

Privatkliniken Schweiz (PKS)
Zieglerstrasse 29
Postfach 530
CH-3000 Bern 14

Luzern, 21. Oktober 2015

Rechtsgutachten zuhanden Privatkliniken Schweiz (PKS):

Umsetzung des KVG in Bezug auf Privatspitäler

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkungen.....	3
1. Steuerung zusatzversicherter Leistungen im Rahmen der Spitalplanung.....	4
1.1 Fragestellung und Vorgehen	4
1.2 Planungskompetenzen der Kantone	4
1.3 Aufnahmepflicht von Listenspitälern.....	6
1.4 Rechtsgleichheit und Wirtschaftsfreiheit	9
1.5 Ungleichbehandlungsgründe bzw. zulässige öffentliche Interessen?	12
1.6 Grundsatz der versicherungsneutralen Spitalplanung	14
1.7 Beantwortung der Frage.....	16
2. Mengensteuerung zulasten zusatzversicherter Personen.....	16
2.1 Fragestellung und Vorgehen	16
2.2 Grundsatz der versicherungsneutralen Spitalplanung	17
2.3 Wettbewerbsneutralität des Staates.....	17
2.4 Beantwortung der Frage.....	21
3. Rechtliche Bedeutung von GDK-Empfehlungen.....	21
3.1 Fragestellung und Vorgehen	21
3.2 Bedeutung für die Gesetzgebung.....	21
3.3 Bedeutung für die Rechtsprechung.....	22
3.4 Beantwortung der Frage.....	24

Bernhard Rütscbe
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

4.	Steuerung stationärer Leistungen mittels Globalbudgets	24
4.1	Fragestellung und Vorgehen	24
4.2	Zulässigkeit von Globalbudgets.....	25
4.3	Art der Steuerung mittels Globalbudgets	28
4.4	Mengenbeschränkungen zulasten ausserkantonaler Patienten	31
4.5	Beantwortung der Frage	38
5.	Status als Listenspital und Vertragsspital	38
5.1	Fragestellung und Vorgehen	38
5.2	Begriff des Vertragsspitals.....	39
5.3	Wirtschaftsfreiheit und gesetzliche Grundlage	41
5.4	Beantwortung der Frage	42
6.	Steuerung stationärer Leistungen ausserhalb von KVG-Leistungsaufträgen ...	42
6.1	Fragestellung und Vorgehen	42
6.2	Steuerung medizinischer Grossgeräte	43
6.3	Steuerung stationärer Behandlungen.....	44
6.4	Beantwortung der Frage	45
7.	Zusammenfassung der Ergebnisse.....	46
	Erlassverzeichnis.....	48

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

Vorbemerkungen

Am 19. Mai 2015 erteilte der Vorstand der Privatkliniken Schweiz (PKS) dem Unterzeichnenden den Auftrag, die nachfolgenden Fragen zur Umsetzung des Krankenversicherungsgesetzes (KVG) durch die Kantone in Bezug auf Privatspitäler im Rahmen eines Rechtsgutachtens abzuklären.

1. Ist es nach KVG zulässig, dass über die kantonale Spitalplanung (Regulierung OKP) auch der VVG-Bereich (Regulierung Zusatzversicherungen) beeinflusst wird?
2. Darf der Kanton gemäss Westschweizer Praxis (VD, GE) in den Leistungsaufträgen an Privatspitäler die Mengen nach Fachgebieten auf Leistungen für ausschliesslich Grundversicherte – unter Ausschluss von gleichzeitig zusatzversicherten Personen – beschränken? Ist es zulässig, solche Mengenbeschränkungen nur für Privatspitäler – nicht aber für öffentliche Spitäler – vorzusehen?
3. Welche rechtliche Bedeutung kommt den Empfehlungen der GDK bezüglich der kantonalen Konkretisierung bis auf Ebene der einzelnen Kliniken zu?
4. Darf der Kanton und gegebenenfalls wie darf der Kanton mit dem Instrument des Globalbudgets die stationär erbrachten KVG-Leistungen steuern?
5. Darf ein Spital gleichzeitig Vertragsspital und Listenspital nach Zürcher Systematik (Basispaket elektiv) sein?
6. Hat ein Kanton das Recht, über die Nicht-Erteilung von Leistungsaufträgen die Erbringung der Gesundheitsleistungen zu steuern – bzw. darf ein Listenspital, welches gewisse Leistungsaufträge nicht hat, diese auch als Vertragsspital nicht mehr anbieten?

Die Ausführungen des Gutachtens sind entsprechend den vorstehenden Fragestellungen strukturiert. Am Ende werden die Ergebnisse des Gutachtens zusammengefasst.

1. Steuerung zusatzversicherter Leistungen im Rahmen der Spitalplanung

1.1 Fragestellung und Vorgehen

- 1 Die **erste Gutachtensfrage** lautet: Ist es nach KVG zulässig, dass über die kantonale Spitalplanung (Regulierung OKP) auch der VVG-Bereich (Regulierung Zusatzversicherungen) beeinflusst wird?
- 2 Entsprechend der Fragestellung ist zu prüfen, ob eine Regulierung zusatzversicherter Leistungen (Behandlung in einer halbprivaten oder privaten Abteilung, freie Arztwahl u.a.) durch die Kantone im Rahmen der Spitalplanung **mit Bundesrecht vereinbar** ist. Zunächst stellt sich die Frage, ob eine solche Regulierung von den bundesrechtlich vorgegebenen Planungskompetenzen der Kantone im Bereich der OKP (obligatorische Krankenpflegeversicherung) abgedeckt ist (Kap. 1.2). Weiter ist die Vereinbarkeit mit der vom KVG vorgesehene Aufnahmepflicht von Listenspitälern (Kap. 1.3) sowie mit der Rechtsgleichheit und der Wirtschaftsfreiheit (Kap. 1.4) zu untersuchen. Im Zusammenhang mit der Rechtsgleichheit und der Wirtschaftsfreiheit ist zu fragen, ob sich eine Regulierung zusatzversicherter Leistungen auf hinreichende sachliche Gründen bzw. öffentliche Interessen abstützen kann (Kap. 1.5). Die Erwägungen werden in die Schlussfolgerung münden, dass die Kantone von Bundesrechts wegen zu einer versicherungsneutralen Spitalplanung verpflichtet sind (Kap. 1.6).

1.2 Planungskompetenzen der Kantone

- 3 Die Bestimmungen des KVG zur Spitalplanung und Spitalfinanzierung finden nicht auf das Gesundheitswesen als solches, sondern **nur auf die soziale Krankenversicherung (OKP) Anwendung** (vgl. Art. 1a KVG)¹. Dies ergibt sich bereits aus der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung. So erfasst Art. 117 BV einzig die soziale Kranken- und Unfallversicherung. Insbesondere existiert keine Verfassungsgrundlage, die den Bund ermächtigen würde, über die Höhe von Rechnungen, die von einer Privatversicherung zu bezahlen sind, Vorschriften zu erlassen².

¹ BGE 135 V 443 E. 3.3.2 S. 452 f.

² BGE 135 V 443 E. 3.5 S. 454 f. TOMAS POLEDNA, in: St. Galler Kommentar zu Art. 117 BV, Rz. 14.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

- 4 Jede in der Schweiz wohnhafte Person, die eine Zusatzversicherung abgeschlossen hat, ist indessen gleichzeitig obligatorisch versichert (Art. 3 KVG) und hat demnach Anspruch auf die Leistungen der OKP. Entsprechend umfasst die Planungskompetenz der Kantone auch die **Leistungen der OKP für Zusatzversicherte**, d.h. grundversicherte Leistungen, die in einer halbprivaten oder privaten Abteilung erbracht werden und allenfalls mit anderen zusatzversicherten Leistungen (z.B. freie Arztwahl) kombiniert werden³. Die Kantone sind gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG und Art. 58a Abs. 1 KVV verpflichtet, in ihrer Spitalplanung den Bedarf der gesamten Wohnbevölkerung nach grundversicherten stationären Leistungen zu berücksichtigen – unabhängig davon, ob grundversicherte Personen über Zusatzversicherungen verfügen oder nicht⁴. Zusatzversicherte Personen sind damit genauso in die Spitalplanung einzubeziehen wie ausschliesslich grundversicherte Personen. Für die Planung entscheidend ist einzig und allein der Bedarf nach OKP-Leistungen. Dem entspricht die Finanzierung stationärer OKP-Leistungen: Die Abgeltungen nach Art. 49a Abs. 1 KVG sind von Kanton und Versicherer auch dann geschuldet, wenn grundversicherte Behandlungen für Zusatzversicherte erbracht werden (sog. Sockelbeitrag⁵).
- 5 Die Kantone haben demzufolge die Kompetenz, im Rahmen der Spitalplanung grundversicherte Leistungen auch mit Wirkung auf zusatzversicherte Leistungen zu steuern, soweit die Leistungen untrennbar miteinander verknüpft sind. Davon zu unterscheiden sind Massnahmen, welche auf die **Steuerung zusatzversicherter Leistungen** selber abzielen. Angesprochen sind Regulierungen, die vorgeben, ob und wie viele zusatzversicherte Patientinnen und Patienten in einem Listenspital zulasten der Grundversicherung behandelt werden dürfen. Solche Regulierungen beruhen auf einer (impliziten oder expliziten) Planung zusatzversicherter Leistungen. Der Kanton überschreitet die vom Bundesrecht (Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG) eingeräumten Planungskompetenzen, wenn er den Bedarf nach zusatzversicherten Leistungen (namentlich den Bedarf nach Behandlung in privaten oder halbprivaten Abteilungen) in die Spitalplanung einbezieht und die Menge der zusatzversicherten Angebote als solche steuert. Denn das Bundesrecht vermittelt den Kantonen wie erwähnt ausschliesslich die Kompetenz, grundversicherte Leistungen zu planen (Rz. 4). In Bezug

³ BGE 132 V 6 E. 2.4.2 S. 13; 138 II 398 E. 5.4 S. 431 f.

⁴ So auch Kommentar des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) zu den KVV-Änderungen per 1. Januar 2009, Bern 2009, S. 7: "Gegenstand der Planung sind die Leistungen für alle obligatorisch Krankenversicherten, ohne Berücksichtigung, ob eine zusätzliche Versicherungsdeckung besteht."

⁵ So bereits vor der KVG-Revision von 2007 (neue Spitalfinanzierung) BGE 123 V 290 E. 6b/dd S. 304; 132 V 6 E. 2.4.2 S. 13.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

auf zusatzversicherte Leistungen haben die Kantone hingegen keinerlei Planungskompetenz⁶.

- 6 Das **Bundesgericht** hielt in einem Urteil von 2005 zutreffend fest, dass die Planungskompetenz der Kantone "nicht in Bezug auf die Privatspitäler und Zusatzversicherungen als solche, wohl aber in Bezug auf die dadurch ausgelösten Leistungen der Grundversicherung" besteht⁷. Im Urteil von 2012 zur Umsetzung der KVG-Revision von 2007 im Kanton Tessin ging das Bundesgericht dann aber – entgegen der vorliegend vertretenen Auffassung – davon aus, dass eine Beschränkung zusatzversicherter Leistungen in Listenspitälern von der kantonalen Planungskompetenz abgedeckt sei⁸. Zur Beurteilung stand die Regelung, wonach Listenspitäler höchstens 50% der Patienten mit einer Zusatzversicherung (privat oder halbprivat) aufnehmen dürfen⁹. Das Bundesgericht trug in diesem Urteil nicht der Tatsache Rechnung, dass die fragliche Regelung des Kantons Tessin spezifisch die Steuerung zusatzversicherter Leistungen anvisierte. Eine solche *versicherungsspezifische* Steuerung ist klar von einer *allgemeinen* Steuerung grundversicherter Leistungen zu unterscheiden. Während letztere auf der kantonalen Bedarfsplanung im OKP-Bereich beruht, impliziert erstere eine Planung zusatzversicherter Leistungen, was die den Kantonen vom KVG eingeräumten Kompetenzen überschreitet.

1.3 Aufnahmepflicht von Listenspitälern

- 7 Anlässlich der KVG-Revision von 2007 verankerte der Bundesgesetzgeber in Art. 41a Abs. 1 KVG eine Aufnahmepflicht für Listenspitäler¹⁰. Die Aufnahmepflicht gilt gemäss Wortlaut des Gesetzes **im Rahmen der Leistungsaufträge und der Kapazitäten der Listenspitäler** und ist beschränkt auf **versicherte Personen mit Wohnsitz im**

⁶ Vgl. Botschaft neue Spitalfinanzierung, BBl 2004 5567: "Für Leistungen, welche nicht der Leistungspalette der obligatorischen Krankenpflegeversicherung angehören, wie beispielsweise der zusätzliche Komfort im Ein- oder Zweibettzimmer und die freie Arztwahl beim Spitalaufenthalt, besteht keine Planungspflicht. Die Bereitstellung der entsprechenden Kapazitäten soll den Gesetzen des Marktes unterliegen." Aus der Lehre GEBHARD EUGSTER, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), in: Murer Erwin/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Zürich 2010, Art. 39, Rz. 6.

⁷ BGE 132 V 6 E. 2.4.2 S. 13.

⁸ BEG 138 II 398 E. 5.4 S. 431 f.

⁹ So auch Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung 2009, Empfehlung Nr. 5.

¹⁰ Art. 41a KVG wurde erst im Rahmen der Differenzvereinbarung vom Ständerat in die Gesetzesvorlage aufgenommen, und zwar als Präzisierung im Zusammenhang mit der ebenfalls vom Parlament eingeführten freien Spitalwahl; vgl. AB 2007 S 759 f. (Kommissionssprecherin Erika Forster-Vannini).

Bernhard Rüttsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

Standortkanton des Listenspitals. Für versicherte Personen mit Wohnsitz ausserhalb des Standortkantons des Listenspitals gilt die Aufnahmepflicht gemäss Art. 41 a Abs. 2 KVG nur aufgrund von Leistungsaufträgen sowie in Notfällen. Ein Listenspital hat somit gegenüber ausserkantonalen Patienten nur dann eine Aufnahmepflicht, wenn der Kanton eine solche als Auflage im Leistungsauftrag festlegt. Gegenüber innerkantonalen Patienten gilt die bundesrechtliche Aufnahmepflicht nach Art. 41 a Abs. 1 KVG hingegen von Gesetzes wegen und muss in den Leistungsaufträgen nicht festgelegt werden¹¹. Die Durchsetzung der Aufnahmepflicht obliegt gemäss Art. 41 a Abs. 3 KVG den Kantonen.

- 8 Die Aufnahmepflicht von Listenspitälern gemäss Art. 41 a Abs. 1 KVG erstreckt sich demnach auf sämtliche grundversicherten Patienten ("alle versicherten Personen"), die Wohnsitz im Standortkanton des Listenspitals haben. Ob die grundversicherten Patienten über eine Zusatzversicherung verfügen, ist unerheblich. Das bedeutet, dass Kantone Listenspitälern nicht vorschreiben dürfen, wie viele Patienten mit einer Zusatzversicherung sie im Rahmen ihrer Leistungsaufträge und ihrer Kapazitäten aufnehmen dürfen. Eine **spezifisch auf zusatzversicherte Patienten ausgerichtete Aufnahmebeschränkung** verletzt die Aufnahmepflicht gemäss Art. 41 a KVG¹². Denn sie führt dazu, dass ein Listenspital notwendige Behandlungen von zusatzversicherten (und damit auch grundversicherten) Patienten nicht durchführen darf, wenn in diesem Spital die gesetzte Obergrenze überschritten ist.
- 9 Die Kantone bewegen sich mit einer Regulierung zusatzversicherter Leistungen damit nicht nur ausserhalb ihrer Planungskompetenzen gemäss KVG, sondern setzen sich darüber hinaus in **Widerspruch zur bundesrechtlichen Aufnahmepflicht**, die nicht danach differenziert, ob grundversicherte Patienten über eine Zusatzversicherung verfügen oder nicht.
- 10 Das **Bundesgericht** kam demgegenüber im bereits angesprochenen Urteil von 2012 im Zusammenhang mit der Tessiner Beschränkung der Aufnahme von Patienten mit einer Zusatzversicherung zu einem anderen Schluss. Das Bundesgericht verwies darauf, dass eine mengenmässige Begrenzung grundversicherter Leistungen nicht im Widerspruch zur Aufnahmepflicht gemäss Art. 41 a KVG stünde. Die Aufnahmepflicht gelte nur im Rahmen der Leistungsaufträge. Entsprechend könne sie auch nur im

¹¹ Vgl. dazu BERNHARD RÜTSCHKE, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung. Insbesondere zur Steuerung der Leistungsmenge im stationären Bereich, Bern 2011, Rz. 82.

¹² Ebenso MARKUS MOSER, Analyse der rechtlichen Grundlagen der Spitalplanung gemäss revidiertem KVG, Rechtsgutachten vom 3. Mai 2010, S. 10, 17 f.

Bernhard Rütscbe
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

Rahmen der in den Leistungsaufträgen festgelegten maximalen Leistungsmengen bestehen. Eine unbeschränkte Aufnahmespflicht, welche auch bei Überschreitung kantonal vorgesehener Mengenkontingente zum Tragen käme, könne dem KVG nicht entnommen werden¹³.

- 11 Die Ausführungen des Bundesgerichts sind insoweit zutreffend, als sie kantonale Mengenbeschränkungen grundversicherter Leistungen betreffen¹⁴. Solche Mengenbeschränkungen wirken sich selbstverständlich auch auf grundversicherte Leistungen aus, welche in halbprivaten oder privaten Abteilungen erbracht werden oder sonst wie im Zusammenhang mit zusatzversicherten Leistungen erbracht werden (z.B. freie Arztwahl). Die Tessiner Regelung, wonach Listenspitäler höchstens 50% der Patienten mit einer Zusatzversicherung (privat oder halbprivat) aufnehmen dürfen, betrifft jedoch spezifisch zusatzversicherte Leistungen. Eine solche **Begrenzung der Aufnahme von Personen bestimmter Versicherungskategorien** ist etwas anderes als eine Begrenzung der Menge von OKP-Leistungen. Die Begrenzung der Leistungsmenge dient dem legitimen Zweck, medizinisch nicht indizierte und damit unwirtschaftliche Behandlungen zu vermeiden, und beruht auf entsprechenden epidemiologischen Statistiken. Demgegenüber hat eine Begrenzung der Aufnahme von Zusatzversicherten überhaupt keinen Zusammenhang mit dem Anliegen, nicht notwendigen Mengenausweitungen zu begegnen. Vielmehr führt eine solche Begrenzung dazu, dass ein Listenspital notwendige – vom Leistungsauftrag abgedeckte – Behandlungen von zusatzversicherten (und zugleich grundversicherten) Patienten nicht durchführen darf, wenn in diesem Spital die gesetzte Obergrenze an zusatzversicherten Personen überschritten ist. Dies steht in Widerspruch zur Aufnahmespflicht gemäss Art. 41 a KVG, die nicht zwischen grundversicherten Personen mit und ohne Zusatzversicherung unterscheidet¹⁵.

¹³ Zum Ganzen BGE 138 II 398 E. 5.4 S. 431 mit Verweis auf E. 3.8.2 S. 424 f.

¹⁴ Zur Zulässigkeit einer Steuerung der Leistungsmenge im OKP-Bereich BGE 138 II 398 E. 3 S. 408 ff. Dagegen ist eine Steuerung von Bettenzahlen im stationären Bereich nach dem System der neuen Spitalfinanzierung nicht mehr zulässig (BVGer, Urteil C-4302/2011 vom 15. Juli 2015, E. 6).

¹⁵ Zum Ganzen auch BERNHARD RÜTSCH, Spitalplanung und Spitalfinanzierung: Grundsatzurteil des Bundesgerichts (Urteil vom 10. Juli 2012 i.S. Clinica A. SA und B. gegen Grosser Rat von Republik und Kanton Tessin - 2C_796/2011), in: HILL 2012 Nr. 50, Rz. 38.

1.4 Rechtsgleichheit und Wirtschaftsfreiheit

- 12 Art. 8 Abs. 1 BV statuiert das allgemeine **Gleichbehandlungsgebot**, Art. 8 Abs. 2 BV besondere **Diskriminierungsverbote**. Aus diesen Garantien ergibt sich ein "Anspruch auf prinzipiell gleichen Zugang zu medizinischen Leistungen für alle Menschen" bzw. ein "Anspruch auf gleiche Teilhabe aller Menschen an der Gesundheitsversorgung"¹⁶. Ungleichbehandlungen können gerechtfertigt werden, wenn sie auf nachvollziehbaren, sachlichen Gründen beruhen. Im Bereich sensibler Güter, zu denen ohne Zweifel die medizinische Versorgung zählt, ist indessen ein strenger Rechtfertigungsmaßstab anzulegen¹⁷. Knüpft eine Ungleichbehandlung an ein verpöhtes Merkmal im Sinne des Diskriminierungsverbotes nach Art. 8 Abs. 2 BV an (z.B. Alter, Geschlecht, soziale Stellung, Religion), bedarf es zu deren Rechtfertigung triftiger Gründe in Form überwiegender öffentlicher Interessen¹⁸.
- 13 In Bezug auf stationäre Leistungen der OKP befinden sich zusatzversicherte Personen in derselben Lage wie ausschliesslich grundversicherte Personen. Kantonale Regulierungen, welche sich spezifisch zulasten zusatzversicherter Personen auswirken, benachteiligen diese Personen im Vergleich zu ausschliesslich grundversicherten Personen. Solche Regulierungen stellen somit eine **rechtsungleiche Behandlung** im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BV dar, welche nur gerechtfertigt werden kann, wenn dafür hinreichende sachliche Gründe vorliegen. Da es um den Zugang zu medizinischen Leistungen der Grundversorgung geht, ist an die Rechtfertigung wie erwähnt ein strenger Massstab anzulegen (Rz. 12).
- 14 Aus verfassungsrechtlicher Sicht steht sodann die von Art. 27 BV geschützte **Wirtschaftsfreiheit** zur Diskussion. Die Wirtschaftsfreiheit erfasst u.a. die freie Wahl und Gestaltung der privatwirtschaftlichen Beziehungen eines Unternehmens zu sei-

¹⁶ PAUL RICHLI, Instrumente des Gesundheits- und Lebensschutzes im neuen Heilmittelgesetz vor dem Hintergrund der Grundrechte, AJP 2002 340, S. 345. Sodann THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, 3. Aufl., Basel 2013, Rz. 150.

¹⁷ Allgemein JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 662 ff.; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013, S. 418 f. In Bezug auf Gesundheitsleistungen PASCAL COULLERY, Der Leistungskatalog der sozialen Krankenversicherung und seine verfassungsrechtliche Vernetzung, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, Bern, SZS 2003, S. 375, S. 384; GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 16), Rz. 150.

¹⁸ KIENER/KÄLIN (Fn. 17), S. 419, 433.

Bernhard Rüttsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

nen Kunden¹⁹. Beschränkt der Staat die Kundenbeziehungen eines Unternehmens, liegt somit eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit vor. Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern stellen privatwirtschaftliche Leistungen dar, da sie sich ausserhalb des Versorgungsauftrags der Kantone befinden²⁰.

- 15 Zunächst fragt sich, ob eine Steuerung zusatzversicherter Leistungen im Rahmen der Spitalplanung in die **Wirtschaftsfreiheit von Privatspitälern** eingreift. Nach ständiger Rechtsprechung vermittelt die Wirtschaftsfreiheit keinen Anspruch auf Finanzierung von Leistungen durch den Staat bzw. die Sozialversicherung²¹. Insbesondere berührt ein spitalplanerischer Entscheid, ein privatrechtlich konstituiertes Spital nicht mehr oder unter anderen Voraussetzungen zu subventionieren, dieses Spital nicht in seinen verfassungsmässigen Rechten, sondern in einer öffentlichen Aufgabe²². – Massnahmen, mit denen Kantone die Aufnahme zusatzversicherter Patientinnen und Patienten durch Listenspitäler regulieren, beschränken das Recht von Listenspitälern auf Abgeltung des OKP-Anteils (Sockelbeitrag) der Leistungen, die für zusatzversicherte Patienten erbracht werden. Insofern liegt nach der besagten Rechtsprechung kein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit vor. Allerdings nehmen Kantone mit solchen Massnahmen spezifisch Einfluss auf das Angebot zusatzversicherter Leistungen durch Listenspitäler. Eine derartige Einflussnahme auf ein privatwirtschaftliches Angebot ist gerade der Zweck der fraglichen Massnahmen. Mit Blick auf die Zielrichtung dieser Angebotssteuerung und die damit verfolgte Wirkung (Beschränkung des Angebots zusatzversicherter Leistungen durch Listenspitäler) ist daher von einem Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der betroffenen Spitäler auszugehen.
- 16 Eine Steuerung zusatzversicherter Leistungen könnte sodann die **Wirtschaftsfreiheit der Krankenversicherer** tangieren. Das Angebot von Zusatzversicherungen untersteht dem VVG und fällt als privatwirtschaftliche Tätigkeit in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit. Wenn der Staat die Erbringung zusatzversicherter Leistungen steuert, kann dies negative Auswirkungen auf den Abschluss von Zusatzversicherun-

¹⁹ Statt vieler RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 5 Rz. 36; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012, Rz. 630, 645.

²⁰ Botschaft KVG, BBl 1992 I 140; RKUV 1998 Nr. KV 54 S. 537 E. II.3.1; 2002 Nr. KV 219 S. 304 f. E. II.3.1; BGE 132 V 6 E. 2.4.2 S. 13. Aus der Lehre BERNHARD RÜTSCHKE, Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler/Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, in: digma-Schriften, Band 6, Zürich 2012, Rz. 91.

²¹ BGE 130 I 26 E. 4.1 S. 40 und E. 4.5 S. 43; 132 V 6 E. 2.5.2 S. 14 f.; 138 II 398 E. 3.9.3 S. 426.

²² 132 V 6 E. 2.5.4 S. 15 f.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

gen haben. Grundversicherte Personen könnten sich sagen, dass sich der Abschluss einer Zusatzversicherung nicht lohnt, wenn der Kanton die Aufnahme zusatzversicherter Personen durch Listenspitäler beschränkt. Solche negativen Auswirkungen betreffen mittelbar die privatwirtschaftliche Tätigkeit von Krankenversicherern (Angebot von Zusatzversicherungen). Insofern begründen kantonale Massnahmen zulasten zusatzversicherter Personen durchaus auch einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Krankenversicherer.

- 17 Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit lassen sich unter bestimmten Voraussetzungen rechtfertigen. Als Freiheitsrecht unterliegt die Wirtschaftsfreiheit – wie alle Freiheitsrechte – der Schrankenordnung von Art. 36 BV. Eine **Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit** ist demnach zulässig, wenn eine hinreichende Grundlage in einem formellen Gesetz vorliegt, die Einschränkung auf einem zulässigen öffentlichen Interesse beruht und verhältnismässig ist. In Bezug auf das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit ergeben sich dabei Besonderheiten: Ist das öffentliche Interesse (Motiv der Regelung) rein wirtschaftspolitischer Natur, d.h. geht es einzig um den Schutz der wirtschaftlichen Interessen eines Gemeinwesens (Standortförderung), bestimmter Wirtschaftszweige (Branchenförderung) oder einzelner Unternehmen (Unternehmensförderung), liegt ein grundsatzwidriger Eingriff im Sinne von Art. 94 Abs. 1 BV vor. Selbst wenn aber der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit durch nicht wirtschaftspolitische öffentliche Interessen motiviert ist (z.B. öffentliche Gesundheit), kann ein grundsatzwidriger Eingriff gegeben sein. In diesem Fall ist das Motiv (öffentliches Interesse) gegen die Wirkung (Beeinträchtigung des Wettbewerbs) abzuwägen. Falls das öffentliche Interesse im Verhältnis zur Wettbewerbswirkung nicht überwiegt, handelt es sich ebenfalls um eine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 94 Abs. 1 BV²³.
- 18 Selbst **Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit** können verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, und zwar nach Massgabe von Art. 94 Abs. 4 BV. Demnach sind grundsatzwidrige Massnahmen ausnahmsweise zulässig, wenn dafür eine Grundlage in der Bundesverfassung besteht oder wenn sie durch ein historisches kantonales Regalrecht (Jagd- und Fischereiregale sowie Salz- und Bergbauregale) begründet sind.

²³ Zum Ganzen RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 13), § 5 Rz. 36; HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 13), Rz. 630, 645.

1.5 Ungleichbehandlungsgründe bzw. zulässige öffentliche Interessen?

- 19 Nach dem Gesagten bewirkt die Steuerung zusatzversicherter stationärer Leistungen eine Ungleichbehandlung zusatzversicherter Patienten sowie einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit von Privatspitälern und allenfalls auch von Krankenversicherern, welche die fraglichen Zusatzversicherungen anbieten. Damit solche Steuerungsmaßnahmen vor der Verfassung standhalten, müssen sie von den Kantonen in jedem Fall gesetzlich verankert werden. Die Schaffung gesetzlicher Grundlagen genügt jedoch nicht. Zusätzlich müssen sich die Massnahmen auf **qualifizierte sachliche Gründe** bzw. **zulässige öffentliche Interessen** abstützen (vgl. Rz. 13 und 17). Ob solche Gründe bzw. Interessen vorliegen, gilt es im Folgenden zu prüfen.
- 20 Das **Bundesgericht** ging im erwähnten Urteil von 2012 davon aus, dass die Tessiner Regelung, wonach Listenspitäler höchstens 50% der Patienten mit einer Zusatzversicherung aufnehmen dürfen, auf hinreichenden öffentlichen Interessen beruht. Diese Beschränkung dient gemäss Bundesgericht der Sicherstellung einer genügenden Spitalkapazität für die Bevölkerung, namentlich für den grösseren Teil der Bevölkerung, der über keine Zusatzversicherungen verfügt. Die Spitalplanung müsse daher dafür sorgen, dass genügend Spitalleistungen in der allgemeinen Abteilung angeboten werden. Dieser Zweck könne vereitelt werden, wenn die Spitäler auf der Spitalliste ausschliesslich oder mehrheitlich Patienten mit Zusatzversicherungen aufnehmen. Ausserdem würden Patienten mit Zusatzversicherungen den kleineren Teil der Versicherten ausmachen, nämlich ungefähr 20-25%. In Anbetracht dessen erscheine die angefochtene Begrenzung von 50% als sehr niedrig. Es sei deshalb unwahrscheinlich, dass Patienten mit einer Zusatzversicherung abgewiesen werden könnten, um die Aufnahme von Patienten, die nur über die Grundversicherung verfügen, zu ermöglichen²⁴.
- 21 Dem Bundesgericht ist insofern beizupflichten, als die Kantone als Verantwortliche für die Spitalversorgung sicherstellen müssen, dass für die Bevölkerung genügend Spitalkapazitäten vorhanden sind. Dies muss gleichermassen für alle grundversicherten Personen gelten, unabhängig davon, ob sie zusatzversichert sind oder nicht. Die Listenspitäler sind entsprechend verpflichtet, im Rahmen ihrer Leistungsaufträge **sämtliche Patienten, ob zusatzversichert oder nicht, aufzunehmen** (Rz. 7 ff.). Das kann für ein Listenspital unter Umständen bedeuten, dass Patienten, die nur grundversichert sind, in der halbprivaten oder privaten Abteilung unterzubringen sind, falls

²⁴ Zum Ganzen BGE 138 II 398 E. 5.3 S. 431.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

die allgemeine Abteilung ausgelastet ist. Denn die Aufnahmepflicht nach Art. 41a Abs. 1 KVG ist nicht auf die in den allgemeinen Abteilungen vorhandenen Kapazitäten beschränkt. Vielmehr ist es Sache der Listenspitäler, sich so zu organisieren, dass die für die Erfüllung des Leistungsauftrags notwendigen Kapazitäten vorhanden sind (Erstellung der Aufnahmebereitschaft)²⁵. Müssen Listenspitäler ausschliesslich grundversicherte Patienten in der halbprivaten oder privaten Abteilung unterbringen ("upgrade"), tragen sie die dadurch entstehenden Mehrkosten – und weder der Patient noch der Kanton oder die Krankenversicherung. Das unternehmerische Risiko überdimensionierter halbprivater oder privater Abteilungen trifft somit die Listenspitäler. Entsprechend haben sie einen Anreiz, die Grösse ihrer halbprivaten und privaten Abteilungen an den tatsächlichen Bedürfnissen auszurichten. Im Übrigen ist es Aufgabe der Kantone, für die Einhaltung der Aufnahmepflicht zu sorgen (Art. 41a Abs. 3 KVG).

- 22 In Anbetracht der bundesrechtlichen Aufnahmepflicht nach Art. 41a Abs. 1 KVG ist somit eine kantonale Regelung, welche die Aufnahme von Zusatzversicherten durch Listenspitäler beschränkt, in keiner Weise erforderlich, um versorgungspolitische öffentliche Interessen wahrzunehmen. Eine solche Regelung lässt sich folglich – anders als das Bundesgericht festgehalten hat – **nicht mit versorgungspolitischen Interessen rechtfertigen**²⁶.
- 23 Ebenso wenig sind Regulierungen nach Versicherungskategorien geeignet, die Leistungsmenge insgesamt zu begrenzen und damit die **Kosten der OKP einzudämmen**²⁷. Eine Begrenzung der Aufnahme von Zusatzversicherten hat, wie vorne ausgeführt, keinen Zusammenhang mit dem Anliegen, nicht notwendigen Mengenausweitungen von OKP-Leistungen zu begegnen (Rz. 11). Eine Mengensteuerung ist – wenn überhaupt – nur dann wirksam, wenn sie sich auf OKP-Leistungen für sämtliche Versicherungskategorien bezieht, nicht aber, wenn sie sich auf Grundversicherte mit Zusatzversicherung beschränkt und ausschliesslich Grundversicherte ausnimmt.
- 24 Die durch eine Steuerung zusatzversicherter Leistungen bewirkten Ungleichbehandlung zusatzversicherter Personen lassen sich somit weder mit Versorgungsinteressen

²⁵ EUGSTER (Fn. 6), Art. 41a, Rz. 2.

²⁶ Zum Ganzen auch RÜTSCHKE (Fn. 15), Rz. 39.

²⁷ Zur Kosteneindämmung als krankenversicherungsrechtliches Planungsziel zuletzt BVerG, Urteil C-6266/2013 vom 29. September 2015, E. 4. Sodann Botschaft KVG, BBl 1992 I 167. Sodann BGE 125 V 448 E. 3b S. 454; 126 V 172 E. 4a S. 176; 132 V 6 E. 2.4.1 S. 11 f.; RKUV 6/1998 E. II. 3.2.2 S. 539; 3/1999 E. II. 3.2 S. 221; 4/2002 E. II 2.2 S. 242; BVerG, C-2907/2008 vom 20. Oktober 2008, E. 3.2.2; BVGE 2010/15 E. 4.1 S. 182.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

(Bereitstellung einer hinreichenden Spitalkapazität für rein grundversicherte Patienten) noch mit dem Interesse an einer Kosteneindämmung in der OKP rechtfertigen. Sonstige sachliche Gründe, welche die Ungleichbehandlung legitimieren könnten, sind nicht ersichtlich. Kantonale Massnahmen, welche im Rahmen der Spitalplanung spezifisch zusatzversicherte Leistungen steuern, **verletzen damit die Rechtsgleichheit** gemäss Art. 8 Abs. 1 BV.

- 25 Ebenso wenig sind hinreichende öffentliche Interessen vorhanden, um die konstatierten Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit zu rechtfertigen. Wie gesehen ist die Steuerung zusatzversicherter Leistungen kein geeignetes und notwendiges Mittel, um die – an sich legitimen – öffentlichen Interessen an einer hinreichenden Spitalversorgung und an einer Begrenzung der Kosten der sozialen Krankenversicherung zu verwirklichen. Andere öffentliche Interessen, welche die Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit rechtfertigen könnten, fallen nicht in Betracht. Aufnahmebeschränkungen zulasten zusatzversicherter Patienten sowie andere Arten der Steuerung zusatzversicherter Leistungen sind damit nichts anderes als (versteckte) **wirtschaftspolitische Regulierungen**. Solche wirtschaftspolitischen Massnahmen weichen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 94 Abs. 1 BV ab. Sie können sich vorliegend weder auf ein kantonales Regalrecht stützen, noch sind sie von der Bundesverfassung selber vorgesehen. Insbesondere kann die Bundeskompetenz für die soziale Krankenversicherung gemäss Art. 117 BV nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden, da sie auf zusatzversicherte Leistungen gerade nicht anwendbar ist (Rz. 4).

1.6 Grundsatz der versicherungsneutralen Spitalplanung

- 26 Aus den vorstehenden Ausführungen ist der Schluss zu ziehen, dass die kantonale Spitalplanung bzw. Regulierung der OKP "versicherungsneutral" sein muss. D.h. sie darf nicht danach differenzieren, ob grundversicherte Personen über Zusatzversicherungen verfügen oder nicht. Der **Grundsatz der Versicherungsneutralität** der Spitalplanung ergibt sich aus verschiedenen bundesrechtlichen Vorgaben auf Verfassungs- und Gesetzesstufe. Zunächst überschreiten Kantone, welche zusatzversicherte Leistungen als solche regulieren, ihre von der Verfassung und dem KVG eingeräumten Planungskompetenzen, die sich ausschliesslich auf grundversicherte Leistungen erstrecken (Rz. 3 ff.). Sodann ist der Grundsatz der Versicherungsneutralität die Kehrseite der allgemeinen Aufnahmepflicht nach Art. 41a Abs. 1 KVG, welche Listenspitäler verpflichtet, im Rahmen ihrer Leistungsaufträge und ihrer Kapazitäten sämtliche grundversicherten Personen (ob mit oder ohne Zusatzversicherung) aufzunehmen (Rz. 7 ff.). Darüber hinaus gebieten der Gleichbehandlungsanspruch zusatz-

Bernhard Rüttsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

versicherter Personen sowie die Wirtschaftsfreiheit eine versicherungsneutrale Spitalplanung (Rz. 12 ff., 19 ff.).

- 27 Das **Bundesgericht** hat indessen, wie bereits mehrfach erwähnt, die Tessiner Regelung, wonach Listenspitäler höchstens 50% der Patienten mit einer Zusatzversicherung aufnehmen dürfen, als mit Bundesrecht vereinbar erachtet (Rz. 10, 20)²⁸. Eine solche, spezifisch auf zusatzversicherte Patienten bezogene Steuerung widerspricht dem Grundsatz der versicherungsneutralen Spitalplanung und kollidiert daher – nach hier vertretener Auffassung – in verschiedener Hinsicht mit Bundesrecht.
- 28 Die dem fraglichen Bundesgerichtsentscheid zugrunde liegende Beschwerde richtete sich direkt gegen einen kantonalen Erlass (abstrakte Normenkontrolle gemäss Art. 82 Bst. b BGG). Werden demgegenüber Spitallisten bzw. Leistungsaufträge angefochten, welche Beschränkungen zulasten zusatzversicherter Personen vorsehen, ist nicht das Bundesgericht, sondern das **Bundesverwaltungsgericht** letztinstanzlich zuständig (Art. 53 Abs. 1 KVG, Art. 83 Bst. r BGG). Aus systemischer Perspektive ist die Tatsache, dass sich zwei verschiedene Gerichte letztinstanzlich über dieselben materiellen Fragen aussprechen, mit der Gefahr verbunden, dass divergierendes Case Law und damit Rechtsunsicherheit entsteht²⁹. Aus Sicht von Patientinnen und Patienten sowie Spitälern, die Rechtsschutz suchen, resultiert daraus aber auch eine Chance. Das Bundesverwaltungsgericht, das im Regelfall über Fragen der Spitalplanung sowie Spitalfinanzierung entscheidet und das entsprechende spezifische Fachwissen aufgebaut hat, muss sich nicht zwingend dem Bundesgericht anschliessen. Denn die Erwägungen des Bundesgerichts in Bezug auf die Tessiner Regelung betreffend die Aufnahme von Zusatzversicherten bewirken keine formelle Veränderung der Rechtslage (Gestaltungswirkung)³⁰. Ebenso wenig geht von den bundesgerichtlichen Erwägungen eine faktische Bindungswirkung für das Bundesverwaltungsgericht aus, da dessen Entscheide in Sachen Spitallisten nicht an das Bundesgericht weitergezogen werden können³¹. Im Übrigen ist das Bundesverwaltungsgericht in seiner

²⁸ BGE 138 II 398 E. 5 S. 430 ff.

²⁹ RÜTSCHÉ (Fn. 15), Rz. 9.

³⁰ Vgl. BARBARA E. STREHLE, Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen, Zürich 1980, S. 91; MADELEINE CAMPRUBI, Kassation und positive Anordnungen bei der staatsrechtlichen Beschwerde, Zürich 1999, S. 34 und 53; BERNHARD RÜTSCHÉ, Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, Basel 2002, S. 431.

³¹ Zur faktischen Bindungswirkung bundesgerichtlicher Urteile STREHLE (Fn. 30), S. 138 f.; ARTHUR HAEFLIGER, Die Rechtsfolgen der Gutheissung einer staatsrechtlichen Beschwerde, in: Mélanges Otto K. Kaufmann, Bern 1989, 357-366, S. 358; JACOBA TEYGELER, Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen (im Lichte der Durchsetzung der ver-

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

Rechtsprechung unabhängig und untersteht diesbezüglich nicht der Aufsicht des Bundesgerichts (vgl. Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 VGG).

1.7 Beantwortung der Frage

- 29 Die **erste Gutachtensfrage** ist somit wie folgt zu beantworten: Die Kantone sind nicht befugt, im Rahmen der Spitalplanung zusatzversicherte Leistungen zu regulieren. Eine solche Regulierung überschreitet die Planungskompetenzen der Kantone, verletzt die Aufnahmepflicht gemäss Art. 41a KVG und widerspricht der Rechtsgleichheit sowie der Wirtschaftsfreiheit. Die Kantone sind damit zu einer versicherungsneutralen Spitalplanung verpflichtet.

2. Mengensteuerung zulasten zusatzversicherter Personen

2.1 Fragestellung und Vorgehen

- 30 Die **zweite Gutachtensfrage** lautet: Darf der Kanton gemäss Westschweizer Praxis (VD, GE) in den Leistungsaufträgen an Privatspitäler die Mengen nach Fachgebieten auf Leistungen für ausschliesslich Grundversicherte – unter Ausschluss von gleichzeitig zusatzversicherten Personen – beschränken? Ist es zulässig, solche Mengenbeschränkungen nur für Privatspitäler – nicht aber für öffentliche Spitäler – vorzusehen?
- 31 Die Frage betrifft, allgemein formuliert, kantonale Mengensteuerungen zulasten zusatzversicherter Personen. Solche Mengensteuerungen können darin bestehen, dass der Kanton in den Leistungsaufträgen an Listenspitäler entweder für Leistungen an zusatzversicherte Personen eine **maximale Quote** oder umgekehrt für Leistungen an ausschliesslich grundversicherte Personen eine **minimale Quote** festlegt. Im Extremfall besteht die Mengensteuerung darin, dass zusatzversicherte Personen von der Leistungserbringung durch ein Listenspital **ganz ausgeschlossen** sind. Im Folgenden ist zuerst aufzuzeigen, dass derartige Mengensteuerungen zulasten zusatzversicherter Personen gegen den Grundsatz der versicherungsneutralen Spitalplanung

fassungsmässigen Rechte durch das Bundesgericht und durch die kantonalen Gerichte), Basel 1993, S. 98; ANDREAS AUER, L'effet des décisions d'inconstitutionnalité du Tribunal fédéral, AJP 1992 559, Rz. 15; WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994, S. 400; CAMPRUBI (Fn. 30), S. 104 f.; RÜTSCHKE (Fn. 30), S. 432 ff.

verstossen (Kap. 2.2). Danach wird die Vereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Wettbewerbsneutralität geprüft für den Fall, dass Mengenbeschränkungen nur für Privatspitäler – nicht aber für öffentliche Spitäler – vorgesehen sind (Kap. 2.3).

2.2 Grundsatz der versicherungsneutralen Spitalplanung

- 32 Kantonale Mengensteuerungen zulasten zusatzversicherter Personen differenzieren nach der Versicherungskategorie (Grundversicherte mit und ohne Zusatzversicherung). Sie stehen damit in diametralem **Widerspruch zum Grundsatz einer versicherungsneutralen Spitalplanung**. Mengenbeschränkungen zulasten zusatzversicherter Personen sind von der krankenversicherungsrechtlichen Planungskompetenz der Kantone nicht abgedeckt. Sie betreffen zusatzversicherte Leistungen, die dem VVG unterstehen und vom KVG nicht erfasst sind (Art. 1a KVG). Zudem verletzen solche Mengensteuerungen die Aufnahmepflicht gemäss Art. 41a KVG, die versicherungsneutral ausgestaltet ist. Des Weiteren sind sie in verschiedener Hinsicht verfassungswidrig: Sie verstossen gegen die Rechtsgleichheit zusatzversicherter Patienten und greifen in die Wirtschaftsfreiheit von Spitälern und allenfalls auch von Krankenversicherern ein, ohne dass dies gerechtfertigt werden könnte. Insbesondere ist eine Begrenzung der Aufnahme zusatzversicherter Patientinnen und Patienten nicht notwendig, um für (ausschliesslich) Grundversicherte eine ausreichende Versorgung mit OKP-Leistungen sicherzustellen sowie die Kosten in der OKP einzudämmen. Kantonale Mengensteuerungen zulasten zusatzversicherter Personen sind somit in mehrfacher Hinsicht bundesrechtswidrig (zum Ganzen mit eingehender Begründung Kap. 1.).

2.3 Wettbewerbsneutralität des Staates

- 33 Wie gesehen vermittelt die Wirtschaftsfreiheit Spitälern keinen Anspruch darauf, dass ein Leistungsauftrag erteilt oder unverändert beibehalten wird (Rz. 15). In eine andere Richtung geht die Rechtsprechung demgegenüber in Bezug auf den ebenfalls von der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 und Art. 94 BV erfassten **Anspruch auf Wettbewerbsneutralität des Staates bzw. auf Gleichbehandlung der Konkurrenten**. So hat das Bundesgericht in einem Urteil von 2005 in Bezug auf ein mit einem Leistungsauftrag ausgestattetes Privatspital festgehalten, dass dann ein Anspruch auf

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

Wettbewerbsneutralität bestehe, wenn der Gesetzgeber die staatlichen und privaten Einrichtungen mit Leistungsauftrag den gleichen Regeln unterstellt³². Nachdem der Bundesgesetzgeber mittels Revision des KVG von 2007³³ private und öffentliche Spitäler im Bereich der Spitalfinanzierung gleichgestellt hatte, anerkannte das Bundesgericht, dass sich Privatspitäler mit Leistungsaufträgen gegenüber dem Kanton auf die Wettbewerbsneutralität bzw. den Anspruch auf Gleichbehandlung der Konkurrenten berufen können³⁴. Die Grundrechtsprüfung beschränkte sich in diesem Urteil auf Gleichbehandlungsaspekte sowie das Willkürverbot³⁵.

- 34 Die Wettbewerbsneutralität des Staats bzw. der Anspruch von Konkurrenten auf Gleichbehandlung setzt ein **direktes Konkurrenzverhältnis** voraus³⁶. Direkte Konkurrenten sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen – oder kurz: Unternehmen, welche Erzeugnisse oder Dienstleistungen gleicher Art anbieten³⁷. Öffentliche und private Listenspitäler stehen in direkter Konkurrenz zueinander, wenn sie für dieselben Leistungsspektren über Leistungsaufträge verfügen und sich dieses Angebot an die dieselben Patientinnen und Patienten richtet. Das direkte Konkurrenzverhältnis reicht dabei insoweit über die Kantonsgrenzen hinaus, als die freie Spitalwahl nach Art. 41 Abs. 1^{bis} KVG Patienten aus anderen Kantonen ermöglicht, Leistungen von Listenspitälern im Standortkanton zulasten der OKP in Anspruch zu nehmen, ohne dass dafür zusätzliche Kosten anfallen³⁸.
- 35 Der Bundesgesetzgeber verlangt in Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG, dass **private Träger-schaften angemessen in die kantonale Spitalplanung einzubeziehen** sind. Diese Bestimmung ist verfassungskonform auszulegen und anzuwenden. In Übereinstim-

³² BGE 132 V 6 E. 2.5.4 S. 16.

³³ Änderung des KVG vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung), in Kraft seit 1. Januar 2009 (AS 2008 2049).

³⁴ BGE 138 II 398 E. 3.9.3 und 3.9.4 S. 425 f.

³⁵ BGE 138 II 398 E. 3.6 S. 418 ff. (Prüfung der Rechtsgleichheit) und E. 3.7 S. 421 ff. (Prüfung des Willkürverbots).

³⁶ Statt vieler BGE 131 II 271 E. 9.2.2 S. 291.

³⁷ BGE 125 I 431 E. 4b/aa S. 435; 132 I 97 E. 2.1 S. 100; 134 III 11 E. 2.2 S. 13 f.; 139 III 165 E. 4.3.3.2 S. 173 f.

³⁸ Zusätzliche Kosten fallen dann an, wenn der Referenztarif des Wohnkantons tiefer ist als der Tarif für das beanspruchte Standortspital. – Im Bereich der hochspezialisierten Medizin (HSM) können die Angebote der Spitäler, die mit Leistungsaufträgen ausgestattet sind, schweizweit zu denselben Tarifen beansprucht werden; entsprechend ist davon auszugehen, dass in diesem Bereich zwischen den Spitalern mit gleichartigen Leistungsaufträgen schweizweit direkte Konkurrenz besteht.

Bernhard Rütche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

mung mit der bundesgerichtlichen Praxis nach der Revision des KVG von 2007 sind die Kantone entsprechend verpflichtet, in ihrer Spitalplanung den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und den Anspruch von privaten Trägerschaften auf Gleichbehandlung der Konkurrenten zu beachten³⁹.

- 36 Wenn das Bundesgericht verlangt, dass sich der Staat gegenüber Listenspitälern wettbewerbsneutral verhalten und diese als direkte Konkurrenten gleich behandeln muss, geht es davon aus, dass zwischen den Spitälern **Wettbewerb** herrscht. Die Ermöglichung von Wettbewerb zwischen – öffentlichen und privaten – Listenspitälern war denn auch erklärtes Ziel der KVG-Revision von 2007, mit der das System der neuen Spitalfinanzierung eingeführt wurde⁴⁰.
- 37 Der im Bereich stationärer OKP-Leistungen intendierte Wettbewerb ist zu unterscheiden vom **Begriff des wirksamen Wettbewerbs**, wie er dem Kartellgesetz⁴¹ und auch dem öffentlichen Beschaffungsrecht⁴² zugrunde liegt. Ein wirksamer Wettbewerb im kartell- und beschaffungsrechtlichen Sinn setzt voraus, dass der entsprechende Markt offen ist (d.h. keine übermässigen Markteintritts- und Marktaustrittsbarrieren bestehen) und die Wettbewerbsparameter (insbesondere Preis, Menge und Qualität des Angebots sowie Kundenbeziehungen und Absatzgebiete) von den Unternehmen frei von staatlicher Einflussnahme bestimmt werden können⁴³. Diese Voraussetzungen sind im Verhältnis zwischen Listenspitälern nicht erfüllt: Zum einen ist infolge der bedarfsgerechten Spitalplanung und der darauf gestützten Vergabe der Leistungsaufträge der Marktzugang eingeschränkt; zum anderen sind wesentliche Wettbewerbsparameter, namentlich die Preise (Tarife) und teilweise auch die Leistungsmengen, staatlich reguliert. Folglich besteht zwischen Listenspitälern kein wirksamer Wettbewerb⁴⁴. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Kantone gegenüber den Listenspitälern nicht zur Wettbewerbsneutralität verpflichtet wären. Der Wettbewerbsbegriff, welcher der verfassungsrechtlich gewährleisteten Wirtschaftsfreiheit zugrunde liegt, ist weiter als der kartell- und beschaffungsrechtliche Wettbewerbsbegriff. Für die

³⁹ Ebenso MOSER (Fn. 12), S. 8.

⁴⁰ Botschaft neue Spitalfinanzierung, BBl 2004 5569 ("Eine Stärkung dieses Wettbewerbsgedankens ist eines der Ziele dieser Vorlage."), 5588; BVGer, Zwischenverfügung C-6266/2013 vom 23. Juli 2013, E. 4.6.1 mit weiteren Hinweisen. Aus der Lehre RÜTSCHÉ (Fn. 11), Rz. 88.

⁴¹ Vgl. Art. 5, Art. 10, Art. 37 KG.

⁴² Namentlich HANS RUDOLF TRÜEB/DANIEL ZIMMERLI, Spitalfinanzierung und Vergaberecht, Zürich 2012, Rz. 76 ff.

⁴³ Vgl. Botschaft Kartellgesetz, BBl 1995 512 f. Aus der Lehre JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. Aufl., Zürich 2011, Art. 1 Rz. 15 ff. mit weiteren Hinweisen.

⁴⁴ Eingehend TRÜEB/ZIMMERLI (Fn. 42), Rz. 83 ff.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

Annahme von Wettbewerb im Sinn der Wirtschaftsfreiheit genügt, dass der Gesetzgeber die konkurrierenden Unternehmen den gleichen Regeln unterstellt⁴⁵, was in Bezug auf öffentliche und private Listenspitäler der Fall ist (Rz. 33).

- 38 Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität bzw. der Anspruch auf Gleichbehandlung der Konkurrenten gilt nicht absolut; Differenzierungen zwischen Konkurrenten sind unter qualifizierten Voraussetzungen zulässig. Für eine Ungleichbehandlung von Konkurrenten sind indessen **gewichtige öffentliche Interessen** erforderlich⁴⁶. Zu vermeiden sind gemäss Bundesgericht spürbare, durch das öffentliche Interesse nicht gerechtfertigte Wettbewerbsverzerrungen⁴⁷.
- 39 Sofern ein Kanton in den Leistungsaufträgen Mengenbeschränkungen hinsichtlich zusatzversicherter Patienten nur für Privatspitäler – nicht aber für öffentliche Spitäler – vorsieht, **verletzt er den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität** bzw. den Anspruch auf Gleichbehandlung der Konkurrenten. Wird die Menge zusatzversicherter Patienten nur gegenüber Privatspitälern beschränkt, resultiert daraus eine spürbare Wettbewerbsverzerrung, werden doch die zusatzversicherten Patienten auf diese Weise von den privaten in die öffentlichen Listenspitäler gelenkt. Zulässige öffentliche Interessen für eine solche Lenkung sind nicht ersichtlich. Insbesondere kann sich der Kanton nicht auf Versorgungsinteressen berufen, um die Aufnahme zusatzversicherter Patienten in Privatspitälern zu begrenzen (Rz. 21 f.). Und die Trägerschaft eines Spitals (öffentliche oder private Trägerschaft) ist für sich allein genommen kein Grund für eine unterschiedliche Behandlung⁴⁸. Die regulatorische Differenzierung zwischen öffentlichen und privaten Spitälern erweist sich damit als wirtschaftspolitische Regelung, welche die dadurch bewirkte Wettbewerbsverzerrung und Ungleichbehandlung von Konkurrenten nicht rechtfertigen kann. Es liegt eine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vor. Eine bundesverfassungsrechtliche Grundlage für eine solche Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 4 BV) existiert vorliegend nicht (vgl. Rz. 25).

⁴⁵ Vgl. BGE 132 V 6 E. 2.5.4 S. 16; 138 I 289 E. 2.8.1 S. 294; 138 II 398 E. 3.9.3 S. 425; BGer, Urteil 2P.67/2004 vom 23. September 2004, E. 1.5. Aus der Lehre MÉLANIE MADER, *Financement des hôpitaux et des soins: éléments importants des révisions LAMaI, marge de manoeuvre des cantons et rôle de la liberté économique*, *Revue suisse de droit de la santé* 2011, Rz. 215 ff.

⁴⁶ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 13), § 5 Rz. 41 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 13), Rz. 693 f.; KIENER/KÄLIN (Fn. 17), S. 419.

⁴⁷ BGE 125 I 431 E. 4b S. 436; 125 II 129 E. 10b S. 150; 130 I 26 E. 6.3.3.1 S. 53.

⁴⁸ MOSER (Fn. 12), S. 17.

2.4 Beantwortung der Frage

- 40 Die **zweite Gutachtensfrage** ist somit wie folgt zu beantworten: Eine kantonale Mengensteuerung zulasten zusatzversicherter Personen ist unzulässig. Sie widerspricht dem Grundsatz einer versicherungsneutralen Spitalplanung, welcher in verschiedener Hinsicht dem Bundesrecht zugrunde liegt (Planungskompetenzen der Kantone, Aufnahmepflicht, Rechtsgleichheit und Wirtschaftsfreiheit). Beschränkt der Kanton die Mengensteuerung zulasten zusatzversicherter Personen auf Privatspitäler, verletzt er darüber hinaus den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Wettbewerbsneutralität bzw. den Anspruch auf Gleichbehandlung von Konkurrenten.

3. Rechtliche Bedeutung von GDK-Empfehlungen

3.1 Fragestellung und Vorgehen

- 41 Die **dritte Gutachtensfrage** lautet: Welche rechtliche Bedeutung kommt den Empfehlungen der GDK bezüglich der kantonalen Konkretisierung bis auf Ebene der einzelnen Kliniken zu?
- 42 Nachfolgend ist nach der Funktion von Empfehlungen der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) in der **Gesetzgebung** (Kap. 3.2) und der **Rechtsprechung** (Kap. 3.3) zu fragen. Was die Rechtsprechung betrifft, wird zwischen der (üblichen) Auslegung und Anwendung des Rechts einerseits und der Lückenfüllung bzw. Rechtsfortbildung durch Gerichte andererseits zu unterscheiden.

3.2 Bedeutung für die Gesetzgebung

- 43 Die Empfehlungen der GDK haben in erster Linie zum Zweck, die kantonale Gesetzgebung, insbesondere die Umsetzung des KVG, anzuleiten und eine gewisse **Einheitlichkeit der kantonalen Regulierungen** zu erreichen. Die kantonale Gesetzgebung orientiert sich relativ stark an den Empfehlungen der GDK. Insbesondere die Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung von 2009 haben einen erheblichen Einfluss auf die Umsetzung der neuen Spitalfinanzierung durch die Kantone ausgeübt.
- 44 Auch auf **Bundesebene** üben die Empfehlungen und Stellungnahmen der GDK zur Umsetzung des KVG mitunter einen gewissen Einfluss auf die Gesetzgebung aus. Ein Beispiel sind die parlamentarischen Beratungen zu einer von Nationalrat Toni

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

Bortoluzzi eingereichten Initiative, die eine Streichung von Art. 51 KG (Globalbudget für Spitäler und Pflegeheime) beantragte⁴⁹. Die zuständige Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates hörte eine Vertretung der GDK an, welche sich für eine Beibehaltung der Regelung gemäss Art. 51 KVG und damit gegen die parlamentarische Initiative aussprach⁵⁰. In der anschliessenden Plenumsdebatte wurde ebenfalls auf die Stellungnahme der GDK Bezug genommen⁵¹. Der Nationalrat sprach sich in der Folge mit 107 gegen 74 Stimmen gegen die parlamentarische Initiative aus.

3.3 Bedeutung für die Rechtsprechung

- 45 Für die Rechtsprechung kantonaler und eidgenössischer Gerichte sind die GDK-Empfehlungen **nicht verbindlich**, wie auch das Bundesgericht explizit festgehalten hat⁵². Insbesondere kommen gemäss Bundesgericht die GDK-Empfehlungen zur Spitalplanung von 2009 lediglich einer Meinungsäusserung der GDK gleich; sie haben aber weder den Charakter von Rechtsnormen noch stellen sie eine rechtlich verbindliche Interpretation des KVG dar⁵³.
- 46 Die Rechtsprechung nimmt indessen immer wieder auf GDK-Empfehlungen Bezug, um bestimmte Auslegungsergebnisse zu bestätigen oder um zumindest auf die Haltung der GDK hinzuweisen⁵⁴. Soweit Gerichte GDK-Empfehlungen lediglich zur **Bestätigung von – anderweitig begründeten – Auslegungsergebnissen** heranziehen, ist aus rechtsstaatlicher Sicht nichts einzuwenden. Mit dem Gesetzmässigkeitsprinzip nicht vereinbar wäre es dagegen, wenn Gerichte GDK-Empfehlungen als eigenständige Elemente der Gesetzesauslegung verwenden würden. Die GDK-Empfehlungen gehören insbesondere nicht zu den Materialien der eidgenössischen oder kantonalen Gesetzgebung. Sie dürfen daher auch im Rahmen der historischen Auslegung keine Rolle spielen. Eine Ausnahme ist nur dann zu machen, wenn sich

⁴⁹ Parl. Initiative Nr. 12.500 "Streichung von Artikel 51 KVG", eingereicht am 13. Dezember 2012 von Nationalrat Toni Bortoluzzi.

⁵⁰ Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 20. Februar 2014.

⁵¹ AB 2014 N 800 (Bea Heim).

⁵² BGE 140 V 277 E. 4.2 S. 281.

⁵³ BGE 138 II 398 E. 2.3.5 S. 408.

⁵⁴ Vgl. etwa BGE 138 II 398 E. 3.3.2 S. 410, E. 3.10.3 S. 427, E. 5.1 und 5.2 S. 430 f., E. 6.2 S. 434, E. 8.2 S. 437; 138 V 377 E. 5.3 S. 382; 140 I 218 E. 5.6.1 S. 224; 140 V 58 E. 4.1 S. 62. Aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts etwa BVGE 2009/48, 2014/3, 2014/36, 2015/8.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

der Gesetzgeber selber im Rahmen der Ausarbeitung und Beratung eines Erlasses nachweislich an bestimmten GDK-Empfehlungen orientiert hat⁵⁵. In solchen Fällen wird die entsprechende GDK-Empfehlung gewissermassen in die Gesetzesmaterialien inkorporiert. Abgesehen von solchen Sonderfällen dürfen die GDK-Empfehlungen jedoch für die Gesetzesauslegung, insbesondere für die Auslegung des KVG und seiner Verordnungen, nicht herangezogen werden.

- 47 Soweit in einem bestimmten Bereich bundesrechtliche Vorgaben fehlen, stellt sich die Frage, ob GDK-Empfehlungen zur **Lückenfüllung bzw. Konkretisierung offener Rechtsnormen** herangezogen werden dürfen. Das Bundesverwaltungsgericht hat beispielsweise auf die GDK-Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung abgestellt, um Grundsätze zur Ermittlung der für das Benchmarking relevanten Betriebskosten zu entwickeln⁵⁶. Gemäss Bundesverwaltungsgericht vermögen die GDK-Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung eine gewisse Einheitlichkeit bei der Ermittlung der relevanten Betriebskosten zu gewährleisten. Habe sich die Vorinstanz (d.h. der kantonale Regierungsrat) an diese Empfehlungen gehalten und erscheine die Interpretation der gesetzlichen Bestimmungen als vertretbar, sei der Vorinstanz bei der Bestimmung der relevanten Betriebskosten mangels bundesrechtlicher Vorgaben zumindest für eine erste Phase der Einführung der Fallpauschalen ein sehr weiter Spielraum zuzugestehen⁵⁷.
- 48 Die Heranziehung von GDK-Empfehlungen im Rahmen der Lückenfüllung bzw. Gesetzeskonkretisierung kann insofern problematisch sein, als die Urheber der Empfehlungen – die kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren – unter Umständen nicht nur regulatorische Interessen verfolgen, sondern zugleich Anliegen der Kantone als Eigentümer öffentlicher Spitäler einfließen lassen. Die kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren üben damit – systembedingt – eine Mehrfachrolle aus⁵⁸. Wenn Gerichte beabsichtigen, bestehende rechtliche Lücken mithilfe einer GDK-Empfehlung zu schliessen, sollten sie daher kritisch prüfen, ob die fragliche Empfehlung **trägerschaftsneutral** ausgestaltet ist und nicht einseitig dem Schutz kantonseigener (öffentlicher) Spitäler dient. Kann ein "parteiischer" Charakter der Empfehlung ausgeschlossen werden und zeigt sie praktikable Wege auf, wie die

⁵⁵ Vgl. BGE 140 V 563 E. 4.1 S. 568.

⁵⁶ BVGE 2014/3.

⁵⁷ BVGE 2014/3 E. 3.2.7.

⁵⁸ Namentlich TOMAS POLEDNA, Die Stellung der Privatspitäler als Leistungserbringer in der sozialen Krankenversicherung und im Bereich der Zusatzversicherungen, in: Jusletter 16.05.2005, Rz. 16.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

krankenversicherungsrechtlichen Vorgaben umgesetzt werden können, ist gegen deren Verwendung im Rahmen der Lückenfüllung indessen nichts einzuwenden.

- 49 Vorausgesetzt ist dabei immer, dass dem anwendbaren Bundesrecht mittels Auslegung keine Antwort auf die zur Diskussion stehende Streitfrage entnommen werden kann⁵⁹. Zudem sind die Gerichte bei der Lückenfüllung an die **dem Gesetz selbst zugrunde liegenden Zielsetzungen und Werte** gebunden⁶⁰. Widerspricht eine GDK-Empfehlung den Zielsetzungen des KVG, darf sie schon aus diesem Grund von Gerichten nicht verwendet werden.

3.4 Beantwortung der Frage

- 50 Die **dritte Gutachtensfrage** ist somit wie folgt zu beantworten: Die Empfehlungen der GDK sind für Gerichte nicht verbindlich und dürfen für die Gesetzesauslegung, insbesondere für die Auslegung des KVG und seiner Verordnungen, nicht herangezogen werden. Zur Lückenfüllung bzw. Konkretisierung offener Rechtsnormen dürfen Gerichte auf GDK-Empfehlungen abstellen, falls diese trägerschaftsneutral ausgestaltet sind und mit den Zielsetzungen des KVG vereinbar sind.

4. Steuerung stationärer Leistungen mittels Globalbudgets

4.1 Fragestellung und Vorgehen

- 51 Die **vierte Gutachtensfrage** lautet: Darf der Kanton und gegebenenfalls wie darf der Kanton mit dem Instrument des Globalbudgets die stationär erbrachten KVG-Leistungen steuern?

⁵⁹ Zum Lückenbegriff BGE 140 III 206 E. 3.5.1 S. 213: "Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Eine Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann (...)."

⁶⁰ BGE 129 II 401 E. 2.3 S. 403; 140 III 206 E. 3.5.1 S. 213.

- 52 Zunächst ist zu fragen, **ob** das Globalbudget unter dem Regime der neuen Spitalfinanzierung überhaupt noch ein rechtlich zulässiges Steuerungsinstrument darstellt (Kap. 4.2). Geht man davon aus, dass dies der Fall ist, stellt sich die Anschlussfrage, **wie** der Kanton mittels Globalbudget die stationären Leistungen steuern darf (Kap. 4.3). Insbesondere soll dabei erörtert werden, ob eine Steuerung stationärer Leistungsmengen auf die eigene Kantonsbevölkerung beschränkt ist oder ob sie auch **ausserkantonale Patientinnen und Patienten** erfasst (Kap. 4.4).

4.2 Zulässigkeit von Globalbudgets

- 53 Gemäss Art. 51 Abs. 1 KVG dürfen die Kantone als finanzielles Steuerungsinstrument einen Gesamtbetrag (Globalbudget) für die Finanzierung der Spitäler oder der Pflegeheime festsetzen, allerdings unter explizitem Vorbehalt der Kostenaufteilung gemäss Art. 49a KVG. Diese Bestimmung befand sich schon im KVG vor Inkrafttreten der neuen Spitalfinanzierung von 2007, mit dem Unterschied, dass sich der Vorbehalt dort auf Art. 49 Abs. 1 KVG bezog, d.h. auf die Kostenübernahme durch die Krankenversicherung, welche auf höchstens 50% der Kosten pro Patient oder Versicherten-Gruppe begrenzt war. Mit dem Übergang vom System der Finanzierung der einzelnen Einrichtungen (Objektfinanzierung) zu demjenigen der Finanzierung der Leistungen ist das Globalbudget an sich **systemwidrig** geworden⁶¹.
- 54 Auch das **Bundesgericht** hat im Urteil von 2012 betreffend das im Tessiner Einführungsgesetz zum KVG vorgesehene Globalbudget festgehalten, dass mit der Möglichkeit eines Globalbudgets das Konzept der Leistungsfinanzierung nicht konsequent umgesetzt wird⁶². Indem der Bundesgesetzgeber aber trotz des neuen Finanzierungskonzeptes am Institut des Globalbudgets ausdrücklich festgehalten hat, habe er in Kauf genommen, dass kein völlig reines Konzept entstanden ist. Hätte er die Möglichkeit eines Globalbudgets ausschliessen wollen, so hätte er Art. 51 KVG streichen müssen, was aber nicht geschah⁶³. Der Vorbehalt von Art. 49a KVG, der in Art. 51 Abs. 1 KVG angebracht ist, könne deshalb nur so verstanden werden, dass das Globalbudget mindestens 55% der Kosten der Leistungen betragen müsse, ohne dass es für jeden einzelnen Fall separat auszurichten sei⁶⁴. Entsprechend kam das Bundes-

⁶¹ RÜTSCHÉ (Fn. 11), Rz. 218.

⁶² BGE 138 II 398 E. 4.5 S. 428 sowie E. 4.6 S. 429.

⁶³ BGE 138 II 398 E. 4.6 S. 429.

⁶⁴ BGE 138 II 398 E. 4.6 S. 429.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

gericht zum Schluss, dass ein auf Listenspitäler mit Sitz im Kanton beschränktes Globalbudget im Einklang mit dem Bundesrecht steht⁶⁵.

- 55 Der **Bundesgesetzgeber** befasste sich im Zusammenhang mit der bereits erwähnten parlamentarischen Initiative von Nationalrat Bortoluzzi⁶⁶ im Jahr 2014 ebenfalls mit dem in Art. 51 KG vorgesehenen Globalbudget für Spitäler und Pflegeheime. Die Mehrheit der vorberatenden parlamentarischen Kommission wie anschliessend auch das Plenum des Nationalrats kamen zum Schluss, dass es keinen stichhaltigen Grund gebe, den Kantonen die Möglichkeit zu entziehen, einen Gesamtbetrag für die Finanzierung der Spitäler oder Pflegeheime festzusetzen⁶⁷. Derzeit würden namentlich die Kantone Genf, Waadt und Tessin Globalbudgets anwenden. Globalbudgets liessen sich durchaus mit verschiedenen Elementen der neuen Spitalfinanzierung in Einklang bringen, so etwa mit der dual-fixen Finanzierung nach Art. 49a KVG (55% Kanton / 45% Versicherer). Die angestrebte landesweite Vergleichbarkeit von Spitälern sei gewährleistet, da die Kosten und nicht ihre Finanzierung verglichen würden. Schliesslich sei es auch unter einem Regime von Globalbudgets möglich, dass sich gewisse Spitäler auf bestimmte Leistungen spezialisierten⁶⁸.
- 56 Globalbudgets für bestimmte Verwaltungseinheiten können insoweit ein sinnvolles Steuerungsinstrument sein, als die Finanzierung dieser Verwaltungseinheiten nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, d.h. eine **nicht gebundene Ausgabe** des Staates darstellt. Dies war nach altem Krankenversicherungsrecht der Fall, als es den Kantonen freigestellt war, in welchem Ausmass sie Spitäler subventionieren wollten. Mit der KVG-Revision von 2007 sind jedoch die Kantone verpflichtet worden, einen Anteil von mindestens 55% der grundversicherten stationären Behandlungskosten zu übernehmen (Art. 49a Abs. 1 KVG). Die Höhe dieser Kosten hängt von den Tarifen (Fallpauschalen) und der Anzahl grundversicherter Fälle ab. Der Kanton ist kraft Bundesrecht verpflichtet, die daraus resultierenden Gesamtkosten anteilmässig zu übernehmen. Eine Steuerung, d.h. Begrenzung dieser – gebundenen – Ausgaben mittels Globalbudget wäre schlicht bundesrechtswidrig. Dies verdeutlicht Art. 51 Abs. 1 KVG, indem er die Kostenaufteilung nach Art. 49a KVG ausdrücklich vorbehält. Insoweit hat das

⁶⁵ BGE 138 II 398 E. 4.7 S. 429.

⁶⁶ Parl. Initiative Nr. 12.500 "Streichung von Artikel 51 KVG", eingereicht am 13. Dezember 2012 von Nationalrat Toni Bortoluzzi.

⁶⁷ Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 20. Februar 2014; AB 2014 N 800.

⁶⁸ Zum Ganzen Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 20. Februar 2014; AB 2014 N 800 f. (Bea Heim und Isabelle Moret).

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

Globalbudget als Instrument zur Steuerung der Spitalversorgungskosten im System der neuen Spitalfinanzierung keinen Platz mehr.

- 57 Wie erwähnt qualifizierte das Bundesgericht das im Kanton Tessin vorgesehene Globalbudget dennoch nicht als bundesrechtswidrig (Rz. 54), und der Bundesgesetzgeber hat auch nach dieser Bundesgerichtsentscheid am Instrument des Globalbudgets festgehalten – dies im Wissen um die Konflikte mit dem System der leistungsbezogenen Spitalfinanzierung (Rz. 55). Sowohl das Bundesgericht als auch der Bundesgesetzgeber verstehen dabei das Globalbudget aber nicht als direktes Steuerungsinstrument, das die nach Art. 49a KVG geschuldete Abgeltung beschränken würde. Vielmehr bleibt der Anspruch von Listenspitälern auf Abgeltung für stationäre Behandlungen, die im Rahmen der Leistungsaufträge durchgeführt worden sind, vollumfänglich gewahrt. Das Bundesgericht hat ausdrücklich festgehalten, dass das Globalbudget mindestens 55% der Behandlungskosten betragen müsse⁶⁹. Im Parlament wurde präzisiert, dass die Globalbudgets für die einzelnen Listenspitäler aufgrund der prognostizierten Leistungsmengen bestimmt werden⁷⁰. **Grundlage für die Globalbudgets sind somit Leistungsmengen**, die vom Kanton in den Leistungsaufträgen an die Listenspitäler festgelegt werden. Die Leistungsmengen sind die primäre Grösse; die Globalbudgets für die Spitäler ergeben sich aus einer Multiplikation der Leistungsmengen mit den Fallpauschalen, welche für die fraglichen Leistungen (Diagnosen und Verfahren) vorgesehen sind.
- 58 Wenn die Globalbudgets für die einzelnen Spitäler aufgrund von Leistungsmengen festgelegt werden und diese Leistungsmengen Eingang in die Leistungsaufträge finden, bleibt der **Anspruch der Listenspitäler auf Abgeltung gemäss Art. 49a KVG** grundsätzlich gewahrt. Überschreitet ein Listenspital die vorgegebene Leistungsmenge, entfällt der Anspruch auf Abgeltung, weil Mengenüberschreitungen nicht mehr vom Leistungsauftrag abgedeckt sind. Entsprechend gerät eine Finanzierungsbeschränkung durch das an der Leistungsmenge ausgerichtete Globalbudget nicht in Konflikt mit der Abgeltung nach Art. 49a KVG. Vorbehalten bleiben medizinisch gerechtfertigte, in der Leistungsbegrenzung jedoch nicht berücksichtigte Mengenausweitungen, etwa solche infolge unerwarteter epidemiologischer oder demographi-

⁶⁹ BGE 138 II 398 E. 4.6 S. 429.

⁷⁰ AB 2014 N 800 f. (Bea Heim und Isabelle Moret). Ebenso Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 20. Februar 2014.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

scher Entwicklungen⁷¹. Um die Kostenaufteilung nach Art. 49a KVG einzuhalten, ist in solchen Fällen eine Nachzahlung seitens des Kantons erforderlich.

- 59 Eine Steuerung mit dem Instrument des Globalbudget wäre im Übrigen auch noch auf andere Weise möglich, ohne die Kostenaufteilung nach Art. 49a KVG anzutasten: Der Kanton könnte einen Gesamtbetrag für die stationären OKP-Leistungen festlegen und davon ausgehend die Tarife (Basispreise) so beeinflussen, dass der spitalplanerisch ausgewiesene Bedarf mit diesem Gesamtbetrag gedeckt werden kann. In einem solchen System wäre das Globalbudget Grundlage für die **Steuerung der Tarife** bei gegebenen Leistungsmengen. Eine solche Steuerung müsste im Rahmen von Tarifgenehmigungs- oder Tariffestsetzungsverfahren (Art. 46 Abs. 4 bzw. Art. 47 Abs. 1 KVG) erfolgen, und zwar unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit; dieser Tarifgestaltungsgrundsatz bezweckt nicht nur eine effiziente Leistungserbringung, sondern verlangt auch, dass die Auswirkungen von Tarifen auf das Leistungsvolumen und damit auf die Gesamtkosten der OKP berücksichtigt werden⁷².
- 60 Globalbudgets sind somit nach der Praxis von Bundesgericht und Bundesgesetzgeber **nach wie vor zulässig**, um stationäre Leistungen zu steuern. Voraussetzung ist die Einhaltung der Kostenaufteilung nach Art. 49a KVG. Das bedeutet zum einen, dass die Globalbudgets für die einzelnen Listenspitäler entweder in Abhängigkeit der in den Leistungsaufträgen vorgegebenen Leistungsmengen festzulegen sind oder als Grundlage für die Steuerung der Tarife verwendet werden. Zum anderen hat der Kanton eine Nachzahlung zu leisten, wenn es zu medizinisch gerechtfertigten, in der Spitalplanung nicht berücksichtigten Mengenausweitungen kommt.

4.3 Art der Steuerung mittels Globalbudgets

- 61 Der Nationalrat ging im Zusammenhang mit der Beratung der parlamentarischen Initiative von Toni Bortoluzzi von 2012 davon aus, dass Globalbudgets wie folgt **funktionieren**: "Die Budgets werden aufgrund der prognostizierten Leistungsmenge festgelegt. Überschreitet ein Spital im Laufe des Jahres diese Menge, erhält es nur die Grenzkosten der zusätzlich erbrachten Leistungen vergütet (zum Beispiel 40 Prozent). Es hat daher keinen Anreiz, eine Mengenausweitung zu betreiben. Unterschreitet das Spital die geplante Leistungsmenge, werden ebenfalls nur die Grenzkosten abgezogen. Sind die Grenzkosten gedeckt, kann das Spital seine Leistungen dem

⁷¹ Vgl. RÜTSCHÉ (Fn. 11), Rz. 118.

⁷² Dazu RÜTSCHÉ (Fn. 11), Rz. 203 ff. mit weiteren Hinweisen.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

Bedarf anpassen; Patientinnen und Patienten müssen also nicht in ein anderes Spital oder gar in einen anderen Kanton ausweichen."⁷³

- 62 Im Fall einer **Überschreitung der Leistungsmenge** durch ein Listenspital werden nach diesem System der Globalbudgetierung somit pro Behandlung nur noch die Grenzkosten bezahlt. Die Grenzkosten (auch Marginalkosten) sind diejenigen Kosten, die mit einer zusätzlichen Mengeneinheit eines Produktes oder einer Dienstleistung verbunden sind. In den Grenzkosten nicht enthalten sind die Fixkosten, die dem Spital für die Bereitstellung der Infrastruktur (z.B. Gebäude, Geräte, Ausrüstungen) und des Betriebs (z.B. Gehälter für administrative Spitalmitarbeiter) entstehen.
- 63 Wie erwähnt bemerkte der Nationalrat, dass die Patientinnen und Patienten nicht in ein anderes Spital oder gar in einen anderen Kanton ausweichen müssen, wenn die Grenzkosten gedeckt sind (Rz. 61). Entsprechend ging der Nationalrat davon aus, dass auf diese Weise bei einer Globalbudgetierung die **freie Spitalwahl** gewahrt bleibt. Auch die im Rahmen der Beratung angehörte Vertretung der GDK hielt fest, dass ein Globalbudget in jedem Fall so ausgestaltet sein müsse, dass die freie Spitalwahl nicht eingeschränkt werde⁷⁴. Zu bedenken ist allerdings, dass bei einer Überschreitung der im Leistungsauftrag festgelegten Leistungsmenge auch die Aufnahmepflicht der Listenspitäler wegfällt. Denn die Aufnahmepflicht besteht gemäss Art. 41a Abs. 1 KVG nur im Rahmen der Leistungsaufträge⁷⁵. Listenspitäler können damit die Aufnahme von Patienten verweigern, wenn die vorgegebenen Leistungsmengen erreicht sind. Die freie Spitalwahl ist insofern auch im Rahmen einer Globalbudgetierung, welche die Bezahlung der Grenzkosten bei Mengenüberschreitungen vorsieht, nicht vollumfänglich gewahrt.
- 64 Hinzu kommt ein weiteres rechtliches Problem: Die Bezahlung der Grenzkosten bei Mengenüberschreitungen kann sich nicht auf Art. 49a KVG abstützen, weil solche Mengenüberschreitungen nicht von den Leistungsaufträgen abgedeckt sind. Bei der Bezahlung von Grenzkosten handelt es sich folglich um eine **kantonale Subvention**, die ausserhalb des KVG steht. Solche Subventionen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage und müssen auf einem hinreichenden öffentlichen Interesse beruhen (Art. 5 Abs. 1 und 2 BV). Das öffentliche Interesse könnte darin erblickt werden, Pati-

⁷³ Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 20. Februar 2014. Sodann AB 2014 N 800 f. (Bea Heim und Isabelle Moret).

⁷⁴ Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 20. Februar 2014.

⁷⁵ BGE 138 II 398 E. 3.8.2 S. 424.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

entinnen und Patienten soweit wie möglich die freie Spitalwahl zu gewährleisten, indem Listenspitäler vor Verlusten bewahrt werden, wenn sie in Überschreitung der vorgegebenen Leistungsmengen Behandlungen durchführen.

- 65 Akuter wird das Problem, wenn Listenspitäler die vorgegebenen **Leistungsmengen unterschreiten**. Werden in solchen Fällen vom zugesprochenen Globalbudget lediglich die Grenzkosten der nicht erbrachten Leistungsmenge abgezogen, bleibt unter dem Strich ein Betrag, der die nach Art. 49a KVG tatsächlich geschuldeten Abgeltungen übersteigt. Mit diesem Betrag werden die Fixkosten des betreffenden Listenspitals subventioniert. Es handelt sich um eine kantonale Subvention, mit der die Aufrechterhaltung von nicht genutzten Spitalkapazitäten finanziert wird⁷⁶.
- 66 Solche Subventionen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten von Listenspitälern führen zu spürbaren **Wettbewerbsverzerrungen**. Zwar kann die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten notwendig sein, um die Spitalversorgung zu gewährleisten. Eine Abgeltung solcher versorgungsnotwendiger Vorhalteleistungen durch die Kantone⁷⁷ ist daher durchaus verfassungskonform. Im Zusammenhang mit der Ausrichtung von Globalbudgets an Listenspitäler wird jedoch nicht geprüft, ob die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten versorgungsnotwendig ist. Ein zulässiges öffentliches Interesse, das eine Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten an sich rechtfertigen könnte, ist nicht ersichtlich. Vielmehr läuft die Aufrechterhaltung nicht genutzter Spitalkapazitäten dem bundesrechtlich vorgegebenen Planungsziel einer effizienten Ressourcennutzung (Wirtschaftlichkeit)⁷⁸ diametral zuwider. Eine Regelung, wonach bei Unterschreitung der vorgegebenen Leistungsmengen vom zugesprochenen Globalbudget lediglich die Grenzkosten abgezogen werden, widerspricht folglich dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und dem Anspruch auf Gleichbehandlung von Konkurrenten (zur Geltung dieser Verfassungsgarantien im Verhältnis zwischen Listenspitälern Rz. 33 ff.); eine solche Regelung ist mithin verfassungswidrig.

⁷⁶ In der parlamentarischen Debatte zur Initiative von Nationalrat Toni Bortoluzzi wurden denn auch die entsprechenden, mit dem Globalbudget für Spitäler verbundenen Vorteile hervorgehoben: "Par conséquent, c'est là un avantage: limitation du volume des prestations – puisqu'il y a un volume prévu; moindre prise en charge par les cantons si le volume est dépassé; et en échange, lorsque le volume prévu n'est pas atteint ou lorsqu'il y a par exemple fermeture d'une salle d'opération, le canton participe pour partie aux coûts marginaux." (AB 2014 N 801 [Isabelle Moret]).

⁷⁷ Vgl. z.B. Art. 67 ff. Spitalversorgungsgesetz des Kantons Bern vom 13. Juni 2013 (SpVG; BSG 812.11).

⁷⁸ Zur Wirtschaftlichkeit als Planungskriterium Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG und Art. 58b Abs. 4 Bst. a und Abs. 5 KVV. Aus der Rechtsprechung statt vieler BGE 126 V 172 E. 4a S. 176; BVGE 2010/15 E. 4.1 S. 182; BVGer, Urteil C-6266/2013 vom 29. September 2015, E. 4.5.

Bernhard Rüttsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

67 Aus dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und dem Anspruch auf Gleichbehandlung folgt darüber hinaus, dass der Kanton die öffentlichen und privaten Spitäler bei der Zuteilung von Globalbudgets und Leistungsmengen **gleich zu behandeln** hat. Verfassungswidrig wäre eine Praxis, die nur einem Teil der Listenspitäler Globalbudgets und Mengenbeschränkungen vorgibt. Die Aufteilung der Globalbudgets und Mengenbeschränkungen auf die verschiedenen Spitäler muss nach sachlichen Gründen erfolgen. Massgebend sind die Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung (Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG und Art. 58b Abs. 4 Bst. a KVV). In Betracht zu ziehen ist zudem der Bedarf der Patientinnen und Patienten nach den jeweiligen Leistungen der einzelnen Spitäler (vgl. Art. 58b Abs. 4 Bst. b KVV). Mit Blick auf die Qualität und Wirtschaftlichkeit ist insbesondere darauf zu achten, dass den Listenspitälern ermöglicht wird, genügend hohe Fallzahlen zu erzielen (vgl. Art. 58b Abs. 5 Bst. c KVV).

4.4 Mengenbeschränkungen zulasten ausserkantonaler Patienten

- 68 Wie gesehen beruhen Globalbudgets für Listenspitäler auf einer Steuerung von Leistungsmengen im Rahmen der Spitalplanung (Rz. 57). Dabei stellt sich die besondere Frage, ob die Begrenzung der Leistungsmengen nur die eigene Kantonsbevölkerung betrifft, oder ob sie auch auf **ausserkantonale Patientinnen und Patienten** Anwendung findet, welche sich im Rahmen der freien Spitalwahl nach Art. 41 Abs. 1^{bis} KVG in einem Listenspital im Standortkanton behandeln lassen.
- 69 Das **Bundesgericht** hat im Urteil zum KVG-Einführungsgesetz des Kantons Tessin die Frage offengelassen, ob Mengenbeschränkungen auch auf ausserkantonale Patienten anwendbar sind⁷⁹. Die Lehre sei der Ansicht, dass solche Beschränkungen nicht für ausserkantonale Patienten gelten dürfen, da diese sonst in ihrer freien Spitalwahl eingeschränkt würden⁸⁰. Man dürfe sich allerdings fragen, ob dies tatsächlich der Fall sei. Denn die freie Spitalwahl gemäss Art. 41 Abs. 1^{bis} KVG zwingt die Spitäler nicht, unbegrenzt ausserkantonale Patienten aufzunehmen.
- 70 Das **Bundesverwaltungsgericht** hatte neulich die Frage zu beurteilen, ob der Kanton Graubünden befugt ist, im Psychatriebereich auf der Spitalliste Kapazitäten zuzulassen, die den Bedarf der eigenen Kantonsbevölkerung übersteigen und Raum für die Aufnahme von Patienten aus dem Kanton Zürich schaffen. Das Bundesverwaltungsgericht verneinte die Frage mit dem Argument, dass es nach wie vor Ziel der

⁷⁹ BGE 138 II 398 E. 3.8.1.3 S. 424.

⁸⁰ Mit Verweis auf RÜTSCHÉ (Fn. 11), S. 51 f., 56 f.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

Spitalplanung sei, die Kosten einzudämmen bzw. Überkapazitäten zu vermeiden⁸¹. Eine bedarfsgerechte Versorgungsplanung bedeute grundsätzlich, dass diese den Bedarf – aber nicht mehr als diesen – deckt⁸². Die Spitalplanung des Kantons Graubünden sei im Psychatriebereich nicht bedarfsgerecht erfolgt und entspreche deshalb den bundesrechtlichen Anforderungen nicht⁸³. – Die vorliegend interessierende Frage, ob sich Mengenbegrenzungen in den Leistungsaufträgen eines Kantons auch zulasten ausserkantonaler Patienten auswirken, hat das Bundesverwaltungsgericht in diesem Urteil jedoch nicht entschieden.

71 Die aufgeworfene Frage war indessen Gegenstand eines **Urteils des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Waadt** vom 14. Juli 2015⁸⁴. Dem Urteil lag folgende Konstellation zugrunde: Patienten aus dem Kanton Waadt liessen sich in mehreren, im Kanton Genf gelegenen und auf der Genfer Spitalliste aufgeführten privaten Kliniken behandeln. In den Leistungsaufträgen an die Genfer Kliniken waren für jeden Bereich die maximal zulässigen jährlichen Leistungsmengen festgelegt. Die zentrale Streitfrage bestand darin, ob die Leistungsbegrenzungen auch für Patienten aus dem Kanton Waadt massgebend sind. Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Waadt kam zum Schluss, dass dies der Fall ist und folglich der Kanton Waadt nicht verpflichtet ist, bei einer Überschreitung der vom Kanton Genf festgesetzten Leistungsbegrenzungen die Vergütung gemäss Art. 41 Abs. 1^{bis} KVG zu leisten. Wegleitend waren dabei folgende Erwägungen:

- Die Spitalplanung habe zum Ziel, sowohl Unter- als auch **Überkapazitäten an stationären Einrichtungen zu verhindern**. Dabei müssen die Kantone gemäss Art. 58b Abs. 2 KVV im Rahmen ihrer Spitalplanung auch dem Angebot Rechnung tragen, das von Spitälern erbracht wird, die nicht auf der Spitalliste figurieren, z.B. dem Angebot von Listenspitälern in Nachbarkantonen. (E. 5c)
- Die **Pflicht zu einer interkantonalen Koordination der Spitalplanungen** (Art. 39 Abs. 2 KVG) sei ein wichtiger Grund dafür, die Mengenbegrenzungen der Genfer Listenspitäler auch auf die Patienten aus dem Kanton Waadt anzuwenden. Denn ansonsten könnten die Genfer Listenspitäler ohne Grenzen Waadtländer Patienten aufnehmen, während die Waadtländer Kliniken die im eigenen

⁸¹ E. 4.3.4 und E. 4.5.

⁸² BVGer, Urteil C-6266/2013 vom 29. September 2015, E. 4.1. Ebenso Zwischenverfügung C-6266/2013 vom 23. Juli 2014, E. 4.6.1 m.w.H.

⁸³ BVGer, Urteil C-6266/2013 vom 29. September 2015, E. 5.

⁸⁴ Cour des assurances sociales du Canton de Vaud, Arrêt du 14 juillet 2015, AM 15/14, 16/14, 17/14 – 27/2015 (noch nicht rechtskräftig).

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

Kanton Patienten domizilierten Patienten nur im Rahmen ihrer Leistungsaufträge behandeln dürften. (E. 5d)

- Die **Spitalplanung wäre stark beeinträchtigt**, wenn Leistungsbegrenzungen nicht für ausserkantonale Patienten gelten würden. Zudem könnten sich Wettbewerbsverzerrungen zwischen Listenspitälern verschiedener Kantone und selbst zwischen Listenspitälern im gleichen Kanton ergeben, falls einige davon Leistungsaufträge eines anderen Kantons haben und andere nicht. Die Kantone hätten auf diese Weise einen Anreiz zu verhindern, dass Nachbarkantone den im eigenen Kanton gelegenen Spitälern Leistungsaufträge erteilen, was nicht der Sinn der revidierten Gesetzgebung über die Spitalfinanzierung sei. (E. 5d)
- Es wäre schwer verständlich, wenn für Patienten, die **in der Nähe einer Kantongrenze** wohnen, infolge einer Mengenüberschreitung ein Spitalaufenthalt im eigenen Kanton nicht vergütet würde, während sie sich im Nachbarkanton ohne Begrenzung in Listenspitälern zulasten des Kantons behandeln lassen könnten. Aufgrund dieser Situation könnte es rasch zu einer vermehrten Ansiedlung von Spitälern in der Nähe der Kantongrenzen kommen, was die kantonalen Spitalplanungsmassnahmen vereiteln würde. (E. 5d)
- Eine Anwendung von Mengenbegrenzungen auf ausserkantonale Patienten würde **die freie Spitalwahl und den Spitalwettbewerb nicht vollständig unterdrücken**. Der Kanton Waadt habe im Rahmen seiner Spitalplanung die Patientenströme in Genfer Kliniken zu berücksichtigen und gegebenenfalls das Angebot auf der Spitalliste im eigenen Kanton zu reduzieren. Auf diese Weise finde, wenn auch in abgeschwächter und verzögerter Weise, durchaus ein Wettbewerb zwischen Spitälern von Nachbarkantonen statt. (E. 5e)
- Eine **gemeinsame Spitalplanung** der Kantone Waadt und Genf hätte im Übrigen dieselben Auswirkungen auf die freie Spitalwahl wie die Anwendung von Leistungsbegrenzungen auf ausserkantonale Patienten. (E. 5e)
- Die **Aufnahmepflicht** von Listenspitälern gilt gemäss Art. 41a Abs. 1 und 2 KVG nur im Rahmen ihrer Leistungsaufträge. Aus dieser Bestimmung geht somit ebenfalls hervor, dass die freie Spitalwahl nur im Rahmen der Leistungsaufträge gelte. (E. 5f)

72 Die Begrenzung von Leistungsmengen im Rahmen der kantonalen Spitalplanung ist gemäss Rechtsprechung ein zulässiges Instrument, um die zulasten der OKP und der Kantone entstehenden Kosten einzudämmen; die Kantone dürfen somit den Listenspitälern in den Leistungsaufträgen maximale Leistungsmengen vorgeben – müssen

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

dies von Bundesrechts wegen aber nicht tun⁸⁵. Die Frage lautet, ob solche Mengenbegrenzungen auch ausserkantonale Patientinnen und Patienten erfassen. Das Bundesrecht regelt diese Frage nicht ausdrücklich. Indessen lassen sich allenfalls aus dem Zusammenhang mit anderen krankensicherungsrechtlichen Regelungen Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage gewinnen. Im Vordergrund steht der Zusammenhang mit dem **Institut der freien Spitalwahl** (Art. 41 Abs. 1^{bis} KVG).

- 73 Die freie Spitalwahl in Bezug auf alle Listenspitäler in der Schweiz wurde mit der KVG-Revision von 2007 (neue Spitalfinanzierung) eingeführt. In der **Parlamentsdebatte** brachten verschiedene Ratsmitglieder vor, dass die Einführung der freien Spitalwahl die kantonale Spitalplanung erschweren oder gar aushebeln würde⁸⁶. Entsprechend sprachen sich die Kantone damals auch gegen die freie Spitalwahl aus⁸⁷. Dem wurde entgegengehalten, dass die freie Spitalwahl das Denken in grösseren Versorgungsregionen fördere, zur Koordination zwischen den Kantonen zwingen und zu mehr interkantonalen Planung führe, womit auch Überkapazitäten abgebaut werden könnten⁸⁸.
- 74 Das Parlament war sich somit bewusst, dass die freie Spitalwahl die kantonale Spitalplanung zu einem gewissen Grad relativieren würde⁸⁹. Diese Relativierung der kantonalen Spitalplanung war insofern geradezu gewollt, als dass damit ein Anreiz zu einer vermehrten interkantonalen Koordination der Spitalplanungen oder gar einer gemeinsamen Planung mehrerer Kantone einhergehen sollte. Wenn nun Kantone Mengenbegrenzungen auch zulasten ausserkantonalen Patienten anwenden, wird dieser **Wille des historischen Gesetzgebers** unterlaufen. Denn die Kantone sind auf diese Weise nicht gehalten, sich zur Steuerung der Leistungsmengen und Eindämmung der Kosten untereinander zu koordinieren. Vielmehr dehnen die Kantone ihre Mengenbegrenzungen auf die Bevölkerungen der Nachbarkantone (und letztlich der ganzen Schweiz) aus, was eine Koordination der Spitalplanung insoweit obsolet macht. Der vom Parlament mit dem Institut der freien Spitalwahl angestrebte Anreiz

⁸⁵ Grundlegend BGE 138 II 398 E. 3 S. 408 ff. Sodann BVGer, Urteil C-4302/2011 vom 15. Juli 2015, E. 6.2.2.

⁸⁶ Vgl. AB 2007 N 439 (Franziska Teuscher), 441 (Thérèse Meyer), 441 (Kommissionsprecherin Ruth Humbel); vgl. auch AB 2007 S 754 (Urs Schwaller), 755 (Bundesrat Pascal Couchepin).

⁸⁷ Vgl. AB 2007 N 440 (Pierre Triponez), 441 (Bundesrat Pascal Couchepin), 441 (Kommissionsprecherin Ruth Humbel); AB 2007 S 754 (Urs Schwaller). BGE 138 II 398 E. 3.7.3 S. 422.

⁸⁸ Vgl. AB 2007 N 440 (Jacqueline Fehr), 440 (Toni Bortoluzzi); AB 2007 N 441 (Bundesrat Pascal Couchepin), 441 f. (Kommissionsprecherin Ruth Humbel).

⁸⁹ So auch BGE 138 II 398 E. 3.7.4 S. 423.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

zu mehr interkantonalen Koordination bzw. interkantonalen Planung wird damit ausgehebelt, wenn Mengenbegrenzungen ausserkantonale Hospitalisationen einschliessen.

- 75 Mit der Einführung der freien Spitalwahl verfolgt der Gesetzgeber des Weiteren den Zweck, den **Qualitätswettbewerb zwischen den Listenspitälern** über die Kantons-grenzen hinweg zu stärken⁹⁰. Dieser Wettbewerb kann nur funktionieren, wenn die Kantone zumindest in Bezug auf ausserkantonale Patienten keine Mengenbegren-zungen vorsehen. Ansonsten haben Listenspitäler keinerlei Motivation, ausserkanto-nale Patienten zulasten der OKP aufzunehmen, weil sie dadurch ihr – auf die Bevöl-kerung des Standortkantons abgestimmtes – Kontingent belasten würden. Den Spitäl-ern ist es in diesem Fall nicht möglich, im Grundversicherungsbereich durch gute Qualität mehr Patienten anzuziehen als von der kantonalen Spitalplanung vorgese-hen. Entsprechend spielen auch die durch das Wettbewerbsprinzip hervorgebrachten Anreize zu Qualitätsverbesserungen nicht. Falls somit Mengenbegrenzungen auch auf ausserkantonale Patienten angewendet werden, wird der vom Gesetzgeber in-tendierte interkantonale Spitalwettbewerb im Endeffekt vereitelt.
- 76 Das Institut der freien Spitalwahl und die mit ihm verfolgten Zwecke werden somit ausgehebelt, wenn Mengenbegrenzungen, die auf die eigene Kantonsbevölkerung abgestimmt sind, auf ausserkantonalen Patienten angewendet werden. Umgekehrt lassen sich die **Ziele einer bedarfsgerechten Spitalplanung**, wie sie in Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG verankert ist, auch dann erreichen, wenn ausserkantonale Patien-ten von Mengenbegrenzungen ausgenommen sind. Insbesondere werden die Ziele der optimalen Ressourcennutzung und der Kosteneindämmung⁹¹ nicht obsolet. Viel-mehr haben es die Kantone nach wie vor in der Hand, namentlich durch Auswahl der qualitativ und wirtschaftlich besten Spitäler, eine Konzentration von Leistungsangebo-ten⁹² sowie eine Koordination ihrer Planungen oder eine gemeinsame Planung auf die genannten Ziele hinzuwirken. Im Übrigen ist Folgendes zu bemerken: Wenn es mit der in Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG vorgesehenen Pflicht zu einer bedarfsgerechten Spi-talplanung vereinbar ist, dass Kantone von Mengenbegrenzungen absehen (Rz. 72), dann ist es umso mehr mit der Planungspflicht vereinbar, ausserkantonale Hospitali-sationen von allfälligen Mengenbegrenzungen auszunehmen. Die bundesrechtliche Pflicht zu einer bedarfsgerechten Spitalplanung verlangt damit keineswegs, dass ausserkantonale Hospitalisationen von Mengenbegrenzungen miterfasst werden.

⁹⁰ Vgl. namentlich AB 2007 N 414 (Kommissionsprecherin Ruth Humbel), 440 (Pierre Triponez), 440 (Toni Bortoluzzi), 441 (Thérèse Meyer).

⁹¹ Vgl. die Hinweise in Fn. 27 sowie BVGer, Urteil C-6266/2013 vom 29. September 2015, E. 4.5.

⁹² Vgl. BVGer, Urteil C-6266/2013 vom 29. September 2015, E. 4.3.4.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

- 77 Die vorstehenden Erwägungen führen damit zum Schluss, dass Kantone **Bundesrecht verletzen**, wenn sie die in den Leistungsaufträgen an Listenspitäler vorgesehenen Mengenbeschränkungen auch auf ausserkantonale Patienten beziehen. Dies ergibt sich aus einer historischen (Rz. 73 f.), teleologischen (Rz. 75) und systematischen Auslegung (Rz. 76) des in Art. 41 Abs. 1^{bis} KVG kodifizierten Instituts der freien Spitalwahl und seines Verhältnisses zur bedarfsgerechten Spitalplanung gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG.
- 78 Das **Sozialversicherungsgericht des Kantons Waadt** ist in seinem Entscheid vom 14. Juli 2015 wie erwähnt zu einem anderen Schluss gekommen (Rz. 71). Die darin aufgeführten Argumente sind indessen aus folgenden Gründen nicht stichhaltig.
- Die **Pflicht zu einer interkantonalen Koordination der Spitalplanungen** ist kein Argument dafür, die Mengenbegrenzungen der Genfer Spitäler auf Waadtländer Patienten anzuwenden. Im Gegenteil legt die bundesrechtliche Koordinationspflicht gerade nahe, ausserkantonale Patienten von Mengenbegrenzungen auszunehmen (Rz. 73 f.). Dass Genfer Listenspitäler grenzenlos Waadtländer Patienten aufnehmen können, stellt für die betroffenen Kantone gerade einen Anreiz dar, ihre Spitalplanung zu koordinieren, indem sie Informationen über die gegenseitigen Patientenströme austauschen und bei der Erteilung von Leistungsaufträgen an die Spitäler koordiniert vorgehen (vgl. Art. 58d KVV).
 - Zwar ist die **kantonale Spitalplanung ein Stück weit beeinträchtigt**, wenn Mengenbegrenzungen nicht auf ausserkantonale Hospitalisationen anwendbar sind. Dies war aber dem Bundesgesetzgeber bewusst und entsprach geradezu seinen Intentionen (Rz. 73 f.). Die vom Sozialversicherungsgericht angesprochenen Wettbewerbsverzerrungen zwischen Listenspitälern verschiedener Kantone treten dann ein, wenn ein Kanton überhaupt Mengenbegrenzungen vorsieht, der Nachbarkanton aber nicht. Solche Wettbewerbsverzerrungen können vermieden werden, indem die Kantone auf Mengenbegrenzungen verzichten oder indem sie sich koordinieren.
 - Ebenso wie Wettbewerbsverzerrungen liesse sich die vom Sozialversicherungsgericht befürchtete Ansiedlung von Spitälern in der **Nähe von Kantongrenzen** verhindern, indem die betroffenen Kantone auf Mengenbegrenzungen verzichten oder sich koordinieren.
 - Die Anwendung von Mengenbegrenzungen auf ausserkantonale Patienten würde – anders als es das Sozialversicherungsgericht behauptet – **die freie Spitalwahl und den interkantonalen Spitalwettbewerb praktisch unterdrücken**. Denn Listenspitäler hätten keinen Anreiz mehr, ausserkantonale Patienten zu behan-

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

deln (Rz. 75). Das hätte zur Folge, dass interkantonale Patientenströme im Rahmen der Grundversicherung unterdrückt würden. Daher würde auch das vom Sozialversicherungsgericht angeführte Wettbewerbselement (Berücksichtigung der interkantonalen Patientenströme im Rahmen der Spitalplanung und allfällige Reduktion des Angebots auf der Spitalliste des eigenen Kantons) nicht funktionieren.

- Eine **gemeinsame Spitalplanung der Kantone Waadt und Genf** hätte – sofern eine solche Mengenbegrenzungen vorsieht – in der Tat dieselben Auswirkungen auf die freie Spitalwahl wie die Anwendung von Mengenbegrenzungen auf ausserkantonale Patienten. Gerade darin liegt aber ein – vom Bundesgesetzgeber beabsichtigter (Rz. 73 f.) – Anreiz der Kantone, eine gemeinsamen Spitalplanung aufzustellen.

- 79 Schliesslich hat sich das Sozialversicherungsgericht des Kantons Waadt in seiner Entscheidungsbegründung auf die **Aufnahmepflicht** von Listenspitälern gemäss Art. 41a KVG bezogen. Aus der Aufnahmepflicht gehe ebenfalls hervor, dass die freie Spitalwahl nur im Rahmen der Leistungsaufträge gelte. In ähnlicher Weise bemerkte das Bundesgericht, dass das Bundesrecht Listenspitäler nicht verpflichte, Patienten aus anderen Kantonen in grosser Zahl aufzunehmen (Rz. 69). Diese Argumentation vermischt indessen *Aufnahmepflicht* mit *Aufnahmerecht*: Die freie Spitalwahl gemäss Art. 41 Abs. 1^{bis} KVG begründet keine Aufnahmepflicht von ausserkantonalen Listenspitälern, sondern lediglich das Recht von Patienten, sich in einem ausserkantonalen Listenspital zulasten der OKP zu behandeln, sowie das entsprechende Recht der Listenspitäler, ausserkantonale Patienten aufzunehmen. Durch eine ausnahmslose Mengenbegrenzung wird dieses bundesgesetzlich festgeschriebene **Recht der Patienten und Listenspitäler** vereitelt. Umgekehrt hat die freie Spitalwahl keinerlei Auswirkungen auf die Aufnahmepflicht, da diese in Bezug auf ausserkantonale Patienten ausserhalb von Leistungsaufträgen von vornherein nicht gilt⁹³.
- 80 Insgesamt bleibt es somit beim **Ergebnis**, dass Kantone Bundesrecht verletzen, wenn sie die in Leistungsaufträgen an Listenspitälern festgelegten Mengenbeschränkungen auf ausserkantonale Patienten anwenden.

⁹³ Vorbehalten bleiben gemäss Art. 41a Abs. 2 KVG Notfälle, die aber in vorliegendem Zusammenhang nicht von Bedeutung sind.

4.5 Beantwortung der Frage

81 Die **vierte Gutachtensfrage** ist somit wie folgt zu beantworten:

- **Globalbudgets sind nach wie vor zulässig**, um stationäre Leistungen zu steuern. Voraussetzung ist die Einhaltung der Kostenaufteilung nach Art. 49a KVG. Das bedeutet zum einen, dass die Globalbudgets für die einzelnen Listenspitäler entweder in Abhängigkeit der in den Leistungsaufträgen vorgegebenen Leistungsmengen festzulegen sind oder als Grundlage für die Steuerung der Tarife verwendet werden. Zum anderen hat der Kanton eine Nachzahlung zu leisten, wenn es zu medizinisch gerechtfertigten, in der Spitalplanung nicht berücksichtigten Mengenausweitungen kommt.
- Eine Regelung, wonach bei **Unterschreitung der vorgegebenen Leistungsmengen** vom zugesprochenen Globalbudget lediglich die Grenzkosten abgezogen werden, ist verfassungswidrig.
- Der Kanton ist verpflichtet, die öffentlichen und privaten Spitäler bei der Zuteilung von Globalbudgets und Leistungsmengen **gleich zu behandeln**.
- Kantone verletzen Bundesrecht, wenn sie die in Leistungsaufträgen an Listenspitälern festgelegten Beschränkungen von Leistungsmengen auf **ausserkantonale Patienten** anwenden.

5. Status als Listenspital und Vertragsspital

5.1 Fragestellung und Vorgehen

- 82 Die **fünfte Gutachtensfrage** lautet: Darf ein Spital gleichzeitig Vertragsspital und Listenspital nach Zürcher Systematik (Basispaket elektiv) sein?
- 83 Basispakete verlangen von Listenspitälern, im Rahmen ihrer Leistungsaufträge die **Basisversorgung**, d.h. die Versorgung während 365 Tagen über 24 Stunden, jederzeit zu gewährleisten. Während das Basispaket (BP) den Betrieb einer Notfallstation voraussetzt, ist das Basispaket Elektiv (BPE) Grundlage für Leistungserbringer, die über keine Notfallstation verfügen. Spitäler mit dem BPE können entsprechend nur Leistungsgruppen mit vorwiegend elektiven Eingriffen anbieten. Es sind dies Leistungsgruppen in den Bereichen Ophthalmologie, Hals-Nasen-Ohren, Bewegungsap-

Bernhard Rüttsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

parat, Gynäkologie und Urologie. Auch im Rahmen des BPE muss am Spital ein Arzt (z.B. Internist, Anästhesist) rund um die Uhr verfügbar sein⁹⁴.

- 84 Die nachstehenden Ausführungen setzen sich mit dem **Begriff des Vertragsspitals** auseinander (Kap. 5.2). Im Zentrum steht dabei die Frage, ob das Vertragsspital institutionenbezogen (Spital ausserhalb der Spitalliste) oder leistungsbezogen (Spital ausserhalb von Leistungsaufträgen) zu verstehen ist. Danach ist zu prüfen, ob ein Verbot von Listenspitälern, als Vertragsspitäler zu fungieren, mit der **Wirtschaftsfreiheit** vereinbar wäre (Kap. 5.3).

5.2 Begriff des Vertragsspitals

- 85 Das Institut des Vertragsspitals ist in Art. 49a Abs. 4 KVG normiert. Nach dieser Bestimmung können die Krankenversicherer mit "Spitälern oder Geburtshäusern, welche nach Artikel 39 nicht auf der Spitalliste stehen, aber die Voraussetzungen nach den Artikeln 38 und 39 Absatz 1 Buchstaben a-c erfüllen", Verträge über die Vergütung von Leistungen aus der OKP abschliessen. Gemäss **Wortlaut** dieser Bestimmung können somit nur Spitälern, die nicht auf der Spitalliste stehen und entsprechend über keine Leistungsaufträge im stationären Bereich verfügen, als Vertragsspitäler tätig sein. Vertragsspitäler sind nach Gesetzeswortlaut somit Nichtlistenspitälern.
- 86 Eine Auslegung von Art. 49a Abs. 4 KVG im Hinblick auf seine Entstehungsgeschichte und seinen Zweck ergibt indessen ein anderes Bild: Mit den Vertragsspitälern entsteht im Rahmen der OKP ein Angebot ausserhalb der kantonalen Spitallisten⁹⁵. Entsprechend müssen die Kantone dieses Angebot im Rahmen ihrer Spitalplanung ermitteln und vom Angebot abziehen, das durch Listenspitälern abzudecken ist (Art. 58b Abs. 2 KVV). Mit der Ermöglichung von Vertragsspitälern wollte der Gesetzgeber den **Wettbewerb** zwischen Spitälern fördern, die auf einer kantonalen Spitalliste sind, und solchen die es nicht sind⁹⁶. Zudem verwirklicht der Gesetzgeber mit dem Institut des Vertragsspitals die **Vertragsautonomie** zwischen Spitälern und Krankenversicherern im Bereich der Vergütung von OKP-Leistungen.

⁹⁴ Zum Ganzen GDK, Anleitende Kurzbeschreibung des Leistungsgruppenkonzepts, Version 2014.1, S. 2 f. sowie GDK, Anforderungen an Basispaket und Basispaket Elektiv, Version 2.0.

⁹⁵ Vgl. aus den parlamentarischen Beratungen AB 2006 S 50 (Alain Berset), 51 (Urs Schwaller), AB 2007 N 532 (Jacqueline Fehr). Sodann Kommentar BAG (Fn. 4), S. 4.

⁹⁶ AB 2006 S 51 (Urs Schwaller), 53 (Bundesrat Pascal Couchepin). Aus der Lehre EUGSTER (Fn. 6), Art. 49a, Rz. 4; RÜTSCH (Fn. 11), Rz. 88, 104. Vgl. auch BVGer, Urteil C-6266/2013 vom 29. September 2015, E. 4.1 und 4.4.4.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

- 87 Es würde den erwähnten Zwecken von Art. 49a Abs. 4 KVG (Förderung des Wettbewerbs sowie Verwirklichung der Vertragsautonomie) zuwiderlaufen, wenn Spitäler, die auf der Spitalliste eines Kantons figurieren und mit bestimmten Leistungsaufträgen ausgestattet sind, **ausserhalb ihrer Leistungsaufträge** keine Verträge mit Krankenkassensversicherern über die Vergütung von OKP-Leistungen abschliessen dürften. Wenn Nicht-Listenspitäler solche Verträge abschliessen dürfen, dann müssen – a maiore ad minus – auch Listenspitäler ausserhalb ihrer Leistungsaufträge solche Verträge abschliessen dürfen.
- 88 Aus der historischen und teleologischen Auslegung von Art. 49a Abs. 4 KVG folgt somit eine leistungsbezogene – und nicht institutionenbezogene – Definition des Vertragsspitals. Dieses Auslegungsergebnis wird durch eine systematische Betrachtungsweise bestätigt: Die **Spitalplanung** hat gemäss Art. 58c Bst. a KVV im akuten Bereich ausschliesslich **leistungsbezogen** zu erfolgen. Die Spitalplanung bezieht sich somit primär auf stationäre Leistungen – und nicht auf Spitäler als Institutionen mit bestimmten Kapazitäten. Mit dem Institut des Vertragsspitals wollte der Gesetzgeber wie gesehen die Möglichkeit eines Angebots an OKP-Leistungen ausserhalb der Spitalplanung schaffen (Rz. 90). Wenn nun aber die Spitalplanung leistungsbezogen ist, bezieht sich ein Angebot ausserhalb der Spitalplanung notwendig auf alle Leistungen, die von der Spitalplanung nicht erfasst sind – d.h. auf Leistungen ausserhalb der gestützt auf die Spitalplanung erteilten Leistungsaufträge. Darin eingeschlossen sind Angebote von Listenspitälern ausserhalb ihrer Leistungsaufträge.
- 89 Ein weiteres systematisches Argument ergibt sich aus dem Einleitungssatz von Art. 39 Abs. 1 KVG: Die Zulassung von Spitalern zulasten der OKP bezieht sich danach auf "**Anstalten oder deren Abteilungen**". Abteilungen von Spitalern erbringen bestimmte stationäre Leistungen, beispielsweise Abteilungen für Chirurgie, Dermatologie, Neurologie, Geburten oder Geriatrie. Der Begriff der Abteilung ist insofern leistungsbezogen. Art. 39 Abs. 1 KVG sieht somit vor, dass ein Spital nur teilweise, d.h. in Bezug auf bestimmte Abteilungen bzw. Leistungen, auf der Spitalliste figurieren kann. Konsequenterweise muss es einem Spital auch möglich sein, den Status als Vertragsspital gemäss Art. 49a Abs. 4 KVG nur in Bezug bestimmte Leistungen zu erlangen.
- 90 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf **vom Wortlaut des Gesetzes abgewichen** werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt; solche triftigen Gründe können sich aus der Entste-

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

hungsgeschichte der Regelung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben⁹⁷. Vorliegend sind derartige triftige Gründe zu bejahen: Die vorstehend aufgeführten historischen, teleologischen und systematischen Argumente sprechen dafür, über den Wortlaut von Art. 49a Abs. 4 KVG hinaus unter Vertragsspitalern auch Spitäler zu verstehen, die auf einer Spitalliste aufgeführt sind, jedoch ausserhalb ihrer Leistungsaufträge mit Krankenversicherern Verträge über die Vergütung von Leistungen aus der OKP abschliessen.

5.3 Wirtschaftsfreiheit und gesetzliche Grundlage

- 91 Mit der Erteilung eines Leistungsauftrags an ein Spital verpflichtet der Kanton dieses Spital von Gesetzes wegen zur Erbringung der entsprechenden Leistungen (Art. 41a Abs. 1 KVG). Damit verbietet er jedoch dem Spital nicht gleichzeitig, weitere Leistungen ausserhalb des Leistungsauftrags anzubieten und diesbezüglich gestützt auf Art. 49a Abs. 4 KVG Verträge mit Krankenversicherern abzuschliessen. Ein solches Verbot würde von der in Art. 49a Abs. 4 KVG garantierten Vertragsautonomie abweichen und entsprechend (schwer) in die **Wirtschaftsfreiheit** der betroffenen Spitäler eingreifen⁹⁸. Um diesen Eingriff zu rechtfertigen, bedürfte es einer Grundlage in einem formellen Gesetz sowie eines zulässigen öffentlichen Interesses; zudem müsste das Verbot verhältnismässig sein (Art. 36 BV). Darüber hinaus ist der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 94 BV zu beachten.
- 92 Im Kanton Zürich und, soweit ersichtlich, auch in anderen Kantonen **fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage**, die es den zuständigen Behörden erlauben würde, Listenspitalern ausserhalb ihrer Leistungsaufträge den Abschluss von Verträgen mit Versicherern über die Vergütung von OKP-Leistungen zu untersagen⁹⁹. Somit darf nach geltendem Recht ein Spital gleichzeitig Vertragsspital und Listenspital nach Zürcher Systematik (Basispaket elektiv) sein. Ob Kantone überhaupt befugt wären, zur Steuerung stationärer Leistungen ausserhalb von Leistungsaufträgen eine gesetzliche

⁹⁷ BGE 138 V 86 E. 5.1 S. 94; 140 II 129 E. 3.2 S. 131 je mit weiteren Hinweisen.

⁹⁸ Zur Vertragsautonomie als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit BGE 131 I 333 E. 4 S. 339. Aus der Lehre namentlich RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 13), § 5 Rz. 36 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 13), Rz. 630.

⁹⁹ § 2 SPFG/ZH definiert das Vertragsspital als "Nichtlistenspital, das mit Versicherern Verträge über die Vergütung von Leistungen aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abgeschlossen hat". Diese Legaldefinition stellt jedoch keine Grundlage dar, um Listenspitalern ausserhalb ihrer Leistungsaufträge den Abschluss von Verträgen mit Versicherern über die Vergütung von OKP-Leistungen zu verbieten.

Grundlage zu schaffen, ist anschliessend im Zusammenhang mit der sechsten Gutachtensfrage zu beurteilen.

5.4 Beantwortung der Frage

Die **fünfte Gutachtensfrage** ist somit wie folgt zu beantworten: Nach geltendem Recht darf ein Spital gleichzeitig Vertragsspital und Listenspital nach Zürcher Systematik (Basispaket elektiv) sein.

6. Steuerung stationärer Leistungen ausserhalb von KVG-Leistungsaufträgen

6.1 Fragestellung und Vorgehen

- 93 Die **sechste Gutachtensfrage** lautet: Hat ein Kanton das Recht, über die Nicht-Erteilung von Leistungsaufträgen die Erbringung der Gesundheitsleistungen zu steuern – bzw. darf ein Listenspital, welches gewisse Leistungsaufträge nicht hat, diese auch als Vertragsspital nicht mehr anbieten?
- 94 Aus den Ausführungen zu Frage 5 ergibt sich, dass Kantone in die Wirtschaftsfreiheit von privaten Kliniken eingreifen, wenn sie diesen verbieten, ausserhalb ihrer Leistungsaufträge Gesundheitsleistungen zu erbringen und als Vertragsspitäler zu fungieren. Solche Eingriffe sind nur zulässig, wenn sie den Anforderungen von Art. 36 BV (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit) sowie Art. 94 BV (Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit) genügen. Damit stellt sich die Frage, ob die Kantone befugt sind, ausserhalb der in Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG (bzw. Art. 39 Abs. 2^{bis} KVG betreffend den Bereich der hochspezialisierten Medizin) vorgesehenen Spitalplanung die Erbringung von Gesundheitsleistungen durch Spitäler mittels **Schaffung entsprechender gesetzlicher Grundlagen** zu steuern. Zum Vergleich wird nachfolgend zuerst die vom Bundesgericht beurteilte Steuerung medizinischer Grossgeräte betrachtet (Kap. 6.2), um danach auf die Steuerung stationärer Leistungen ausserhalb der kantonalen Spitalplanung einzugehen (Kap. 6.3).

6.2 Steuerung medizinischer Grossgeräte

- 95 Eine Steuerung von Gesundheitsleistungen ausserhalb der Spitalplanung ist zweifellos zulässig (und notwendig), um die **öffentliche Gesundheit zu schützen**, namentlich in Form gesundheitspolizeilich motivierter Betriebsbewilligungen.
- 96 Das Bundesgericht hat aber auch eine kantonale Bewilligungspflicht geschützt, welche den Erwerb von medizinischen Grossgeräten durch Nichtlistenspitäler vom Vorliegen eines medizinischen Bedürfnisses abhängig machte. Das Bundesgericht erachtete den damit verbundenen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit privater Kliniken als gerechtfertigt. Die **Bedürfnisklausel** diene einerseits einer besseren Kontrolle der Gesundheitskosten, andererseits könne damit der Schutz der Gesundheit der Patienten sichergestellt werden¹⁰⁰. Die Gesundheitskosten liessen sich mit der Bedürfnisklausel insofern kontrollieren, als auch Spitäler, die nicht auf der Spitalliste aufgeführt sind, für die OKP ambulante Leistungen erbringen (Durchlässigkeit im Finanzierungssystem des Gesundheitswesens)¹⁰¹. Und der Gesundheitsschutz werde dadurch verwirklicht, dass mit der Bedürfnisklausel für genügende Fallzahlen und die damit verbundene Kompetenz des Personals gesorgt werde¹⁰².
- 97 Für eine Steuerung medizinischer Grossgeräte existiert **keine bundesrechtlich vorgegebene Bedarfsplanung**. Der Bundesgesetzgeber hat es vielmehr ausdrücklich abgelehnt, zur "Eindämmung der Gesundheitskosten und Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses (...) die Inbetriebnahme von Grossanlagen und anderen spitzenmedizinischen Einrichtungen im stationären und ambulanten Bereich öffentlicher und privater Spitäler" einer Bewilligungspflicht zu unterstellen¹⁰³. Die bundesrechtlich vorgesehene Spitalplanung vermittelt den Kantonen somit keine Kompetenz, den Bedarf nach medizinischen Grossgeräten zu steuern¹⁰⁴. Gemäss Bundesgericht kann daraus aber auch nicht im Sinne eines qualifizierten Schweigens abgeleitet werden, dass es den Kantonen verwehrt wäre, zwecks Kontrolle der Gesundheitskosten und Sicherstellung genügender Fallzahlen eine Mengensteuerung medizinischer Grossgeräte einzuführen¹⁰⁵.

¹⁰⁰ BGE 140 I 218 E. 5 S. 220 ff.

¹⁰¹ BGE 140 I 218 E. 5.7 S. 225 ff. sowie E. 6.6.1 S. 233 f.

¹⁰² BGE 140 I 218 E. 6.6.2 S. 234 f.

¹⁰³ AB 2007 N 436 ff.

¹⁰⁴ MOSER (Fn. 12), S. 19.

¹⁰⁵ BGE 140 I 218 E. 5.6.3 S. 225.

6.3 Steuerung stationärer Behandlungen

- 98 Im Unterschied zu medizinischen Grossgeräten sind stationäre Behandlungen Gegenstand der bedarfsgerechten Spitalplanung nach Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG. Die bedarfsgerechte Spitalplanung dient der Kosteneindämmung im Rahmen der OKP (Rz. 23). Es handelt sich um eine **abschliessende Regelung**: Neben der Spitalplanung, wie sie vom Bundesrecht vorgesehen ist, haben andere Instrumente einer bedarfsorientierten Steuerung stationärer Leistungen keinen Platz, um die Kosten in der OKP unter Kontrolle zu bringen. Kantone würden damit gegen Bundesrecht verstossen, wenn sie zwecks Kosteneindämmung in der OKP stationäre Leistungen begrenzen würden, für die gestützt auf die Spitalplanung kein Leistungsauftrag besteht.
- 99 Abgesehen davon wäre eine Steuerung stationärer Leistungen ausserhalb von Leistungsaufträgen kein geeignetes Mittel, um die der öffentlichen Hand bzw. der Sozialversicherung anfallenden **Gesundheitskosten zu kontrollieren**. Anders als im Fall von medizinischen Grossgeräten spielt das Argument der Durchlässigkeit zwischen privaten Finanzierungssystemen (ausserhalb Spitalplanung) und der OKP¹⁰⁶ nicht. Zum einen sind stationäre Leistungen per definitionem nicht ambulant, d.h. eine stationär-ambulante Doppelverwendung ist – anders als bei Geräten und Infrastrukturen – von vornherein nicht möglich. Zum anderen hat der Bundesgesetzgeber mit dem Institut des Vertragsspitals gemäss Art. 49a Abs. 4 KVG eigens die Möglichkeit geschaffen, dass ausserhalb der kantonalen Spitalplanung Angebote zulasten der OKP (nicht aber zulasten der Kantone) entstehen (Rz. 86). Insoweit besteht zwar eine Durchlässigkeit zwischen privaten Finanzierungssystemen und der OKP – nur ist diese Durchlässigkeit vom Bundesgesetzgeber ausdrücklich gewollt und im Übrigen davon abhängig, ob die Krankenversicherer entsprechende Verträge mit Spitälern abschliessen.
- 100 Anders zu beurteilen sind Eingriffe, welche die Anzahl stationärer Behandlungen zum **Schutz der öffentlichen Gesundheit** steuern. Die Kantone haben die Aufgabe, generell – innerhalb und ausserhalb der OKP – eine hinreichende Qualität der Gesundheitsversorgung sicherzustellen. Fallzahlen sind in der Medizin ein anerkannter Qualitätsfaktor. Eine Vorgabe von Mindestfallzahlen im Rahmen gesundheitspolizeilicher Betriebsbewilligungen für Spitäler kann damit geeignet und notwendig sein, um die Qualität und damit den Schutz der öffentlichen Gesundheit sicherzustellen¹⁰⁷. Eine

¹⁰⁶ So BGE 140 I 218 E. 57.1 S. 226 f.

¹⁰⁷ Zur Beachtung von Mindestfallzahlen im Rahmen der Spitalplanung Art. 58b Abs. 5 Bst. c KVV.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

solche gesundheitspolizeilich motivierte Steuerung von Fallzahlen ist indessen keine bedarfsorientierte – sondern eine qualitätsorientierte Steuerung.

- 101 Aus diesen Erwägungen ergibt sich Folgendes: Zum einen regelt das Bundesrecht die bedarfsorientierte Steuerung stationärer Leistungen zwecks Kosteneindämmung in der OKP abschliessend (Rz. 98). Zum anderen liesse sich eine bedarfsorientierte Steuerung stationärer Leistungen ausserhalb der Spitalplanung nicht mit der Kontrolle der Gesundheitskosten begründen (Rz. 99). Andere öffentliche Interessen sind nicht ersichtlich, um das Angebot ausserhalb von Leistungsaufträgen am Bedarf auszurichten. Insbesondere vermag das öffentliche Interesse am Schutz der Gesundheit lediglich eine qualitätsorientierte – nicht aber bedarfsorientierte – Regulierung von Fallzahlen zu rechtfertigen (Rz. 100). Eine bedarfsorientierte Steuerung stationärer Leistungen durch die Kantone ausserhalb der bundesrechtlich vorgesehenen Spitalplanung wäre damit rein **wirtschaftspolitischer Natur** (Schutz von Listenspitälern mit umfassenden Leistungsaufträgen vor Konkurrenz)¹⁰⁸. Eine solche Steuerung stationärer Leistungen würde vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen und bedürfte einer Grundlage in der Bundesverfassung (Art. 94 Abs. 4 BV). Eine derartige Grundlage ist nicht vorhanden. Folglich haben Kantone nicht das Recht, die Erbringung stationärer Gesundheitsleistungen ausserhalb der OKP-Leistungsaufträge bedarfsorientiert zu steuern.

6.4 Beantwortung der Frage

- 102 Die **sechste Gutachtensfrage** ist somit wie folgt zu beantworten: Die Kantone haben nicht das Recht, die Erbringung stationärer Gesundheitsleistungen ausserhalb der OKP-Leistungsaufträge bedarfsorientiert zu steuern. Eine solche Steuerung würde gegen übergeordnetes Bundesrecht verstossen und die Wirtschaftsfreiheit verletzen.

¹⁰⁸ Vgl. BGE 140 I 218 E. 6.6.3 S. 235.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

7. Zusammenfassung der Ergebnisse

103 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen kommt das vorliegende Rechtsgutachten zu folgenden Ergebnissen:

Antwort auf Frage 1:

Die Kantone sind nicht befugt, im Rahmen der Spitalplanung zusatzversicherte Leistungen zu regulieren. Eine solche Regulierung überschreitet die Planungskompetenzen der Kantone, verletzt die Aufnahmepflicht gemäss Art. 41 a KVG und widerspricht der Rechtsgleichheit sowie der Wirtschaftsfreiheit. Die Kantone sind damit zu einer versicherungsneutralen Spitalplanung verpflichtet.

Antworten auf Frage 2:

Eine kantonale Mengensteuerung zulasten zusatzversicherter Personen ist unzulässig. Sie widerspricht dem Grundsatz einer versicherungsneutralen Spitalplanung, welcher in verschiedener Hinsicht dem Bundesrecht zugrunde liegt (Planungskompetenzen der Kantone, Aufnahmepflicht, Rechtsgleichheit und Wirtschaftsfreiheit).

Beschränkt der Kanton die Mengensteuerung zulasten zusatzversicherter Personen auf Privatspitäler, verletzt er darüber hinaus den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Wettbewerbsneutralität bzw. den Anspruch auf Gleichbehandlung von Konkurrenten.

Antwort auf Frage 3:

Die Empfehlungen der GDK sind für Gerichte nicht verbindlich und dürfen für die Gesetzesauslegung, insbesondere für die Auslegung des KVG und seiner Verordnungen, nicht herangezogen werden. Zur Lückenfüllung bzw. Konkretisierung offener Rechtsnormen dürfen Gerichte auf GDK-Empfehlungen abstellen, falls diese trägerschaftsneutral ausgestaltet sind und mit den Zielsetzungen des KVG vereinbar sind.

Antworten auf Frage 4:

Globalbudgets sind nach wie vor zulässig, um stationäre Leistungen zu steuern. Voraussetzung ist die Einhaltung der Kostenaufteilung nach Art. 49a KVG. Das bedeutet zum einen, dass die Globalbudgets für die einzelnen Listenspitäler entweder in Abhängigkeit der in den Leistungsaufträgen vorgegebenen Leistungsmengen festzulegen sind oder als Grundlage für die Steuerung der Tarife verwendet werden. Zum anderen hat der Kanton eine Nachzahlung zu leisten, wenn es zu medizinisch gerechtfertigten, in der Spitalplanung nicht berücksichtigten Mengenausweitungen kommt.

Bernhard Rütscbe
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

Eine Regelung, wonach bei Unterschreitung der vorgegebenen Leistungsmengen vom zugesprochenen Globalbudget lediglich die Grenzkosten abgezogen werden, ist verfassungswidrig.

Der Kanton ist verpflichtet, die öffentlichen und privaten Spitäler bei der Zuteilung von Globalbudgets und Leistungsmengen gleich zu behandeln.

Kantone verletzen Bundesrecht, wenn sie die in Leistungsaufträgen an Listenspitälern festgelegten Beschränkungen von Leistungsmengen auf ausserkantonale Patienten anwenden.

Antwort auf Frage 5:

Nach geltendem Recht darf ein Spital gleichzeitig Vertragsspital und Listenspital nach Zürcher Systematik (Basispaket elektiv) sein.

Antwort auf Frage 6:

Die Kantone haben nicht das Recht, die Erbringung stationärer Gesundheitsleistungen ausserhalb der OKP-Leistungsaufträge bedarfsorientiert zu steuern. Eine solche Steuerung würde gegen übergeordnetes Bundesrecht verstossen und die Wirtschaftsfreiheit verletzen.



Prof. Dr. Bernhard Rütscbe

o. Professor für Öffentliches Recht
und Rechtsphilosophie

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Umsetzung KVG

Erlassverzeichnis

BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110)
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10)
KVV	Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102)
SPFG/ZH	Spitalplanungs- und -finanzierungsgesetz des Kantons Zürich vom 2. Mai 2011 (SPFG; LS 813.20)
SpVG/BE	Spitalversorgungsgesetz des Kantons Bern vom 13. Juni 2013 (SpVG; BSG 812.11)
VGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32)
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG; SR 221.229.1)