

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal
{T 0/2}

2C_796/2011

Urteil vom 10. Juli 2012

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter Zünd, Präsident,
Seiler, Aubry Girardin, Donzallaz, Stadelmann,
Gerichtsschreiberin Ieronimo Perroud.

Verfahrensbeteiligte

1. **Clinica A.** _____ **SA,**

2. **B.** _____,

beide vertreten durch Rechtsanwalt Luca Pagani,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Grosser Rat von Republik und Kanton Tessin, vertreten durch den Staatsrat des Kantons Tessin,
6501 Bellinzona,

Gegenstand

Krankenversicherung,

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen die am 17. März 2011 vom Grossen Rat von Republik und Kanton Tessin beschlossene Änderung der legge di applicazione della legge federale sull'assicurazione malattie (LCAMal) (Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung) vom 26. Juni 1997

Sachverhalt:

A.

Im Anschluss an die Änderung vom 21. Dezember 2007 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG), welche eine Neuregelung der Spitalfinanzierung enthielt (AS 2008 2049), änderte der Grosse Rat von Republik und Kanton Tessin am 17. März 2011 seinerseits das Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 26. Juni 1997 (LCAMal; RL/TI 6.4.6.1). Der geänderte Gesetzestext wurde am 25. März 2011 im kantonalen Amtsblatt veröffentlicht. Nachdem am 9. Mai 2011 die Referendumsfrist unbenutzt abgelaufen war, wurde das geänderte Gesetz im Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (amtliches Bulletin der Gesetze und Vollzugsverordnungen) vom 20. Mai 2011 veröffentlicht und sein Inkrafttreten auf den 1. Januar 2012 festgesetzt. Unter anderem wurden folgende Bestimmungen geändert:

"Art. 63c (neu)

1 Der Kanton nimmt in die Spitalliste gemäss Art. 39 Abs. 1 I Bst. e und Abs. 3 KVG die kantonalen und ausserkantonalen Einrichtungen auf, die notwendig sind, um das Angebot gemäss Art. 63a nach Massgabe von Art. 63d Abs. 1 - 3 sicherzustellen.

2 Der Kanton erteilt den Einrichtungen, die in die Spitalliste gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. e und Abs. 3 KVG aufgenommen werden, einen Leistungsauftrag.

3 Der Auftrag umschreibt das Leistungsspektrum und legt für die Einrichtungen mit Sitz im Kanton die maximalen Leistungsmengen im Sinne von Art. 63a Bst. a und c fest.

4 Der Auftrag kann namentlich die Pflicht zur Führung einer Notfallstation enthalten.

Art. 63d (neu)

1 Bei der Bewertung und Auswahl der Einrichtungen, die in die Spitalliste aufgenommen werden, und bei der Festlegung der maximalen Leistungsmengen, berücksichtigt der Kanton insbesondere folgende Kriterien:

- a) Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungen;
- b) Zugang zu den Behandlungen innert nützlicher Frist;
- c) Verfügbarkeit und Kapazitäten der Einrichtungen mit Bezug auf die Erfüllung des Leistungsauftrages.

2 Bei der Bewertung von Qualität und Wirtschaftlichkeit berücksichtigt der Kanton insbesondere folgende Kriterien:

- a) Effizienz der Leistungserbringung;
- b) Nachweis der erforderlichen Qualität;
- c) im Spitalsektor, Mindestzahl der Fälle und Nutzung von Synergien.

3 Der Kanton berücksichtigt das freie Wahlrecht der Versicherten und die Aufnahmepflicht der Einrichtungen.

Art. 63e (neu)

1 Die Einrichtungen mit Sitz im Kanton, die in die Spitalliste aufgenommen werden, müssen im Rahmen ihrer Leistungsauftrages und ihrer Kapazitäten Gewähr leisten, dass sie alle im Kanton wohnhaften Versicherten nach Massgabe des Rahmenvertrages gemäss Art.66h Abs.2 aufnehmen.

2 Die Aufnahmepflicht gilt als erfüllt, wenn die Zahl der Patienten, die nur in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) versichert sind, mindestens 50 % beträgt.

3 Für nicht im Kanton wohnhafte Versicherte besteht eine Aufnahmepflicht nur im Rahmen des Leistungsauftrages und in Notfällen.

4 Die Verletzung der Aufnahmepflicht im Sinne der Abs. 1 und 2 kann dem Staatsrat angezeigt werden, der die nötigen Massnahmen ergreift, namentlich die in Art. 66r vorgesehenen Sanktionen, verhängt.

Art. 66c (neu)

1 Die Finanzierung der stationären Behandlungsleistungen durch in der Spitalliste aufgeführten Leistungserbringer mit Sitz im Kanton erfolgt auf Grund von Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG durch einen Globalbeitrag des Kantons und durch die KVG-Versicherer.

2 Der Kanton kann anerkannte Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen im Sinne von Art. 49 Abs. 3 KVG übernehmen.

Art. 66d (neu)

1 Der Staatsrat legt für jeden Leistungserbringer jährlich einen Globalbeitrag, der auf dem Leistungsauftrag, den damit zusammenhängen Tätigkeiten und der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der geltenden Tarifverträge beruht, fest.

2 Der Grosse Rat bewilligt im Budget den gesamtem Globalbeitrag, der sich aus dem Globalbeiträgen an die einzelnen Leistungserbringern, zusammensetzt, und nimmt mit der Rechnung den Bericht über die Verwendung der Globalbeiträge und die Einhaltung der Leistungsverträge ab.

Art. 66e (neu)

1 Der Globalbeitrag deckt einen Teil der Kosten für die Erbringung von Spitalpflegeleistungen im Sinne der obligatorischen Krankenpflegeversicherung.

2 Der Staatsrat legt jedes Jahr bis zum 31. März den auf den Kanton entfallenden Beitrag gemäss Art. 49a KVG für das Folgejahr fest.

3 Die Kosten für die stationären Behandlungen enthalten den Aufwand für Investitionen und nicht-universitäre Ausbildungstätigkeiten.

4 Als Investitionen werden nur die im Sinne von Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG für die Erfüllung des Leistungsauftrages nötigen Gebäude und Einrichtungen berücksichtigt

Art. 66h (neu)

1 Der Rahmenvertrag regelt mit Bezug auf die vom Kanton finanzierten Leistungen die allgemeinen Grundsätze und die Pflichten zwischen dem Kanton und den einzelnen Leistungserbringern.

2 Er hält namentlich fest:

- a) die Art der Leistungen;
 - b) die Modalitäten der Verbuchung und der Verwendung des Anteils, der auf die im Rahmen der obligatorischen Versicherungen zu berücksichtigenden Investitionen, entfällt;
 - c) die nicht-universitäre Ausbildungstätigkeit, namentlich die Mindestzahl der in Ausbildung befindlichen Personen (Lernende) und die Praktikumsstellen für die Ausbildungstätigkeit im Spitalbereich;
 - d) die Pflichten zur Leistung von Hilfe;
 - e) die Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen;
 - f) die Regeln für die Berechnung des Beitrages und dessen Anpassung;
 - g) die Art der zu übermittelnden Angaben sowie die Modalitäten und die Häufigkeit der Übermittlung der Daten;
 - h) die Bestimmungen über seine Genehmigung und Erneuerung sowie über allfällige Anpassungen oder den Widerruf.
- 3 Er wird in der Regel für einen Zeitraum von vier Jahren abgeschlossen.

Art. 66i (neu)

1 Der jährliche Leistungsvertrag legt im Einzelnen die Rechte und Pflichten von Leistungserbringern und Kanton im Rahmen von Art. 66h fest.

2 Er hält namentlich Folgendes fest:

- a) die Mengen der zu erbringenden Leistungen;
- b) die Qualitätskriterien;
- c) die Entschädigung der Leistungen;
- d) die Höhe des Globalbeitrages und allfällige Anpassungen.

Art. 66l (neu)

Im vertragslosen Zustande legt der Staatsrat die Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Leistungserbringung, namentlich die Art und die Mengen der Leistungen, die Qualitätskriterien und die Modalitäten für die Entschädigung, fest.

Art. 66o (neu)

1 Die Leistungserbringer führen unter Beachtung der im Rahmenvertrag festgesetzten Grundsätze über den Anteil des Tarifs, der auf die Investitionen entfällt, gesondert Buch.

2 Die Verwendung ist zu belegen und muss den Bestimmungen dieses Gesetzes und des Rahmenvertrages entsprechen.

Art. 66p (neu)

1 Die nicht-universitäre Ausbildungstätigkeit wird im Rahmenvertrag umschrieben.

2 Die Durchführung dieser Tätigkeit ist zu dokumentieren, und die Entlöhnung muss den Bestimmungen dieses Gesetzes und dem Rahmenvertrag entsprechen.

Art. 67a (neu)

1 Die Leistungen für Spitalbehandlungen zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung werden auf Grund von Tarifen entschädigt, die einheitliche, in der ganzen Schweiz anerkannte Strukturen aufweisen.

2 Der Tarif für eine bestimmte Leistung ist für alle KVG-Versicherten - unabhängig von der Versicherungsdeckung - gleich.

3 Der Tarif wird jährlich von den Tarifpartnern ausgehandelt.

4 Der Kanton unterstützt die Tarifverhandlungen."

B.

Am 14. Juni 2011 reichten Clinica A. _____ SA, in X. _____, und Frau Dr. med. B. _____, aus Y. _____, beim Bundesgericht eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein, mit welcher sie beantragten, die Artikel 63c, 63d, 63e, 66c, 66d, 66e, 66h, 66i, 66l, 66o, 66p und 67a LCAMal teilweise oder gänzlich aufzuheben. Zusammenfassend rügen sie die Verletzung der Art. 8, 9, 27, 46 Abs. 1, 49, 94 Abs. 4 und 117 BV, der Art 41, 41a, 46 Abs. 3 und 49 KVG und der Art. 58a, 58b Abs. 3 und 58c der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102).

In seiner Vernehmlassung beantragt der Staatsrat des Kantons Tessin, der als Vertreter des Grossen Rates von Republik und Kanton Tessin handelt, die Beschwerde, soweit sie zulässig ist, abzuweisen. Das Bundesamt für Gesundheit hat seinerseits auf eine Stellungnahme verzichtet.

.

In ihrer Replik vom 23. September 2011 halten die Beschwerdeführerinnen an ihrem Standpunkt fest.

C.

Mit Verfügung vom 25. Oktober 2011 wies der Instruktionsrichter den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab. Er nahm Vormerk, dass kein Mahnschreiben der eidg.

Wettbewerbskommission mit Bezug auf den Kanton Tessin (dessen Edition die Beschwerdeführerinnen verlangt hatten) existiert. Es existiert nur die Übermittlung einer Stellungnahme zur Spitalplanung vom 19. April 2010 (welche die Beschwerdeführerinnen bereits eingereicht hatten).

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit, bzw. die Zulässigkeit der ihm unterbreiteten Rügen von Amtes wegen und mit voller Kognition (Art. 29 Abs. 1 BGG) (BGE 136 I 42 Erw. 1 S. 43; 136 II 101 Erw. 1 S. 103 mit den entsprechenden Verweisen).

1.1 Gemäss Art. 82 Bst. b BGG beurteilt das Bundesgericht Beschwerden gegen kantonale Erlasse. Da das Tessiner Recht kein abstraktes Normenkontrollverfahren kennt, ist auf Grund von Art. 87 Abs.

1 BGG direkt die Beschwerde an das Bundesgericht zulässig (vgl. BGE 124 I 159 Erw. 1b S. 161; Urteile 2C_169/2010 vom 17. November 2011 Erw. 1.1, nicht publiziert in BGE 138 II 70 ff., 8C_825/2010 vom 11. Juli 2011 Erw. 1.1, 1C_69/2011 vom 26. Mai 2011 Erw. 1.2 und 2C_750/2008 vom 2. Juni 2009 Erw. 1.1, letztgenannter Entscheid in RtiD 2010 I Nr. 30 publiziert).

1.2

1.2.1 Gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG ist zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a; nicht anwendbar, wenn kein kantonales Rechtsmittel existiert: BGE 133 I 286 Erw. 2.2 S. 289 f.); durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders betroffen ist (Bst. b); und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

Nach der Rechtssprechung zur abstrakten Normenkontrolle bedeutet dies, dass derjenige, dessen eigenen Interessen durch die im Streit liegende Norm tatsächlich betroffen werden oder in Zukunft betroffen werden könnten, zur Erhebung der Beschwerde berechtigt ist; ein bloss virtuelles Interesse genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht, dass die im Streit liegende Bestimmung zu einem späteren Zeitpunkt auf ihn Anwendung finden könnte (BGE 137 I 77 Erw. 1.4 S. 81 mit Verweis). Ein schutzwürdiges Interesse muss im Weiteren nicht unbedingt rechtlicher Natur sein, es genügt ein faktisches Interesse (BGE 136 I 49 Erw. 2.1 S. 53 f.; 135 II 243 Erw. 1.2 S. 247; 133 I 286 Erw. 2.2 S. 290 und entsprechende Verweise).

1.2.2 Die streitigen kantonalen Bestimmungen enthalten organisatorische Regelungen zur Spitalplanung und -finanzierung und entfalten direkte rechtliche Wirkungen gegenüber den Spitälern. Die erste Beschwerdeführerin, die Klinik A. _____ SA, ist eine juristische Person, die eine Klinik führt; sie wird deshalb direkt von den im Streit liegenden Regelungen direkt betroffen und ist demnach zur Erhebung der Beschwerde legitimiert.

1.2.3 Die zweite Beschwerdeführerin, Frau Dr. med. B. _____, die nicht geltend macht, dass sie persönlich ein Spital leitet, führt aus, dass sie dem Verwaltungsrat der Klinik A. _____ SA angehöre. Die Legitimation zum Handeln im Namen Dritter wird nur anerkannt, wenn sich der Beschwerdeführer auf ein persönliches und unabhängiges rechtliches Interesse berufen kann (BGE 130 V 560 Erw. 3.5 S. 564). Bei Entscheidungen, die den eigenen Arbeitnehmer betreffen, genügt die Tatsache, dass diese Entscheidungen auch Auswirkungen für die Arbeitnehmer oder Gesellschafter haben können, für sich alleine nicht, um die Beschwerdelegitimation zu bejahen (siehe - unter dem Gesichtspunkt der Willkür - Urteil 2P.10/1999 vom 18. Mai 1999 Erw. 2; vgl. auch BGE 125 II 65 Erw. 1 S. 69; 116 Ib 331 Erw. 1c S. 335 f.; beide Entscheide beziehen sich auf Aktionäre, die Entscheidungen mit Bezug auf die Aktiengesellschaft anfochten). Die gleichen Überlegungen finden auf Verwaltungsratsmitglieder Anwendung, die grundsätzlich nicht Arbeitnehmer der Gesellschaft sind, sondern im Auftragsverhältnis tätig werden. Im vorliegenden Falle macht die zweite Beschwerdeführerin aber vor allem geltend, dass sie durch die angefochtenen Bestimmungen im Falle ihrer Hospitalisierung direkt in ihrem Recht zur freien Spitalwahl und in ihrem Recht auf gleiche

Behandlung beeinträchtigt werden könnte, dies namentlich, wenn sie wegen der Anwendung der im angefochtenen Gesetz enthaltenen mengenmässigen Begrenzung vom Spital ihrer Wahl abgewiesen würde (vgl. nachstehende Erw. 3.1). Eine solche Beschränkung erscheint auf Anhieb nicht völlig unwahrscheinlich zu sein, weshalb auch die Beschwerde, soweit sie Frau Dr. med. B. _____ betrifft, grundsätzlich zulässig ist (BGE 125 I 173 Erw. 1b S. 174).

1.3 Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann namentlich die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 Bst. a BGG), wobei dieser Begriff auch die verfassungsmässigen Rechte der Bürger einschliesst (BGE 133 III 446 Erw. 3.1 S. 447 f.); weiter kann eine Verletzung von kantonalen verfassungsmässigen Rechten (Art. 95 Bst. c BGG) gerügt werden. Die allgemeinen Anforderungen an die Beschwerdebegründung gelten auch für Rügen, die gegen kantonale Erlasse erhoben werden. Nach Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG muss demnach dargelegt werden, weshalb der angefochtene Erlass rechtsverletzend ist. Weiter prüft das Bundesgericht, wenn die Verletzung von Grundrechten oder Bestimmungen des kantonalen oder interkantonalen Rechtes geltend gemacht wird, entsprechende Beanstandungen nur insoweit, als sie klar und präzise vorgebracht werden (Art. 106 Abs. 2 BGG). Namentlich muss, wenn Willkür geltend gemacht wird, genau dargelegt werden, worin die Willkür besteht, dass also ein qualifizierter und offensichtlicher Rechtsmangel vorliegt (BGE 136 II 304 Erw. 2.4 und 2.5 S. 313 f.; 136 I 49 Erw. 1.4.1 S. 53 und entsprechende Verweise).

1.4 Gemäss der Rechtsprechung zur abstrakten Normenkontrolle von kantonalen Erlassen prüft das Bundesgericht, ob die angefochtene Bestimmung unter Anwendung der anerkannten Auslegungsregeln so verstanden werden kann, dass sie mit der angerufenen verfassungsmässigen Garantie vereinbar ist. Es prüft diese Frage frei und hebt eine kantonale Bestimmung nur auf, wenn sie nach keiner Auslegungsmethode verfassungskonform oder in Übereinstimmung mit übergeordnetem Bundesrecht ausgelegt werden kann (BGE 135 II 243 Erw. 2 S. 248 und Verweise). Zu berücksichtigen ist, wie weit der Eingriff in das Grundrecht reicht, ob eine ausreichende Möglichkeit besteht, das im Streit liegende Grundrecht bei einer späteren Überprüfung eines konkreten Anwendungsfalles zu schützen, unter welchen konkreten Umständen die Bestimmung angewendet wird, ob eine Korrektur möglich ist und welche Auswirkungen sich auf die Rechtssicherheit ergeben. Der Umstand alleine, dass die angefochtene Bestimmung im Einzelfall in einer die Verfassung verletzenden Weise angewandt werden könnte, führt nicht zu deren Aufhebung durch dieses Gericht. In diesem Zusammenhang können die von den kantonalen Behörden gemachten Ausführungen zur zukünftigen Anwendung der Norm mitberücksichtigt werden (BGE 137 I 31 Erw. 2 S. 39; 135 II 243 Erw. 2 S. 248; 134 I 293 Erw. 2 S. 295; 133 I 77 Erw. 2 S. 79 und entsprechende Verweise).

1.5 Die angefochtenen kantonalen Bestimmungen ergingen im Zusammenhang mit dem Sozialversicherungs- und Gesundheitsrecht, sodass sowohl die zweites sozialversicherungsrechtliche Abteilung als auch die zweite öffentlich-rechtliche Abteilung zur Behandlung des vorliegenden Verfahrens zuständig sind (Art. 35 Bst. d und 30 Abs. 1 Bst. c Nr. 14 des Reglements des Bundesgerichtes vom 20. November 2006 [BGerR; SR 173.110.131]). Im vorliegenden Falle wurde entschieden, dass der Fall durch die II. öffentlich-rechtliche Abteilung zu beurteilen ist.

2. Rechtliche Situation

2.1 Mit den angefochtenen Bestimmungen will der Kanton die Änderungen des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung betreffend die Spitalfinanzierung umsetzen. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen verletzen die angefochtenen Bestimmungen verfassungsrechtliche Bestimmungen, namentlich aber auch das Bundesgesetz über die Krankenversicherung. Es erscheint als sinnvoll, vor der Prüfung der einzelnen Rügen zuerst die bisher geltende Rechtslage und die wesentlichen Änderungen der Bundesgesetzgebung kurz in Erinnerung zu rufen.

2.2 Bisherige Rechtslage

2.2.1 Art. 35 ff. KVG legen die Bedingungen fest, unter welchen die Leistungserbringer ermächtigt sind, zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) zu praktizieren. Gemäss Art. 39 Abs. 1 KVG werden Spitäler zugelassen, wenn sie unter anderem der von einem oder mehreren Kantonen aufgestellten Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung, in welche private Trägerschaften angemessen einzubeziehen sind (Bst. d), entsprechen und in der vom Kanton aufgestellten Spitalliste, in welcher die einzelnen Einrichtungen aufgrund der Leistungsaufträge in Kategorien eingeteilt werden, aufgeführt sind (Bst. e). Die von einem nicht in der Spitalliste aufgeführten Spital erbrachten Leistungen werden von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nicht übernommen (BGE 133 V 579 Erw. 3.3 S. 581). Zweck der Spitalplanung ist die Koordinierung der Leistungserbringer, ein besserer Einsatz der Ressourcen und die Kostenbegrenzung (BBl. 1992 I 93 ff., namentlich S. 167 oben; BGE 132 V 6 Erw. 2.4.1 S. 11 mit Verweis; 125 V 448 Erw. 3b S. 453 f.). Nach der Praxis des Bundesrates, bei welchem bis Ende 2006 die kantonalen Entscheide auf dem Gebiete der Spitalplanung angefochten werden konnten (Art. 53 KVG im ursprünglichen Wortlaut), verfolgte diese Planung den Zweck, Überkapazitäten zu vermeiden (GEBHARD EUGSTER, Bundesgesetz über die Krankenversicherung, 2010, Nr. 8 f. zu Art. 39). Die Leistungsaufträge mussten demnach auch die Kapazitäten festlegen, was grundsätzlich durch die Festsetzung der Bettenzahl umgesetzt wurde (vgl. EUGSTER, a.a.O., N. 34 zu Art. 39 und Verweise; EUGSTER, Krankenversicherung in: Soziale Sicherheit, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV, 2. Aufl., 2006, S. 643 f, Rz. 747; THOMAS MATTIG, Grenzen der Spitalplanung aus verfassungsrechtlicher Sicht, 2003, S. 30 f.; BERNHARD RÜTSCHKE, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, 2011, S. 19 f.; vgl. auch BGE 132 V 6 Erw. 2.4.2 S. 12). Nach dem Gesetzgeber würde ein zu grosses Bettenangebot tendenziell zu einer Zunahme des Konsums von Leistungen führen (BGE 133 V 579 Erw. 3.4 S. 581 mit Referenzen; MÉLANIE MADER, Financement des hôpitaux et des soins: éléments importants des révisions KVG, marge de manoeuvre des cantons et rôle de la liberté économique in Jusletter 16. August 2010, und Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht 2011, S. 87-124, Rz. 16). In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass der Bundesrat in seinem Beschwerdeentscheid vom 3. Mai 2000 den Kanton Tessin zu einer Begrenzung und Reduktion der Bettenzahl in seiner Spitalplanung gezwungen hat. Wenn im Übrigen ein Spital über mehr Betten verfügte, als ihm in der Spitalplanung zugestanden wurde, durften die entsprechenden

Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung verweigert bzw. rückgefordert werden (Art. 56 Abs. 2 KVG; BGE 133 V 579 Erw. 3.5 S. 582 mit Bezug den nicht publizierten Sachverhalt auch Erw. 7.3, ebenfalls nicht publiziert). Die Pflicht zur Spitalplanung erstreckte sich auch, wenn auch nicht generell auf die Betten in der halbprivaten und der Privatabteilung; sie umfasste zwar nicht die privaten Spitäler und die Leistungen, die durch die Zusatzversicherungen übernommen wurden, sie galt aber auf die im Rahmen der in diesen Abteilungen zur Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erbrachten Leistungen (BGE 132 V 6 Erw. 2.4.2 S. 12 f.).

2.2.2 Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass das KVG die Finanzierung von Spitalbehandlungen zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung wie folgt regelte: Der Versicherer musste höchstens die Kosten nach dem im Wohnsitzkanton des Versicherten geltenden Tarif übernehmen (Art. 41 Abs. 1 dritter Satz KVG in der ursprünglichen Fassung). Die Tarifvereinbarung wurde von den Leistungserbringern einerseits und den Versicherern andererseits abgeschlossen und war von der Kantonsregierung zu genehmigen (Art. 46 KVG). Kam keine Vereinbarung zustande, wurde der Tarif von der Kantonsregierung selber festgesetzt (Art. 47 KVG). Für die Abgeltung von Spitalbehandlungsleistungen waren Pauschalbeträge vorgesehen. Für die Kantonseinwohner deckten diese höchstens 50 % des verrechenbaren Aufwandes, welche in der allgemeinen Abteilung der öffentlichen oder staatlich subventionierten Spitälern entstand. Nicht angerechnet wurde derjenige Teil des Betriebsaufwandes, der durch Überkapazitäten verursacht war, der Investitionsaufwand sowie die Kosten für Ausbildung und Forschung (Art. 49 Abs. 1 KVG). Der verbleibende Aufwand (mindestens aber 50 %) (der sogenannte "Sockelbeitrag"; vgl. EUGSTER, a.a.O. 2006, S. 702 Rz. 903; MADER, a.a.O., Rz. 20) sowie der Investitionsaufwand wurden durch den Wohnsitzkanton übernommen (MADER, a.a.O., Rz. 28). Dieser Sockelbeitrag war auch bei einem Aufenthalt des Patienten in der halbprivaten oder Privatabteilung eines öffentlichen oder staatlich subventionierten Spitals geschuldet, nicht aber in einem nicht subventionierten Privatspital, auch wenn dieser auf der kantonalen Spitalliste aufgeführt war (BGE 127 V 422 ff.; 130 V 479 Erw. 5 S. 483 ff.; siehe auch Bundesgesetz vom 21. Juni 2002 über die Anpassung der kantonalen Beiträge für die innerkantonalen stationären Behandlungen nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung [AS 2002 1643], in Kraft vom 1. Januar 2002 bis zum 31. Dezember 2004; EUGSTER, a.a.O. 2006, S. 703 Rz. 905). Die Zahlung der Beiträge des Wohnsitzkantons erfolgte grundsätzlich nur, wenn der Patient in einem Spital des Wohnsitzkantons behandelt wurde; als einzige Ausnahme waren die Fälle vorgesehen, wo ein Patient aus medizinischen Gründen ausserhalb des Kantons hospitalisiert werden musste: in diesem Falle musste der Wohnsitzkanton die Differenz zwischen den in Rechnung gestellten Kosten und den Kosten, die durch die eigenen Tarife für die OKP gedeckt wurden, übernehmen (sogenannte "Differenzzahlungspflicht" des Kantons, vgl. Art. 41 Abs. 3 KVG; BGE 123 V 290 ff.). Eise solche Verpflichtung bestand aber nur gegenüber einem öffentlichen oder staatlich subventionierten Spital und nicht in den Fällen, wo der Versicherte in einem nicht-subventionierten Privatspital behandelt wurde (BGE 123 V 310 ff.). Im letzteren Fall musste die obligatorische Krankenpflegeversicherung oder allenfalls eine Zusatzversicherungen höhere Leistungen erbringen (BGE 123 V 310 Erw. 6b/aa S. 321 f.). Da die Mehrzahl der öffentlichen Spitäler direkt oder indirekt durch die Kantone finanziert werden, wurde der Sockelbeitrag in folgender Weise geleistet: Nach

Abzug der von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung geschuldeten Beträge, deckten die Kantone den verbleibenden Fehlbetrag des Unternehmens, so dass nicht einzelne Leistungen sondern die Heilanstalten selber subventioniert wurden.

2.3 Revision KVG

2.3.1 Mit der Botschaft betreffend die Teilrevision des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung vom 18. September 2000 (BBl. 2001 741 ff.) schlug der Bundesrat unter anderem eine Änderung der Spitalfinanzierung vor. Er stellte zuerst fest, dass die Beteiligung der Kantone an der Finanzierung der Spitäler im Verlauf der Zeit zurückgegangen sei, und schlug deshalb ein Finanzierungsmodell vor, das den Grundsatz der Kostendeckung aufgab und zum Grundsatz der Leistungsfinanzierung überging (BBl. 2001 763 Ziff. 2.1). Mit diesem Übergang zu einer quantitativen Kontrolle sollte die Spitalplanung gestärkt werden (BBl. 2001 780 Ziff. 2.7 in fine), eine Verlagerung der Kosten auf die Krankenpflegeversicherung vermieden und die globalen Kosten unter Kontrolle gebracht werden (BBl. 2001 743). Der Gesetzesentwurf wurde vom Parlament abgelehnt, wobei allerdings die Änderungen die sich auf die Neuregelung der Spitalfinanzierung bezogen, wenig diskutiert wurden.

2.3.2 In der Folge legte der Bundesrat verschiedene weitere Botschaften zur Revision des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vor, unter anderem die Botschaft vom 15. September 2004 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung; BBl. 2004 5551). Angestrebte Ziele waren die gemeinsame Finanzierungsverantwortung von obligatorischer Krankenpflegeversicherung und Kantonen für im Rahmen der obligatorischen Krankenversicherung zu übernehmende Spitalaufenthalte in Form einer je hälftigen Leistungsfinanzierung, die Umschreibung des Leistungsbereichs der obligatorischen Krankenpflegeversicherung unabhängig vom Ort des Spitalaufenthalts sowie die Regelung des Zusammenwirkens von staatlicher Planung und Wettbewerb, so dass die Spitalplanung einerseits die Versorgung aller vom Versicherungsobligatorium erfassten Versicherten sicherstellen und andererseits den Rahmen für die Optimierung der Ressourcennutzung bilden sollte (BBl. 2004 5564 Ziff. 1.5). Zu diesem Zweck schlug der Bundesrat unter anderem eine Änderung der Art. 39, 41 und 49 KVG vor. Dieser Vorschlag wurde in den eidgenössischen Räten verschiedenen Änderungen unterzogen; schliesslich wurden am 21. Dezember 2007 unter anderem die Art. 39, 41 und 49 KVG geändert und die neuen Art. 41a und 49a KVG eingeführt (AS 2008 2049).

Im hier interessierenden Zusammenhang hatte die erwähnte Gesetzesänderungen für die Spitalplanung und -finanzierung folgende Konsequenzen. Mit Bezug auf die Planung wurden die Koordination zwischen den Kantonen und die Einführung von einheitlichen Planungskriterien verstärkt (Art. 39 KVG); die freie Spitalwahl wurde – allerdings mit reduziertem Tarifschutz - auf die ganze Schweiz ausgedehnt (Art. 41 Abs. 1bis KVG); die Pflicht der in die Spitalliste aufgenommenen Spitäler im Standortkanton des Spitals wohnhafte Patienten zu behandeln (sogenannte „Aufnahmepflicht“) wurde ausdrücklich festgelegt (Art. 41a KVG); es wurde vorgesehen, dass die Kantone und die

obligatorische Krankenpflegeversicherung ihre Beiträge in der Regel in Form von leistungsbezogenen Pauschalen erbringen, (Art. 49 KVG), welche auch die Investitionskosten der Spitäler abzudecken hatten (vgl. Abs. 1 und 2 Bst. b der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Dezember 2007 [AS 2008 2056]; MADER, a.a.O., Rz. 65 ff.); der Anteil des Kantons musste mindestens 55 % ausmachen und wird auch bei einer Behandlung in einem nicht von der öffentlichen Hand subventionierten Privatspital ausbezahlt (Art. 49a KVG).

2.3.3 Die Gesetzesänderung trat am 1. Januar 2009 in Kraft. Auf Grund der Übergangsbestimmungen musste die Einführung von leistungsbezogenen Pauschalen gemäss Art. 49 und die Anwendung der Finanzierungsregeln gemäss Artikel 49a, einschliesslich die Regelung über die Investitionskosten spätestens bis zum 31. Dezember 2011 abgeschlossen sein (Abs. 1). Die kantonale Spitalplanung musste spätestens nach einem Zeitraum von drei Jahren nach Einführung der Pauschalen gemäss Absatz 1 den Anforderungen von Art. 39 entsprechen. Diese Anforderungen müssen sich mit Bezug auf Qualität und Wirtschaftlichkeit auf Betriebsvergleiche abstützen (Abs. 3).

2.3.4 In der Folge änderte der Bundesrat am 22. Oktober 2008 die Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 und fügte zum hier interessierenden Thema einen neuen Abschnitt über die Planungskriterien ein (Art. 58a - 58e KVV).

2.3.5 Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Schweizerische Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) im Anschluss an diese Gesetzesänderung am 14. Mai 2009 Empfehlungen zur Spitalplanung erliess. Sie enthalten die Ansichten der GDK zu diesem Thema, stellen aber keine rechtliche bindenden Bestimmungen dar und enthalten auch keine verbindliche Auslegung der Bundesgesetzes über die Krankenversicherung. Es ist aber festzustellen, dass die angefochtenen kantonalen Bestimmungen teilweise diesen Empfehlungen folgen.

Zu den einzelnen Rügen

3. Maximale Leistungsmenge

3.1 Gemäss Art. 63c Abs. 2 LCAMal erteilt der Kanton den auf der Spitalliste im Sinne von Art. 39 Abs. 1 Bst. e und Abs. 3 KVG aufgeführten Einrichtungen einen Leistungsauftrag. Gemäss den Art. 63c Abs. 3, 63d Abs. 1, 66i Abs. 2 Bst. a und 66l LCAMal wird im Leistungsauftrag für die Einrichtungen mit Sitz im Kanton die maximale Leistungsmenge festgelegt.

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hat diese Regelung zur Folge, dass ein Spital, welches sein Leistungskontingent ausgeschöpft hat, weitere Patienten abweisen muss. Diese müssten sich dann an andere Einrichtungen innerhalb oder ausserhalb des Wohnsitzkantons wenden, mit dem Risiko, dass sie bei ausserkantonalen Einrichtungen eine allfällige Tariffdifferenz selber tragen müssten (da der Beitrag des Kantons dem im Wohnsitzkanton gültigen Tarif entspricht). Die Beschwerdeführerinnen rügen in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 49 BV in

Verbindung mit den Art. 41, 41a, 46 und 49 KVG, 58a ff. KVV sowie den Art. 8, 9, 27 und 94 BV. Ihrer Ansicht nach war die Förderung des Wettbewerbes unter den Spitälern eines der Hauptziele der KVG-Revision. Mit der Festsetzung von maximalen Leistungsmengen würden nun wettbewerbsfähige Spitäler gerade daran gehindert, ihre bestmöglichen Leistungen anzubieten. Gleichzeitig werde die in Art. 41 Abs. 1bis KVG garantierte freie Spitalwahl zunichte gemacht, da sich die Patienten nicht im Spital ihrer Wahl behandeln lassen könnten, wenn dieses sein Leistungskontingent bereits ausgeschöpft habe. Sie machen weiter geltend, dass eine solche Beschränkung gegen die Kernidee des revidierten Gesetzes verstosse, nach welcher nicht mehr Einrichtungen sondern die den Versicherten erbrachten Leistungen finanziert werden sollen. Darüber hinaus werde auch der Grundsatz der Rechtsgleichheit verletzt, da ein Versicherter, der am Anfang eines Jahres eine Spitalbehandlung benötige, aus allen auf der Spitalliste aufgeführten Spitälern auswählen könne, während ein Patient, der die gleiche Behandlung später im Jahr brauche, riskiere, sich nicht mehr in den besten Einrichtungen behandeln lassen zu können, weil die diesen Einrichtungen zugeteilten maximalen Leistungsmengen bereits ausgeschöpft sein können, und weiter riskiere, eine allfällige Tariffdifferenz selber tragen zu müssen. Sie führen weiter aus, dass die Tessiner Spitäler sowohl gegenüber den nicht in der kantonalen Spitalliste aufgeführten Spitälern, die im Vertragsstatus tätig werden, als auch gegenüber den auf der Spitalliste eines anderen Kantons aufgeführten Spitälern, die kantonale und ausserkantonale Versicherte ohne mengenmässige Begrenzung aufnehmen könnten, diskriminiert würden. Da der Kanton bei den ausserkantonalen Einrichtungen einen Anteil von mindestens 55 % der Kosten für die Spitalbehandlungsleistungen übernehmen muss, sind die Beschwerdeführer der Ansicht, dass die Festsetzung von maximalen Leistungsmengen als Kostendämpfungsmassnahme völlig ungeeignet und damit willkürlich sei. Das Gleiche könne mit Bezug auf die in Art. 41a KVG stipulierte Aufnahmepflicht sowie die Wirtschaftsfreiheit gesagt werden, es werde eine auf Wettbewerb beruhende Wirtschaft durch eine staatliche Planung ersetzt, auf Grund derer die Spitäler ohne objektive Rechtfertigung ungleich behandelt würden. Daraus folge, dass die heute angefochtene mengenmässige Beschränkung der Leistungen nicht nur das angestrebte Ziel, die Kostendämpfung, in jedem Falle verfehlen müsse, sondern auch nicht den in Art. 39 Abs. 2ter KVG aufgestellten Planungskriterien (Qualität und Wirtschaftlichkeit) entspreche. Nicht zu vergessen sei, dass durch Art. 58c Bst. a KVV eine mengenorientierte Planung für die Spitalbehandlung von somatischen Beschwerden ausdrücklich ausgeschlossen werde (dies im Gegensatz zu psychiatrischen Behandlungen und Behandlungen in Pflegeheimen, vgl. Bst. b und c). Schliesslich sei nicht klar, welche Konsequenzen einträten, wenn eine Einrichtung ihr Leistungskontingent überziehe; die Anwendung der in Art. 66r LCAMal stipulierten Sanktionen sei völlig undenkbar, da diese auf ein konkretes Verbot auf Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit hinauslaufen würden und demnach offensichtlich eine Verletzung der Art. 27 und 94 BV darstellten.

3.2 In seiner Beschwerdeantwort, die der Staatsrat im eigenen Namen und in Vertretung des Grossen Rates eingereicht hat, macht er geltend, dass die in Art. 39 KVG aufgestellte Planungsverpflichtung für den Kanton verbindlich sei und durch die Gesetzesänderung nicht nur bestätigt sondern sogar verstärkt worden sei und die Einführung von mengenmässigen Beschränkungen erforderlich gemacht habe. Er bemerkt in diesem Zusammenhang, dass die Festlegung von maximalen Leistungsmengen

nur eine andere Art der Festlegung einer schon früher bestehenden Beschränkung sei, die vor der Gesetzesänderung als Beschränkung der Bettenzahl existiert habe. Dies entspreche auch dem Begriff des zu sichernden Angebotes im Sinne von Art. 58b KVV sowie dem Verweis auf die Leistungen, die in Art. 58c Bst. a KVV enthalten sei. Die Kantonregierung unterstreicht weiter, dass die Pflicht, das nötige Angebot festzusetzen, ein unabdingbarer Teil der staatlichen Planung sei, da sich dieses nicht wie in der Marktwirtschaft aus Preismechanismen ergebe. Man dürfe auch nicht vergessen, dass die Planungspflicht eingeführt worden sei, weil ein Überangebot an Leistungen bestanden habe. Schliesslich hält die Regierung fest, dass die Folgen einer Überschreitung der maximalen Leistungsmengen durch die bisherige Praxis (BGE 133 V 579) und Art. 66r LCAMal klar festgelegt werden, in dem Sinne, dass Leistungen, die die Höchstgrenzen überschreiten, nicht anerkannt werden. Was die von der kantonalen Gesetzgebung vorgesehenen Sanktionen betrifft, ist der Staatsrat der Ansicht, es bestehe eine genügend abgestufte Auswahl, wobei sich die Bemessung der Sanktion selbstverständlich nach der Schwere der zur Diskussion stehenden Verletzung zu richten habe.

3.3 Art. 39 KVG

3.3.1 Aus dem Wortlaut von Art. 39 KVG, auf den sich der Staatsrat ausdrücklich beruft, geht nicht ausdrücklich hervor, ob eine mengenmässige Beschränkung als Planungsinstrument zulässig ist. Nach Absatz 1 Bst. d dieser Bestimmung dient die Planung einer bedarfsgerechten Spitalversorgung, und nach Bst. e soll die Spitalliste die verschiedenen Spitäler nach ihren Leistungsaufträgen in Kategorien einteilen, was voraussetzt, dass solche Leistungsaufträge, deren Inhalt allerdings nicht klar definiert wird, bestehen. Im Sinne von Art. 39 Abs. 2ter KVG erlässt der Bundesrat einheitliche Planungskriterien auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit. Die Antwort auf die Frage, ob diese Bestimmung mengenmässige Beschränkungen ausschliesst oder ob solche Beschränkungen im Begriff „Wirtschaftlichkeit“ enthalten sind, geht nicht aus dem Wortlaut der vorerwähnten Bestimmung hervor.

3.3.2 In den Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung bildet die Mengenbeschränkung ein Instrument, um die medizinisch nicht indizierten Spitalbehandlungen zu beschränken. Auch die Lehre ist der Meinung, dass eine Mengenbeschränkung durch die Kantone zulässig, allerdings nicht vorgeschrieben ist (EUGSTER, a.a.O. [2010], N. 12 zu Art. 39; RÜTSCHKE, a.a.O., S. 47 ff., namentlich S. 53 Rz. 109; UELI KIESER, Spitalliste und Spitalfinanzierung, Auswirkungen der Änderung des Krankenversicherungsgesetzes vom 21. Dezember 2007, in: AJP 2010 S. 61 ff., namentlich S. 68, der der Meinung ist, dass wie bisher auch die Bettenzahl im Leistungsauftrag beschränkt werden kann).

3.3.3 Auf Grund der vorstehenden Ausführungen muss nun geprüft werden, ob sich nach einer Analyse der Entstehungsgeschichte der KVG-Revision genauere Hinweise ergeben.

3.3.3.1 Im Entwurf des Bundesrates hatte Art. 39 KVG folgenden Wortlaut:

"Art. 39 Abs. 1 Bst. d, 2-6 (neu)

¹ Anstalten oder deren Abteilungen, die der stationären Behandlung akuter Krankheiten oder der stationären Durchführung von Massnahmen der medizinischen Rehabilitation dienen (Spitäler), sind zur Erbringung von nach diesem Gesetz obligatorisch versicherten Leistungen zugelassen, wenn sie:

d. der von einem oder mehreren Kantonen gemeinsam aufgestellten Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entsprechen;

² Die Planung einer bedarfsgerechten Spitalversorgung nach Absatz 1 Buchstabe d muss sich auf die Versorgung aller nach diesem Gesetz versicherungspflichtigen Personen (Art. 3) beziehen und die Patientenströme zwischen den Kantonen berücksichtigen. Private Trägerschaften sind angemessen in die Planung einzubeziehen.

³ Die Kantone sind verpflichtet, im Bereich der hochspezialisierten Medizin eine gemeinsame Planung zu beschliessen. Kommen sie dieser Aufgabe nicht zeitgerecht nach, erlässt der Bundesrat die Planung.

⁴ Die Spitalliste nach Absatz 1 Buchstabe e muss sämtliche für die Versorgung notwendigen Spitäler des Kantons, die über einen Leistungsauftrag verfügen, umfassen; sie kann auch Spitäler in anderen Kantonen umfassen, für die der Kanton mit einem oder mehreren anderen Kantonen oder mit denen er direkt eine Vereinbarung abgeschlossen hat. Mit dem Erteilen von Leistungsaufträgen können die Kantone Auflagen verbinden.

⁵ Der Bundesrat kann allgemeine, einheitliche Grundsätze für die Planung erlassen, soweit dies für die gemeinsame Erstellung der Planungen durch mehrere Kantone erforderlich ist. Er hört zuvor die Kantone an.

⁶ Die Bestimmungen über die Zulassung (Abs. 1), die Planung (Abs. 2 und 3) und die Festsetzung von Listen (Abs. 4) gelten sinngemäss für Anstalten, die der Pflege und medizinischen Betreuung sowie der Rehabilitation von Langzeitpatienten und -patientinnen dienen (Pflegeheime).

"

Die Botschaft legte die grossen Linien der Spitalplanung fest (BBl. 2004 5567 ff. Ziff. 2.2). Es wurde an der kantonalen Planungskompetenz festgehalten und damit die verfassungsmässige Kompetenzaufteilung respektiert. Namentlich wurde festgehalten, dass „die vorgeschlagene dual-fixe Finanzierung der Leistungen ... dem Aufbau von Schranken zwischen den Kantonen dadurch entgegen wirkt, dass der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung bei der Zuweisung von Leistungsaufträgen eine dominante Rolle zukommt“ (BBl. 2004 5568). Weiter wurde Folgendes ausgeführt: „Mit dem Übergang zur leistungsbezogenen Finanzierung stellt sich die Frage nach der Zweckmässigkeit der heutigen Planungsmethodik der Kantone. Zusätzlich zur Sicherstellung der für

die Versorgung der Bevölkerung erforderlichen Bettenkapazitäten werden die Kantone auch berücksichtigen müssen, welches Ausmass an Leistungen mit den jeweils zugewiesenen Leistungsaufträgen verbunden ist. Im Sinne des Postulats vom 5. April 2002 der ständerätlichen Geschäftsprüfungskommission (02.3176) hat die Schweizerische Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) die Initiative ergriffen mit dem Ziel, unter Einbezug aller Beteiligten eine Arbeitsgruppe ‚Leistungsorientierte Spitalplanung‘ einzusetzen, welche die Aufgabe hat, Planungsinstrumente bereitzustellen und den Übergang zur Leistungsplanung vorzubereiten.“ (BBl. 2004 5568).

Die Botschaft enthält auch Erläuterungen zu dem im Entwurf enthaltenen Art. 39 (BBl. 2004 5574 ff.). Namentlich wird Folgendes festgehalten: „Welche Aufgaben ein Spital im Rahmen der kantonalen Planung zu erfüllen hat, wird unter anderem mit dem Leistungsauftrag umschrieben“, und weiter, es wird „einem Spital mit dem Leistungsauftrag ein Leistungsspektrum zugewiesen und das Spital dafür in die Spitalliste aufgenommen.“ Welche Form dieses Leistungsspektrum haben musste, bzw. ob die Spitalplanung oder die Leistungsaufträge mengenmässige Begrenzungen (der Bettenzahl oder der Behandlungen) vorsehen müssen oder können, wird aber nicht ausdrücklich geregelt.

3.3.3.2 Vor dem Ständerat (Erstrat) legte Bundesrat Pascal Couchepin dar, dass das vorgeschlagene Modell zu einer Leistungsfinanzierung führe, und führte weiter aus:

"Ensuite, on propose une planification intégrale. Un des grands sujets de dispute avec les cantons au cours de ces dernières années était qu'ils disaient que les dispositions légales en vigueur donnaient trop de compétences au Conseil fédéral pour revoir la planification qu'ils avaient faite. La proposition d'aujourd'hui clarifie les choses et montre - on peut encore en discuter au deuxième conseil, mais je crois que la solution préconisée aujourd'hui est suffisante - qu'on veut donner aux cantons une compétence très forte de planification. La Confédération ne pourrait revoir que des dispositions absolument abusives; elle n'aurait pas la compétence de juger de l'opportunité de l'intégration ou non sur la liste des hôpitaux de tel ou tel hôpital (Amtliches Bulletin 2006 des Ständerates [AB 2006 SR] 47)" *(Schliesslich schlagen wir eine umfassende Planungspflicht vor. Einer der grossen Streitpunkte mit den Kantonen war in den letzten Jahren, dass die Kantone sagten, die geltenden gesetzlichen Bestimmungen gäben dem Bundesrat zu viele Kompetenzen, um ihre Planung zu überprüfen. Der heutige Vorschlag stellt klar und zeigt - man kann das auch noch im Zweitrat diskutieren, ich denke aber die heute vorgeschlagene Lösung genügt - dass man den Kantonen eine sehr starke Planungskompetenz einräumen will. Der Bund kann nur absolut missbräuchliche Bestimmungen aufheben. Er ist nicht zuständig, um die Zweckmässigkeit der Aufnahme oder Nichtaufnahme eines bestimmten Spitals in die Spitalliste zu überprüfen.)*

Nachdem der Ständerat einige Änderungen am Inhalt des vom Bundesrat vorgeschlagenen Art. 39 vorgenommen hatte, teilte er ihn in die Art. 39 und 39a auf, wobei die zweite Bestimmung eine eingehendere Regelung über die vom Kanton zu erstellende Liste enthielt. Die Absätze 1, 2 und 4 hatten folgenden Wortlaut (AB 2006 SR 49, Absatz 3 entspricht dem heutigen Art. 39 Abs. 2bis, der hier nicht interessiert):

"Abs. 1 In der Spitalliste nach Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe e sind diejenigen Einrichtungen oder deren Abteilungen aufgeführt, die der Planung für eine bedarfsgerechte Versorgung entsprechen und einen Leistungsauftrag des Kantons erhalten haben. Die Kantone können mit der Erteilung von Leistungsaufträgen Auflagen verbinden.

Abs. 2 Die Kantone koordinieren ihre Planungen.

Abs. 4 Der Bundesrat erlässt einheitliche Grundsätze für die Planung. Er hört zuvor die Kantone an."

Christiane Brunner führte als Berichterstatterin Folgendes aus:

"Le premier point le plus important, c'est que les cantons doivent établir une liste hospitalière, qui est le résultat de la planification qu'ils auront établie afin de couvrir les besoins en soins de leur population. Cette planification est obligatoire et elle a des répercussions financières importantes pour le canton puisque, pour les prestations fournies dans les hôpitaux qui se trouvent sur la liste, le canton va devoir verser sa part. Si le canton n'établit pas sa liste hospitalière avec sérieux, il risque de devoir payer une somme trop importante. Il n'y a donc plus de listes A et B. Le canton ne tient donc plus qu'une seule liste qui, encore une fois, est le résultat de sa planification, et non pas l'inverse. Les cantons doivent en outre établir un mandat de prestations pour tous les établissements qui se trouvent sur la liste hospitalière, mais bien sûr, aussi, ils peuvent le faire seulement pour une partie de l'éventail des prestations fournies dans un hôpital. Les cantons peuvent aussi assortir leur mandat de prestations de conditions portant, par exemple, sur les appareils et les installations (AB 2006 SR 50)".

(Der erste Punkt ist der Wichtigste, die Kantone müssen eine Spitalliste erstellen, die sich auf die Planung abstützt, welche sie mit Bezug auf die Deckung des Behandlungsbedarfs ihrer Bevölkerung vornehmen müssen. Diese Planung ist obligatorisch und hat für den Kanton wichtige finanziellen Auswirkungen, weil er an die Leistungen, welche durch die auf der Liste aufgeführten Spitäler erbracht werden, einen Beitrag leisten muss. Wenn der Kanton seine Spitalliste nicht seriös aufstellt, riskiert er zu viel bezahlen zu müssen. Es gibt demnach keine A- und B-Listen mehr. Der Kanton führt nur noch eine einzige Liste, die – ich sage es noch einmal – das Ergebnis seiner Planung ist und nicht umgekehrt. Die Kantone müssen im Übrigen für alle auf der Spitalliste aufgeführten Einrichtungen, einen Leistungsauftrag erteilen, sie können diesen aber natürlich auch nur für einen Teil des im Spital angebotenen Leistungsspektrum erteilen. Die Kantone können ihren Leistungsauftrag auch von Bedingungen, zum Beispiel betreffend Geräte und Einrichtungen abhängig machen.)

Die Diskussion in den eidgenössischen Räten bezog sich vor allem auf die Beziehung zwischen den öffentlichen Spitälern einerseits sowie den privaten Spitälern in der Spitalliste und den Vertragsspitalern andererseits. Daraus ergeben sich keine weiteren Informationen zum Inhalt der Planung. Aus den Darlegungen der Berichterstatterin ergibt sich, dass die Planung eine wichtige Rolle mit Bezug auf die Höhe der Beteiligung der Kantone spielte, was auf ein quantitatives Element hinweist.

3.3.3.3 Im Nationalrat erklärten die Berichterstatter in erster Linie, dass der Übergang zur Leistungsfinanzierung von der Kommission diskussionslos angenommen worden sei.

Meinungsverschiedenheiten seien aber mit Bezug auf die verfassungsmässige Zuständigkeit der Kantone für Spitalbehandlungen aufgetreten. Die wichtigste Änderung gegenüber der Fassung des

Ständerates sei die freie Spitalwahl in der ganzen Schweiz (Amtliches Bulletin 2007 des Nationalrates [AB 2007 NR] 414 f.; Berichterstatter Ruth Humbel und Yves Guisan). Mit Bezug auf die Spitalplanung schlug die Kommission an Stelle der vom Ständerat formulierten Art. 39 und 39a nur einen einzigen Art. 39, der näher beim Vorschlag des Bundesrates lag, vor, mit dem Unterschied, dass Art. 39 Abs. 1 in der bisherigen Fassung übernommen wurde, nachdem ein Antrag, die in Bst. b erwähnten privaten Unternehmen zu streichen, verworfen worden war (AB 2007 NR 426 ff., 431). Der Inhalt des zweiten Absatzes blieb gleich wie Absatz 2 von Art. 39a in der vom Ständerat vorgeschlagenen Fassung, ohne dass ein Gegenantrag formuliert wurde (AB 2007 NR 426). Schliesslich schlug die Kommission einen Art. 39 Abs. 2ter vor, dessen Wortlaut dem Abs. 4 von Art. 39a in der Fassung des Ständerates entsprach. Auf Antrag von Nationalrat Felix Gutzwiller wurde stattdessen folgende Fassung angenommen:

"Der Bundesrat erlässt einheitliche Planungskriterien auf der Grundlage von Qualität, Wirtschaftlichkeit und Grundversorgung. Er hört zuvor die Kantone an. Er berücksichtigt die Anliegen der Leistungserbringer und Versicherer." (AB 2007 NR 427, 436)

Damit wollte man erreichen, dass die zentralen Kontrollkriterien transparent werden (AB 2007 NR 434, Votum von Felix Gutzwiller). Der Antrag auf Streichung von Absatz 2ter wurde zu Gunsten dieser Fassung zurückgezogen.

3.3.3.4 Im Differenzbereinigungsverfahren schloss sich der Ständerat dem Wortlaut der vom Nationalrat vorgeschlagenen Absätze 1 und 2 von Art. 39 an. Absatz 2ter wurde hingegen wie folgt abgeändert:

"(...) von Qualität und Wirtschaftlichkeit. Er hört zuvor die Kantone, die Leistungserbringer und die Versicherer an".

Die Berichterstatterin Erika Forster-Vannini führte dazu aus (AB 2007 SR 751):

"Der Nationalrat stellt grundsätzlich auf das geltende Recht ab und führt in Artikel 39 den Leistungsauftrag wieder ein. Mit dem Leistungsauftrag durch den Kanton wird dem Spital ein bestimmtes Leistungsspektrum im OKP-Bereich zugewiesen. Die Zuweisung eines Leistungsauftrages beinhaltet gleichzeitig gemäss Buchstabe e die Aufnahme des Spitals oder eines spezifischen Spektrums in die Spitalliste des Kantons. Dabei muss die Versorgungsstufe genannt und müssen in somatischen Akutspitalern die Leistungsbereiche, so zum Beispiel Medizin, Chirurgie, Gynäkologie usw., allenfalls auch Subspezialitäten erwähnt werden. Bei der Spitalplanung, die von einem oder mehreren Kantonen für seine oder ihre Einwohner aufgestellt wird, können alle Spitäler, das heisst inner- und ausserkantonale wie auch private, berücksichtigt werden. Einfacher ausgedrückt: Die Kantone legen fest, wo bestimmte Leistungen im OKP-Bereich für ihre Einwohnerinnen und Einwohner erhältlich sind. Dabei haben sie gemäss Beschluss des Nationalrates laut Absatz 2 ihre Planung zu koordinieren".

Der Nationalrat ergänzte Absatz 2ter wie folgt:

" (...) von Qualität, Wirtschaftlichkeit und Versorgungssicherheit". (AB 2007 NR 1770)

und wollte so eine minimale Versorgungssicherheit in den Randregionen herstellen, (AB 2007 NR 1769, Berichterstatterin Ruth Humbel). Der Ständerat strich das Kriterium wieder, um so zu zeigen, dass es hier nicht um eine Planung des Bundes gehe, sondern die Kantone ihre Autonomie bewahren müssten (AB 2007 SR 1036, Voten der Berichterstatterin Erika Forster-Vannini und von David Eugen). Der Nationalrat hielt an seiner eigenen Fassung fest und wollte wahrscheinlich so die Versorgungssicherheit garantieren, Überkapazitäten sichtbar machen und für die Einleitung der nötigen Massnahmen sorgen (AB 2007 NR 1942, Berichterstatterin Ruth Humbel). Im Rahmen der Einigungskonferenz wurde vorgeschlagen, die Fassung des Ständerates zu übernehmen, um klarzustellen, dass die Herstellung der Versorgungssicherheit in die Zuständigkeit der Kantone falle. Der Nationalrat schloss sich schliesslich diesem Vorschlag an (AB 2007 NR 2050).

3.3.3.5 Zusammenfassend ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des neuen Art. 39 KVG keine klare Antwort auf die Frage, ob eine mengenmässige Beschränkung zulässig ist. Es geht daraus aber unbestrittenermassen hervor, dass es wie in der Vergangenheit Sache der Kantone ist, eine autonome Spitalplanung aufzustellen, was im Wesentlichen die Folge der kantonalen Zuständigkeit für Spitalbehandlungen und den damit verbundenen wirtschaftlichen Folgen ist. Da die finanzielle Belastung der Kantone direkt von der entsprechenden Leistungsmenge abhängt (Art. 49 und 49a KVG), kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Gesetzgeber den Kantonen zusammen mit der Zuständigkeit auf dem Gebiete der Spitalplanung auch - im Sinne eines Faktors zur Wahrung der Wirtschaftlichkeit (Art. 39 Abs. 2ter KVG) - ein Instrument in die Hand geben wollte, um die Leistungen mengenmässig zu begrenzen.

3.4 Art. 58a - 58e KVV

3.4.1 Gestützt auf Art. 39 Abs. 2ter KVG legte der Bundesrat in den Art. 58a - 58e KVV die Planungskriterien fest. Nach Art. 58b Abs. 3 KVV muss mit der Planung das zur Gewährleistung der bedarfsgerechten Versorgung nötige Angebot gesichert werden. Dieses Angebot entspricht dem nach Abs. 1 festgelegten Bedarf abzüglich des Angebots in Absatz 2. Nach Art. 58e Abs. 1 KVV führen die Kantone auf ihrer Liste die inner- und ausserkantonalen Einrichtungen auf, die notwendig sind, um das nach Artikel 58b Absatz 3 bestimmte Angebot sicherzustellen. In den Listen wird für jedes Spital das im Leistungsauftrag vorgesehene Leistungsspektrum aufgeführt (Abs. 2). Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass das im Sinne von Art. 58b Abs. 3 KVV sicherzustellende Angebot klar quantifiziert werden muss. Es ist deshalb offensichtlich, dass sowohl die aufzustellenden Listen als auch die mit den Spitälern gemäss Art. 58e Abs. 1 KVV abzuschliessenden Leistungsverträge ein quantitatives Element enthalten müssen

3.4.2 Gemäss Art. 58c Bst. a KVV muss die Planung für Spitäler, die akutsomatische Behandlungen erbringen „leistungsorientiert“ sein. Diesem Begriff wird in der Verordnung der Begriff „kapazitätsbezogen“ gegenübergestellt (der zweite Begriff ist wahlweise für rehabilitative und psychiatrische Behandlungen [Bst. b] und zwingend für Pflegeheime [Bst. c] vorgesehen). Dies ist darauf zurückzuführen, dass Art. 49 Abs. 1 KVG für Spitalbehandlungen leistungsbezogene Pauschalen vorsieht (vgl. Bundesamt für Gesundheit, Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV), Änderungen per 1. Januar 2009, Änderungen und Kommentar im Wortlaut [in der Folge: Kommentar II], Art. 58c S. 8). Man kann daraus also ableiten, dass sich der bei der Planung einzubeziehende mengenmässige Faktor auch auf die einzelnen Leistungen bezieht.

3.4.3 Die Entstehungsgeschichte der Verordnung spricht aber gegen eine Pflicht der Kantone, mengenmässige Beschränkungen vorzusehen. Der in die Vernehmlassung gegebene Entwurf zu einer Änderung der KVV sah in Art. 58a Abs. 2 Massnahmen zur Organisation der Planung vor, zu denen unter anderen auch die "Zuweisung und Sicherung der zugelassenen Leistungsmengen oder Kapazitäten" (Bst. c) gehörte. Art. 58b enthielt einen fünften Absatz mit folgendem Wortlaut:

"Die Kantone legen die Instrumente für die Sicherstellung der Mengensteuerung fest."

In diesem Zusammenhang wurde in dem vom Bundesamt für Gesundheit erarbeiteten Dokument "Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV), Vorgesehene Änderungen per 1. Januar 2009, Änderungen und Kommentar im Wortlaut" (in de Folge: Kommentar I) Folgendes ausgeführt:

"Bis anhin stützte sich die bundesrätliche Rechtsprechung zu den Spitalplanungen zur Beurteilung der Mengensteuerung auf die Bettenzahlen. Mit der Einführung der leistungsorientierten Planung für Akutspitäler und Geburtshäuser nach Artikel 58c Absatz 1 erfolgt die Mengensteuerung mittels Instrumenten, welche sich auf die Leistungen beziehen. In diesem Sinn werden die Kantone verpflichtet, die Zulassung der Leistungen mit einem Instrument der Mengensteuerung zu verknüpfen" (Kommentar I, zu Art. 58b Abs. 5, S. 7).

Verschiedene Vernehmlassungsteilnehmer widersetzten sich in der Folge dem Konzept der Mengensteuerung, die ihrer Ansicht nach namentlich im Widerspruch zu der in der KVG-Revision vorgesehenen Ausweitung des Wettbewerbs stand. In der definitiven Fassung wurde deshalb der Verweis auf die Mengensteuerung fallen gelassen. Im Kommentar II wurde in diesem Zusammenhang dargelegt, dass „mit der Gesetzesrevision ...die Abgrenzung von Überkapazitäten nur indirekt und begrenzt durch eine Steuerung des Angebotes, das auf der Liste aufgenommen wird, erfolgen“ könne. Dennoch sei davon auszugehen „dass die Finanzierungspraxis der einzelnen Kantone unterschiedlich sein ... (werde). In dieser Situation ... (würden) die Kantone zu einer Mengensteuerung durch die Planung nicht verpflichtet." (Kommentar II, S. 4).

3.4.4 Die Verordnung verstärkt also die Schlussfolgerung, dass die Kantone zur Einführung einer Mengensteuerung nicht verpflichtet, wohl aber dazu vollumfänglich berechtigt sind.

3.5 Art. 46 und 49 KVG

3.5.1 Die von den Beschwerdeführerinnen angerufen Art. 46 und 49 KVG enthalten kein ausdrückliches Verbot von mengenmässigen Beschränkungen. Nach Art. 46 Abs. 1 KVG werden die Tarifverträge für Spitalbehandlungen durch die Vertragsparteien, also einerseits die Leistungserbringer und andererseits die Versicherer, abgeschlossen. Diese Tarifautonomie ändert aber nichts daran, dass die obligatorische Krankenpflegeversicherung nur die im Gesetz vorgesehenen Leistungen zu den dort vorgesehenen Bedingungen übernimmt (Art. 24 ff. KVG; BGE 132 V 18 Erw. 5.3 S. 24; 110 V 187 Erw. 4 S. 194; Urteil 9C_397/2009 vom 16. Oktober 2009 Erw. 5.1), also nur Spitalbehandlungen berücksichtigt, die von Spitälern erbracht werden, welche auf Grund der Spitalplanung in die Spitalliste aufgenommen wurden (Art. 35 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. h in Verbindung mit Art. 39 Abs. 1 Bst. d und e KVG; BGE 133 V 579 Erw. 3.3 S. 581). Wenn die gesetzliche Regelung bei der Spitalplanung also Mengenbeschränkungen zulässt, dann sind auch die Vergütungen, die in den Tarifverträgen vorgesehen werden, nur auf den Leistungen im Rahmen dieser Beschränkungen geschuldet.

3.5.2 Mit der neuen Spitalfinanzierung wollte der Gesetzgeber von der Finanzierung der Einrichtungen zur Finanzierung der Leistungen übergehen und so den Wettbewerb zwischen den Spitälern stärken (BBl. 2004 5577 und 5580; EUGSTER, a.a.O. [2010], Rz. 2 zu Art. 49; MADER, a.a.O., Randziffern 62 f., 80; RÜTSCHKE, a.a.O., S. 41 f., 50, Rz. 103). Dies schliesst aber eine mengenmässige Beschränkung nicht aus (Erw. 3.3), was zum Schluss führt, dass - wie dies schon vor der Revision der Fall war - das Gesetz Planungs- und Wettbewerbselemente enthält (RÜTSCHKE, a.a.O., S. 42 f.). Ziele der Spitalplanung und der Leistungsaufträge sind die Sicherstellung des medizinischen Versorgungsbedarfs und gleichzeitig die Kostenbegrenzung. Im Gesundheitswesen werden aber die Kosten einerseits durch die Menge der Behandlungen und andererseits durch die Kosten pro Behandlung generiert. Die Konkurrenz zwischen den einzelnen Spitälern beeinflusst die Höhe der Kosten pro Behandlung: Ein Spital, das im Schnitt pro Behandlung mehr aufwendet als es als Fallpauschale erhält, kann langfristig wirtschaftlich nicht überleben. Das System der Fallpauschalen trägt aber nichts zur Beschränkung der Zahl der Behandlungen bei, wenn das Spital für jede Behandlung ohne weiteres eine pauschale Vergütung erhält. Dem Preismechanismus, der unter Marktbedingungen das Angebot steuert, kommt im Gesundheitswesen nur beschränkte Bedeutung zu, weil diejenigen, die über die Nutzung der Spitalleistungen entscheiden (Patienten, Ärzte, usw.), die daraus resultierenden Kosten nicht direkt tragen müssen. Gerade der Umstand, dass die Kantone unter dem geänderten Recht auch Beiträge an in Privatspitälern erbrachte Leistungen ausrichten müssen, führt zur Annahme, dass die Kantone im Rahmen der Spitalplanung die Möglichkeit zum Erlass von Mengenschränkungen haben müssen, um einen ungebremsten Anstieg der Kosten zu verhindern.

3.6 Rechtsgleichheit

3.6.1 Die mengenmässige Begrenzung kann in erster Linie dazu führen, dass ein Spital, welches die ihm zugestandene Leistungsmenge ausgeschöpft hat, keine Patienten mehr aufnehmen kann. Auch in einer solchen Situation ist aber entgegen den Annahmen der Beschwerdeführerinnen nicht von einer Verletzung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit auszugehen. Eine staatliche Planung macht in der Regel nur Sinn, wenn sie zu Beschränkungen führt. Es ist deshalb unvermeidlich, dass durch eine Planungsverpflichtung der verfassungsmässige Grundsatz der Rechtsgleichheit relativiert wird. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass nach feststehender Praxis, der Rechtsgleichheit im Zusammenhang mit Planungsmassnahmen nur eine eingeschränkte Bedeutung zukommt. Es liegt in der Natur einer Planung, dass Gegenstände, die sich in der gleichen Lage befinden, verschieden behandelt werden. Unter dem Gesichtspunkt des verfassungsmässigen Rechtes genügt es, dass eine Planung objektiv vertretbar, das heisst nicht willkürlich ist. Anders gesagt, fällt der Grundsatz der Rechtsgleichheit mit dem Willkürverbot zusammen (BGE 122 I 279 Erw. 5a S. 288; 121 I 245 Erw. 6e/bb S. 249; 117 Ia 302 Erw. 4b S. 307; 116 Ia 193 Erw. 3b S. 195; 114 Ia 254 Erw. 4a S. 257). Auch die bisher gültige Regelung, die auf einer Beschränkung der Bettenzahl beruhte (vgl. Erw. 2.2.1), hatte eine leistungsbegrenzende Funktion: Wenn die vorgegebene Bettenzahl belegt war, konnte das Spital keine weiteren Patienten mehr aufnehmen. Dadurch, dass er an der Pflicht zur Spitalplanung festhielt, (Erw. 3.3), nahm der Gesetzgeber solche Folgen in Kauf. Wenn sich nach dem neuen Art. 58c Bst. a KVV die Planung für akutsomatische Behandlungen nicht mehr an den Kapazitäten sondern an den Leistungen ausrichten soll, so geht es dabei nur um eine andere Art der Festlegung der bisher schon bestehenden mengenmässigen Begrenzungen, die an sich zulässig ist.

3.6.2 Die Spitalplanung muss sich auf die geeigneten gesetzlichen Kriterien abstützen, um einerseits Überkapazitäten zu vermeiden und andererseits den ermittelten Versorgungsbedarf zu decken (Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG; Art. 58b Abs. 1 KVV). Das angefochtene Gesetz regelt nicht im Einzelnen, wie die Höchstmengen festzusetzen sind, sondern sieht in Art. 63d Planungskriterien vor, die mit den in Art. 58b KVV aufgeführten zusammenfallen. Weiter legt Art. 66 LCAMal fest, dass die Planung periodisch und soweit nötig überprüft wird. In seiner Beschwerdeantwort führte der Staatsrat aus, dass sich die Planung einerseits am Versorgungsbedarf ausrichten und elastisch gehandhabt werde (was, wie hier unterstrichen werden soll, namentlich auch ermöglichen wird, dem Auftreten von unvorhersehbaren Epidemien Rechnung zu tragen) und dass andererseits die maximalen Leistungsmengen nicht ein für alle Male festgelegt werden, sondern bei Revisionen der Planung neu beurteilt und überprüft werden (vgl. Vernehmlassung der Regierung vom 5. September 2011 S. 24 f.). Unter diesen Umständen und namentlich auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sich die zuständigen Behörden, wie dargelegt, einen grossen Handlungsspielraum offen gelassen haben und die Beschwerdeführerinnen im Rahmen der Überprüfung eines Anwendungsfalles immer noch geltend machen und dafür konkrete Beweise anführen können, dass im konkreten Falle das KVG oder die Verfassung verletzt worden ist, kann nicht gesagt werden, dass die angefochtene Planung (die, wie bereits erwähnt hier im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle beurteilt wird, vgl. Erw. 1.4), bzw. die angefochtenen Vorschriften gegen Bundesrecht verstossen und deshalb aufgehoben werden müssen.

3.6.3 Festzuhalten ist nunmehr, dass auch der Fall, wo ein Tessiner Patient, der wegen Erschöpfung der maximalen Leistungsmenge im eigenen Kanton nicht behandelt werden kann und in einem ausserkantonalen Spital behandelt werden muss, mit dem Risiko höhere Kosten tragen zu müssen, weil die Behandlung auf Grund des Tessiner Tarifs entschädigt wird (Art. 41 Abs. 1 bis zweiter Satz KVG; Art. 66 LCAMal), nicht zu einer rechtsungleichen Behandlung führt. Wie bereits ausgeführt, ist dies nichts anderes als eine logische Folge der Spitalplanung. Nicht zu vergessen ist, dass eine ausserkantonale Behandlung voll zu vergüten ist, wenn sie aus medizinische Gründen nötig ist (Art. 41 Abs. 3 und Abs. 3 bis Bst. b KVG), und dass der Umstand, dass das innerkantonale Angebot systematisch ungenügend ist, allenfalls einen solchen medizinischen Grund darstellen kann, der, wie dargelegt, zur vollen Vergütungspflicht führen kann (Urteil 9C_548/2008 vom 27. April 2009 Erw. 3.4, publiziert in: SVR 2009 KV Nr. 11 S. 38 ff.).

3.6.4 Es ist weiter festzuhalten dass entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen die Einführung einer maximalen Leistungsmenge nicht zu einer Diskriminierung der Tessiner Patienten oder der Tessiner Spitäler im Verhältnis zu ausserkantonalen Patienten oder Spitäler führt. Die Souveränität des Kantons beschränkt sich auf sein eigenes Kantonsgebiet. Der Tessiner Gesetzgeber kann also nur Sachverhalte innerhalb seines Kantons regeln. Der Umstand, dass ein Kanton im Rahmen seiner Zuständigkeit Regelungen erlässt, die von denen anderer Kantone abweichen, ist Ausfluss des Föderalismus und führt nicht zur Annahme einer rechtsungleichen Behandlung.

3.6.5 Schliesslich führt auch die Tatsache, dass die Spitäler, die nur ein Vertragsstatut haben, im Gegensatz zu den Spitälern auf der kantonalen Spitalliste nicht mengenmässigen Beschränkungen unterworfen sind, nicht zur Annahme einer rechtsungleichen Behandlung. Die sogenannten Vertragsspitäler (Art. 49a Abs. 4 KVG) bilden nicht Teil der kantonalen Spitalplanung, weshalb sie auch keinen Kantonsbeitrag im Sinne von Art. 49a Abs. 1 bis 3 KVG erhalten. Nachdem sich die kantonale Planung vor allen wegen der kantonalen Finanzverantwortung rechtfertigt, gibt es keinen Grund mengenmässige Beschränkungen für Spitäler einzuführen, die keinen Kantonsbeitrag erhalten.

3.7 Willkür

3.7.1 Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist die Einführung einer maximalen Leistungsmenge willkürlich, weil der angestrebte Zweck, das heisst die Kostenbegrenzung, so in jedem Falle nicht erreicht werden kann. Die Patienten, die von einem Spital, das sein Kontingent ausgeschöpft hat, abgelehnt werden, können sich an Spitäler, die auf ausserkantonalen Spitalisten aufgeführt sind, wenden, und der Kanton Tessin muss auch in diesem Falle seinen Beitrag leisten.

3.7.2 In seiner Beschwerdeantwort führt der Staatsrat aus, dass mit der bisherigen Planung, die eine maximale Leistungsmenge durch Beschränkungen der Bettenzahl vorsieht, nie die Deckung des Bedarfs der Wohnbevölkerung in Frage gestellt wurde und es nie die Gefahr bestand, dass sich Versicherte in Spitälern anderer Kantone hätten behandeln lassen müssen (Vernehmlassung der

Regierung vom 5. September 2011 S. 24). Aufgrund der Einführung des neuen Finanzierungsmodus und der Ausdehnung der freien Spitalwahl auf die ganze Schweiz (Art. 41 Abs. 1bis KVG) ergibt sich nun aber eine veränderte Situation. Es trifft zu, dass sich die Patienten auch bisher in ausserkantonalen Spitälern behandeln lassen konnten. Wenn dies aber ohne medizinischen Grund geschah, wurden nur die Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Wohnsitzkanton vergütet (Art. 41 Abs. 1 dritter Satz KVG in der bisherigen Fassung, siehe Erw. 2.2.2). Für solche Behandlungen musste der Kanton nichts bezahlen, weshalb die Patienten (oder ihre Zusatzversicherung) die Gefahr liefen, erhebliche Zusatzkosten selber tragen zu müssen. Das bewog sie dazu, in erster Linie einen Spital im Wohnsitzkanton zu wählen. So konnte durch die Tatsache, dass die Spitalplanung eine relativ geringe Zahl von öffentlichen oder von der öffentlichen Hand subventionierten Spitälern vorsah, eine Kostenbegrenzung erzielt werden. Nach der nun erfolgten Gesetzesänderung kann sich ein Patient, auch wenn es dafür keine medizinische Gründe gibt, in einem ausserkantonalen Spital behandeln lassen und der Kanton muss dafür einen Kostenbeitrag leisten (der höchstens seinem eigenen Tarif entspricht; vgl. Art. 41 Abs. 1bis zweiter Satz KVG; RÜTSCHKE, a.a.O., S. 38 f.). Auf diese Weise werden die Leistungen des Kantons exportiert (EUGSTER, a.a.O., [2010], Ziff. 5 zu Art. 41). Daraus folgt, dass der Kanton mit seiner Spitalplanung sein eigenes Angebot beschränkt und so Patienten zwingt, sich an ausserkantonale Spitäler zu wenden, ohne dass sich dadurch für den Wohnsitzkanton eine Kosteneinsparung ergibt. So betrachtet könnte man sich der Meinung der Beschwerdeführerinnen, nach welcher eine sich nur an Mengenbegrenzungen ausrichtende Spitalplanung sinn- und zwecklos ist, weil sie aus den vorstehend erwähnten Gründen das gesetzte Ziel, eine Kostenbegrenzung, nicht erreichen kann, anschliessen.

3.7.3 Die Ausdehnung der freien Spitalwahl auf die ganze Schweiz (Art. 41 Abs. 1bis KVG) wurde ein erstes Mal im Nationalrat auf einstimmigen Antrag der Kommission, aber entgegen der Ansicht der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK), die Mehrkosten zu Lasten der Kantone befürchtete, formuliert. Der Nationalrat wollte mit dieser Erweiterung den Patienten ein ausgedehnteres Wahlrecht einräumen und die Wettbewerbsaspekte verstärken (AB 2007 NR 414 f. Berichterstatter Ruth Humbel und Yves Guisan, S. 440 ff. Voten Jacqueline Fuhr, Pierre Triponez, Toni Bortoluzzi, Bundesrat Pascal Couchepin). Es wurde beantragt, auf die freie Spitalwahl zu verzichten, da eine kantonale Spitalplanung nur möglich sei, wenn die Kantone wüssten, für wie viele Personen sie planen müssten, was bei der freien Spitalwahl nicht möglich war (AB 2007 NR 439, Franziska Teuscher). Die Mehrheit hielt dem entgegen, dass die Regionen, die für die Abdeckung des Spitalbedarfes zuständig seien, überkantonale seien und die Spitalplanung über die Kantonsgrenzen hinaus erfolgen müsse (AB 2007 NR 440 f., Voten Jacqueline Fehr, Pierre Triponez, Thérèse Meyer, Bundesrat Pascal Couchepin, Berichterstatterin Ruth Humbel). Der Ständerat schloss sich diesem Grundsatz an, hielt aber, um den Befürchtungen der Kantone mit Bezug auf Kostensteigerung entgegenzukommen, fest, dass sich die Beiträge zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und des Wohnsitzkantons nach dem im Wohnsitzkanton gültigen Tarif zu richten haben (AB 2007 SR 752 ff.). Auch die Bedenken der Kantone bezüglich der Erschwerung der Spitalplanung wurden thematisiert. Ihnen wurde aber entgegengehalten, dass auf Grund nicht veränderbarer Faktoren offensichtlich nur eine beschränkte Planung möglich sei und der

Widerspruch zwischen Planung und Wettbewerb immer bestehen bleiben werde (AB 2007 SR 754, Urs Schwaller), bzw. dass die Auswirkungen der freien Spitalwahl sehr beschränkt bleiben werden (AB 2007 SR 755, Bundesrat Pascal Couchepin). Der Nationalrat schloss sich dem Vorschlag des Ständerates an (AB 2007 NR 1770 ff.); er sah darin auch ein Mittel zur Vereinfachung der Spitalplanung (AB 2007 NR 1771 Jacqueline Fehr, S. 1774 Berichterstatter Stéphane Rossini).

3.7.4 Die eidgenössischen Räte waren sich demnach bewusst, dass ein gewisser Widerspruch zwischen den Begriffen „Planung“ und „freier Spitalwahl“ besteht. Dieser Widerspruch veranlasste sie aber nicht, eines dieser Institute zu streichen, wobei sie sich in jedem Falle bewusst waren, dass die freie Spitalwahl die Realisierung der Planung erschweren werde. Unter diesen Umständen erscheint die Wirksamkeit einer mengenmässigen Beschränkung mehr als zweifelhaft. Dass eine solche Begrenzung durch die freie Spitalwahl aber völlig unmöglich gemacht oder sinnlos wird, kann auf der anderen Seite auch nicht gesagt werden. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung suchen Patienten mehrheitlich ein Spital in der Nähe ihres Wohnortes auf. Besteht wegen der mengenmässigen Begrenzung nicht mehr die Möglichkeit, sich in einem Spital im Kanton behandeln zu lassen, bedeutet das nicht, dass sich die Betroffenen in jedem Falle (mit den finanziellen Folgen, die dann für den Kanton entstehen) in einem ausserkantonalen Spital behandeln lassen wollen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass von manchen Patienten je nach der Art des Leidens eine Verschiebung des Spitalaufenthaltes vorgezogen wird. Was im Besonderen die Bevölkerung des Kantons Tessin betrifft, kann man sich fragen, ob sie angesichts der geographischen und sprachlichen Situation ohne Weiteres akzeptieren wird, sich ausserhalb des Kantons in Spitalpflege zu begeben. Es ist deshalb wahrscheinlich, dass die freie Spitalwahl einen Einfluss auf die sich aus der mengenmässigen Begrenzung ergebende Kostensenkung hat; in jedem Falle kann aber nicht gesagt werden, dass die entsprechende Kostensenkung dadurch vollständig zunichte gemacht wird, was die Festsetzung einer maximalen Leistungsmenge sinnlos wenn nicht gar willkürlich erscheinen liesse.

3.8 Art. 41 und 41a KVG

3.8.1 Auf Grund der vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die beanstandete maximale Leistungsmenge das Recht auf freie Spitalwahl innerhalb (Art. 41 Abs. 1 KVG) oder ausserhalb (Art. 41 Abs. 1bis KVG) des Kantons nicht verletzt.

3.8.1.1 Im Sinne von Art. 41 Abs. 1 KVG kann die freie Spitalwahl nur unter den zugelassenen Leistungserbringern, d.h. nur unter den auf der Spitalliste aufgeführten Spitalern, ausgeübt werden (Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG; vgl. BGE 125 V 448 Erw. 3b S. 453 f.; 133 V 579 Erw. 3.3 S. 581). Wenn die Gesetzgebung zulässt, dass im Rahmen der Spitalliste eine mengenmässige Begrenzung der Leistungen eingeführt wird, so besteht ein freies Wahlrecht nur, wenn diese Leistungen verfügbar sind.

3.8.1.2 Die Möglichkeit für Tessiner Patienten, sich in ausserkantonalen Spitalern behandeln zu lassen (Art. 41 Abs. 1bis KVG), wird demnach durch die maximale Leistungsmenge nicht beschränkt

(vgl. Erw. 3.7.2).

3.8.1.3 Fraglich ist aber die Beziehung zwischen der kantonalen Kontrolle der Leistungsmenge und den Patienten, die aus einem anderen Kanton kommen und in den Tessiner Spitälern behandelt werden. In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass die Kontrolle der Leistungsmenge auf ausserkantonale Patienten nicht anwendbar ist, weil sonst ihr Recht auf freie Spitalwahl missachtet würde (RÜTSCHÉ, a.a.O., S. 51 f., S. 56 f.). Man kann sich fragen, ob dem effektiv so ist, weil die freie Spitalwahl im Sinne von Art. 41 Abs. 1bis KVG dem Patienten zwar grundsätzlich die Möglichkeit verschafft, sich in einem ausserkantonalen Spital behandeln zu lassen, andererseits das Bundesrecht die Spitälern nicht verpflichtet, Patienten aus anderen Kantonen in grosser Zahl aufzunehmen. Die Frage kann aber offenbleiben, weil die angefochtenen Bestimmungen nicht ausdrücklich vorsehen, dass die mengenmässigen Beschränkungen auch auf ausserkantonale Patienten angewandt werden, weshalb sie bundesrechtskonform ausgelegt werden können.

3.8.2 Gemäss Art. 41a Abs. 1 KVG sind die Listenspitäler verpflichtet, im Rahmen ihrer Leistungsaufträge und ihrer Kapazitäten für alle versicherten Personen mit Wohnsitz im Standortkanton des Listenspitals die Aufnahmebereitschaft zu gewährleisten. Schon aus dem Wortlaut der Bestimmung geht klar hervor, dass die Aufnahmespflicht nicht absolut und unbeschränkt ist, sondern nur im Rahmen der Leistungsaufträge gilt (EUGSTER, a.a.O. [2010], Rz. 2 zu Art. 41a). Wenn die gesetzliche Ordnung zulässt, dass die Leistungsaufträge mengenmässig beschränkt werden können, so ist es auf der anderen Seite offensichtlich, dass die Aufnahmepflicht nur im Rahmen dieser maximalen Leistungsmengen bestehen kann. Aus den Gesetzesmaterialien geht hervor, dass diese Bestimmung zusammen mit der Bestimmung über die freie Spitalwahl in der ganzen Schweiz angenommen worden ist. Wenn nun auf der einen Seite die freie Spitalwahl eingeführt wurde und die Kantone auf der anderen Seite eine Planungspflicht trifft, dann musste die Tragweite der Aufnahmepflicht definiert werden (AB 2007 SR 759 f., Berichterstatterin Erika Forster-Vannini). Wenn demnach der Grundsatz der freien Spitalwahl in der ganzen Schweiz an sich kein Argument darstellt, um sich der Festsetzung von maximalen Leistungsmengen zu widersetzen (vgl. Erw. 3.6), so kann auch Art. 41a Abs. 1 KVG nicht diese Bedeutung zukommen. Genau wie auf Grund von Art. 41a Abs. 2 KVG die Aufnahmepflicht gegenüber ausserkantonalen Patienten nur im Rahmen der Leistungsaufträge (sowie in Notfällen) besteht, kann auch für die im Kanton wohnhaften Patienten nicht der gegenteilige Schluss gezogen werden, dass nämlich ihnen gegenüber die Aufnahmepflicht unbeschränkt ist; es ist durchaus denkbar, dass für die im Kanton wohnhaften Patienten andere Leistungsaufträge als für die ausserkantonalen Patienten erteilt werden.

3.9 Wirtschaftsfreiheit

3.9.1 Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung ihrer Wirtschaftsfreiheit, weil die den Spitälern vorgeschriebenen maximalen Leistungsmengen sie daran hindern, bei Erreichung der Obergrenze weitere Leistungen zu erbringen.

3.9.2 Die Festlegung von maximalen Leistungsmengen stellt kein allgemeines Verbot zur Erbringung weiterer Leistungen dar, sondern hat höchstens zur Folge, dass weitere Leistungen nicht mehr nach dem KVG entschädigt werden. Die Wirtschaftsfreiheit schliesst in keiner Weise das Recht auf Bezug von staatlichen Subventionen (BGE 130 I 26 Erw. 4.1 S. 40; Urteile 2P.94/2005 vom 25. Oktober 2006, Erw. 4.3 und 2P.294/2004 vom 20. September 2005 Erw. 1.5) und auch nicht das Recht auf die Generierung von Kosten zulasten der Sozialversicherung (BGE 130 I 26 Erw. 4.5 S. 43) ein. Wie das Bundesgericht unter der Herrschaft des früheren Rechtes bereits erkannt hat, kann ein Privatspital aus der Wirtschaftsfreiheit kein Recht auf den Erhalt von Subventionen, auf die Aufnahme in die Spitalliste oder auf Gleichbehandlung mit den öffentlichen Spitälern ableiten, da die Wirtschaftsfreiheit für die obligatorische Krankenpflegeversicherung und die öffentlichen Spitälern weitgehend nicht gilt: Die Beschwerdeführerinnen könnten höchstens ein Recht auf Gleichbehandlung mit den anderen privaten Spitälern geltend machen (BGE 132 V 6 Erw. 2.5.4 S. 15 f.; Urteile 2P.94/2005 vom 25. Oktober 2006 Erw. 4.2, 2P.67/2004 vom 23. September 2004 Erw. 1.5 und 1.8 und 2C_656/2009 vom 24. Juli 2010 Erw. 4.2).

3.9.3 Das neue Finanzierungssystem behandelt öffentliche und private Spitälern (wenn sie zur Tätigkeit im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen sind) mit Bezug auf den Finanzierungsmodus gleich (MADER, a.a.O., Rz. 208 ff.). Die frühere vom Gesetzgeber gewollte Ungleichheit der Behandlung von öffentlichen und privaten Spitälern wurde also abgeschafft, und es gibt demnach grundsätzlich auch auf diesem Gebiet ein Recht auf Gleichbehandlung, nachdem die öffentlichen Spitälern in einem Wettbewerbsverhältnis zu den privaten Spitälern stehen (vgl. BGE 132 V 6 Erw. 2.5.4 S. 15 f.; MADER, a.a.O., Rz. 215 ff.). Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass auch unter dem neuen gesetzlichen System die Aufnahme in die Spitalliste ausschliesslich auf Grund der staatlichen Planung erfolgt und mit finanziellen Leistungen des Kantons verbunden ist. Wenn auch mit dem vom Kanton erbrachten Beitrag nicht mehr die Heilanstalten als solche sondern Leistungen finanziert werden, so wird dieser Beitrag dennoch auf Grund der vom Spital erbrachten Leistungen festgesetzt (Art. 49a Abs. 3 KVG). Die Wirtschaftsfreiheit gibt nicht Anspruch auf die Finanzierung von mengenmässig nicht beschränkten Leistungen durch den Staat und schliesst deshalb eine mengenmässige Begrenzung der Leistungen durch den (mit-)finanzierenden Staat nicht aus.

3.9.4 Die aus der Wirtschaftsfreiheit fliessenden Rechte erschöpfen sich demnach im Recht auf eine objektiv vertretbare Planung, was hier für den Einzelfall garantiert ist (vgl. Erw. 3.6.2); die angefochtene Bestimmung verletzt demnach die Bundesverfassung nicht.

3.10 Sanktionen

3.10.1 Schliesslich machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass die Verhängung der bei Überschreitung der Höchstmengen vorgesehenen Sanktionen gemäss Art. 66r LCAMal völlig undenkbar sei und die Wirtschaftsfreiheit verletze.

3.10.2 Gemäss Art. 66r Abs. 1 LCAMal kann der Staatsrat bei Verstössen gegen das Gesetz, gegen

den Leistungsauftrag und/oder gegen die Leistungsverträge eine Verwarnung (Bst. a); eine Busse von Fr. 500.- bis Fr. 20'000.- (Bst. b); eine teilweise Herabsetzung der Finanzierung (Bst. c); die fristlose Kündigung der Leistungsverträge und die gänzliche Aufhebung der Finanzierung (Bst. d), den Widerruf des Leistungsauftrags sowie – bei schweren oder wiederholten Verstössen - den vorübergehenden oder endgültigen Ausschluss von der Spitalliste gemäss Art. 63c (Bst. e) vorsehen.

Wenn auch das Anwendungsgebiet der vorgesehenen Sanktionen sehr weit ist und den Beschwerdeführerinnen zugestanden werden kann, dass diese sehr einschneidend sein können, erscheinen bei Vorliegen schwerer und wiederholter Verstösse gegen gesetzliche Pflichten auch die einschneidendsten Sanktionen in dieser Bestimmung auf den ersten Blick als nicht unzulässig. Ihre Anwendung im Einzelfall muss unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit erfolgen und unterliegt der richterlichen Überprüfung. Die blosse Möglichkeit, dass im Einzelfall eine unverhältnismässige Sanktion ausgesprochen werden könnte, lässt die Sanktionen als solche nicht unzulässig erscheinen.

3.10.3 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass in den Rahmenverträgen und Leistungsverträgen, die der Kanton den einzelnen Heilanstalten bereits zur Unterzeichnung zukommen liess, vorgesehen ist, dass Leistungen, die die maximale Leistungsmenge übersteigen, nur zu 20 % vergütet werden. Diese Massnahme stützt sich auf Art. 66r Abs. 1 Bst. c LCAMal. Eine reduzierte Vergütung, wie sie auch in den Empfehlungen der GDK vorgesehen ist, kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen nicht als bundesrechtswidrig angesehen werden. Schon unter der Herrschaft des alten Rechtes führte die Erbringung einer Spitalbehandlungsleistung ausserhalb der Spitalplanung zum Verlust des Erstattungsanspruches gegenüber der Sozialversicherung (Erw. 2.2.1). Wenn heute der Kantonsbeitrag - wie auch der Beitrag der obligatorischen Krankenpflegeversicherung – leistungsbezogen ist, so ist er zu Recht herabzusetzen oder zu verweigern, wenn die (korrekterweise) (Erw. 3.3) festgesetzten Höchstmengen überschritten werden. Die kantonalen Beiträge an die Spitäler im Sinne von Art. 49a KVG sind gebundene Ausgaben (RÜTSCHÉ, a.a.O., S. 37). Dies gilt innerhalb des Kantons allerdings nur für die Behandlungen in Spitälern, welche auf der Spitalliste des Wohnsitzkantons aufgeführt sind und nur im Rahmen des Leistungsvertrages (Art. 49a KVG in Verbindung mit Art. 41 Abs. 1bis KVG und Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG). Nachdem, wie weiter oben ausgeführt, ein System, das eine maximale Leistungsmenge für jeden Leistungserbringer vorsieht, KVG-konform ist, folgt daraus, dass die Kantonsbeiträge nur geschuldet sind, wenn sich die Spitäler an die Höchstmengen halten. Dies widerspricht (entgegen der Meinung von RÜTSCHÉ, a.a.O., S. 67 Rz. 143) namentlich auch nicht der in Art. 46 KVG vorgesehenen Tarifautonomie von Leistungserbringern und Versicherern, weil eine solche Sanktion die Höhe des Tarifs nicht beeinflusst, sondern dazu führt, dass eine Leistung (teilweise) verweigert wird, weil sie wegen der Nichteinhaltung der entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen nicht geschuldet ist (Erw. 3.5.1).

4. Globalbeitrag

4.1 Nach den Art. 66c Abs. 1, 66d, 66e Abs. 1 und 66i Abs. 2 Bst. d LCAMal erfolgt die Finanzierung

von Spitalbehandlungsleistungen, die durch Leistungserbringer auf der Spitalliste mit Sitz im Kanton erbracht werden, mittels eines Globalbeitrags des Kantons, den der Staatsrat auf Grund des Leistungsauftrages jährlich für jeden Leistungserbringer festsetzt; der jährliche Gesamtbetrag wird vom Grossen Rat genehmigt. Der Globalbeitrag deckt einen Teil der Kosten der Leistungen und wird im Leistungsvertrag festgelegt. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen verletzt dieser Globalbeitrag die Art. 49, 49a und 51 KVG, die bestimmen, dass der Kostenanteils des Kantons für jeden einzelnen Fall auszurichten ist. Die entsprechenden Ausgaben stellen gebundene Ausgaben dar und könnten vom Kanton nicht nach oben begrenzt werden. Der Globalbeitrag habe aber die gleiche Wirkung wie die Festsetzung einer maximalen Leistungsmenge und sei aus diesen Gründen unzulässig.

4.2 Der Staatsrat führt seinerseits aus, dass Art. 51 KVG die Festsetzung eines Globalbudgets ausdrücklich erlaube, das für jeden einzelnen Leistungserbringer festgesetzt werden könne (vgl. Vernehmlassung der Regierung vom 5. September 2011 S. 39 ff., namentlich S. 42).

4.3 Soweit die Beschwerdeführerinnen die Unzulässigkeit eines Globalbeitrages damit begründen, dass dieser die gleichen Auswirkungen wie ein mengenmässige Begrenzung habe, ist die Rüge aus den gleichen Gründen, wie sie in Erwägung 3 dargelegt wurden, abzuweisen. Wenn eine mengenmässige Beschränkung zulässig ist, so muss dies auf den ersten Blick auch für Globalbeiträge an die einzelnen Leistungserbringer gelten, die von der Zahl der zugelassenen Behandlungen, welche mit dem Preis multipliziert werden, ausgehen.

4.4 Gemäss Art. 51 Abs. 1 KVG kann der Kanton als finanzielles Steuerungsinstrument einen Gesamtbetrag für die Finanzierung der Spitäler oder der Pflegeheime festsetzen; vorbehalten bleibt die Kostenaufteilung gemäss Art. 49a. Diese Bestimmung fand sich schon im ursprünglichen Gesetzestext, mit dem Unterschied, dass sich der Vorbehalt dort auf die Art. 49 Abs. 1 und die mengenmässige Begrenzung bezog (RÜTSCHKE, a.a.O., S. 95). In der vom Bundesrat vorgeschlagenen neuen Version, fand sich ein Verweis auf Art. 49 Abs. 3, welcher in grossen Zügen den heutigen Absätzen 1 bis 3 von Art. 49a KVG entspricht. In der Botschaft wurde nur dazugefügt, dass im Verweis die neue Nummerierung zu berücksichtigen sei. Im den eidgenössischen Räten wurde der Verweis auf Art. 49a KVG diskussionslos angenommen, ohne dass allerdings Art. 51 KVG geändert wurde (AB 2006 SR 63; AB 2007 NR 458).

4.5 In der ursprünglichen Version von Art. 49 KVG bezog sich der Höchstanteil von 50 % zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung auf die Kosten pro Patient oder pro Versichertengruppe; anders gesagt wurde der Maximalanteil von 50 % nicht notwendigerweise bei jedem einzelnen Patienten erreicht. Es war deshalb nicht systemwidrig, wenn der Anteil des Kantons in Form eines Globalbeitrages ausgerichtet wurde. Mit dem Übergang vom System der Finanzierung der einzelnen Einrichtungen zu demjenigen der Finanzierung der Leistungen wurde der Globalbeitrag an sich systemwidrig (vgl. RÜTSCHKE, a.a.O., S. 96). Der neue Art. 49a KVG sieht aber ebenfalls nicht ausdrücklich vor, dass die Kostenaufteilung in jedem Falle individuell zu erfolgen hat. Nach der Botschaft sollte mit der neuen Regelung namentlich vermieden werden, dass ein Tarif für

Einzelleistungen angewandt werde, bzw. dass die Kantone global die Kosten der Spitäler, die nicht durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung getragen werden, übernehmen. Die Kantone sollen gegenteils die Leistungen auf Grund von diagnosebezogenen Fallpauschalen erbringen (BBl. 2004 5577 ff.). Das schliesst aber nicht aus, dass eine pauschale oder globale Entschädigung der Leistungen vorgesehen wird.

4.6 Es trifft zu, dass mit einem Pauschalbeitrag das Konzept der Leistungsfinanzierung nicht ganz konsequent umgesetzt wird. Nachdem der Bundesgesetzgeber aber trotz des neuen Finanzierungskonzeptes am Institut des Gesamtbeitrages ausdrücklich festgehalten hat, muss daraus gefolgert werden, dass er in Kauf genommen hat, dass das kein völlig reines Konzept entstanden ist. Hätte er die Möglichkeit der Ausrichtung eines Gesamtbetrages ausschliessen wollen, so hätte er Art. 51 KVG streichen müssen, was aber nicht geschah. Der Vorbehalt von Art. 49a KVG, der sich in Art. 51 Abs. 1 KVG findet, kann also nur so verstanden werden, dass der Globalbeitrag mindestens 55 % der Kosten der Leistungen betragen muss, ohne dass er für jeden einzelnen Fall separat ausgerichtet werden muss.

4.7 Art. 51 a-KVG bezog sich nur auf die kantonalen Spitäler, da nur ihnen gegenüber eine Verpflichtung zur Kostenübernahme bestand (unter Vorbehalt der Differenz, die der Kanton auf Grund von Art. 41 Abs. 3 a-KVG bezahlen musste, auf die aber das Globalbudget nicht anwendbar war). Nach dem neuen KVG muss der Kanton seinen Beitrag auch für Behandlungen in ausserkantonalen Spitälern erbringen (Art. 49a KVG). In diesen Fällen ist ein Globalbeitrag kaum vorstellbar, da diese Spitäler bezüglich Spitalplanung nicht in die Zuständigkeit des Kantons fallen. Die angefochtenen Bestimmungen beschränken aber die Ausrichtung eines Globalbeitrages ausdrücklich auf Leistungserbringer mit Sitz im Kanton. Unter diesen Umständen widerspricht der Globalbeitrag dem Bundesrecht nicht und wird bestätigt.

5. Beschränkung der Aufnahme von Versicherten mit Zusatzversicherungen

5.1 Gemäss Art. 63e Abs. 2 LCAMal gilt die Aufnahmepflicht (im Sinne von Absatz 1, der Art. 41a KVG entspricht) als erfüllt, wenn die Anteil der Patienten, die nur über die obligatorische Krankenpflegeversicherung (OKP) verfügen, mindestens 50 % ausmacht. Dies bedeutet andererseits, dass die Spitäler höchstens 50 % der Patienten mit einer Zusatzversicherung aufnehmen können, was der Empfehlung 5 zur Spitalplanung der GDK entspricht. Die Beschwerdeführerinnen sehen in dieser Begrenzung eine Verletzung von Art. 117 BV und Art. 41a KVG. Sie machen geltend, dass die Aufnahmepflicht gemäss Art. 41a KVG für alle Versicherten, unabhängig davon, ob sie über eine Zusatzversicherung verfügen oder nicht, gilt. Die angefochtene Regelung würde einen Spital zwingen, auch wenn er noch verfügbare Betten hätte, die Aufnahme von Patienten mit Zusatzversicherungen abzulehnen, weil ihr Anteil von 50 % bereits ausgeschöpft ist. Dies sei umso unhaltbarer, als ein grosser Teil der Versicherten die Zusatzversicherung „allgemeine Abteilung ganze Schweiz“ abgeschlossen habe.

5.2 Was dieser letzte von den Beschwerdeführerinnen erhobene Einwand betrifft, führt der Staatsrat, der sich auf die Materialien stützt (Botschaft des Staatsrates Nr. 6422 vom 23. November 2010 zur Anpassung der kantonalen Gesetzgebung [LCAMa] an die Änderungen des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [KVG] vom 21. Dezember 2007 betreffend die Spitalfinanzierung, S. 9 und 13, mit Verweisen auf die Empfehlungen der GDK zur Spitalfinanzierung; Antwort des Staatsrates vom 7. Februar 2011 an die Geschäftsprüfungs- und Finanzkommission des Grossen Rates, S. 8), aus, dass der Begriff „Patienten, die nur in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) versichert sind“ nur diejenigen Personen ausschliesst, die über eine Zusatzversicherung „halbprivat“ oder „privat“ verfügen, nicht aber diejenigen, die über eine Zusatzversicherung „allgemeine Abteilung ganze Schweiz“ verfügen. Die Personen, die zu dieser Gruppe gehören (d.h. nur über die OKP und/oder die Zusatzversicherung „allgemeine Abteilung ganze Schweiz“ verfügen), machten im Kanton drei Viertel der hospitalisierten Patienten, in der beschwerdeführenden Klinik mehr als 80 % aus. Die angefochtene Obergrenze von 50 % enthalte also eine sehr grosse Sicherheitsmarge. Der Staatsrat weist weiter darauf hin, dass der Zweck dieser Obergrenze darin bestehe, zu vermeiden, dass die Spitäler nur private und halbprivate Patienten behandeln (vgl. Vernehmlassung der Regierung vom 5. September 2011, S. 28 ff.). Diese vom Staatsrat vorgenommene und auch der Empfehlung 5 Bst. c der GDK entsprechende Auslegung des Begriffs „OKP-Patienten“, namentlich die Tatsache, dass sich die Aufnahmeverpflichtung gemäss Art. 41a KVG nur auf Patienten bezieht, die im Kanton, wo das Spital gelegen ist, wohnen, weshalb die Zusatzversicherung „allgemeine Abteilung ganze Schweiz“ in jedem Falle überflüssig ist, bindet den Staatsrat und muss von ihm angewandt werden.

5.3 Die Spitalplanung dient einerseits der Vermeidung von Überkapazitäten und den daraus resultierenden Mehrkosten, andererseits und vor allem auch zur Sicherstellung einer genügenden Spitalkapazität für die Bevölkerung (Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG; Art. 58 a KVV; Erw. 2.3.2 e 3.6.2), namentlich für den grösseren Teil der Bevölkerung, der über keine Zusatzversicherungen (im Sinne von Erw. 5.2) verfügt. Die Spitalplanung muss daher dafür sorgen, dass genügend Spitalleistungen in der allgemeinen Abteilung angeboten werden. Dieser Zweck kann vereitelt werden, wenn die Spitäler auf der Spitalliste ausschliesslich oder mehrheitlich Patienten mit Zusatzversicherungen aufnehmen. Die angefochtene Bestimmung erfüllt deshalb bei der Spitalplanung einen legitimen Zweck. Zieht man in Erwägung, dass aus den Akten hervorgeht, dass die Patienten mit Zusatzversicherungen den kleineren Teil der Versicherten, nämlich ungefähr 20 – 25 % ausmachen, so erscheint die angefochtene Begrenzung von 50 % als sehr niedrig. Es ist deshalb unwahrscheinlich, dass die Befürchtungen im von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Gutachten von C. _____ und D. _____, eintreffen werden, dass nämlich Patienten mit einer Zusatzversicherung abgewiesen werden könnten, um die Aufnahme von Patienten, die nur über die Grundversicherung verfügen, zu ermöglichen

5.4 Wie vorstehend dargelegt, widerspricht eine mengenmässige Begrenzung grundsätzlich nicht Art. 41a KVG (Erw. 3.8.2). Im Ergebnis beschränkt die angefochtene Bestimmung das Leistungsspektrum in der privaten und in der halbprivaten Abteilung. Die Bestimmungen des KVG zur Spitalplanung und Spitalfinanzierung finden aber in Übereinstimmung mit der Bundesverfassung (Art. 117 BV) nicht auf

das Gesundheitswesen als solches sondern nur auf die obligatorische Krankenpflegeversicherung Anwendung (Art. 1a KVG; BGE 135 V 443 Erw. 3.3.2 S. 452 f.). Der Spitalsektor ausserhalb dieser Versicherung ist grundsätzlich nicht dem KVG und demzufolge auch nicht dem LCAMal unterstellt. Daraus ergibt sich, dass nur die Spitalbehandlungen in der allgemeinen Abteilung unter den Leistungskatalog des KVG fallen, nicht aber diejenigen in der halbprivaten und privaten Abteilung (Art. 25 Abs. 2 Bst. e KVG). Weil aber jede in der Schweiz wohnhafte Person, die eine Zusatzversicherung abgeschlossen hat, gleichzeitig obligatorisch in der Grundversicherung versichert ist (Art. 3 KVG) und demnach Anspruch auf die Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung hat, betrifft die Planungskompetenz des Kantons auch die Leistungen der Grundversicherung, die in der halbprivaten und privaten Abteilung erbracht werden. Dies entspricht im Übrigen der bisherigen Regelung, wo die kantonalen Spitallisten nicht nur die Zahl der Betten in der allgemeinen Abteilung festlegen und beschränken konnten, sondern auch die Zahl der Betten in der halbprivaten und Privatabteilung (BGE 132 V 6 Erw. 2.4.2 S. 12 f.). Diese Vorgehensweise ist immer noch zulässig, auch wenn der kantonale Beitrag gemäss Art. 49a KVG nun auch an Privatspitäler ausgerichtet wird und die Mengenkontrolle an Stelle der Festsetzung der Bettenzahl getreten ist (Erw. 3.5.2). Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich deshalb, dass wenn ein Kanton im Rahmen seiner Spitalplanung die Leistungen der obligatorischen Versicherung auch für die halbprivate und die Privatabteilung beschränkt, dies Bundesrecht nicht verletzt. In diesem Zusammenhang ist immerhin festzuhalten, dass sich ein Privatspital den entsprechenden Weisungen entziehen kann, wenn es seinen Betrieb unter Verzicht auf die Aufnahme in die Spitalliste (Art. 41a KVG e contrario), sei es als Vertragsspital der Versicherer (Art. 49a Abs. 4 KVG), sei es völlig ausserhalb der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und damit ausserhalb des KVG, führt.

6. Begrenzung der Investitionen

6.1 Nach Art. 66e Abs. 4 LCAMal gelten als Investitionen – die bei der Festsetzung des kantonalen Globalbeitrages zu berücksichtigen sind - nur die Gebäude und Einrichtungen, die für die Erfüllung des Leistungsauftrages erforderlich sind. Nach Art. 66h Abs. 2 Bst. b LCAMal werden die Modalitäten für die Buchführung und die Verwendung bezüglich des Anteils des Beitrages, der auf die im Rahmen der obligatorischen Versicherung zu berücksichtigenden Investitionen entfällt, im Rahmenvertrag festgelegt, und auf Grund von Art. 66o LCAMal müssen die Leistungserbringer nach Massgabe der Grundsätze des Rahmenvertrages gesondert Buch über den Anteil des Tarifs, der auf die Investitionen entfällt, führen (Abs. 1). Die Verwendung ist zu belegen und muss den Bestimmungen dieses Gesetzes und des Rahmenvertrages entsprechen (Abs. 2). Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen wird mit diesen Bestimmungen eine staatliche Kontrolle über die Investitionen der Leistungserbringer eingeführt, was die Grundsätze der Wettbewerbs- und Wirtschaftsfreiheit verletzt.

6.2 Bei privaten Unternehmen fallen die Investitionsentscheide in ihre Privatsphäre und gehen den Staat nichts an (Art. 27 BV). Würden private Spitäler verpflichtet, eine staatliche Bewilligung für ihre Investitionen einzuholen, so wäre dies ein Eingriff in ihre wirtschaftliche Freiheit, dessen Zulässigkeit

zweifelhaft wäre (RÜTSCHKE, a.a.O., S. 98 f.), namentlich auch, weil im Rahmen der Revision des KVG entsprechende parlamentarische Vorstösse, die auf die Einführung einer kantonalen Bewilligungspflicht für bestimmte medizinische Einrichtungen oder die Bewilligungspflicht für Investitionen zielten, abgewiesen, bzw. zurückgezogen wurden (AB 2007 NR 436 ff., 448 ff.). Eine solche Bewilligungspflicht ergibt sich aber weder aus dem Wortlaut der angefochtenen Bestimmungen noch wird sie ins Auge gefasst, wie dies der Staatsrat in seiner Beschwerdeantwort bestätigt (vgl. Bemerkungen der Tessiner Regierung vom 5. September 2011, S. 46). Die Bestimmung hat eine andere Bedeutung: Art. 66e Abs. 4 LCAMal bezieht sich auf die Festsetzung des Globalbeitrages (Erw. 4), der an die Spitäler auf der kantonalen Spitalliste ausgerichtet wird (Art. 66c Abs. 1 LCAMal). Voraussetzung für die Aufnahme eines Spitals in die Spitalliste ist, dass dieses der Spitalplanung entspricht (Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG), in deren Rahmen auch die Wirtschaftlichkeit der erbrachten Leistungen zu berücksichtigen ist (Art. 39 Abs. 2 KVG, Art. 58b Abs. 4 Bst. a KVV). Daraus folgt, dass sich die Spitaltarife an den Spitalern ausrichten müssen, welche die vom Tarif erfassten Leistungen in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen (Art. 49 Abs. 1 fünfter Satz KVG). Bei der Erarbeitung der Tarifstruktur, auf welche sich die Tarife stützen, müssen die Spitäler die dazu notwendigen Kosten- und Leistungsdaten abliefern (Art. 49 Abs. 2 KVG). Gemäss Art. 49 Abs. 7 KVG verfügen die Spitäler über geeignete Führungsinstrumente; insbesondere führen sie nach einheitlicher Methode zur Ermittlung ihrer Betriebs- und Investitionskosten und zur Erfassung ihrer Leistungen eine Kostenrechnung und eine Leistungsstatistik. Diese Kostenrechnung ist wichtig für die Kostentransparenz und damit auch für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit (BBl. 2004 5580 f.). Im Sinne von Art. 8 der Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung (VKL; SR 832.104) gelten als Investitionen im Sinne von Artikel 49 Absatz 7 KVG Mobilien, Immobilien und sonstige Anlagen, die zur Erfüllung des Leistungsauftrages nach Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe e KVG notwendig sind (Abs. 1). So werden die Grundlagen geschaffen, die es zusammen mit anderen Elementen erlauben, die Leistungen und Kosten der Leistungen für Spitalaufenthalte, die zu Lasten der obligatorischen Pflegeversicherung gehen, zu ermitteln; die Ermittlung dieser Kosten und Leistungen erlaubt es, die Tarife zu berechnen, die Wirtschaftlichkeit und Billigkeit der Leistungserbringung zu bewerten (Art. 2 Abs. 2 Bst. c und f VKL; vgl. Urteil K 61/04 vom 8. Juli 2005 Erw. 2.3) und namentlich auch die Globalbudgets zu berechnen (Art. 2 Abs. 2 Bst. d VKL). Art. 66e Abs. 4 LCAMal übernimmt diese Vorgaben des Bundes. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen wird damit aber keine Bewilligungspflicht für die Investitionen der Spitäler eingeführt, sondern nur eine Kontrolle der Qualität der erbrachten Leistungen (vgl. Art. 49 Abs. 1 fünfter Satz KVG) sowie eine Kontrolle der notwendigen Investitionen, die für die Kalkulation der Kosten gemäss Art. 8 Abs. 1 VKL erforderlich ist, vorgenommen (vgl. dazu auch die Empfehlung Nr. 10 der GDK). Die Festlegung der Modalitäten für die Buchführung im Rahmenvertrag hat den gleichen Zweck (Art. 66h Abs. 2 Bst. b LCAMal), wie auch die vorgeschriebene separate Verbuchung des Tarifanteils, der auf die Investitionen entfällt (Art. 66o Abs. 1 LCAMal), was die Führung der in Art. 10 VKL vorgeschriebenen Anlagebuchhaltung ermöglicht.

6.3 Gemäss den Art. 66h Abs. 2 Bst. b und 66o Abs. 2 LCAMal muss die Verwendung des auf die

Investitionen entfallenden Anteils nachgewiesen und belegt werden. Wie vorstehend ausgeführt, dient die Darstellung der Kostenstruktur der Transparenz und der Ausarbeitung der Tarifstruktur. Mit Bezug auf die Privatspitäler ist festzuhalten, dass es Sache der zuständigen Organe, bzw. des privatrechtlichen Revisionsorgans ist, den Einsatz der Mittel zu kontrollieren. Es muss hier in Erinnerung gerufen werden, dass die auf Grund von Art. 49a KVG geleisteten Beiträge des Kantons - entgegen der Ansicht, die der Staatsrat zu vertreten scheint (vgl. Bemerkungen vom 5. September 2011, S. 46 f.) und der nicht gefolgt werden kann – nicht als staatliche Finanzhilfen in dem Sinne zu verstehen sind, dass bestimmte Aktivitäten aus öffentlichen Mitteln unterstützt werden und der Staat deshalb die korrekte Verwendung der Mittel kontrollieren könnte. Es handelt sich gegenteils um den Preis für die von den Leistungserbringern erbrachten Spitalpflegeleistungen. Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen müssen die angefochtenen Bestimmungen deshalb so verstanden werden, dass der Kanton das Recht hat, den Qualitätsstandard zu kontrollieren (siehe Art. 58b KVV), aber nicht in die Investitionspolitik der Spitäler eingreifen kann. Werden die Bestimmungen so ausgelegt, so stehen sie nicht im Widerspruch zum Bundesrecht und sind demnach zu bestätigen.

7. Mindestzahl von Fällen und Nutzung von Synergien

7.1 Unter dem Randtitel "Planungskriterien", hält Art. 63d Abs. 2 Bst. c LCAMal fest, dass der Kanton bei der Beurteilung Wirtschaftlichkeit und Qualität im Spitalsektor namentlich die Mindestzahl von Fällen und die Nutzung von Synergien berücksichtigt. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen widersprechen diese Kriterien dem Bundesrecht, weil sie im Widerspruch zu den massgebenden Kriterien von Qualität und Wirtschaftlichkeit stehen.

7.2 Wie der Staatsrat zu Recht hervorhebt (vgl. Vernehmlassung der Regierung vom 5. September 2011, S. 33), ist der Wortlaut der angefochtenen Bestimmung identisch mit Art. 58b Abs. 5 Bst. c KVV und stimmt damit vollständig mit der bundesrätlichen Verordnung überein. Es kann sich also nur die Frage stellen, ob die Verordnungsbestimmung gesetzeswidrig ist.

7.2.1 Das Bundesgericht kann vorfrageweise die Verfassungs- und Gesetzesmässigkeit von bundesrätlichen Verordnungen überprüfen. Bei Verordnungen, die auf Grund eines Bundesgesetzes erlassen werden, prüft das Bundesgericht nur, ob der Bundesrat im Rahmen der ihm durch das Gesetz übertragenen Kompetenzen geblieben ist. Soweit die im Gesetz vorgenommene Delegation den Bundesrat nicht dazu ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, kann das Bundesgericht die in der Verordnung enthaltenen Bestimmungen auch auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen. Wenn die im Gesetz vorgenommene Delegation dem Bundesrat beim Erlass der Ausführungsbestimmungen ein weites Ermessen einräumt, dann wird das Bundesgericht dadurch gebunden (Art. 190 BV). In diesem Falle kann es nicht sein eigenes Ermessen an Stelle desjenigen des Bundesrates setzen und beschränkt sich darauf zu prüfen, ob die Ausführungsbestimmungen den Rahmen der Delegation offensichtlich überschreiten oder aus anderen Gründen verfassungs- oder gesetzeswidrig sind. Für die Wirksamkeit der von ihm verordneten Massnahmen trägt der Bundesrat die Verantwortung. Das Bundesgericht kann sich nicht zu deren Angemessenheit unter ökonomischen

oder politischen Aspekten aussprechen (BGE 137 III 217 Erw. 2.3 S. 220 f. mit Verweisen).

7.2.2 Gemäss Art. 39 Abs. 2ter KVG erlässt der Bundesrat einheitliche Planungskriterien auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit. Die Nutzung von Synergien ist grundsätzlich ein Element der Wirtschaftlichkeit. Auch das Kriterium der Mindestzahl von Fällen steht in Bezug zu den Kriterien Qualität und Wirtschaftlichkeit. Daraus ergibt sich, dass sich die Bestimmung von Art. 58b Abs. 5 Bst. c KVV an den gesetzlichen Rahmen hält. Allerdings ist nicht völlig klar, was der Ausdruck „Nutzung von Synergien“ konkret meint; er ist aber verständlich, wenn die Beschwerdeführerinnen geltend machen, dass ein Spital auch mit wenigen Fällen eine gute Qualität garantieren kann, wenn es zum Beispiel aussenstehende Ärzte bezieht. Das Bundesgericht sieht aber keinen Anlass, nur aus diesem Grunde die Gesetzesmässigkeit von Art. 58b Abs. 5 Bst. c KVV in Zweifel zu ziehen, nachdem die beiden Kriterien ja nicht unerlässliche Bedingungen für die Zulassung eines Leistungserbringers sind, sondern nur Kriterien darstellen, die wie die anderen Kriterien konkretisiert werden müssen. Diese Bestimmung schliesst nicht aus, dass ein Spital mit relativ wenigen Fällen in die kantonale Spitalliste aufgenommen werden kann, wenn andere Randbedingungen erfüllt sind.

7.3 Auf Grund der vorstehenden Ausführungen folgt demnach, dass im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle auch mit Bezug Art. 63d Abs. 2 Bst. c LCAMal keine Verletzung von Bundesrecht festzustellen ist.

8. Mindestzahl der in Ausbildung befindlichen Personen/Arbeitsbedingungen

8.1 Gemäss Art. 66h Abs. 2 LCAMal werden mit dem Rahmenvertrag unter anderen die nicht-universitäre Ausbildungstätigkeit, namentlich die Mindestzahl der in Ausbildung befindlichen Personen (Lernende) und die Praktikumsstellen für die Ausbildungstätigkeit in der Branche (Bst. c) sowie die Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen (Bst. e) festgelegt. Nach der erwähnten Bestimmung muss die nicht-universitäre Ausbildungstätigkeit dokumentiert werden und die Entlohnung muss den Bestimmungen des im Streit liegenden Gesetzes und dem Rahmenvertrag entsprechen. Die Beschwerdeführerinnen verlangen, dass A. 66h Abs. 2 Bst. c und LCAMal aufgehoben und dass in Art. 66p Abs. 2 LCAMal der Satz "und die Entlohnung muss den Bestimmungen dieses Gesetzes und dem Rahmenvertrag entsprechen" gestrichen wird. Sie sind der Ansicht, dass diese Anforderungen nicht den Planungskriterien von Qualität und Wirtschaftlichkeit gemäss Art. 39 Abs. 2ter KVG sowie den Grundätzen des Wettbewerbes und der Wirtschaftsfreiheit entsprechen.

8.2 In seiner Beschwerdeantwort hält der Staatsrat fest, dass nach dem Willen des Gesetzgebers und entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerinnen, die nicht-universitäre Ausbildungstätigkeit kein zwingendes Kriterium für die Aufnahme in die Spitalliste ist, dass aber ihre Finanzierung Gegenstand einer Vereinbarung zwischen den Parteien bilden muss. Im Entwurf zum Rahmenvertrag wird denn auch vorgesehen, dass „die Zahl der zur Verfügung gestellten Ausbildungsplätze den eigenen organisatorischen Kapazitäten und der Verfügbarkeit von Mitarbeitern entsprechen müssen

und durch gegenseitige Vereinbarung festgelegt werden " (vgl. Vernehmlassung der Regierung vom 5. September 2011 S. 48 f.). Der angestrebte Zweck besteht darin, dass Spitäler, die in erhöhtem Masse Ausbildungsplätze anbieten, nicht bestraft werden sollen. Was die Anforderung der Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen gemäss Art. 66h Abs. 2 Bst. e LCAMal betrifft, hält der Staatsrat fest, dass man einen Lohnwettbewerb nach unten zwischen den Spitälern vermeiden wolle. Zweck dieser Bestimmung sei es in erster Linie, in Übereinstimmung mit der Empfehlung Nr. 12 der GDK, der Arbeitnehmer zu schützen, indem die Rechtsungleichheit, die sich wegen der Anwendung von vier bestehenden Vertragstypen ergebe, beschränkt werde (vgl. erwähnte Vernehmlassung, S. 51 f.). Der Staatsrat fügt hinzu, dass die Situation des Kantons Tessin als Grenzkanton, der für Arbeitnehmer aus dem Ausland sehr attraktiv ist, besondere Aufmerksamkeit erfordere. In diesem Zusammenhang hält er fest, dass gemäss den letzt verfügbaren Daten 63.1 % der in den öffentlichen Spitälern beschäftigten Mitarbeiter Schweizer Bürger waren, 23.5 % Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz und 13.4 % Grenzgänger. In den Privatkliniken seien hingegen 41.3 % Schweizer Bürger, 25.5 % Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz und 33.1 % Grenzgänger. Es bestehe also die Gefahr des „Lohndumpings“. Er fügt weiter hinzu, dass die Lohnunterschiede zwischen den Spitälern die Aussagekraft der Bewertungen der Wirtschaftlichkeit der Spitäler wegen der unterschiedlichen Grenznähe abschwächen. Abschliessend macht er geltend, dass die Anwendung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen im Interesse der Parteien, einschliesslich der Spitäler, liege, und eine unabdingbare Voraussetzung darstelle, um aussagekräftige Vergleiche der Wirtschaftlichkeit anzustellen und damit auch den Wettbewerb zwischen den Spitälern zu sichern (vgl. erwähnte Vernehmlassung, S. 53 f.).

8.3 Mit Bezug auf die Ausbildungsplätze geht aus den vorerwähnten Erwägungen hervor, dass aus dem Wortlaut der angefochtenen Bestimmungen keine Verpflichtung der privaten Spitäler abgeleitet werden kann, solche Ausbildungsplätze anzubieten, nachdem deren Zahl durch gegenseitige Vereinbarung festzulegen ist. Wie der Staatsrat verbindlich erklärt, ist eine solche Pflicht auch nicht vorgesehen. (vgl. Vernehmlassung der Regierung vom 5. September 2011 S. 49). Diese Bestimmungen haben nämlich eine andere Bedeutung: Sie beziehen sich nicht auf die Spitalplanung sondern auf die Spitalfinanzierung. Dazu ist auf Art. 49 Abs. 3 Bst. b KVG zu verweisen, nach welchem die Vergütung für Spitalbehandlungen die Kosten für Forschung und universitäre Lehre nicht enthalten darf. In der Gesetzesbotschaft hatte der Bundesrat mit Bezug auf Art. 49 Abs. 3 ausgeführt, dass die Vergütung die Ausbildungs- und Forschungskosten nicht enthalten dürfe, dass also die Kosten für die Grundausbildung und die Weiterbildung des medizinischen Personals nicht zu Lasten der Krankenversicherung gehen dürfen (BBl. 2004 5579). Das in Kraft stehende Gesetz schliesst nun aber nur die universitäre Ausbildung aus, weshalb e contrario geschlossen werden kann, dass die nicht-universitären Ausbildungskosten in die zu vergütenden Tarife eingeschlossen werden. Zu diesem Zweck müssen sie ermittelt und genehmigt werden, wie dies der erste Teil von Art. 66p Abs. 2 LCAMal vorsieht (den die Beschwerdeführerinnen nicht anfechten). Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass wenn ein Spital keine Ausbildungsplätze anbieten will, dies nicht bedeutet, dass er aus der Spitalliste gestrichen wird. Mit grosser Wahrscheinlichkeit wird aber diese Weigerung beim Abschluss des Leistungsvertrages berücksichtigt. Wenn der Bundesgesetzgeber

nämlich vorsieht, dass die Ausbildungskosten vergütet werden können, so setzt das voraus, dass entsprechende Plätze angeboten werden. Geschieht dies nicht, so werden auch die entsprechenden Vergütungen verhältnismässig herabgesetzt. Wenn Art. 66h Abs. 2 Bst. c LCAMal so verstanden wird, widerspricht er demnach dem Bundesrecht nicht und kann bestätigt werden.

8.4 Was schliesslich die Rüge mit Bezug auf die üblichen Arbeitsbedingungen betrifft, so ist daran zu erinnern, dass das Bundesgericht bereits entschieden hat, dass der kantonale Gesetzgeber zwar staatliche Hilfen nicht vom Abschluss oder dem Beitritt zu einem Gesamtarbeitsvertrag abhängig machen kann, dass der Staat aber ohne Verletzung des Bundesrechtes die Gewährung solcher Hilfe von der Einhaltung der in solchen Gesamtarbeitsverträgen vereinbarten Arbeitsbedingungen abhängig machen kann (Urteil 2C_728/2011 vom 23. Dezember 2011 Erw. 7.3 mit den dortigen Verweisen). Im vorliegenden Falle verlangen die angefochtenen Bestimmungen nicht den Beitritt zu einem Gesamtarbeitsvertrag sondern nur die Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen, was das Bundesrecht und die angefochtenen Verfassungsbestimmungen nicht verletzt.

9. Einbeziehung des Kantons in die Tarifverhandlungen

9.1 Gemäss Art. 67a Abs. 4 LCAMal unterstützt der Kanton die Tarifverhandlungen. Nach Meinung der Beschwerdeführerinnen verletzt diese Bestimmung Art. 46 KVG und verschärft den Rollenkonflikt des Kantons, der Eigentümer der öffentlichen Spitäler und damit direkter Konkurrent und gleichzeitig Bewilligungsbehörde für die Tarife ist, bzw. diese Tarife festsetzen muss.

9.2 Der Staatsrat bemerkt seinerseits, dass der Gesetzgeber das Wort „teilnehmen“, wie es in der Gesetzesbotschaft vorgesehen war, von sich aus durch „unterstützen“ ersetzt hat, um damit darzutun, dass der Kanton nicht Partei des Tarifvertrages ist. Dies wird übrigens durch Art. 67a Abs. 3 LCAMal bestätigt, der ausdrücklich vorsieht, dass die Tarifpartner den Tarif aushandeln (vgl. Vernehmlassung der Regierung vom 5. September 2011 S. 54 f.).

9.3 Im Sinne von Art. 46 Abs. 1 KVG sind Parteien eines Tarifvertrages einzelne oder mehrere Leistungserbringer oder deren Verbände einerseits sowie einzelne oder mehrere Versicherer oder deren Verbände andererseits. Im vierten Absatz wird festgehalten, dass der Tarifvertrag von der zuständigen kantonalen Regierung oder, wenn er für die ganze Schweiz gilt, vom Bundesrat zu genehmigen ist (erster Satz). Die Genehmigungsbehörde prüft, ob der Vertrag mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit in Einklang steht. (zweiter Satz). Schliesslich hält Art. 47 Abs. 1 KVG fest, dass die Kantonsregierung nach Anhörung der Beteiligten den Tarif festsetzt, wenn kein Tarifvertrag zwischen den Leistungserbringern und den Versicherten zustande kommt.

9.4 Aus den vorstehende Ausführungen ergibt sich, dass der Kanton, wenn er Eigentümer eines Leistungserbringers ist, von Gesetzes wegen an den Tarifverhandlungen beteiligt ist (RÜTSCHÉ, a.a.O., S. 85). Ist dies nicht der Fall, dann sind die Kantone keine eigentlichen Tarifpartner sondern Genehmigungsinstanzen für die abgeschlossenen Verträge. Kann aber keine Einigung erzielt werden,

werden die Tarife von der Regierung des betroffenen Kantons festgelegt. Auf diese Weise haben die Kantone weiterhin einen Einfluss auf den Umfang der von ihnen zu übernehmenden Kosten (BBl. 2004 5569 Ziff. 2.3). Diese Mehrzahl von Funktionen der Kantone, welche die Beschwerdeführerinnen für problematisch halten, ist in der Bundesgesetzgebung vorgesehen (RÜTSCHÉ, a.a.O., S. 85). Sie rechtfertigt sich auch deshalb, weil die Kantone 55 % der festgestellten Kosten übernehmen müssen (Art. 49a KVG). Könnten sie überhaupt nicht Einfluss auf den Ausgang der Tarifverhandlungen nehmen, so könnten die Leistungserbringer mit den Versicherten einen Vertrag, der für den Kanton nachteilig wäre, abschliessen, was problematisch wäre (ebenfalls RÜTSCHÉ, a.a.O., S. 86). Unabhängig von der Frage, ob der Kanton den Vertrag nur „tel quel“ bewilligen oder nicht bewilligen oder ob er auch den Inhalt abändern kann (siehe RÜTSCHÉ, a.a.O., S. 86 mit Verweis auf die Praxis des Bundesrates und der Bundesverwaltungsgerichtetes), ist seine Genehmigungskompetenz in jedem Falle mit der Kompetenz verbunden, Angaben darüber zu machen, unter welchen Bedingungen ein Tarifvertrag genehmigt werden würde (RÜTSCHÉ, a.a.O., S. 87 Rz. 198). Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die dem Kanton eingeräumte Möglichkeit, die Verhandlungen zu unterstützen, das Bundesrecht nicht verletzt.

10.

Auf Grund der vorstehenden Erwägungen erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. Die Kosten sind ausgangsgemäss zu verlegen und werden jedem Beschwerdeführerinnen zur Hälfte, unter solidarischer Haftung für das Ganze auferlegt. (Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG). Der obsiegenden Behörde wird keine Prozessentschädigung zugesprochen (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von 4'000.- werden den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftung untereinander je zur Hälfte auferlegt.

3.

Mitteilung an den Vertreter der Beschwerdeführerinnen und den Staatsrat als Vertreter des Grossen Rates von Republik und Kanton Tessin, sowie an das Bundesamt für Gesundheit.

Lausanne, 10. Juli 2012

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes

Der Präsident: Zünd

Die Gerichtsschreiberin: Ieronimo Perroud