

Dokument	<b>hill 2012 Nr. 50</b>
Autor	<b>Bernhard Rütsche</b>
Titel	<b>Spitalplanung und Spitalfinanzierung: Grundsatzurteil des Bundesgerichts</b>
Publikation	<b>hill Zeitschrift für Recht und Gesundheit</b>
Herausgeber	<b>Ghislaine Frésard-Fellay, Thomas Gächter, Ueli Kieser, Agnes Leu, Tomas Poledna, Bernhard Rütsche, Daniel Staffelbach</b>
Verlag	<b>Schulthess Juristische Medien AG</b>

## **Spitalplanung und Spitalfinanzierung: Grundsatzurteil des Bundesgerichts**

### **Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 10. Juli 2012 i.S. Clinica A. SA und B. gegen Grosser Rat von Republik und Kanton Tessin - 2C\_796/2011 (zur Publikation vorgesehen)**

Bernhard Rütsche

#### **A. Hintergründe und Sachverhalt**

- 1 Am 21. Dezember 2007 beschlossen die eidgenössischen Räte in Form einer Teilrevision des Krankenversicherungsgesetzes (KVG<sup>1</sup>) ein *neues System der Spitalfinanzierung*. Dieses sieht vor, dass stationäre Leistungen nach Fallpauschalen (DRG) abgerechnet und durch die Kantone und Krankenversicherer nach einem festgelegten Schlüssel (dual-fixe Finanzierung mit einem Kantonsanteil von mindestens 55%) vergütet werden (Art. 49 und 49a KVG). Das neue Finanzierungssystem trat am 1. Januar 2009 in Kraft und musste von den beteiligten Akteuren *bis Ende 2011 eingeführt* werden.
- 2 Die Teilrevision des KVG von 2007 und die darauf gestützten Verordnungsänderungen erfassten indessen nicht nur die Frage der Spitalfinanzierung, sondern haben auch in weiteren Bereichen zu wesentlichen Änderungen geführt. So wurde der *kantonalen Spitalplanung* ein engerer rechtlicher Rahmen gesetzt, indem bestimmte Planungskriterien (Wirtschaftlichkeit und Qualität) verankert und die Kantone zu Betriebsvergleichen sowie zu einer leistungsorientierten Planung im akutsomatischen Bereich verpflichtet wurden. Diese Vorgaben sind von den Kantonen *bis Ende 2014 umzusetzen*. Zwei zentrale Reformpunkte bestehen sodann in der Einführung der freien Spitalwahl im interkantonalen Verhältnis und der Ermöglichung von Vertragsspitalern

---

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (SR 832.10).



ausserhalb von kantonalen Spitallisten. Dank der *freien Spitalwahl* können sich Versicherte inskünftig in jedem Listenspital der Schweiz zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) behandeln lassen, wobei sie aber die Kosten insoweit selber tragen müssen, als diese über den Tarifen ihres Wohnkantons liegen. Und die Regelung betreffend *Vertragsspitäler* ermöglicht es den Krankenversicherern, mit Spitälern, die nicht auf einer Spitalliste figurieren, Verträge über die Vergütung von Leistungen aus der OKP abzuschliessen<sup>2</sup>.

- 3 Der Revision des KVG von 2007 ist auf der systemischen Ebene ein gewisses *Paradoxon* inhärent: Einerseits bezweckt die Revision eine Stärkung des Wettbewerbs und der unternehmerischen Freiheiten der Spitäler, andererseits erfolgt die Zulassung von Spitälern zu Lasten der OKP - abgesehen von den Vertragsspitalern - nach wie vor im Rahmen der kantonalen Spitalplanung. Die Kantone bleiben für die Spitalversorgung letztlich verantwortlich und müssen mit geeigneten Instrumenten für ein hinreichendes Angebot an Spitalleistungen sorgen, wenn und soweit dies der "Markt" nicht von sich aus tut. Gleichzeitig haben sie als Hauptfinanzierer von grundversicherten Spitalleistungen (genauso wie die Krankenversicherer) ein eminentes Interesse daran, dass die Gesamtkosten für stationäre Leistungen im Rahmen bleiben bzw. reduziert werden, solange dadurch der Versorgungsauftrag nicht gefährdet wird.
- 4 Den Kantonen stellt sich damit im Rahmen der Umsetzung der KVG-Revision von 2007 die schwierige Aufgabe, ihre versorgungspolitischen und finanziellen Verantwortlichkeiten wahrzunehmen und zugleich dem Leistungswettbewerb und dem unternehmerischen Handeln der Spitäler genügend Spielraum zu lassen. Einzelne Kantone haben bereits entsprechende Gesetzesänderungen ausgearbeitet, in anderen sind die Reformen noch im Gang. Unter den ersten Kantonen, welche die KVG-Revision von 2007 umgesetzt haben, befand sich der *Kanton Tessin*. Auf den 1. Januar 2012 trat das geänderte Tessiner Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung in Kraft (Tessiner Einführungsgesetz zum KVG). Die beschlossenen Gesetzesänderungen sehen relativ starke Steuerungsinstrumente des Kantons vor. Dazu gehört namentlich die Kompetenz des Kantons, den Spitälern im Rahmen der Leistungsaufträge *maximale Leistungsmengen* vorzugeben, d.h. festzulegen, wie viel Fälle einer bestimmten Leistungskategorie ein Spital pro Jahr höchstens erreichen darf.
- 5 Gegen die Änderungen des Tessiner Einführungsgesetzes zum KVG gelangten ein Privatspital und eine Ärztin mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht (Verfahren der abstrakten Normenkontrolle). Das Bundesgericht kam mit Urteil vom 10. Juli 2012 zum Schluss, dass sämtliche Gesetzesänderungen mit übergeordnetem Recht, namentlich mit dem KVG und der Bundesverfassung, vereinbar sind. Es handelt um einen *Grundsatzentscheid*, der Signalwirkung auf die laufenden Reformprozesse in den Kantonen haben dürfte und dem mit Blick auf künftige Beschwerden Präjudizcharakter zukommt. Im Folgenden werden die wichtigsten Erwägungen des Entscheids wiedergegeben<sup>3</sup> und jeweils kurz kommentiert.

## B. Erwägungen des Bundesgerichts mit Kommentaren

### 1. Prozessuale Fragen

#### a. Erwägungen des Bundesgerichts

- 6 Erwähnenswert sind zunächst die Ausführungen des Bundesgerichts im Zusammenhang mit der *Beschwerdelegitimation*. Die Legitimation des Privatspitals (Clinica A. SA) bejahte das Bundesgericht ohne weiteres, weil die angefochtenen

---

<sup>2</sup> Vgl. die Übersicht über die Teilrevision des KVG von 2007 bei Bernhard Rütsche, *Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung*. Insbesondere zur Steuerung der Leistungsmenge im stationären Bereich, Bern 2011, S. 5 f., 29 ff.

<sup>3</sup> Ich stütze mich dabei auf eine von der Gesundheits- und Fürsorgedirektion (GEF) des Kantons Bern in Auftrag gegebene deutsche Übersetzung des auf Italienisch abgefassten Urteils. Der GEF danke ich für die Zurverfügungstellung der Übersetzung.



kantonalen Bestimmungen zur Spitalplanung und Spitalfinanzierung direkte rechtliche Wirkungen gegenüber den Spitalern entfalten (E. 1.2.2).

- 7 Nicht von vornherein klar war demgegenüber die Legitimation der zweiten Beschwerdeführerin, Frau Dr. med. B., die vorbrachte, dem Verwaltungsrat einer Klinik anzugehören. Das Bundesgericht hielt fest, dass die *Legitimation zum Handeln im Namen Dritter* nur anerkannt werde, wenn sich der Beschwerdeführer auf ein persönliches und unabhängiges rechtliches Interesse berufen kann (BGE 130 V 560 E. 3.5 S. 564). Die Tatsache, dass staatliche Hoheitsakte an die Adresse von Unternehmen auch Auswirkungen auf die Gesellschafter, die Arbeitnehmer oder im Auftrag der Gesellschaft tätige Verwaltungsratsmitglieder haben können, genüge für sich alleine nicht, um die Beschwerdelegitimation zu bejahen. Dennoch trat das Bundesgericht auf die Beschwerde der Ärztin ein, weil sie künftig einmal im Falle einer Hospitalisierung *als Patientin* durch die angefochtenen Bestimmungen direkt in ihrem Recht auf freie Spitalwahl und auf gleiche Behandlung beeinträchtigt werden könnte; dies namentlich, wenn sie wegen der Anwendung der im angefochtenen Gesetz enthaltenen Begrenzung der Leistungsmenge vom Spital ihrer Wahl abgewiesen würde. (E. 1.2.3)

## b. Kommentar

- 8 Streitfragen im Zusammenhang mit der Spitalplanung und Spitalfinanzierung werden gewöhnlich nicht durch das Bundesgericht, sondern durch das *Bundesverwaltungsgericht* entschieden: Dieses beurteilt letztinstanzlich Beschwerden gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen über Spitallisten, die Genehmigung und Festsetzung von Tarifverträgen sowie Massnahmen zur Eindämmung der Kostenentwicklung (Globalbudgetierung) (Art. 53 Abs. 1 KVG i.V.m. Art. 83 Bst. r BGG). Die Zuständigkeit des Bundesgerichts ist in casu darauf zurückzuführen, dass ein *kantonaler Erlass* angefochten wurde (vgl. Art. 83 Bst. b BGG). Dies gab dem höchsten Gericht die ausserordentliche Gelegenheit, sich in grundlegender Weise über Fragen der Spitalplanung und Spitalfinanzierung auszusprechen. Allerdings werden sich diese Gelegenheiten in nächster Zeit für das Bundesgericht voraussichtlich häufen, da mit weiteren Beschwerden gegen kantonale Erlasse zur Umsetzung der neuen Spitalfinanzierung zu rechnen ist (bzw. solche Beschwerden bereits erfolgt sind).
- 9 Aus systemischer Perspektive ist die Tatsache, dass sich zwei verschiedene Gerichte letztinstanzlich über dieselben materiellen Fragen aussprechen, unbefriedigend. Daraus resultiert die Gefahr, dass *divergierendes case law* und damit Rechtsunsicherheit entsteht. Denn es ist nicht ohne weiteres gesagt, dass das Bundesverwaltungsgericht, das im Regelfall über Fragen der Spitalplanung und Spitalfinanzierung entscheidet und das entsprechende spezifische Fachwissen aufgebaut hat, sich dem Bundesgericht nahtlos anschliessen wird. Weicht das Bundesverwaltungsgericht in Einzelfällen von der bundesgerichtlichen Praxis ab, steht dagegen jedenfalls nicht die Beschwerde ans Bundesgericht offen.
- 10 Was den vorliegenden Fall betrifft, ist bemerkenswert, dass das Bundesgericht auf die Beschwerde von Frau Dr. med. B. als virtuell betroffener *Patientin* eingetreten ist; dies mit dem Argument, dass sie künftig einmal direkt in ihrem Recht auf freie Spitalwahl beeinträchtigt werden könnte, wenn sie vom Spital ihrer Wahl abgewiesen würde. Denkt man diese grosszügige Handhabung der Beschwerdelegitimation konsequent zu Ende, müssten Patienten auch kantonale *Entscheide* über Spitallisten anfechten können, da solche Entscheide dazu führen können, dass sich Patienten nicht im Spital ihrer Wahl (auf Kosten der OKP) behandeln lassen können. Im Grunde hat das Bundesgericht im vorliegenden Fall implizit das Interesse an einer von der OKP bezahlten Behandlung in einem *bestimmten* Spital als schutzwürdiges Interesse anerkannt, welches die Beschwerdelegitimation begründen kann. Ob dem das Bundesverwaltungsgericht in konkreten Beschwerdefällen folgen wird, ist aber wie erwähnt fraglich. Wollen sich Patienten oder auch Patientenorganisationen gegen

---

4 So haben etwa mehrere Privatspitäler gegen die auf den 1. Januar 2012 in Kraft gesetzte Einführungsverordnung KVG des Kantons Bern Beschwerde ergriffen.

kantonale Massnahmen zur Beschränkung des Angebots an stationären Leistungen im Rahmen der OKP wehren, tun sie deshalb gut daran, den Weg eines abstrakten Normenkontrollverfahrens zu beschreiten und die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen direkt anzufechten.

## 2. Maximale Leistungsmenge

### a. Erwägungen des Bundesgerichts

- 11 Die Frage, ob der Kanton befugt ist, die Menge stationärer Leistungen von Listenspitälern zu steuern, steht im Zentrum des vorliegenden Bundesgerichtsentscheids und nimmt in den Erwägungen am meisten Raum ein. *Streitgegenstand* war die Regelung im Tessiner Einführungsgesetz zum KVG, dass der Kanton in den Leistungsaufträgen an die Listenspitäler die maximalen Leistungsmengen festlegt.
- 12 Die Beschwerdeführerinnen brachten dagegen vor, dass ein Spital, das sein Leistungskontingent ausgeschöpft hat, weitere Patienten abweisen müsse. Diese müssten sich dann an andere Einrichtungen innerhalb oder ausserhalb des Wohnsitzkantons wenden. Dadurch werde nicht nur der *Wettbewerb zwischen den Spitälern* - eines der Hauptziele der KVG-Revision von 2007 - beeinträchtigt, sondern auch die in Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG garantierte *freie Spitalwahl* zunichte gemacht. Weiter werde der Grundsatz der *Rechtsgleichheit* verletzt, da ein versicherter Patient, der am Anfang eines Jahres eine Spitalbehandlung benötige, aus allen Listenspitälern auswählen könne, während ein Patient, der dieselbe Behandlung später im Jahr brauche, riskiere, sich nicht mehr in den besten Einrichtungen behandeln lassen zu können; zudem laufe dieser Patient Gefahr, eine allfällige Tariffdifferenz selber tragen zu müssen, wenn er sich in einer ausserkantonalen Einrichtung behandeln lässt, die nicht auf der Spitalliste des eigenen Kantons figuriert. Da der Kanton in solchen Fällen ebenfalls einen Anteil von mindestens 55% der Behandlungskosten übernehmen muss, sei die Festsetzung von maximalen Leistungsmengen überdies als Kostendämpfungsmassnahme völlig ungeeignet und damit *willkürlich*. Abgesehen davon würde die *Krankenversicherungsverordnung* (KVV<sup>5</sup>) in Art. 58c Bst. a eine mengenorientierte Spitalplanung im akutsomatischen Bereich ausschliessen. Schliesslich rügten die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung der *Wirtschaftsfreiheit*, weil die den Spitälern vorgeschriebenen maximalen Leistungsmengen sie daran hindern würden, bei Erreichung der Obergrenze weitere Leistungen zu erbringen (vgl. E. 3.9.1). Darüber hinaus sei nicht klar, welche Konsequenzen eintreten würden, wenn ein Spital sein Leistungskontingent überziehe. Die im Tessiner Einführungsgesetz zum KVG vorgesehenen *Sanktionen* - Verwarnung, Busse, Herabsetzung und Aufhebung der Finanzierung, Widerruf des Leistungsauftrags und Ausschluss von der Spitalliste - würden auf ein konkretes Verbot der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit hinauslaufen und stünden daher im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit. (E. 3.1)
- 13 Das Bundesgericht hielt in seinen Erwägungen zunächst fest, dass aus dem *Wortlaut von Art. 39 KVG* nicht ausdrücklich hervorgeht, ob eine mengenmässige Beschränkung von stationären Leistungen als Planungsinstrument zulässig ist (E. 3.3.1). Hierauf verwies das Bundesgericht auf die *Empfehlungen* der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) zur Spitalplanung vom 14. Mai 2009, welche die Mengensteuerung als Instrument vorsehen, um medizinisch nicht indizierte Spitalbehandlungen zu beschränken (E. 3.3.2). Die Empfehlungen der GDK seien zwar keine rechtlich bindenden Bestimmungen und enthielten auch keine verbindliche Auslegung des KVG; es sei aber festzustellen, dass die angefochtenen kantonalen Bestimmungen teilweise diesen Empfehlungen folgen (E. 2.3.5). Weiter bemerkte das Bundesgericht, dass auch die *Lehre* der Meinung sei, dass eine Mengenbeschränkung durch die Kantone zulässig, wenn auch nicht vorgeschrieben ist<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (SR 832.102).

<sup>6</sup> Gebhard Eugster, Bundesgesetz über die Krankenversicherung, Zürich 2010, Art. 39 Rz. 12; Rüttsche (Fn. 2), 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 61, namentlich S. 68, wonach wie bisher auch die Bettenzahl im

(E. 3.3.2). Im Anschluss unternahm das Bundesgericht eine eingehende Analyse der *Entstehungsgeschichte* der KVG-Revision von 2007. Wie aus dem Wortlaut von Art. 39 KVG ergab sich aber auch aus der Entstehungsgeschichte keine klare Antwort auf die Frage, ob eine mengenmässige Begrenzung der Spitalleistungen zulässig ist. Das Bundesgericht wies indessen darauf hin, dass aufgrund von Art. 49 und 49a KVG (*dual-fixe Abgeltung stationärer Leistungen*) die finanzielle Belastung der Kantone direkt von der entsprechenden Leistungsmenge abhängt. Daher könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Gesetzgeber den Kantonen zusammen mit der Zuständigkeit auf dem Gebiet der Spitalplanung auch - im Sinne eines Faktors zur Wahrung der Wirtschaftlichkeit (Art. 39 Abs. 2<sup>ter</sup> KVG) - ein Instrument in die Hand geben wollte, um die Leistungen mengenmässig zu begrenzen (E. 3.3.3.5).

- 14 In der darauffolgenden Erwägung befasste sich das Bundesgericht mit den einschlägigen *Bestimmungen der KVV* (Art. 58a-58e). Nach Ansicht des Bundesgerichts gehe aus Art. 58a ff. KVV klar hervor, dass die Spitallisten und die Leistungsaufträge ein quantitatives Element enthalten müssen (E. 3.4.1). Dabei könne aus Art. 58c Bst. a KVV (Pflicht zur "leistungsorientierten" Planung im akutsomatischen Bereich) abgeleitet werden, dass sich der bei der Planung einzubeziehende mengenmässige Faktor auch auf die einzelnen Leistungen beziehe (E. 3.4.2). Das Bundesgericht ging somit davon aus, dass Wortlaut, Zweck und Systematik der KVV an sich für eine Pflicht zur Mengensteuerung sprechen würden. Allerdings ergebe sich aus der Entstehungsgeschichte der KVV, dass die Kantone nicht zu einer Mengensteuerung mittels Spitalplanung verpflichtet werden sollten<sup>7</sup> (E. 3.4.3). Die KVV verstärkte also die Schlussfolgerung, dass die Kantone zur Einführung einer Mengensteuerung zwar nicht verpflichtet, jedoch dazu vollumfänglich berechtigt seien (E. 3.4.4).
- 15 Danach prüfte das Bundesgericht, ob die Begrenzung der Leistungsmenge mit der *Tarifautonomie* von Leistungserbringern und Versicherern (Art. 46 und 49 KVG) vereinbar sei. Das Gericht bejahte die Frage ohne viel Argumentationsaufwand: Die Tarifautonomie ändere nichts daran, dass die OKP nur die im Gesetz vorgesehenen Leistungen zu den dort vorgesehenen Bedingungen übernehme (Art. 24 ff. KVG)<sup>8</sup>, also nur Spitalbehandlungen berücksichtige, die von Spitälern erbracht werden, welche auf Grund der Spitalplanung in die Spitalliste aufgenommen wurden (Art. 35 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. h i.V.m. Art. 39 Abs. 1 Bst. d und e KVG<sup>9</sup>). Wenn die gesetzliche Regelung bei der Spitalplanung also Mengenbeschränkungen zulasse, dann seien auch die Vergütungen, die in den Tarifverträgen vorgesehen werden, nur auf den Leistungen im Rahmen dieser Beschränkungen geschuldet. (E. 3.5.1)
- 16 In einer weiteren Erwägung finden sich grundsätzliche Ausführungen des Bundesgerichts zu *Sinn und Zweck einer Mengensteuerung* im System der neuen Spitalfinanzierung: Mit der neuen Spitalfinanzierung wollte zwar der Gesetzgeber von der Finanzierung der Einrichtungen zur Finanzierung der Leistungen übergehen und so den Wettbewerb zwischen den Spitälern stärken<sup>10</sup>. Dies schliesse aber eine mengenmässige Beschränkung nicht aus, was zum Schluss führe, dass - wie dies schon vor der Revision der Fall gewesen sei - das Gesetz Planungs- und Wettbewerbselemente enthalte<sup>11</sup>. Ziele der Spitalplanung und der Leistungsaufträge seien die Sicherstellung des medizinischen Versorgungsbedarfs und gleichzeitig die Kostenbegrenzung. Im Gesundheitswesen würden aber die Kosten einerseits durch die Menge der Behandlungen und andererseits durch die Kosten pro Behandlung generiert.

---

Leistungsauftrag beschränkt werden könne.

<sup>7</sup> Mit Verweis auf den KVV-Kommentar des Bundesamtes für Gesundheit, S. 4.

<sup>8</sup> BGE 132 V 18 E. 5.3 S. 24; 110 V 187 E. 4 S. 194; Urteil 9C\_397/2009 vom 16. Oktober 2009 E. 5.1.

<sup>9</sup> BGE 133 V 579 E. 3.3 S. 581.

<sup>10</sup> BB1 2004 5577 und 5580; Eugster (Fn. 6), Art. 49 Rz. 2; 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 sowie Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht 2011, S. 87-124, Rz. 62 f., 80; Rüttsche (Fn. 2), S. 41 f., 50, Rz. 103.

<sup>11</sup> Rüttsche (Fn. 2), S. 42 f.



Die Konkurrenz zwischen den einzelnen Spitalern beeinflusse zwar die *Höhe der Kosten pro Behandlung*: Ein Spital, das im Schnitt pro Behandlung mehr aufwendet als es als Fallpauschale erhält, könne langfristig wirtschaftlich nicht überleben. Das System der Fallpauschalen trage aber nichts zur *Beschränkung der Zahl der Behandlungen* bei, wenn das Spital für jede Behandlung ohne weiteres eine pauschale Vergütung erhalte. Dem Preismechanismus, der unter Marktbedingungen das Angebot steuert, komme im Gesundheitswesen nur beschränkte Bedeutung zu, weil diejenigen, die über die Nutzung der Spitalleistungen entscheiden (Patienten, Ärzte u.a.), die daraus resultierenden Kosten nicht direkt tragen müssen. Gerade der Umstand, dass die Kantone unter dem geänderten Recht auch Beiträge an Leistungen von Privatspitalern ausrichten müssen, führe zur Annahme, dass die Kantone im Rahmen der Spitalplanung die Möglichkeit zum Erlass von Mengenbeschränkungen haben müssen, um einen ungebremsten Anstieg der Kosten zu verhindern. (E. 3.5.2)

- 17 Zur Rüge der Verletzung der *Rechtsgleichheit* führte das Bundesgericht Folgendes aus: Die mengenmässige Begrenzung könne in der Tat dazu führen, dass ein Spital, welches die ihm zugestandene Leistungsmenge ausgeschöpft hat, keine Patienten mehr aufnehmen kann. Dadurch werde die Rechtsgleichheit relativiert, was aber in einem System mit staatlicher Planungspflicht unvermeidlich sei. Es liege in der Natur einer Planung, dass Gegenstände, die sich in der gleichen Lage befinden, verschieden behandelt werden. Mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen genüge es, dass eine Planung objektiv vertretbar, das heisst nicht willkürlich sei; der Grundsatz der Rechtsgleichheit falle mithin mit dem Willkürverbot zusammen<sup>12</sup>. Auch die altrechtliche Regelung, welche die Leistungsmenge indirekt mittels Beschränkung der Bettenzahlen steuerte, 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, habe der Gesetzgeber solche Folgen in Kauf genommen (E. 3.6.1). Insbesondere führe auch der Fall, in dem ein Tessiner Patient wegen Erschöpfung der maximalen Leistungsmenge im eigenen Kanton in einem ausserkantonalen Spital behandelt werden muss, nicht zu einer rechtsungleichen Behandlung. Einerseits sei dies nichts anderes als eine logische Folge der Spitalplanung. Andererseits dürfe nicht vergessen werden, dass eine ausserkantonale Behandlung voll vergütet werden muss, wenn sie aus medizinische Gründen notwendig ist (Art. 41 Abs. 3 und Abs. 3<sup>bis</sup> Bst. b KVG); dabei stelle der Umstand, dass das innerkantonale Angebot systematisch ungenügend ist, allenfalls einen solchen medizinischen Grund dar, welcher zur vollen Vergütungspflicht führen könne<sup>13</sup> (E. 3.6.3).
- 18 Anschliessend befasste sich das Bundesgericht mit der Auffassung der Beschwerdeführerinnen, dass die Einführung einer maximalen Leistungsmenge *willkürlich* sei, weil infolge der freien Spitalwahl der angestrebte Zweck der Kostenbegrenzung vor vornherein nicht erreicht werden könne. Das Bundesgericht stimmte den Beschwerdeführerinnen im Grundsatz zu: Der Kanton, der mit seiner Spitalplanung sein eigenes Angebot beschränkt, zwingt die Patienten dazu, sich an ausserkantonale Spitäler zu wenden, ohne dass sich dadurch für den Wohnsitzkanton eine Kosteneinsparung ergebe. So betrachtet könne sich das Bundesgericht der Meinung der Beschwerdeführerinnen, nach welcher eine nur an Mengenbegrenzungen ausgerichtete Spitalplanung sinn- und zwecklos sei, anschliessen (sic!, E. 3.7.2 am Ende). Aus der Entstehungsgeschichte der KVG-Revision von 2007 gehe hervor, dass sich auch die eidgenössischen Räte bewusst gewesen seien, dass zwischen Planungspflicht und freier Spitalwahl ein gewisser Widerspruch bestehe. Die Wirksamkeit einer mengenmässigen Beschränkung erscheine somit mehr als zweifelhaft. Dass eine solche Begrenzung durch die freie Spitalwahl aber völlig unmöglich gemacht oder sinnlos würde, könne auf der anderen Seite auch nicht gesagt werden. Denn nach der allgemeinen Lebenserfahrung würden Patienten mehrheitlich ein Spital in der Nähe ihres Wohnortes aufsuchen. Bestehe wegen der mengenmässigen Begrenzung nicht mehr die Möglichkeit, sich in einem Spital im Kanton behandeln zu

<sup>12</sup> BGE 122 I 279 E. 5a S. 288; 121 I 245 E. 6e/bb S. 249; 117 Ia 302 E. 4b S. 307; 116 Ia 193 E. 3b S. 195; 114 Ia 254 E. 4a S. 257.

<sup>13</sup> Urteil 9C\_548/2008 vom 27. April 2009 E. 3.4, publiziert in: SVR 2009 KV Nr. 11 S. 38 ff.

lassen, bedeute 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 wollten. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass von manchen Patienten je nach der Art des Leidens eine Verschiebung des Spitalaufenthaltes vorgezogen wird. Deshalb könne nicht gesagt werden, dass die Festsetzung maximaler Leistungsmengen überhaupt keinen Kostensenkungseffekt haben könne und daher sinnlos wenn nicht gar willkürlich sei (E. 3.7.4).

- 19 Die nächste Erwägung des Bundesgerichtsentscheids betrifft das Verhältnis zwischen Mengensteuerung einerseits und *freier Spitalwahl* (Art. 41 KVG) sowie *Aufnahmepflicht* (Art. 41a KVG) andererseits. Mit Blick auf die freie Spitalwahl stellte sich das Bundesgericht die Frage, ob die Begrenzung der Leistungsmenge auch auf ausserkantonale Patienten, die sich in einem Tessiner Listenspital behandeln lassen möchten, angewendet werden dürfe. Dabei sei zu bedenken, dass das Bundesrecht die Spitäler nicht dazu verpflichte, ausserhalb ihrer Leistungsaufträge Patienten aus anderen Kantonen in grosser Zahl aufzunehmen. Die Frage könne aber offenbleiben, weil die angefochtenen Bestimmungen nicht ausdrücklich vorsehen, dass die mengenmässigen Beschränkungen auch auf ausserkantonale Patienten angewandt werden, weshalb sie bundesrechtskonform ausgelegt werden könnten (E. 3.8.1.3). Was die Frage der Aufnahmepflicht betrifft, betonte das Bundesgericht, dass diese gemäss Art. 41a KVG nur im Rahmen der Leistungsaufträge gilt. Entsprechend könne die Aufnahmepflicht auch nur im Rahmen der maximalen Leistungsmengen bestehen. Eine unbeschränkte Aufnahmepflicht, welche auch bei Überschreitung kantonal vorgesehener Mengenkontingente zum Tragen käme, könne dem KVG nicht entnommen werden (E. 3.8.2).
- 20 Chancenlos blieb auch die Rüge der Verletzung der *Wirtschaftsfreiheit*. Das Bundesgericht wiederholte seine ständige Praxis, wonach die Wirtschaftsfreiheit in keiner Weise das Recht auf Bezug von staatlichen Subventionen<sup>14</sup> und auch nicht das Recht auf Generierung von Kosten zulasten der Sozialversicherung<sup>15</sup> einschliesst. Entsprechend könne ein Privatspital aus der Wirtschaftsfreiheit kein Recht auf den Erhalt von Subventionen oder auf die Aufnahme in die Spitalliste ableiten (E. 3.9.2). Immerhin ergebe sich nach der KVG-Revision von 2007 ein Recht von Privatspitälern auf Gleichbehandlung mit anderen (öffentlichen oder privaten) Listenspitälern. Denn das neue Finanzierungssystem behandle öffentliche und private Spitäler (wenn sie zur Tätigkeit im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen sind) gleich und bringe die öffentlichen Spitäler in ein Wettbewerbsverhältnis zu den privaten Spitälern<sup>16</sup>. Dies ändere aber nichts an der Tatsache, dass die Wirtschaftsfreiheit keinen Anspruch auf die Finanzierung von mengenmässig nicht beschränkten Leistungen durch den Staat gebe und schliesse deshalb eine mengenmässige Begrenzung der Leistungen durch den (mit-)finanzierenden Staat nicht aus (E. 3.9.3). Die aus der Wirtschaftsfreiheit fliessenden Rechte erschöpften sich demnach im Recht auf eine objektiv vertretbare Planung, was vorliegend für den Einzelfall garantiert sei (E. 3.9.4).
- 21 Unter dem Aspekt der Wirtschaftsfreiheit prüfte das Bundesgericht schliesslich die *Sanktionen*, die im Tessiner Einführungsgesetz zum KVG für den Fall von Mengenüberschreitungen vorgesehen sind. Das Bundesgericht räumte ein, dass die Sanktionen sehr einschneidend sein können, doch würden bei Vorliegen schwerer und wiederholter Verstösse gegen gesetzliche Pflichten selbst die einschneidendsten Sanktionen auf den ersten Blick nicht als unzulässig erscheinen. Ihre Anwendung im Einzelfall müsse unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit erfolgen und unterliege der richterlichen Überprüfung. Die blosser Möglichkeit, dass im Einzelfall eine unverhältnismässige Sanktion ausgesprochen werden könnte, lasse die Sanktionen als solche nicht unzulässig erscheinen (E. 3.10.2). Im Besonderen hielt das Bundesgericht fest, dass eine *reduzierte Vergütung* von stationären Leistungen, wie sie

---

<sup>14</sup> BGE 130 I 26 E. 4.1 S. 40; Urteil 2P.94/2005 vom 25. Oktober 2006 E. 4.3; Urteil 2P.294/2004 vom 20. September 2005 E. 1.5.

<sup>15</sup> BGE 130 I 26 E. 4.5 S. 43.

<sup>16</sup> Vgl. BGE 132 V 6 E. 2.5.4 S. 15 f.; Mader (Fn. 10), Rz. 208 ff., 215 ff.

auch in den Empfehlungen der GDK vorgesehen sei, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen nicht als bundesrechtswidrig angesehen werden könne. Die kantonalen Beiträge an die Spitäler im Sinne von Art. 49a KVG seien zwar gebundene Ausgaben<sup>17</sup>. Dies gelte innerhalb des Kantons allerdings nur für die Behandlungen in Spitälern, welche auf der Spitalliste des Wohnsitzkantons aufgeführt sind und nur im Rahmen der Leistungsaufträge (Art. 49a KVG i.V.m. Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG und Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG). Nachdem ein System, das eine maximale Leistungsmenge für jeden Leistungserbringer vorsieht, KVG-konform ist, folge daraus, dass die Kantonsbeiträge nur geschuldet sind, soweit sich die Spitäler an die Höchstmengen halten (E. 3.10.3).

## b. Kommentar

- 22 Dem Bundesgericht ist im Ergebnis darin zuzustimmen, dass die Kantone infolge der KVG-Revision von 2007 zur *Steuerung von Leistungsmengen* zwar nicht verpflichtet, jedoch berechtigt sind. Die bundesgerichtliche Auslegung von Art. 39 KVG (E. 3.3), welche vor allem auf die Entstehungsgeschichte abstellt, ist überzeugend. Weniger gut nachvollziehbar erscheint dagegen die Interpretation von Art. 58a ff. KVV (E. 3.4): Dass die kantonale Spitalplanung ein quantitatives Element enthält, indem die Patientenströme analysiert und als Planungsgrundlage verwendet werden, ist selbstverständlich, heisst aber noch lange nicht, dass deshalb in den Leistungsaufträgen an die Spitäler zwingend Leistungsmengen festzulegen wären. Auch aus der Pflicht zu einer leistungsorientierten Planung im akutsomatischen Bereich (Art. 58c Bst. a KVV) kann keine Pflicht zur Mengensteuerung abgeleitet werden. Leistungsorientiert ist eine Planung, die sich darauf beschränkt, den Spitälern bestimmte Leistungsspektren zuzuteilen, und auf die Vorgabe von Kapazitäten (namentlich Bettenzahlen) verzichtet. Ob neben der Art der Leistungen auch die Mengen definiert werden, ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch dem Zweck oder der Systematik der KVV. Die - vom Bundesgericht ebenfalls beigezogene - Entstehungsgeschichte von Art. 58a ff. KVV, insbesondere der KVV-Kommentar des Bundesamtes für Gesundheit, bestätigt dies.
- 23 Schwer tat sich das Bundesgericht mit der Rüge, dass die vom Kanton Tessin vorgesehene Mengensteuerung *willkürlich* sei, weil damit der angestrebte Zweck der Kostenbegrenzung gar nicht erreicht werden könne (E. 3.7). Das Bundesgericht musste den Beschwerdeführerinnen darin recht geben, dass sich Patienten bei ausgeschöpften kantonalen Kontingenten an ausserkantonale Listenspitäler wenden können und der Kanton Tessin aufgrund von Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG (freie Spitalwahl) auch in diesem Fall vergütungspflichtig ist. Das Bundesgericht bemerkte sogar, dass die Wirksamkeit einer mengenmässigen Beschränkung mehr als zweifelhaft sei, erachtete aber dieses Instrument doch nicht als sinnlos oder gar willkürlich. Das dabei ins Feld geführte Argument, dass viele Patienten lieber eine Verschiebung des Spitalaufenthalts in Kauf nehmen würden als sich in einem ausserkantonalen Spital behandeln zu lassen, ist alles andere als überzeugend. Eine mengenbeschränkende Wirkung hätte nur der *definitive Verzicht* auf Behandlung, während die Verschiebung von medizinisch indizierten Behandlungen sogar mit der Gefahr vermehrter und längere Spitalaufenthalte verbunden ist, da sich durch die Verschiebung die Heilungschancen verringern können.
- 24 Ob eine staatliche Mengensteuerung kosteneindämmende Wirkung entfalten kann, hängt vielmehr von den *Anreizen* ab, die von diesem Instrument voraussichtlich ausgehen. Das Ziel einer Mengensteuerung kann nicht darin bestehen, im Sinne einer Rationierung die Menge stationärer Leistungen an sich gering zu halten oder gar zu senken. Ziel muss es vielmehr sein, die Spitäler davon abzuhalten, *medizinisch nicht notwendige Leistungen* zu Lasten der Krankenversicherung zu erbringen und damit die Gesundheitskosten *unnötig* zu steigern. Mengenbegrenzungen in den Leistungsaufträgen sind prima vista sicherlich geeignet, dieses Ziel zu erreichen: Wenn Spitäler ab einer definierten Leistungsmenge gar keine bzw. keine kostendeckenden Erträge mehr erwirtschaften können, haben sie ein Interesse, die definierte Menge nicht zu überschreiten; entsprechend werden sie ein stärkeres Augenmerk darauf legen, dass nicht indizierte Behandlungen vermieden werden. Damit hätte die Mengensteuerung

---

<sup>17</sup> Rüttsche (Fn. 2), S. 37.





ihr Ziel erreicht, nämlich gegen Überarztung einen negativen Anreiz zu setzen. Die Tessiner Regelung ist insofern keineswegs sinnlos oder gar willkürlich. Indessen müsste sie - entsprechend ihrer Zielsetzung - noch differenziert werden, indem *medizinisch bedingte* Mengenausweitungen (z.B. aufgrund veränderter epidemiologischer Faktoren) von den Mengenbeschränkungen ausgenommen werden.

- 25 Problematisch ist sodann die Tatsache, dass sich die Mengenbegrenzung, wie sie im Tessiner Einführungsgesetz zum KVG konzipiert ist, *zu Lasten der Patienten auswirkt*. Patienten, die sich spät im Jahr behandeln lassen wollen und auch behandelt werden müssen, haben keinen Anspruch auf grundversicherte Leistungen im Spital ihrer Wahl, wenn dieses sein Leistungskontingent bereits ausgeschöpft hat. Diese Benachteiligung bestimmter Patienten müsste dann hingenommen werden, wenn sie unbedingt notwendig wäre, um eine Mengensteuerung umzusetzen. Es gibt indessen einen Weg, eine Mengensteuerung auch ohne Ungleichbehandlungen von Patienten zu verwirklichen. Dieser Weg besteht darin, die Mengensteuerung von der krankenversicherungsrechtlichen Vergütungspflicht nach Art. 49a Abs. 1 KVG sowie von der Aufnahmepflicht nach Art. 41a KVG zu entkoppeln. Demnach würde der Kanton seinen Listenspitälern *ausserhalb der versicherungsrechtlichen Leistungsaufträge* Mengenvorgaben machen, deren Überschreitung weder den Wegfall der Vergütungspflicht noch den Wegfall der Aufnahmepflicht zur Folge hätte. Entsprechend müssten Listenspitäler auch dann Patienten im Rahmen der Grundversicherung behandeln, wenn sie ihr Leistungskontingent überschritten haben. Für die Kontingentsüberschreitung müsste der Kanton spezifische Rechtsfolgen vorsehen, beispielsweise eine Lenkungsabgabe oder eine Abschöpfung von Erträgen, die ein Spital durch Überschreitung der vorgegebenen Fallzahlen erwirtschaftet hat. Auf diese Weise würde die kantonale Intervention gegen Überarztung die betroffenen Leistungserbringer - nicht aber die Patienten treffen.
- 26 Ein weiterer Kritikpunkt betrifft das Verhältnis zwischen kantonaler Mengenbegrenzung und der *freien Spitalwahl*, wie sie in Art. 41 KVG verankert ist. Das Bundesgericht würdigt in seinen Erwägungen das Institut der freien Spitalwahl einseitig als Patientenrecht, ohne dessen systemische Bedeutung als Wettbewerbsinstrument in Rechnung zu stellen. Mit der Ausdehnung der Spitalwahl auf die Listenspitäler aller Kantone wollte der Gesetzgeber den Qualitätswettbewerb zwischen den Spitälern im interkantonalen Verhältnis stärken<sup>18</sup>. Eine Mengensteuerung, welche auch Behandlungen ausserkantonaler Patienten an die vorgegebenen Leistungskontingente anrechnet, macht dagegen die Wettbewerbsfunktion der freien Spitalwahl im Ansatz zunichte. Ob dies mit Bundesrecht vereinbar ist, hat das Bundesgericht in der vorliegenden Entscheidung offen gelassen, weil die angefochtenen Tessiner Bestimmungen nicht ausdrücklich vorsehen, dass die mengenmässigen Beschränkungen auch auf ausserkantonale Patienten anwendbar sind (E. 3.8.1.3). Nach der hier vertretenen Auffassung ist dagegen dem bundesrechtlichen Instrument der freien Spitalwahl nur Genüge getan, wenn die Kantone die Aufnahme ausserkantonaler Patienten, für welche die Spitäler keinen Leistungsauftrag haben, von einer Begrenzung der Leistungsmenge ausnehmen. Demzufolge dürften die Spitäler ausserkantonale Patienten behandeln, ohne dass dies auf das Leistungskontingent angerechnet würde.
- 27 Insgesamt ist zu bemerken, dass das Bundesgericht die Tessiner Regelung der Mengenbegrenzung stationärer Leistungen *grosszügig* beurteilte. Die Tessiner Variante der Mengensteuerung ist wenig durchdacht und wirkt sich unnötig zu Lasten der Patienten und des Wettbewerbs aus. Nun ist schlechte Regulierung nicht unbedingt auch rechtswidrige Regulierung. Im vorliegenden Fall hätte das Bundesgericht aber gute Gründe gehabt, die angefochtene Regulierung wegen Bundesrechtswidrigkeit aufzuheben. Das bedeutet keineswegs, dass eine Mengensteuerung stationärer Leistungen an sich bundesrechtswidrig wäre; vielmehr kann sie so ausgestaltet werden, dass sie mit übergeordnetem Recht vereinbar ist.

---

<sup>18</sup> Vgl. etwa AB 2007 N 440 (Votum Triponez), 440 (Votum Bortoluzzi), 441 (Votum Meyer).

### 3. Globalbeitrag

#### a. Erwägungen des Bundesgerichts

- 28 Neben der Mengenbegrenzung fochten die Beschwerdeführerinnen eine Reihe weiterer Steuerungsinstrumente an. Dazu gehört das Instrument des *Globalbeitrags*. Das Tessiner Einführungsgesetz zum KVG sieht vor, dass die Regierung (Staatsrat) für jedes Listenspital mit Sitz im Kanton nach Massgabe des jeweiligen Leistungsauftrages einen jährlichen Globalbeitrag festsetzt; der jährliche Gesamtbetrag wird vom Grossen Rat genehmigt. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen verletzt dieser Globalbeitrag Art. 49, 49a und 51 KVG, die bestimmen würden, dass der Kostenanteil des Kantons für jeden einzelnen Fall auszurichten ist. Die entsprechenden Ausgaben stellten gebundene Ausgaben dar und könnten vom Kanton nicht nach oben begrenzt werden. (E. 4.1)
- 29 Das Bundesgericht verwies auf Art. 51 Abs. 1 KVG, wonach der Kanton als finanzielles Steuerungsinstrument einen Gesamtbetrag für die Finanzierung der Spitäler oder der Pflegeheime festsetzen kann, allerdings unter Vorbehalt der Kostenaufteilung gemäss Art. 49a KVG (E. 4.4). Diese Bestimmung habe sich schon im ursprünglichen Gesetzestext befunden, mit dem Unterschied, dass sich der Vorbehalt dort auf Art. 49 Abs. 1 KVG bezog, d.h. auf die Kostenübernahme durch die Krankenversicherung, welche auf höchstens 50% der Kosten pro Patient oder Versichertengruppe begrenzt war. Mit dem Übergang vom System der Finanzierung der einzelnen Einrichtungen zu demjenigen der Finanzierung der Leistungen sei der Globalbeitrag an sich *systemwidrig* geworden (E. 4.5)<sup>19</sup>.
- 30 Gemäss Bundesgericht treffe es also zu, dass mit einem Globalbeitrag das Konzept der Leistungsfinanzierung nicht ganz konsequent umgesetzt werde. Nachdem der Bundesgesetzgeber aber trotz des neuen Finanzierungskonzeptes am Institut des Gesamtbeitrages ausdrücklich festgehalten habe, müsse 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, könne deshalb nur so verstanden werden, dass der Globalbeitrag mindestens 55% der Kosten der Leistungen betragen müsse, ohne dass er für jeden einzelnen Fall separat ausgerichtet werden müsse (E. 4.6). In der Folge kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der auf Listenspitäler mit Sitz im Kanton beschränkte Globalbeitrag im Einklang mit dem Bundesrecht steht (E. 4.7).

#### b. Kommentar

- 31 Globalbeiträge an bestimmte Verwaltungseinheiten können insoweit ein sinnvolles Steuerungsinstrument sein, als die Finanzierung dieser Verwaltungseinheiten nicht gesetzlich vorgegeben ist, d.h. nicht *gebundene Ausgaben* des Staates darstellen. Dies war nach altem Krankenversicherungsrecht der Fall, als es den Kantonen freigestellt war, in welchem Ausmass sie Spitäler subventionieren wollten. Mit der KVG-Revision von 2007 sind jedoch die Kantone verpflichtet worden, einen Anteil von mindestens 55% der grundversicherten stationären Behandlungskosten zu übernehmen (Art. 49a Abs. 1 KVG). Die Höhe dieser Kosten hängt von den Tarifen (Fallpauschalen) und der Anzahl grundversicherter Fälle ab. Der Kanton ist kraft Bundesrecht verpflichtet, die daraus resultierenden Gesamtkosten anteilmässig zu übernehmen. Eine Steuerung, d.h. Begrenzung dieser - gebundenen - Ausgaben mittels Globalbeitrag wäre schlicht bundesrechtswidrig. Dies verdeutlicht Art. 51 Abs. 1 KVG, indem er die Kostenaufteilung nach Art. 49a KVG explizit vorbehält. Insoweit kann ein Globalbeitrag als Instrument zur Steuerung der Spitalversorgungskosten keinen Sinn mehr machen.

---

<sup>19</sup> Vgl. Rüttsche (Fn. 2), S. 96.

- 32 Ein Globalbeitrag käme dagegen in Bezug auf *kantonrechtliche Spitalsubventionen* ausserhalb von Art. 49a Abs. 1 KVG in Frage. Solche über das KVG hinausgehenden Subventionen sind zwar mit Blick auf den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität heikel, lassen sich aber aufgrund überwiegender Versorgungsinteressen rechtfertigen<sup>20</sup>. Der im Tessiner Einführungsgesetz zum KVG vorgesehene Globalbeitrag bezog sich indessen nicht auf Spitalsubventionen ausserhalb des KVG, sondern auf die Abgeltung nach Art. 49a Abs. 1 KVG. Dennoch qualifizierte das Bundesgericht die entsprechenden Bestimmungen nicht als bundesrechtswidrig. Dies mit dem rettenden Argument, der Globalbeitrag könne so interpretiert werden, dass er mindestens 55% der Behandlungskosten betrage und nicht für jeden einzelnen Fall separat ausgerichtet werde. So verstanden kann jedoch nicht mehr von einem Globalbeitrag im Sinne eines Steuerungsinstruments zur Kosteneindämmung die Rede sein; vielmehr handelt es sich um eine blossige *Abrechnungsmodalität* (gesamthafte Bezahlung des Kantonsanteils für alle Fälle pro Jahr anstelle von Einzelabrechnungen).

## 4. Beschränkung der Aufnahme von Zusatzversicherten

### a. Erwägungen des Bundesgerichts

- 33 Das Tessiner Einführungsgesetz zum KVG legt weiter fest, dass die Aufnahmepflicht von Listenspitälern als erfüllt gilt, wenn der Anteil der Patienten, die nur über die OKP verfügen, mindestens 50% ausmacht. Dies bedeutet, dass die Spitäler *höchstens 50% der Patienten mit einer Zusatzversicherung* (privat oder halbprivat) aufnehmen dürfen, was auch der Empfehlung Nr. 5 der GDK zur Spitalplanung entspricht. (E. 5.1)
- 34 Die Beschwerdeführerinnen sahen in dieser Begrenzung eine Verletzung von Art. 117 BV und Art. 41a KVG. Sie machten geltend, dass die *Aufnahmepflicht* gemäss Art. 41a KVG für alle Versicherten gelte, unabhängig davon, ob sie über eine Zusatzversicherung verfügen oder nicht. Die angefochtene Regelung würde ein Spital zwingen, auch wenn es noch verfügbare Betten hätte, die Aufnahme von Patienten mit Zusatzversicherungen abzulehnen, weil ihr Anteil von 50% bereits ausgeschöpft ist (E. 5.1). Der Tessiner Staatsrat führte in seiner Vernehmlassung dagegen aus, dass die Patienten, die nur obligatorisch krankenversichert sind und über keine Zusatzversicherung verfügen, im Kanton drei Viertel der hospitalisierten Patienten ausmachen. Die angefochtene Obergrenze von 50% enthalte also eine sehr grosse Sicherheitsmarge. Ihr Zweck bestehe darin zu vermeiden, dass die Spitäler nur private und halbprivate Patienten behandeln. (E. 5.2)
- 35 Das Bundesgericht führte aus, dass die Spitalplanung einerseits der Vermeidung von Überkapazitäten und den daraus resultierenden Mehrkosten diene, andererseits und vor allem auch der *Sicherstellung einer genügenden Spitalkapazität* für die Bevölkerung, namentlich für den grösseren Teil der Bevölkerung, der über keine Zusatzversicherungen verfügt. Die Spitalplanung müsse daher dafür sorgen, dass genügend Spitalleistungen in der allgemeinen Abteilung angeboten werden. Dieser Zweck könne vereitelt werden, wenn die Spitäler auf der Spitalliste ausschliesslich oder mehrheitlich Patienten mit Zusatzversicherungen aufnehmen. Die angefochtene Bestimmung erfülle deshalb einen legitimen Zweck. Ziehe man in Erwägung, dass die Patienten mit Zusatzversicherungen den kleineren Teil der Versicherten, nämlich ungefähr 20-25% ausmachen, so erscheine die angefochtene Begrenzung von 50% als sehr niedrig. Es sei deshalb unwahrscheinlich, dass Patienten mit einer Zusatzversicherung abgewiesen werden könnten, um die Aufnahme von Patienten, die nur über die Grundversicherung verfügen, zu ermöglichen. (E. 5.3)
- 36 Des Weiteren verwies das Bundesgericht auf die bereits gemachte Feststellung, dass eine mengenmässige Begrenzung von OKP-Leistungen grundsätzlich Art. 41a KVG nicht widerspricht (vgl. E. 3.8.2). Die angefochtene Bestimmung würde im Ergebnis das Leistungsspektrum in der privaten und halbprivaten Abteilung beschränken. Zwar würden die Bestimmungen des KVG zur Spitalplanung und Spitalfinanzierung in Übereinstimmung mit der Bundesverfassung (Art. 117 BV) nicht auf das

---

<sup>20</sup> Dazu Rüttsche (Fn. 2), S. 36 f., Rz. 68.



Gesundheitswesen als solches, sondern nur auf die OKP Anwendung finden (Art. 1a KVG)<sup>21</sup>. 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, betreffe die Planungskompetenz des Kantons auch die Leistungen der Grundversicherung, die in der halbprivaten und privaten Abteilung erbracht werden. Aus diesem Grund liege *keine Verletzung von Bundesrecht* vor, wenn ein Kanton im Rahmen seiner Spitalplanung die Leistungen der OKP auch für die halbprivate und die private Abteilung beschränke. In diesem Zusammenhang sei immerhin festzuhalten, dass sich ein Privatspital den entsprechenden Weisungen entziehen könne, wenn es seinen Betrieb unter Verzicht auf die Aufnahme in die Spitalliste führe (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. (E. 5.4)

## b. Kommentar

- 37 Die Schlussfolgerung des Bundesgerichts, dass die Beschränkung der Aufnahme von Zusatzversicherten auf 50% zulässig ist, stützt sich auf *zwei Gründe*: Zum einen auf die Tatsachenfeststellung, dass diese Beschränkung ohnehin wirkungslos sei (vgl. E. 5.3), zum anderen auf das Argument, dass sich die kantonale Planungskompetenz auch auf zusatzversicherte Patienten erstrecke und daher auch diesbezüglich Mengenbegrenzungen zulässig seien (E. 5.4). Nun, eine Regulierung, die wirkungslos ist, kann in der Tat auch nicht Bundesrecht verletzen; der Gesetzgeber sollte allerdings darauf verzichten, überflüssige Vorschriften aufzustellen. Angenommen, die fragliche Beschränkungsregel wäre restriktiver ausgestaltet (z.B. als Obergrenze von 20% für Zusatzversicherte) und könnte sich effektiv zulasten von Zusatzversicherten auswirken - wäre sie in diesem Fall bundesrechtskonform?
- 38 Dem Bundesgericht ist selbstverständlich darin beizupflichten, dass sich die kantonale Planungskompetenz auch auf zusatzversicherte Patienten erstreckt. Das kann aber nicht bedeuten, dass die Kantone deshalb die Aufnahme zusatzversicherter Personen auf einen bestimmten Prozentsatz beschränken dürften. Eine Begrenzung der Aufnahme von Personen bestimmter Versicherungskategorien ist etwas völlig anderes als eine Begrenzung der Leistungsmenge. Die Begrenzung der Leistungsmenge dient dem legitimen Zweck, *medizinisch nicht indizierte Behandlungen* (Überarztung) zu vermeiden, und beruht auf entsprechendem statistischen Zahlenmaterial. Demgegenüber hat eine Begrenzung der Aufnahme von Zusatzversicherten überhaupt keinen Zusammenhang mit dem Anliegen, nicht notwendigen Mengenausweitungen zu begegnen. Vielmehr führt eine solche Begrenzung dazu, dass ein Listenspital *notwendige* Behandlungen von zusatzversicherten (und damit auch grundversicherten) Patienten nicht durchführen darf, wenn in diesem Spital die gesetzte Obergrenze überschritten ist. Dies steht in Widerspruch zur Aufnahmepflicht gemäss Art. 41a KVG und ist auch kaum mit der Rechtsgleichheit vereinbar.
- 39 Wie das Bundesgericht zu Recht betont, müssen die Kantone als Verantwortliche für die Spitalversorgung sicherstellen, dass für die Bevölkerung genügende Spitalkapazitäten vorhanden sind (E. 5.3). Dies muss gleichermassen für alle Personen gelten, unabhängig davon, ob sie zusatzversichert sind oder nicht. Die Art der Versicherung darf für die Spitalplanung keine Rolle spielen. Die Listenspitäler sind entsprechend verpflichtet, im Rahmen ihrer Leistungsaufträge *sämtliche Patienten*, ob zusatzversichert oder nicht, aufzunehmen. Das kann dazu führen, dass Patienten, ob nur grundversichert sind, in der halbprivaten oder privaten Abteilung unterzubringen sind, falls die allgemeine Abteilung ausgelastet ist. Für die entsprechenden Mehrkosten trägt das Spital - und weder der Patient noch die Krankenversicherung - das Risiko. Entsprechend haben die Spitäler einen Anreiz, die Grösse ihrer halbprivaten und privaten Abteilungen an den tatsächlichen Bedürfnissen auszurichten. Eine kantonale Regulierung der Aufnahme von Zusatzversicherten ist folglich nicht nur rechtswidrig, sondern auch nicht notwendig.

---

21 BGE 135 V 443 E. 3.3.2 S. 452 f.

## 5. Begrenzung der Investitionen

### a. Erwägungen des Bundesgerichts

- 40 Ein Teil der angefochtenen Bestimmungen des Tessiner Einführungsgesetzes zum KVG betrifft die Frage der *Spitalinvestitionen*. Nach diesen Bestimmungen gelten als Investitionen, die von der Abgeltung nach Art. 49a Abs. 1 KVG erfasst sind und entsprechend bei der Festsetzung des kantonalen Globalbeitrages zu berücksichtigen sind, nur die für die Erfüllung des Leistungsauftrages erforderlichen Aufwendungen für Gebäude und Einrichtungen. Die Modalitäten für die Buchführung und die Verwendung des Anteils der Abgeltung, der auf diese Investitionen entfällt, werden im Rahmenvertrag zwischen Kanton und Leistungserbringern festgelegt. Die Leistungserbringer müssen über den Anteil der Abgeltung, der auf die Investitionen entfällt, gesondert Buch führen. Die Verwendung ist zu belegen und muss den gesetzlichen Vorgaben und dem Rahmenvertrag entsprechen. - Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen wird mit diesen Bestimmungen eine staatliche Kontrolle über die Investitionen der Leistungserbringer eingeführt, was die Grundsätze der Wettbewerbs- und Wirtschaftsfreiheit verletze. (E. 6.1)
- 41 Das Bundesgericht bemerkte vorweg, dass Investitionsentscheide von privaten Unternehmen in deren Privatsphäre fallen und den Staat nichts angehen (Art. 27 BV). Würden private Spitäler verpflichtet, eine *staatliche Bewilligung* für ihre Investitionen einzuholen, so wäre dies ein Eingriff in ihre Wirtschaftsfreiheit, dessen Zulässigkeit zweifelhaft wäre<sup>22</sup>, namentlich auch, weil im Rahmen der KVG-Revision entsprechende parlamentarische Vorstösse, die auf die Einführung einer kantonalen Bewilligungspflicht für bestimmte medizinische Einrichtungen oder für Investitionen zielten, abgewiesen bzw. zurückgezogen wurden<sup>23</sup>. (E. 6.2)
- 42 Das Tessiner Einführungsgesetz zum KVG sehe jedoch keine solche Bewilligungspflicht vor, sondern diene dem Kanton lediglich dazu, die für stationäre OKP-Leistungen notwendigen *Kosten transparent zu ermitteln*. Damit übernehme der Kanton die Vorgaben des Bundes: Gemäss Art. 49 Abs. 7 KVG führen die Spitäler "nach einheitlicher Methode zur Ermittlung ihrer Betriebs- und Investitionskosten und zur Erfassung ihrer Leistungen eine Kostenrechnung und eine Leistungsstatistik. Diese beinhalten alle für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit, für Betriebsvergleiche, für die Tarifierung und für die Spitalplanung notwendigen Daten". Im Sinne von Art. 8 Abs. 1 VKL<sup>24</sup> gelten als Investitionen im Sinne von Art. 49 Abs. 7 KVG Mobilien, Immobilien und sonstige Anlagen, die zur Erfüllung des Leistungsauftrages nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG notwendig sind. So werden gemäss Bundesgericht die Grundlagen geschaffen, die es zusammen mit anderen Elementen erlauben, die OKP-Leistungen und die dafür erforderlichen Kosten zu ermitteln; die Ermittlung dieser Kosten und Leistungen erlaube es, die Tarife zu berechnen, die Wirtschaftlichkeit und Billigkeit der Leistungserbringung zu bewerten und namentlich auch die Globalbeiträge zu berechnen. Damit werde 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 sei, eingeführt<sup>25</sup>. Die Festlegung der Modalitäten für die Buchführung im Rahmenvertrag habe den gleichen Zweck, wie auch die vorgeschriebene separate Verbuchung des Tarifanteils, der auf die Investitionen entfällt. (E. 6.2)
- 43 In einer weiteren Erwägung hielt das Bundesgericht mit Bezug auf die Privatspitäler fest, dass es Sache der zuständigen Organe bzw. des privatrechtlichen Revisionsorgans sei, den Einsatz der Mittel zu kontrollieren. Es müsse in Erinnerung gerufen werden, dass die aufgrund von Art. 49a KVG geleisteten Beiträge des Kantons - entgegen der

---

22 Rüttsche (Fn. 2), S. 98 f.

23 AB 2007 N 436 ff., 448 ff.

24 Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung (SR 832.104).

25 Vgl. dazu auch die Empfehlung Nr. 10 der GDK.



Ansicht, die der Tessiner Staatsrat zu vertreten scheine und der nicht gefolgt werden könne - *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 handle sich gegenteils um den Preis für die von den Leistungserbringern erbrachten Spitalleistungen. Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen müssten die angefochtenen Bestimmungen deshalb so verstanden werden, dass der Kanton das Recht hat, den Qualitätsstandard zu kontrollieren (vgl. Art. 58b KVV), aber nicht in die Investitionspolitik der Spitäler eingreifen dürfe. Würden die Bestimmungen so ausgelegt, so stünden sie nicht im Widerspruch zum Bundesrecht und seien demnach zu bestätigen. (E. 6.3)

## b. Kommentar

- 44 Wie das Bundesgericht ausführt, schreibt bereits das *Bundesrecht* vor, dass die Leistungserbringer die im Rahmen der OKP erbrachten Leistungen und die entsprechenden Betriebs- und Investitionskosten in Form einer Kostenrechnung und Leistungsstatistik transparent ausweisen (Art. 49 Abs. 7 KVG). Soweit das Tessiner Einführungsgesetz diese Vorgaben übernimmt und konkretisiert, ergeben sich überhaupt keine rechtlichen Probleme.
- 45 Entscheidend ist aber die Frage, was die Kantone mit den von den Spitalern gelieferten Leistungs- und Kostendaten anstellen. Der Bundesgesetzgeber geht davon aus, dass diese Daten *im Rahmen der Tarifierung und der Spitalplanung* für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit und für Betriebsvergleiche verwendet werden (Art. 49 Abs. 7 zweiter Satz KVG). Auf Verordnungsstufe werden dann aber die Verwendungszwecke der Leistungs- und Kostendaten weiter gefasst und insbesondere auch die *Berechnung von Globalbudgets* erwähnt (Art. 2 Abs. 2 Bst. d VKL). Dies wirft die - praktisch sehr bedeutsame - Frage auf, ob die Kantone ihre aufgrund von Art. 49a Abs. 1 KVG geschuldeten Beiträge an die Spitäler kürzen dürfen, wenn sie der Ansicht sind, dass ein Spital seine Mittel nicht wirtschaftlich einsetzt und beispielsweise Fehlinvestitionen tätigt. Mit anderen Worten: Dürfen die Kantone die Investitionen der Spitäler steuern, indem sie die entsprechenden Abgeltungsanteile nach Art. 49a KVG zurückbehalten und deren Auszahlung an die Bedingung der Wirtschaftlichkeit knüpfen?
- 46 Das Bundesgericht gibt im vorliegenden Entscheid *keine klare Antwort* auf diese Frage, scheint aber eher der Ansicht zu sein, dass eine kantonale Steuerung der Spitalinvestitionen mittels Zurückbehaltung von Abgeltungsanteilen nicht zulässig ist. In diese Richtung geht die Bemerkung, dass die aufgrund von Art. 49a KVG geleisteten Beiträge des Kantons nicht als staatliche Finanzhilfen zu verstehen seien und der Kanton nicht in die Investitionspolitik der Spitäler eingreifen dürfe (E. 6.3). In der Tat sind die Beiträge nach Art. 49a Abs. 1 KVG Abgeltungen, deren Höhe durch die Tarife und die Fallzahlen bestimmt wird. Die Investitionskostenanteile der stationären OKP-Leistungen werden im Rahmen der Tariffestsetzung durch die Tarifpartner (Spitäler und Versicherer) bzw. die Kantonsregierungen bereits aufgrund von Wirtschaftlichkeitsberechnungen und Betriebsvergleichen einberechnet<sup>26</sup>. Das KVG sieht nicht vor, dass im Rahmen der Abgeltung von OKP-Leistungen die Spitalinvestitionen nochmals einer Wirtschaftlichkeitsprüfung unterzogen werden dürfen. Eine Wirtschaftlichkeitsprüfung ist einzig in Art. 56 KVG vorgesehen, und zwar mit Bezug auf die Notwendigkeit der stationären Behandlungen im Einzelfall - nicht aber mit Bezug auf die Wirtschaftlichkeit von Spitalinvestitionen<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Vgl. Art. 46 Abs. 4 und Art. 49 Abs. 7 KVG sowie Absatz 1 der Übergangsbestimmungen zur KVG-Revision 2007.

<sup>27</sup> Vgl. Art. 56 Abs. 1 und 2 KVG: "<sup>1</sup> Der Leistungserbringer muss sich in seinen Leistungen auf das Mass beschränken, das im Interesse der Versicherten liegt und für den Behandlungszweck erforderlich ist. <sup>2</sup> Für Leistungen, die über dieses Mass hinausgehen, kann die Vergütung verweigert werden. Eine nach diesem Gesetz dem Leistungserbringer zu Unrecht bezahlte Vergütung kann zurückgefordert werden. (...)"



- 47 Aus dem Gesagten folgt, dass die Abgeltungen nach Art. 49a Abs. 1 KVG, unter Vorbehalt der Wirtschaftlichkeit der Leistungen im Sinne von Art. 56 KVG, von Kanton und Versicherern *zwingend geschuldet* sind. Eine Investitionssteuerung durch Zurückbehaltung bzw. Kürzung kantonaler Abgeltungsanteile stünde im Widerspruch zum KVG. Insofern ist Art. 2 Abs. 2 Bst. d VKL, wonach Leistungs- und Kostendaten der Spitäler für die Berechnung von Globalbudgets verwendet werden dürfen, zumindest irreführend, wenn nicht KVG-widrig.

## 6. Mindestzahl von Fällen und Nutzung von Synergien

### a. Erwägungen des Bundesgerichts

- 48 Das Tessiner Einführungsgesetz bestimmt sodann, dass der Kanton im Rahmen der Spitalplanung namentlich die Mindestzahl von Fällen und die Nutzung von Synergien berücksichtigt. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen verletzen diese Kriterien Bundesrecht, weil sie im Widerspruch zu den massgebenden Kriterien der Qualität und Wirtschaftlichkeit stünden (E. 7.1).
- 49 Das Bundesgericht stellte vorweg fest, dass der Wortlaut der angefochtenen Bestimmung identisch sei mit Art. 58b Abs. 5 Bst. c KVV und damit vollständig mit der bundesrätlichen Verordnung übereinstimme. Es könne sich also nur die Frage stellen, ob die Ordnungsbestimmung selber gesetzeswidrig sei (E. 7.2). Zur Diskussion stand die Vereinbarkeit der Ordnungsbestimmung mit Art. 39 Abs. 2<sup>ter</sup> KVG, wonach der Bundesrat einheitliche Planungskriterien auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit erlässt. Die Nutzung von Synergien sei gemäss Bundesgericht grundsätzlich ein Element der Wirtschaftlichkeit. Auch das Kriterium der Mindestzahl von Fällen stehe in Bezug zu den Kriterien Qualität und Wirtschaftlichkeit. Daraus ergebe sich, dass sich die Bestimmung von Art. 58b Abs. 5 Bst. c KVV an den gesetzlichen Rahmen halte. Allerdings sei nicht völlig klar, was der Ausdruck "Nutzung von Synergien" konkret meine; er sei aber verständlich, wenn die Beschwerdeführerinnen geltend machten, dass ein Spital auch mit wenigen Fällen eine gute Qualität garantieren könne, wenn es zum Beispiel aussenstehende Ärzte beziehe. Das Bundesgericht sah aber keinen Anlass, nur aus diesem Grunde die Gesetzesmässigkeit von Art. 58b Abs. 5 Bst. c KVV in Zweifel zu ziehen. Dies umso mehr, als die beiden Kriterien nicht unerlässliche Bedingungen für die Zulassung eines Leistungserbringers seien und zudem wie die anderen Kriterien konkretisiert werden müssten. Art. 58b Abs. 5 Bst. c KVV schliesse daher nicht aus, dass auch ein Spital mit relativ wenigen Fällen in die kantonale Spitalliste aufgenommen wird, wenn andere Randbedingungen erfüllt sind. Folglich sei keine Verletzung von Bundesrecht festzustellen. (E. 7.2.2 und 7.3)

### b. Kommentar

- 50 Die Ausführungen des Bundesgerichts in E. 7 zu den Planungskriterien "Mindestzahl von Fällen" und "Nutzung von Synergien" verdienen Zustimmung und erfordern keine Bemerkungen.

## 7. Mindestzahl der Auszubildenden und Arbeitsbedingungen

### a. Erwägungen des Bundesgerichts

- 51 Gemäss Tessiner Einführungsgesetz zum KVG werden im Rahmenvertrag zwischen Kanton und Leistungserbringern unter anderen die *nicht-universitäre Ausbildungstätigkeit*, namentlich die Mindestzahl der in Ausbildung befindlichen Personen (Auszubildende) und die Praktikumsstellen für die Ausbildungstätigkeit, sowie die Einhaltung der *branchenüblichen Arbeitsbedingungen* festgelegt. Die nicht-universitäre Ausbildungstätigkeit muss dokumentiert werden, und die *Entlöhnung* muss den gesetzlichen Bestimmungen sowie dem Rahmenvertrag entsprechen. Die Beschwerdeführerinnen verlangten, dass die Bestimmung bezüglich Mindestzahl der Auszubildenden und Praktikumsstellen aufgehoben und der Satz "und die Entlöhnung

muss den Bestimmungen dieses Gesetzes und dem Rahmenvertrag entsprechen" gestrichen wird. Sie waren der Ansicht, dass diese Anforderungen nicht den Planungskriterien von Qualität und Wirtschaftlichkeit gemäss Art. 39 Abs. 2<sup>ter</sup> KVG sowie den Grundätzen des Wettbewerbes und der Wirtschaftsfreiheit entsprechen. (E. 8.1)

- 52 Der Tessiner *Staatsrat* hielt in seiner Beschwerdeantwort fest, dass die nicht-universitäre Ausbildungstätigkeit zwar kein zwingendes Kriterium für die Aufnahme in die Spitalliste sei, dass aber ihre Finanzierung Gegenstand einer Vereinbarung zwischen den Parteien bilden müsse. Der angestrebte Zweck bestehe darin, dass Spitäler, die in erhöhtem Masse Ausbildungsplätze anbieten, nicht bestraft werden. Was die Anforderung der Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen betrifft, führte der Staatsrat aus, 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, die Arbeitnehmer zu schützen. Insbesondere im Kanton Tessin, der als Grenzkanton für Arbeitnehmer aus dem Ausland sehr attraktiv sei, bestehe die Gefahr des Lohndumpings. Weiter bemerkte der Staatsrat, dass die Lohnunterschiede zwischen den Spitälern die Aussagekraft der Bewertungen der Wirtschaftlichkeit der Spitäler wegen der unterschiedlichen Grenznähe abschwächen würden. Zudem liege die Anwendung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen im Interesse der Parteien, einschliesslich der Spitäler, und stelle eine unabdingbare Voraussetzung dar, um aussagekräftige Vergleiche der Wirtschaftlichkeit anzustellen und damit auch den Wettbewerb zwischen den Spitälern zu sichern. (E. 8.2)
- 53 Mit Bezug auf die *Ausbildungsplätze* argumentierte das Bundesgericht wie folgt: Aus dem Wortlaut der angefochtenen Bestimmungen könne keine Verpflichtung der privaten Spitäler abgeleitet werden, Ausbildungsplätze anzubieten, da ja deren Zahl durch gegenseitige Vereinbarung festzulegen sei. Die angefochtenen Bestimmungen hätten eine andere Bedeutung: Sie würden sich nicht auf die Spitalplanung, sondern auf die Spitalfinanzierung beziehen. Dazu sei auf Art. 49 Abs. 3 Bst. b KVG zu verweisen, wonach die Vergütung für Spitalbehandlungen die Kosten für Forschung und universitäre Lehre nicht enthalten dürfe. Aus der Entstehungsgeschichte dieser Regelung sei zu schliessen, dass die nicht-universitären Ausbildungskosten in die zu vergütenden Tarife eingeschlossen sind. Daraus folgert das Bundesgericht, dass ein Spital, das keine Ausbildungsplätze anbieten will, deswegen nicht von der Spitalliste gestrichen wird. Mit grosser Wahrscheinlichkeit werde aber diese Weigerung beim Abschluss des Leistungsvertrages berücksichtigt. Wenn der Bundesgesetzgeber nämlich vorsehe, dass die Ausbildungskosten vergütet werden können, so setze das voraus, dass entsprechende Plätze angeboten werden. Geschehe dies nicht, so würden auch die entsprechenden Vergütungen verhältnismässig herabgesetzt. Wenn die angefochtene Bestimmung so verstanden werde, widerspreche sie dem Bundesrecht nicht und könne bestätigt werden. (E. 8.3)
- 54 Was schliesslich die Rüge mit Bezug auf die üblichen *Arbeitsbedingungen* betreffe, so sei daran zu erinnern, dass das Bundesgericht bereits entschieden hat, dass der kantonale Gesetzgeber zwar staatliche Subventionen nicht vom Abschluss oder dem Beitritt zu einem Gesamtarbeitsvertrag, jedoch von der Einhaltung der in solchen Gesamtarbeitsverträgen vereinbarten Arbeitsbedingungen abhängig machen darf<sup>28</sup>. Im vorliegenden Fall würden die angefochtenen Bestimmungen nicht den Beitritt zu einem Gesamtarbeitsvertrag, sondern nur die Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen verlangen, was das Bundesrecht und die angefochtenen Verfassungsbestimmungen nicht verletze. (E. 8.4)

---

<sup>28</sup> Urteil 2C\_728/2011 vom 23. Dezember 2011 E. 7.3 (insbesondere Verstoss gegen Art. 110 BV sowie die Vereinigungsfreiheit).



## b. Kommentar

- 55 Mit der Vorgabe von Mindestzahlen auszubildender Personen und Praktikumsstellen sowie von branchenüblichen Arbeitsbedingungen, insbesondere Löhnen, greift der Kanton Tessin in die *Wirtschaftsfreiheit* und die zivilrechtlich verbürgte *Vertragsautonomie* privater Listenspitäler ein. Dafür bedarf es einer Rechtfertigung. In Frage kommt zunächst die Spitalplanungskompetenz der Kantone nach Art. 39 KVG. Diese Bestimmung regelt abschliessend, welchen Anforderungen Spitäler genügen müssen, um als krankenversicherungsrechtliche Leistungserbringer (d.h. als Listenspitäler) anerkannt zu werden. Zu diesen Anforderungen gehören neben den Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen (Art. 39 Abs. 1 Bst. a-c KVG) die Kriterien der Qualität und Wirtschaftlichkeit, an denen sich die Spitalplanung orientieren muss (Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG i.V.m. Art. 39 Abs. 2<sup>ter</sup> KVG).
- 56 Das Bundesgericht geht in E. 8.3 implizit davon aus, dass sich die *kantonalen Vorgaben bezüglich Ausbildungsplätzen* nicht auf Art. 39 KVG abstützen können, d.h. keinen Zusammenhang mit den in dieser Bestimmung verankerten Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen sowie der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung haben. Folgerichtig gelangt das Bundesgericht zum Schluss, dass ein Spital, das keine Ausbildungsplätze anbieten will, deswegen nicht von der Spitalliste gestrichen werden darf. Verwirrend ist dann aber die Bemerkung, dass die Weigerung eines Spitals, Ausbildungsplätze anzubieten, mit grosser Wahrscheinlichkeit beim Abschluss des Leistungsvertrages berücksichtigt werde: Entweder ist das Angebot von Ausbildungsplätzen ein massgebendes Kriterium im Rahmen der Spitalplanung und daher beim Abschluss von Leistungsverträgen zu berücksichtigen, oder es handelt sich um einen planungsrechtlich irrelevanten Aspekt, der für die Vergabe und den allfälligen Entzug von Leistungsaufträgen keine Rolle spielen darf.
- 57 Man könnte entgegen dem Bundesgericht argumentieren, dass die Verpflichtung zum Angebot von Ausbildungsplätzen von Art. 39 Abs. 1 Bst. b KVG (erforderliches Fachpersonal) sowie Art. 39 Abs. 2<sup>ter</sup> KVG (Qualität der Leistungserbringung) abgedeckt ist. Eine solche Interpretation stünde im Einklang mit der bundesgerichtlichen Auffassung, wonach die mit solchen Ausbildungsplätzen verbundenen Kostenanteile in die Tarife einberechnet werden (E. 8.3). Entsprechend wäre das Angebot von Ausbildungsplätzen als Kriterium für die Erteilung von Leistungsaufträgen zu berücksichtigen, und die Nichterfüllung der Ausbildungspflicht könnte einen Entzug von Leistungsaufträgen zur Folge haben. Plausibler erscheint allerdings die gegenteilige Argumentation: Die Frage der Ausbildungsplätze hat an sich weder mit den Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 Bst. a-c KVG noch mit der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung im Sinne von Art. 39 Abs. 2<sup>ter</sup> KVG zu tun. Vielmehr handelt es sich im Grunde um eine *gemeinwirtschaftliche Leistung*, die entsprechend auch nicht von den Tarifen erfasst sein dürfte, sondern - wie die Forschung und die universitäre Lehre - von den Kantonen separat abzugelten wäre.
- 58 Das Bundesgericht hat allerdings Art. 49 Abs. 3 KVG unter Rückgriff auf dessen Entstehungsgeschichte anders interpretiert und festgehalten, dass die nicht-universitären Ausbildungskosten in die Tarife einzuberechnen sind. Das ist zu akzeptieren, führt aber zu *Inkohärenzen mit Art. 39 KVG*: Einerseits sind nicht-universitäre Ausbildungsleistungen kein Kriterium für die Erteilung von OKP-Leistungsaufträgen nach Art 39 KVG, andererseits werden sie trotzdem durch die Tarife nach Art. 49 KVG abgegolten. Das KVG sieht also eine Abgeltung von Ausbildungsleistungen vor, ohne die Spitäler zur Erbringung solcher Leistungen zu verpflichten. Die Kantone müssen diese Lücke füllen und in ihrem Gesetzesrecht selber die Listenspitäler dazu verpflichten, für ein hinreichendes Angebot an Ausbildungsplätzen zu sorgen. Eine solche kantonalrechtliche Pflicht steht im Dienstversorgungspolitischen Interessen, deren Erfüllung ist mit kantonalrechtlichen Sanktionen (z.B. Bussen oder Abschöpfung von Tarifanteilen, die für Ausbildungsleistungen bezahlt worden sind) sicherzustellen.

- 59 Was die Pflicht zur Einhaltung *branchenüblicher Arbeitsbedingungen* betrifft, stellt sich ebenfalls die Frage, ob sich diese Pflicht auf Art. 39 KVG abstützen kann. Das vom Tessiner Staatsrat angerufene Interesse des Arbeitnehmerschutzes steht in keinem direkten Zusammenhang mit den in Art. 39 KVG genannten Anforderungen an Listenspitäler. Auch das vom Staatsrat vorgebrachte Argument der gleich langen Spiesse im Spitalwettbewerb hat keinen unmittelbaren Konnex zu diesen Anforderungen, insbesondere zur Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung. Immerhin liesse sich argumentieren, dass die Qualität der Leistungserbringung auch von angemessenen Arbeitsbedingungen, namentlich von einer fairen Entlohnung des Personals, abhängt. Folgt man diesem Argument, steht es den Kantonen frei, den Spitälern in den Leistungsaufträgen nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG Vorgaben bezüglich Arbeitsbedingungen zu machen. Andernfalls kollidieren solche Vorgaben, soweit sie sich an Privatspitäler richten, mit dem Arbeitsvertragsrecht des Bundes, das den Kantonen grundsätzlich keinen Raum lässt, die Rechte und Pflichten von Arbeitnehmern und Arbeitgebern, insbesondere Lohnfragen, zu regeln<sup>29</sup>.

## 8. Einbeziehung des Kantons in die Tarifverhandlungen

### a. Erwägungen des Bundesgerichts

- 60 Schliesslich hatte das Bundesgericht eine Bestimmung zu beurteilen, wonach der Kanton die *Tarifverhandlungen unterstützt*. 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 ist und gleichzeitig die Tarife genehmigt bzw. selber festsetzt (E. 9.1). Der Tessiner Staatsrat bemerkte seinerseits, dass der Gesetzgeber das Wort "teilnehmen", wie es in der Gesetzesbotschaft vorgesehen war, von sich aus durch "unterstützen" ersetzt hatte, um deutlich zu machen, dass der Kanton nicht Partei des Tarifvertrages ist (E. 9.2).
- 61 Das Bundesgericht führte aus, dass der Kanton als Eigentümer eines Leistungserbringers von Gesetzes wegen an den Tarifverhandlungen beteiligt ist<sup>30</sup>. Andernfalls seien die Kantone keine Tarifpartner, sondern Genehmigungsinstanzen für die abgeschlossenen Verträge. Könnte keine Einigung erzielt werden, würden die Tarife von der Regierung des betroffenen Kantons festgelegt. Auf diese Weise hätten die Kantone weiterhin einen Einfluss auf den Umfang der von ihnen zu übernehmenden Kosten<sup>31</sup>. Diese Mehrzahl von Funktionen der Kantone, welche die Beschwerdeführerinnen für problematisch halten, sei in der Bundesgesetzgebung vorgesehen<sup>32</sup>. Sie rechtfertigte sich auch deshalb, weil die Kantone 55% der Kosten für stationäre OKP-Leistungen übernehmen müssen (Art. 49a KVG). Könnte der Kanton überhaupt nicht Einfluss auf den Ausgang der Tarifverhandlungen nehmen, so könnten die Leistungserbringer mit den Versicherten Verträge abschliessen, die für den Kanton nachteilig wären, was problematisch wäre<sup>33</sup>. Unabhängig von der Frage, ob der Kanton den Vertrag nur "tel quel" genehmigen oder nicht genehmigen oder ob er auch den Inhalt abändern kann<sup>34</sup>, sei seine Genehmigungskompetenz in jedem Falle mit der Kompetenz verbunden, Angaben darüber zu machen, unter welchen Bedingungen ein Tarifvertrag genehmigt werden würde<sup>35</sup>. Daraus ergebe sich, dass die dem Kanton eingeräumte Möglichkeit, die Verhandlungen zu unterstützen, das Bundesrecht nicht verletzt. (E. 9.4)

---

29 Vgl. Art. 322 Abs. 1, Art. 342 sowie Art. 360 a ff. OR.

30 Rüttsche (Fn. 2), S. 85.

31 BBl 2004 5569 Ziff. 2.3.

32 Rüttsche (Fn. 2), S. 85.

33 Vgl. Rüttsche (Fn. 2), S. 86.

34 Rüttsche (Fn. 2), S. 86 f. mit Verweis auf die Praxis des Bundesrates und der Bundesverwaltungsgerichtetes.

35 Rüttsche (Fn. 2), S. 87 Rz. 198.



## b. Kommentar

- 62 Die vom Tessiner Einführungsgesetz zum KVG vorgesehene Unterstützung der Tarifverhandlungen durch den Kanton ist mit Blick auf die in Art. 46 Abs. 1 KVG grundsätzlich gewährte *Tarifautonomie* der Leistungserbringer und Krankenversicherer heikel. Allerdings schränkt das KVG selber die Tarifautonomie ein, und zwar namentlich durch die Genehmigungskompetenz der Kantonsregierung (Art. 46 Abs. 4 KVG). Dabei ist es der Kantonsregierung nicht verwehrt, den Tarifpartnern im Rahmen der Begründung eines Nichtgenehmigungsentscheids Hinweise zu machen, unter welchen Voraussetzungen der Tarifvertrag genehmigt werden könnte. Solche Hinweise haben jedoch nur Empfehlungscharakter und sind für die Tarifpartner nicht bindend. Das bedeutet, dass die Kantonsregierung ihre Genehmigung nicht allein aus dem Grund verweigern darf, dass die Tarifpartner ihre Hinweise nicht beachtet haben. Den Tarifpartnern steht es vielmehr frei, im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben auch andere Lösungen zu finden als die Behörde vorgeschlagen hat.
- 63 Wenn die Kantonsregierung in der Begründung von Nichtgenehmigungsentscheiden zur Ausgestaltung des Tarifvertrags Hinweise machen darf, kann es ihr bzw. den ihr unterstellten Dienststellen nicht verwehrt sein, solche Hinweise bereits *im Zeitpunkt der Tarifverhandlungen* zu geben. Für die Tarifpartner kann es von Nutzen sein, schon im Vorfeld eines Genehmigungsverfahrens von der Kantonsregierung zu erfahren, ob bestimmte Verhandlungsergebnisse eine Chance auf Genehmigung haben. Die im Tessiner Einführungsgesetz vorgesehene Unterstützung der Tarifverhandlungen ist in diesem Sinne als "Dienstleistung" des Kantons zugunsten der Tarifpartner zu lesen. Mit der Tarifautonomie nicht vereinbar wäre dagegen eine aktive Einmischung des Kantons in die Tarifverhandlungen oder gar eine Teilnahme an den Verhandlungen, ohne dass die Tarifpartner dies wünschen.

## C. Schlussbemerkungen

- 64 Der vorliegende Grundsatzentscheid des Bundesgerichts zur Umsetzung der KVG-Revision von 2007 ist *vollumfänglich zugunsten des kantonalen Gesetzgebers* ausgefallen: Das Bundesgericht hat die Beschwerden gegen das Tessiner Einführungsgesetz zum KVG in sämtlichen Punkten abgewiesen. Dabei hat das Bundesgericht eine Reihe von Regelungen geschützt, die relativ stark in die unternehmerischen Freiheiten privater Listenspitäler eingreifen und sich voraussichtlich auch zulasten des interkantonalen Spitalwettbewerbs auswirken. Wie in den vorstehenden Kommentaren ausgeführt, hätten durchaus gute Gründe bestanden, die Beschwerden in einzelnen Punkten gutzuheissen; so namentlich hinsichtlich der Tessiner Regelungen zur Begrenzung der Leistungsmenge<sup>36</sup> und zur Beschränkung der Aufnahme von zusatzversicherten Personen<sup>37</sup>. Sodann sind einzelne Erwägungen des Bundesgerichts nicht ganz kohärent und lassen gewisse Unklarheiten zurück; dies betrifft vor allem die Ausführungen zum Globalbeitrag<sup>38</sup>, zur Begrenzung der Investitionen<sup>39</sup> sowie zur Mindestzahl von Auszubildenden und zu den Arbeitsbedingungen<sup>40</sup>. Diesbezüglich bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung weiter entwickeln wird.
- 65 Was nach der Lektüre des vorliegenden Urteils ins Auge sticht, ist die Tatsache, dass sich sowohl der Tessiner Gesetzgeber als auch das Bundesgericht mit der Frage, wie die neuen KVG-Regelungen zur Spitalplanung und Spitalfinanzierung umzusetzen sind, schwer getan haben. Das ist indessen alles andere als erstaunlich, weist doch die KVG-Revision von 2007 elementare *Konstruktionsmängel* auf. Das Kernproblem

---

36 Vgl. Kommentar in Kap. B.2.

37 Vgl. Kommentar in Kap. B.4.

38 Vgl. Kommentar in Kap. B.3.

39 Vgl. Kommentar in Kap. B.5.

40 Vgl. Kommentar in Kap. B.7.

besteht darin, dass das KVG nicht nur die Kostenübernahme durch die Krankenversicherer regelt, sondern neu auch die Spitalfinanzierung durch die Kantone vorgibt und gleichzeitig den Kantonen die Möglichkeit nimmt, über die Spitalfinanzierung ihre versorgungspolitischen und gemeinwirtschaftlichen Interessen wahrzunehmen. Denn die Abgeltungsanteile der Kantone nach Art. 49a Abs. 1 KVG sind unbedingt geschuldet und dürfen nicht von der Erfüllung bestimmter öffentlicher Interessen abhängig gemacht werden<sup>41</sup>. Man kann sich fragen, ob dieser Eingriff in kantonale Spitalversorgungs Kompetenzen von der Bundeskompetenz im Bereich der Krankenversicherung (Art. 117 BV) überhaupt abgedeckt ist. Jedenfalls widerspricht er offensichtlich dem Prinzip fiskalischer Äquivalenz nach Art. 43a Abs. 3 BV, wonach das Gemeinwesen, das die Kosten einer staatlichen Leistung trägt, auch über diese Leistung bestimmen kann.

- 66 Der Umstand, dass die Kantone mittels Kürzung oder Verweigerung von Spitalsubventionen nicht mehr steuernd eingreifen können, hat zur Folge, dass sie nun auf andere Weise versuchen, Einfluss auszuüben, und zwar namentlich im Rahmen der *Spitalplanung* und der darauf gestützten Leistungsaufträge. Dieses Instrument ist jedoch prinzipiell ungeeignet, um versorgungspolitische und gemeinwirtschaftlichen Interessen durchzusetzen. Denn die Spitalplanung hat sich an den Kriterien der Qualität und Wirtschaftlichkeit zu orientieren, was die Berücksichtigung von öffentlichen Interessen wie der Nachhaltigkeit von Spitalinvestitionen, der Sicherstellung der Ausbildung oder des Arbeitnehmerschutzes grundsätzlich ausschliesst. Selbst wenn aber solche öffentlichen Interessen in die Spitalplanung und die Ausgestaltung der Leistungsaufträge einfließen, ist deren Durchsetzung mit Schwierigkeiten konfrontiert. Denn ein Entzug von Leistungsaufträgen oder gar ein Ausschluss von der Spitalliste ist nur bei kleineren Spitälern realistisch, welche für die Spitalversorgung keine strategische Bedeutung haben. Dagegen kann es sich ein Kanton nicht leisten, grosse "systemrelevante" Spitäler von der Spitalliste zu nehmen.
- 67 Vor diesem Hintergrund tun die Kantone grundsätzlich am besten daran, versorgungspolitische und gemeinwirtschaftliche Anliegen ausserhalb des KVG, d.h. ausserhalb von Spitalplanung und Tarifrecht, umzusetzen. Als Durchsetzungsinstrumente bieten sich dabei namentlich *positive und negative Anreize* an (z.B. über die Abgeltung nach Art. 49a Abs. 1 KVG hinausgehende Subventionen oder Lenkungsabgaben). Man darf gespannt sein, wie sich die Umsetzung der KVG-Revision in den Kantonen weiter entwickeln und wie das Bundesgericht über künftige Beschwerden gegen kantonale Gesetze entscheiden wird.

---

41 Vgl. Kommentar in Kap. B.5.