kommt, dass die Regelung in § 5 Abs. 1 lit. d VE-SPFG dazu führen kann, dass Listenspitäler nicht mehr mit selbständigen Belegärzten zusammenarbeiten, weil sie diesen gegenüber das Erfordernis des unmittelbaren und uneingeschränkten Weisungsrechts nicht sicherstellen können. Im Ergebnis würde dadurch freiberuflichen Ärzten im stationären Bereich der Zugang zur OKP versperrt. Dies stellt einen Eingriff in deren Wirtschaftsfreiheit dar², welcher kaum durch ein hinreichendes öffentliches Interesse abgedeckt ist und als unverhältnismässig anzusehen ist.

2. Nachhaltige Leistungserbringung

Regelung im Vorentwurf

§ 5 Abs. 1 lit. e VE-SPFG verlangt als weitere Anforderung an die Leistungserbringer, dass diese «eine nachhaltige Leistungserbringung sicherstellen».

Der Regierungsrat bemerkt dazu, dass zur Gewährleistung der Gesundheitsversorgung im stationären Bereich die Listenspitäler langfristig in der Lage sein müssen, ihre Leistungen zu erbringen. Dies setze voraus, dass sie ihre Gewinne grundsätzlich reinvestieren und nur in bescheidenem Ausmass zur Gewinnbeteiligung der Trägerschaft des Spitals verwenden. Sodann müsse die langfristige Nutzung der Infrastruktur durch das Spital sichergestellt sein.

Auswirkungen der Regelung

§ 5 Abs. 1 lit. e VE-SPFG hätte voraussichtlich erhebliche negative Auswirkungen auf Leistungserbringer mit privater Trägerschaft. Diese könnten das Kapital nicht mehr risikogerecht verzinsen. Private Investoren könnten sich in der Folge aus dem Markt zurückziehen, so dass nur noch Trägerschaften der öffentlichen Hand verblieben.

Rechtliche Beurteilung

Die Regelung in § 5 Abs. 1 lit. e VE-SPFG enthält einen höchst unbestimmten Rechtsbegriff («nachhaltige Leistungserbringung»), welcher der Regierung ermöglicht, im Rahmen der Spitalplanung einschneidende betriebswirtschaftliche Vorgaben zulasten von Listenspitälern zu machen. Dies zeigen nur schon die Bemerkungen des

² BGE 130 I 26 E. 4 S. 40 ff.

Stellungnahme PKS: Teilrevision SPFG/ZH (RRB Nr. 234/2019 vom 13. März 2019)

Regierungsrats, welche Vorgaben hinsichtlich der Reinvestition von Gewinnen ins Auge fassen. § 5 Abs. 1 lit. e VE-SPFG genügt damit kaum den Anforderungen an ein hinreichend bestimmtes Gesetz (Gesetzmassigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 BV).

Abgesehen davon stellen betriebswirtschaftliche Anforderungen, welche der Regierungsrat gestützt auf § 5 Abs. 1 lit. e VE-SPFG den Listenspitälern vorgibt, wiederum einen Eingriff in die vom KVG gewährleistete unternehmerische Freiheit der Spitäler dar. Zwar verlangt das KVG von den Kantonen eine Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung (Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG). Die bedarfsgerechte Spitalversorgung ist mittel- und langfristig sicherzustellen. Wenn aber ein Kanton Regelungen aufstellt, die sich spezifisch auf Spitäler mit privaten Trägerschaften auswirken und diese vom Markt zurückdrängen können, ist die Spitalversorgung insgesamt gefährdet. Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG verlangt gerade, dass private Trägerschaften angemessen in die Planung einzubeziehen sind. Der Einbezug von Spitälern mit privater Trägerschaft in die Spitalplanung dient einerseits dem Versorgungsinteresse und fördert andererseits den vom Bundesgesetzgeber intendierten Spitalwettbewerb.

§ 5 Abs. 1 lit. e VE-SPFG und dessen voraussichtliche Anwendung durch die Regierung sind somit in verschiedener Hinsicht als bundesrechtswidrig zu qualifizieren.

3. Öffentliches Beschaffungswesen

Regelung im Vorentwurf

§ 5 Abs. 1 lit. f VE-SPFG setzt für die Vergabe von Leistungsaufträgen voraus, dass die Leistungserbringer ihre Aufträge nach den Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens vergeben.

Der Regierungsrat weist in seinen Bemerkungen darauf hin, dass öffentliche Spitäler bereits nach geltendem Recht den Vorgaben des öffentlichen Beschaffungsrechts unterstellt sind. Dies betreffe insbesondere auch Spitäler in Form einer Aktiengesellschaft, wenn sie dem Gemeinwesen gehören (Urteil 2C-196/2017 des Bundesgerichts vom 21. Februar 2019). Für Spitäler im Besitz privater Investoren müssen gemäss Regierungsrat zur Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen die öffentlichen Beschaffungsregeln gleichermassen zur Anwendung gelangen.

Stellungnahme PKS: Teilrevision SPFG/ZH (RRB Nr. 234/2019 vom 13. März 2019)

Auswirkungen der Regelung

Aufgrund von § 5 Abs. 1 lit. f VE-SPFG sind auch Listenspitäler mit privater Trägerschaft gehalten, ihre Investitionen baulicher Art wie auch ihre Beschaffungen von Geräten, Medizintechnik, Mobiliar oder Informatik ab den massgebenden Schwellenwerten des Beschaffungsrechts öffentlich auszuschreiben. Dies ist mit erheblichen Kosten und möglichen Verzögerungen solcher Vorhaben verbunden.

Rechtliche Beurteilung

Ob Listenspitäler mit privater Trägerschaft dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen, musste das Bundesgericht in seinem Entscheid 2C-196/2017 vom 21. Februar 2019 nicht beurteilen. Ob Listenspitäler mit privater Trägerschaft in den Anwendungsbereich des geltenden Beschaffungsrechts fallen, kann indessen dahingestellt bleiben: Wenn private Listenspitäler dem Beschaffungsrecht unterstellt sind³, ist die Regelung in § 5 Abs. 1 lit. f VE-SPFG überflüssig. Wenn sie nicht unterstellt sind, ist § 5 Abs. 1 lit. f VE-SPFG wiederum ein Eingriff in die unternehmerische Freiheit und die internen betrieblichen Abläufe von privaten Listenspitälern, welcher den vom KVG gesetzten Rahmen der kantonalen Spitalplanung überschreitet. Es ist Sache der privaten Spitäler, bei welchen Anbietern zu welchen Preisen sie mit ihren Geldern Beschaffungen tätigen, zumal es sich nicht um öffentliche Gelder handelt.

Das Argument des Regierungsrats, zwischen öffentlichen und privaten Listenspitälern gleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen, ist bei näherem Hinsehen nicht tragfähig: Die Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen verlangt, dass öffentliche und private Spitäler hinsichtlich staatlicher bzw. krankensicherungsrechtlicher Finanzierung (Abgeltungen und andere Subventionen) sowie der Anforderungen an die Leistungserbringung (Qualität und Wirtschaftlichkeit) gleichgestellt sind. Die Beschaffung und Verwaltung der betrieblichen Mittel (Sach- und Personalmittel) ist hingegen eine unternehmerische Frage. Es kann gerade Teil des Wettbewerbs sein, dass sich öffentliche und private Spitäler in Bezug auf einen effizienten Umgang mit betrieblichen Mitteln differenzieren. Macht der Kanton diesbezüglich für alle Spitäler gleiche Vorschriften, unterdrückt er einen wesentlichen Wettbewerbsparameter. Eine Unterstellung von Spitälern mit privater Trägerschaft unter das Beschaffungsrecht lässt sich daher kaum mit der Gewährleistung oder Förderung des Spitalwettbewerbs be-

³ So namentlich HANS RUDOLF TRÜEB/DANIEL ZIMMERLI, Spitalfinanzierung und Vergaberecht, Zürich 2012, Rz. 121 ff. (gestützt auf Art. 8 Abs. 2 lit. a IVÖB).

Stellungnahme PKS: Teilrevision SPFG/ZH (RRB Nr. 234/2019 vom 13. März 2019)

gründen. Mit demselben Argument könnten etwa private Listenspitäler dem öffentlichen Personalrecht unterstellt werden.

Das Beschaffungsrecht dient namentlich der Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbietern von Produkten und Dienstleistungen, der Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbieter sowie der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel (vgl. Art. 1 Abs. 3 IVÖB). Die Förderung wirksamen Wettbewerbs zwischen den Anbietern (von Bauten und Anlagen, Medizingeräten, Informatik etc.) gehört nicht zu den Zielen der Spitalplanung. Dasselbe gilt für die wirtschaftliche Verwendung der Mittel von öffentlichen und privaten Spitälern im Bereich der Beschaffung. Davon zu unterscheiden ist die wirtschaftliche Erbringung von stationären OKP-Leistungen, welche zweifellos ein Ziel der Spitalplanung darstellt (Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG). Effiziente Beschaffung (Input) und effiziente Leistungserbringung (Output) sind somit zwei verschiedene Bereiche, von denen nur der Letztere von der Spitalplanung erfasst ist. Die Unterstellung aller Listenspitäler unter das öffentliche Beschaffungsrecht überschreitet demzufolge den von Art. 39 KVG den Kantonen gesteckten Rahmen der Spitalplanung. Es handelt sich um eine spitalorganisatorische Vorschrift, welche ausserhalb der kantonalen Planungskompetenzen liegt. Die Frage, ob Listenspitäler mit privater Trägerschaft dem Beschaffungsrecht unterstehen, müsste gerichtlich – in Anwendung von Art. 8 Abs. 2 IVÖB – und nicht in einem kantonalen Spezialgesetz wie dem SPFG beantwortet werden.

4. Entschädigungssysteme

Regelung im Vorentwurf

§ 6 Abs. 1 lit. c VE-SPFG werden Leistungsaufträge unter den sich dafür bewerbenden Spitälern und Geburtshäusern standortbezogen denjenigen erteilt, «deren Entschädigungssysteme keine Anreize für unwirksame, unzweckmässige oder nicht wirtschaftliche Leistungserbringung setzen».

Der Regierungsrat hält dazu Folgendes fest: «Ist die Entschädigung einer oder eines Spitalmitarbeitenden direkt an die Menge der von ihr oder ihm durchgeführten Behandlungen geknüpft, ist sie oder er dem Anreiz ausgesetzt, Behandlungen durchzuführen, die nicht wirksam, nicht zweckmässig oder nicht wirtschaftlich sind. Leistungsaufträge sollen jenen Spitälern erteilt werden, deren Entschädigungssysteme möglichst frei von solchen Fehlanreizen sind.»

Stellungnahme PKS: Teilrevision SPFG/ZH (RRB Nr. 234/2019 vom 13. März 2019)

Auswirkungen der Regelung

Selbständige Belegärzte, die an Listenspitälern stationäre Behandlungen durchführen, erhalten aus den Fallpauschalen pro Behandlung einen ärztlichen Honoraranteil. Es handelt sich dabei um eine Entschädigung, welche direkt an die Menge der durchgeführten Behandlungen geknüpft ist. Die Entschädigung von selbständigen Belegärzten könnte damit in Konflikt mit § 6 Abs. 1 lit. c VE-SPFG geraten. Dies würde dazu führen, dass für Belegärzte – so wie für Spitalangestellte – fallunabhängige Fix- oder Maximalhonorare einführt werden müssten. Letztlich würde dies das Modell der selbständigen belegärztlichen Tätigkeit an Listenspitälern zerstören.

Rechtliche Beurteilung

Die Kosteneindämmung in der OKP ist ein Ziel, das Art. 39 KVG zugrunde liegt. Diesem Ziel dienen auch mengenorientierte Steuerungen, mit denen unwirksame, unzweckmässige oder nicht wirtschaftliche stationäre Leistungen vermieden werden sollen⁴. Soweit sich § 6 Abs. 1 lit. c VE-SPFG auf Mitarbeitende bezieht, die in einem Angestelltenverhältnis zum Spital stehen, ist die Bestimmung von Art. 39 KVG abgedeckt. Hingegen würde die Bestimmung übermässig in die Wirtschaftsfreiheit selbständiger Belegärzte eingreifen. Der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit wäre schwerwiegend, da die Tätigkeit von Belegärzten als privatwirtschaftlich tätige Unternehmer letztlich zum einem grossen Teil faktisch verunmöglicht würde. Zugleich bringt der Kanton nicht vor, dass Behandlungen durch selbständige Belegärzte in spürbarem Umfang verantwortlich wären für nicht begründete Mengenausweitungen im stationären Bereich. Der schwere Grundrechtseingriff lässt sich daher kaum durch ein überwiegendes öffentliches Interesse rechtfertigen.

5. Grösstmögliche gemeinnützige Ausrichtung

Regelung im Vorentwurf

§ 6 Abs. 3 VE-SPFG sieht vor, dass bei Überangeboten «bei der Auswahl auf das Kriterium grösstmöglicher gemeinnütziger Ausrichtung des Unternehmens abgestellt werden» kann.

⁴ Vgl. BGE 138 II 398 E. 3 S. 408 ff.

Stellungnahme PKS: Teilrevision SPFG/ZH (RRB Nr. 234/2019 vom 13. März 2019)

Gemäss Regierungsrat ist die Sicherung der Gesundheitsversorgung der gesamten Bevölkerung eine Aufgabe, bei der nicht primär marktwirtschaftliche Gesichtspunkte, sondern eine humanitäre Ausrichtung gefragt ist. Traditionell seien deshalb die Spitäler in der Regel von kirchlichen oder anderen dem Gemeinwohl verpflichteten Stiftungen und Vereinen oder dann aber von Kanton oder Gemeinden betrieben worden. Das Anliegen einer weniger auf Rendite als auf humanitären Beistand ausgerichteten Zweckbestimmung eines Leistungserbringers solle deshalb bei zu vielen Angeboten als Auswahlkriterium im Gesetz verankert werden.

Auswirkungen der Regelung

§ 6 Abs. 3 VE-SPFG ermöglicht den planenden Behörden, bei Überangeboten die gemeinnützige Ausrichtung eines Spitals als Auswahlkriterium zu berücksichtigen. Im Rahmen der Vergabe der Leistungsaufträge an Spitäler entsprechen Überangebote einer typischen Konstellation. Das bedeutet, dass das Auswahlkriterium der Gemeinnützigkeit regelmässig zur Anwendung kommen könnte. Der Regierungsrat könnte auf diese Weise Privatspitäler, die gewinnorientiert – und nicht gemeinnützig – arbeiten (müssen), von der Spitalliste zurückdrängen oder ausschliessen, selbst wenn diese qualitativ besser und wirtschaftlicher arbeiten, als Spitäler mit gemeinnütziger Ausrichtung.

Rechtliche Beurteilung

§ 6 Abs. 3 VE-SPFG führt ein neues Planungskriterium ein, das mit Bundesrecht nicht vereinbar ist. Das Kriterium der grösstmöglichen Gemeinnützigkeit hat mit einer – von Art. 39 KVG geforderten – bedarfsorientierten, an den Massstäben der Qualität und Wirtschaftlichkeit ausgerichteten Spitalplanung keinen sachlichen Zusammenhang. Ausserdem steht das Kriterium der Gemeinnützigkeit im Widerspruch zur bundesrechtlichen Forderung, dass private Trägerschaften angemessen in die Planung einzubeziehen sind (Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG). Spitäler mit privaten Trägerschaften sind vornehmlich solche, die auf privates Kapital angewiesen sind und gewinnorientiert arbeiten. Deren angemessener Einbezug in die Spitalplanung kann durch das Kriterium der Gemeinnützigkeit unterlaufen werden.

Stellungnahme PKS: Teilrevision SPFG/ZH (RRB Nr. 234/2019 vom 13. März 2019)

6. Infrastruktur und Personal

Regelung im Vorentwurf

§ 7 Abs. 3 lit. b VE-SPFG bestimmt, dass der Regierungsrat mit den Leistungsaufträgen verbundene Anforderungen wie beispielsweise betreffend Infrastruktur, Personal, Mindestfallzahlen und Qualitätscontrolling festlegt.

Auswirkungen der Regelung

§ 7 Abs. 3 lit. b VE-SPFG ermöglicht den planenden Behörden, mittels Auflagen in Leistungsaufträgen auf die betriebliche Organisation Einfluss zu nehmen. Die Bestimmung setzt einer solchen Einflussnahme keine Grenzen.

Rechtliche Beurteilung

Die Vorgabe von Mindestfallzahlen pro Spital bzw. pro Operateur sowie die Vorgabe eines Qualitätscontrollings können im Interesse der Qualität und teilweise auch der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung gerechtfertigt sein⁵. Auflagen an Listenspitäler in Bezug auf Infrastruktur und Personal sind soweit zulässig, als sie der Gewährleistung der in Art. 39 Abs. 1 lit. a-c KVG verankerten Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen dienen. Darüber hinausgehende Auflagen in Bezug auf Infrastruktur und Personal wären vom KVG nicht abgedeckt und würden in unzulässiger Weise in die unternehmerische Autonomie der Spitäler eingreifen. Um solche Eingriffe zu vermeiden, sollte der Gesetzgeber bzw. der Regierungsrat klarstellen, dass Auflagen in Bezug auf Infrastruktur und Personal ausschliesslich der Sicherstellung der krankensicherungsrechtlichen Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen dienen.

⁵ Vgl. BGE 138 II 398 E. 7.2.2 S. 435 f.; Bundesverwaltungsgericht, Urteil C-4232/2014 vom 26. April 2016, E. 5.4.3; BVGE 2018 V/3.

7. Mengensteuerung mit verminderten Tarifen

Regelung im Vorentwurf

Gemäss § 7a Abs. 1 VE-SPFG kann der Regierungsrat den Listenspitälern Bandbreiten mit verminderten Tarifen ab Überschreitung der jährlich zu erbringenden Leistungsmengen in Fallzahlen pro Leistungsbereich oder -gruppe zuweisen.

Gemäss Regierungsrat erfolgt die Festlegung einer Leistungsmenge pro Listenspital und Leistungsbereich oder -gruppe. Für den Fall der Überschreitung der Obergrenze des Mengenbandes könne der Regierungsrat gestützt auf Art. 47 Abs. 1 KVG (fehlenden Tarifverträge zwischen Leistungserbringern und Versicherern) verminderte Tarife festsetzen. Dies bedeute, dass die Spitäler eine verminderte Abgeltung für die (in Überschreitung des vorgegebenen Bandes) erbrachten Leistungen erhielten. Der verminderte Tarif könnte z.B. so ausgestaltet werden, dass der Basisfallwert prozentual herabgesetzt werde. Der verminderte Tarif gelte für den Kanton und die Versicherer.

Rechtliche Beurteilung

Wenn zwischen Leistungserbringern und Versicherern kein Tarifvertrag zustande kommt, setzt gemäss Art. 47 Abs. 1 KVG die Kantonsregierung nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest. Bereits aus dem Wortlaut dieser Bestimmung geht hervor, dass die Tariffestsetzungskompetenz der Kantonsregierung subsidiär ist. Art. 47 Abs. 1 KVG soll die Tarifautonomie wahren und einen Anreiz schaffen, dass sich die Tarifpartner auf eine autonome Konfliktlösung besinnen⁶. Die Bestimmung setzt demnach voraus, dass die Tarifverhandlungen zwischen den Parteien tatsächlich gescheitert sind oder die Partner mindestens Gelegenheit hatten, eine Vereinbarung zu treffen⁷. § 7a Abs. 1 VE-SPFG missachtet diese Voraussetzung, indem sie dem Regierungsrat die Festlegung von (verminderten) Tarifen erlaubt, wenn die jährlich zu erbringenden Leistungsmengen überschritten sind. Damit steht § 7a Abs. 1 VE-SPFG im Widerspruch zum Bundesrecht.

⁶ Bundesverwaltungsgericht, Urteil C-4308/2007 vom 13. Januar 2010, E. 3.2.

⁷ Bundesverwaltungsgericht, Urteil C-4308/2007 vom 13. Januar 2010, E. 3.2; GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Ulrich Meyer (Hrsg.) Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht. Soziale Sicherheit, 3. Auflage, Basel 2016, Rz. 1150.

8. Jederzeitige Kündigung

Regelung im Vorentwurf

Gemäss § 8 Abs. 3 VE-SPFG können die Leistungsaufträge «von jeder Partei auf das Ende des folgenden Jahres gekündigt werden, wenn dies der Koordination oder Konzentration der Leistungen dient».

Mit dieser Bestimmung wird nach Ansicht des Regierungsrats dem Postulat des KVG auf Gewährleistung einer wirtschaftlichen Leistungserbringung im Gesamtsystem Rechnung getragen.

Auswirkungen der Regelung

Die Gründe für eine Kündigung von Leistungsaufträgen nach § 8 Abs. 3 VE-SPFG («Koordination oder Konzentration der Leistungen») sind unbestimmt formuliert und eröffnen daher dem Kanton einen weiten Entscheidungsspielraum. Der Kanton könnte gestützt auf § 8 Abs. 3 VE-SPFG praktisch jederzeit Leistungsaufträge auf das Ende des folgenden Jahres kündigen, wenn er es im Hinblick auf eine effizientere Organisation der Spitalversorgung für notwendig erachtet. Die offenen Kündigungsgründe würden zusammen mit der relativ kurzen Kündigungsfrist beträchtliche Rechtsunsicherheiten bei den Listenspitälern bewirken. Im System der Spitalplanung, die in Intervallen von wenigen Jahren durchgeführt und entsprechend mit einer regelmässigen Neuvergabe der Leistungsaufträge einhergeht (vgl. § 8 Abs. 1 VE-SPFG), ist die Investitionssicherheit für die Spitäler ohnehin relativ gering. Dies etwa im Unterschied zu Konzessionssystemen, in denen die Rechte auf Errichtung und Betrieb von Infrastrukturen wie Stromnetzen, Wasserkraftwerken, Seilbahnen oder Spielbanken typischerweise für mehrere Jahrzehnte erteilt werden. Für Spitäler im Kanton Zürich würde die Investitionssicherheit mit der offenen und kurzfristigen Kündigungsmöglichkeit in § 8 Abs. 3 VE-SPFG weiter reduziert. Dies könnte – wie andere Bestimmungen in der Gesetzesvorlage – zu einem spürbaren Rückgang privater Investitionen in das Zürcher Spitalwesen führen.

Rechtliche Beurteilung

Listenspitäler können sich als dezentrale Träger öffentlicher Aufgaben zwar nicht auf die Freiheitsrechte, jedoch auf die rechtsstaatlichen Grundsätze wie den Vertrauens-

Stellungnahme PKS: Teilrevision SPFG/ZH (RRB Nr. 234/2019 vom 13. März 2019)

schutz (Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) berufen⁸. Die offene und jederzeitige Kündigungsmöglichkeit gemäss § 8 Abs. 3 VE-SPFG beeinträchtigt aus den vorgenannten Gründen den Vertrauensschutz von Listenspitälern und sollte daher aus der Vorlage gestrichen werden.

9. Weitere Leistungsbereiche

Regelung im Vorentwurf

Nach § 9 Abs. 1 Satz 2 VE-SPFG dürfen Listenspitäler keine stationären Leistungen des Leistungskatalogs der Zürcher Spitalliste erbringen, für die sie keinen Leistungsauftrag haben.

Nach Auffassung des Regierungsrats soll damit insbesondere ausgeschlossen werden, dass ein Listenspital ausserhalb seines Leistungsauftrags auch als Vertragsspital gemäss Art. 49a Abs. 4 KVG wirkt und dadurch die kantonale Planung und Steuerung unterlaufen kann. Dies würden folgende Beispiele veranschaulichen:

- Erschwerung der Spitalplanung: Der Kanton müsse die Versorgung mit stationären Leistungen planen und dabei insbesondere auch ein Überangebot an stationären Leistungen verhindern. Dürften Listenspitäler auch Leistungen anbieten, für die sie keinen Leistungsauftrag haben, würde die quantitative Spitalplanung erschwert, denn der Umfang der von den Spitälern angebotenen Zusatzleistungen sei nicht erkennbar.
- Verletzung der Qualitätserwartungen der Patientinnen und Patienten: Für die Erfüllung der Leistungsaufträge gelten bundes- und kantonale rechtliche Qualitätsanforderungen, die über die gesundheitspolizeilichen Anforderungen hinausgehen, beispielsweise Mindestfallzahlen. Würde ein Spital Leistungen anbieten, für die es keinen Leistungsauftrag hat, gälten diese Anforderungen nicht. Das widerspräche der Erwartung der Patientinnen und Patienten, welche bei einem Aufenthalt in einem Listenspital davon ausgehen, dass die genannten Qualitätsanforderungen bei allen Behandlungen eingehalten werden.

⁸ BERNHARD RÜTSCHÉ, Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, in: ZBJV 2/2016 71, S. 86 f.

Stellungnahme PKS: Teilrevision SPFG/ZH (RRB Nr. 234/2019 vom 13. März 2019)

- Behinderung der Qualitätsverbesserung: Für anspruchsvolle Behandlungen gelten Mindestfallzahlen pro Spital. Könnte ein Listenspital solche Behandlungen auch ohne Vorliegen eines entsprechenden Leistungsauftrags durchführen, würde es anderen Spitälern, die den fraglichen Leistungsauftrag haben, erschweren, die Mindestfallzahl zu erreichen. Kantonale Konzentrationsbemühungen bezüglich bestimmter Leistungen mit in der Regel qualitätsverbessernden und kosten-senkenden Auswirkungen könnten durch die Erbringung von Leistungen, für die das Listenspital keinen Leistungsauftrag hat, somit behindert werden.

Auswirkungen der Regelung

Das in § 9 Abs. 1 Satz 2 VE-SPFG an die Adresse von Listenspitälern statuierte Verbot, ausserhalb der Leistungsaufträge stationäre Untersuchungen und Behandlungen aus dem Leistungskatalog der Zürcher Spitalliste anzubieten, schränkt die unternehmerischen Möglichkeiten dieser Spitäler ein. Betriebswirtschaftlich sinnvolle, da Kosten und Risiken besser verteilende stationäre Angebote ausserhalb der Leistungsaufträge wären nicht mehr möglich. Dies kann dazu führen, dass im Bereich des OKP-Leistungskatalogs Angebote ausserhalb der Spitallisten generell verschwinden und der damit verbundene Wettbewerb zwischen Listen- und Vertragsspitalleistungen zum Erliegen kommt.

Rechtliche Beurteilung

Gemäss Art. 49a Abs. 4 KVG könnten Krankenversicherer mit Spitälern oder Geburtshäusern, welche nach Art. 39 KVG nicht auf der Spitalliste stehen, aber die Voraussetzungen nach den Art. 38 und 39 Abs. 1 lit. a-c und f erfüllen, Verträge über die Vergütung von Leistungen aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abschliessen. Der Wortlaut von Art. 49a Abs. 4 KVG erfasst zwar einzig Nichtlistenspitäler. Es ist jedoch davon auszugehen, dass auch Listenspitäler ausserhalb ihrer Leistungsaufträge Verträge nach Art. 49a Abs. 4 KVG abschliessen dürfen. Dies ergibt sich daraus, dass die Spitalplanung und die darauf gestützten Leistungsaufträge nach Art. 39 Abs. 1 KVG auf «Anstalten oder deren Abteilungen» bezogen sind. Ein Spital kann demzufolge unterschiedliche Abteilungen mit und ohne Leistungsauftrag vereinigen.

Das Verbot in § 9 Abs. 1 Satz 2 VE-SPFG verunmöglicht Listenspitälern, im Bereich des Leistungskatalogs der Zürcher Spitalliste Abteilungen mit und ohne Leistungsauftrag zu führen. Damit läuft das Verbot der von Art. 49a Abs. 4 KVG garantierten Möglichkeit von Spitälern, mit Krankenversicherern Verträge über die Vergütung von Leis-

Stellungnahme PKS: Teilrevision SPFG/ZH (RRB Nr. 234/2019 vom 13. März 2019)

tungen aus der OKP abzuschliessen, zuwider. § 9 Abs. 1 Satz 2 VE-SPFG steht folglich im Widerspruch zum KVG.

Darüber hinaus können sich Listenspitäler mit privaten Trägerschaften ausserhalb ihrer Leistungsaufträge, d.h. im privatwirtschaftlichen Bereich, auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) berufen. Einschränkungen der privatwirtschaftlichen Tätigkeit privater Unternehmen stellen einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar, welcher nach den Voraussetzungen von Art. 36 BV (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit) gerechtfertigt sein muss.

Der Regierungsrat begründet das Verbot in § 9 Abs. 1 Satz 2 VE-SPFG damit, dass durch Angebote von Listenspitälern ausserhalb ihrer Leistungsaufträge die Spitalplanung erschwert, die Qualitätserwartungen der Patienten verletzt und die Qualitätsverbesserung behindert würde. Diese Begründungen sind indessen wenig plausibel: Die Spitalplanung muss ohnehin die in den Leistungskatalog der OKP fallenden Angebote, die von Vertragsspitälern erbracht werden, in seine Spitalplanung einbeziehen (Art. 58b Abs. 2 KVV)⁹. Insofern ist die Spitalplanung unabhängig davon, ob ein Verbot im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 2 VE-SPFG gilt, erschwert. Auch die Berufung auf möglicherweise enttäuschte Qualitätserwartungen der Patienten ist nicht stichhaltig. Gemäss Art. 49a Abs. 4 KVG gelten die in Art. 39 Abs. 1 lit. a-c KVG verankerten Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen auch für Vertragsspitäler. Qualitätsanforderungen, die der Kanton Listenspitälern vorgibt (z.B. Mindestfallzahlen zur Sicherstellung der Behandlungsqualität¹⁰), müssen somit auch von Spitalabteilungen eingehalten werden, welche im Vertragsspitalstatus arbeiten. Es liegt in der Verantwortung und im Interesse der Krankenversicherer, zugunsten ihrer zusatzversicherten Kunden für die Durchsetzung dieser Qualitätsanforderungen zu sorgen¹¹. Im Übrigen müssten Patienten vorgängig aufgeklärt werden, wenn die Qualität einer bestimmten, ausserhalb eines Leistungsauftrags erbrachten Spitalleistung tatsächlich signifikant tiefer sein sollte als die Qualität dieser Leistung in einem Listenspital¹². Nicht überzeugend ist schliesslich das Argument des Regierungsrats, dass stationäre Angebote

⁹ UELI KIESER, Vertragsspitäler in der Schweiz. Eine juristische Analyse, Zürich 2019, S. 25, 109 f.

¹⁰ KIESER (Fn. 9), S. 130 ff.

¹¹ EUGSTER (Fn. 7), Rz. 858.

¹² Vgl. Bundesgericht, Urteil 4A_453/2014 vom 23. Februar 2015, E. 5.1 und 6.3; REGINA E. AEBI-MÜLLER/WALTER FELLMANN/THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHKE/BRIGITTE TAG, Arztrecht, Bern 2016, § 4 Rz. 45 ff.

Stellungnahme PKS: Teilrevision SPFG/ZH (RRB Nr. 234/2019 vom 13. März 2019)

ausserhalb der Leistungsaufträge die Bemühungen des Kantons um Qualitätsverbesserungen und Konzentration des Spitalangebots, namentlich das Erreichen von Mindestfallzahlen, erschweren würden. Wie erwähnt gelten die Qualitätsanforderungen nach Art. 39 Abs. 1 lit. a-c KVG auch für stationäre Leistungen im Vertragsspitalstatus. Abgesehen davon richtet sich das Argument in grundsätzlicher Weise gegen private Angebote von stationären Leistungen aus der OKP. Würde man dem Argument folgen, müsste konsequenterweise die gesamte stationäre Versorgung mit Leistungen aus dem OKP-Leistungskatalog monopolisiert werden. Damit würde der vom Bundesgesetzgeber beabsichtigte Wettbewerb zwischen stationären Angeboten inner- und ausserhalb der Spitallisten¹³ vollständig ausgeschaltet.

Demzufolge fehlt es an hinreichenden, die Wirtschaftsfreiheit von Spitälern mit privaten Trägerschaften überwiegenden öffentlichen Interessen, um das Verbot in § 9 Abs. 1 Satz 2 VE-SPFG zu rechtfertigen. Das Verbot steht damit nicht nur im Widerspruch zum KVG, sondern auch zur verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit privater Spitäler.

10. Subventionen für Listenspitäler

Regelung im Vorentwurf

Nach § 11 Abs. 1 lit. a VE-SPFG kann der Kanton Listenspitälern mit Betriebsstandorten im Kanton an stationäre und spitalgebundene ambulante Pflichtleistungen, soweit sie versorgungspolitisch sinnvoll sind, Subventionen bis zu 100% der ungedeckten Kosten gewähren, wenn die Tarife die Kosten einer wirtschaftlichen Leistungserbringung nicht abdecken.

Mit § 11 Abs. 1 lit. a VE-SPFG soll die Altersbegrenzung im entsprechenden Subventionstatbestand des geltenden Rechts aufgehoben werden. Versorgungspolitisch sinnvoll bzw. versorgungsnotwendig können gemäss den Bemerkungen des Regierungsrats stationäre und spitalgebundene ambulante Pflichtleistungen unabhängig vom Alter in allen Leistungsbereichen sein.

¹³ Dazu BVGE 2012/30 E. 4.8.

Stellungnahme PKS: Teilrevision SPFG/ZH (RRB Nr. 234/2019 vom 13. März 2019)

Auswirkungen der Regelung

§ 11 Abs. 1 lit. a VE-SPFG statuiert einen Subventionstatbestand mit offenen Voraussetzungen („versorgungspolitisch sinnvoll“ sowie keine Deckung der Kosten einer wirtschaftlichen Leistungserbringung durch die Tarife). Die Bestimmung verleiht damit dem Kanton einen weiten Spielraum, um ausgewählte Leistungserbringer zu subventionieren. Daraus können Wettbewerbsverzerrungen zwischen subventionierten und nicht subventionierten Listenspitälern resultieren. Zudem kann der Druck abnehmen, für die stationären Leistungen der OKP kostendeckende Tarife festzulegen.

Rechtliche Beurteilung

Das Bundesgericht anerkannte in einem Urteil von 2012, dass sich Privatspitäler mit Leistungsaufträgen gegenüber dem Kanton auf die Wettbewerbsneutralität bzw. den Anspruch auf Gleichbehandlung der Konkurrenten berufen können¹⁴. Der in Art. 94 BV verankerte Systemgehalt der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere die staatliche Wettbewerbsneutralität, kommt damit auch im Spitalbereich zum Tragen¹⁵. 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 war denn auch erklärtes Ziel der KVG-Revision 2007, mit der das System der neuen Spitalfinanzierung eingeführt wurde¹⁶. Wettbewerbsverzerrende Eingriffe von Kantonen im Bereich der stationären Spitalversorgung stehen folglich nicht nur im Widerspruch zur Verfassung (Art. 94 BV), sondern auch zum KVG selber¹⁷, sofern solche Verzerrungen nicht durch hinreichende öffentliche Interessen gerechtfertigt sind.

Aus dem Grundsatz der Art. 94 BV und dem KVG zugrunde liegenden Wettbewerbsneutralität ergibt sich generell, dass der Kanton Subventionen an Spitäler ausserhalb des KVG trügerschaftsneutral gewähren muss. Mit der Wettbewerbsneutralität nicht

¹⁴ BGE 138 II 398 E. 3.9.3 und 3.9.4 S. 425 f.

¹⁵ THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHÉ, Gesundheitsrecht, 4. Auflage, Basel 2018, Rz. 180.

¹⁶ BBI 2004 5551, 5569 f.

¹⁷ 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.

Stellungnahme PKS: Teilrevision SPFG/ZH (RRB Nr. 234/2019 vom 13. März 2019)

vereinbar wären Subventionen, die nur kantonseigenen bzw. öffentlichen Spitälern zugutekommen.

Die in § 11 Abs. 1 lit. a VE-SPFG vorgesehenen Subventionen bewirken die Erhaltung bzw. Erneuerung von Spitalinfrastrukturen, deren Existenz unter Wettbewerbsbedingungen voraussichtlich gefährdet wäre. Solche strukturerhaltenden Massnahmen des Staates sind nur dann mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 94 BV vereinbar, wenn sie auf einem überwiegenden öffentlichen Interesse beruhen, das nicht rein wirtschaftspolitischer Natur ist¹⁸. In Frage kommt vorliegend das öffentliche Interesse an einer ausreichenden Versorgung der Bevölkerung mit stationären und spitalgebundenen ambulanten OKP-Leistungen – nicht aber etwa die Erhaltung von Arbeitsplätzen und Aufträgen in einer bestimmten Region. Über die KVG-Abgeltungen hinausgehende Subventionen der Kantone liegen dann in einem hinreichenden öffentlichen Interesse, wenn und soweit sie notwendig sind, um dieses Versorgungsinteresse sicherzustellen. § 11 Abs. 1 lit. a VE-SPFG, der eine Subventionierung von versorgungspolitisch sinnvollen Leistungen ermöglicht, ist insofern zu weit formuliert. Zur Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) sollten die Subventionen auf versorgungspolitisch notwendige Leistungen beschränkt sein.

¹⁸ Vgl. BGer, 2C_940/2010 vom 17.5.2011, E. 3.2.