

Kanton St.Gallen
Staatskanzlei
lic. phil. Canisius Braun
Staatssekretär
Regierungsgebäude, Klosterhof 3
9001 St.Gallen

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Prof. Dr. Bernhard Rütsche

Luzern, 10. Mai 2019

Rechtsgutachten

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellung und Vorgehen.....	3
2.	Spitalfinanzierung nach KVG	4
2.1	Ziele der neuen Spitalfinanzierung	4
2.2	Vergütung stationärer Leistungen (Art. 49 KVG).....	6
2.3	Abgeltung stationärer Leistungen (Art. 49a KVG)	9
3.	Subventionsrechtliche Grundlagen.....	9
3.1	Begriff und Arten von Subventionen	9
3.2	Beiträge für gemeinwirtschaftliche Leistungen	11
3.2.1	Materialien	12
3.2.2	Rechtsprechung	13
3.2.3	Lehre	14
3.2.4	GDK-Empfehlungen	18
3.2.5	Zwischenfazit.....	20
3.3	Beiträge für ambulante Leistungen	22
4.	Verfassungsrechtliche Vorgaben	23
4.1	Gesetzliche Grundlage.....	23
4.2	Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit.....	24
4.3	Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerbsneutralität	25

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

5.	Zulässigkeit von kantonalen Spitalsubventionen.....	29
5.1	Subventionen im stationären Bereich	30
5.1.1	Geltung der Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerbsneutralität	30
5.1.2	Abgeltungen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben	32
5.1.3	Finanzhilfen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten.....	34
5.2	Subventionen im ambulanten Bereich	39
5.2.1	Geltung der Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerbsneutralität	39
5.2.2	Abgeltungen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben	39
5.2.3	Finanzhilfen für sonstige ambulante Leistungen	42
6	Zulässigkeit ambulanter Tätigkeit von Spitalverbunden	43
6.1	Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates	43
6.2	Privatwirtschaftliche Tätigkeit von Spitalverbunden	44
6.3	Ambulante Tätigkeit als öffentliche Aufgabe.....	46
7.	Ergebnisse	47
	Abkürzungsverzeichnis.....	53
	Literaturverzeichnis.....	55

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

1. Fragestellung und Vorgehen

- 1 Am 20. März 2019 erteilte die Staatskanzlei des Kantons St.Gallen dem Unterzeichnenden den Auftrag, eine Reihe von Fragen zu den bundesrechtlichen Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der vier kantonalen Spitalverbunde durch den Kanton St.Gallen rechtlich zu beurteilen. Im Einzelnen lauten die Fragen wie folgt:

A. Gesetzliche Grundlagen und Grenzen für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

Zur Klärung des Handlungsspielraums des Kantons in Bezug auf die Finanzierung der Spitalverbunde sind in einem ersten Schritt die gesetzlichen Grundlagen unter Berücksichtigung der kantonalen Praxis und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes zu analysieren. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, wie weit das Bundesrecht eine über die Abgeltung der Leistungsaufträge hinausgehende Finanzierung von Spitälern durch den Kanton zulässt. Gestützt darauf sind in einem zweiten Schritt mögliche Finanzierungsinstrumente einschliesslich den kantonalrechtlichen Beschlusskompetenzen zu untersuchen.

Dabei sind zwei Phasen zu unterscheiden. Die erste Phase dauert bis zur Umsetzung der neuen Spitalstrategie. Bis zu diesem Zeitpunkt muss auf die bestehenden gesetzlichen Grundlagen abgestellt werden. Die zweite Phase bezieht sich auf die Umsetzung der neuen Spitalstrategie. Im Rahmen der Beschlussfassung über die neue Spitalstrategie können im Rahmen des bundesrechtlich zulässigen Rahmens auch weitere Finanzierungen an die Spitalverbunde vorgesehen und allenfalls gesetzlich verankert werden.

B. Ambulantes Angebot der Spitalverbunde

Inwiefern dürfen die Spitalverbunde ambulante Leistungen anbieten, dies insbesondere losgelöst von einem stationären Standort? Müssten bzw. könnten gesetzliche Grundlagen auf kantonaler Ebene geschaffen werden, die solche separaten ambulanten Angebote ermöglichen würden?

- 2 Zur Beantwortung der vorstehenden Fragen werden **im Folgenden** zunächst die Grundzüge der Spitalfinanzierung im geltenden Krankenversicherungsgesetz (KVG) dargestellt, namentlich die Vergütung und die Abgeltung stationärer Leistungen (Kap. 2). Anschliessend wird auf die subventionsrechtlichen Grundlagen eingegangen, mit Fokus auf die Subventionierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen der Spitäler im Sinne von Art. 49 Abs. 3 KVG (Kap. 3). In der Folge gilt es, die verfassungsrechtlichen Vorgaben

Bernhard Rüttsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

für eine über die Abgeltung der Leistungsaufträge nach KVG hinausgehende Finanzierung und ein allfälliges ambulantes Angebot der Spitalverbunde zu erörtern; im Zentrum stehen dabei die Garantien der Wirtschaftsfreiheit und der Wettbewerbsneutralität (Kap. 4). Gestützt auf die Ausführungen zu den bundesrechtlichen Vorgaben lassen sich im Anschluss die einzelnen Subventionsarten rechtlich beurteilen (Kap. 5) sowie die Frage beantworten, ob Spitalverbunde im ambulanten Bereich tätig sein dürfen (Kap. 6). Am Ende werden die Ergebnisse des Gutachtens zusammengefasst (Kap. 7).

2. Spitalfinanzierung nach KVG

2.1 Ziele der neuen Spitalfinanzierung

- 3 Das gegenwärtige System der Spitalfinanzierung im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) basiert auf der Teilrevision des KVG vom 21. Dezember 2007¹. Ein Ziel der Revision bestand darin, den **Wettbewerb unter den Spitälern zu stärken**, um dadurch Anreize für eine effizientere Leistungserbringung zu schaffen und den Kostenanstieg in der OKP zu bremsen². Wichtigste Neuerungen waren die Einführung von leistungsbezogenen, auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen beruhenden Fallpauschalen für die Vergütung der stationären Spitalleistungen (Art. 49 KVG; dazu Kap. 2.2) und die dual-fixe Finanzierung der stationären Spitalleistungen durch die Versicherer und Kantone (Art. 49a KVG; dazu Kap. 2.3).
- 4 In seiner **Botschaft** vom 15. September 2004 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung) äusserte sich der Bundesrat eingehend zur beabsichtigten Stärkung des Wettbewerbs im Spitalwesen:

«Zentraler Punkt der Vorlage ist der Tarifbereich. In diesem steht der Wettbewerbsgedanke im Vordergrund. [...] Eine Stärkung dieses Wettbewerbsgedankens ist ei-

¹ Die Revision trat am 1. Januar 2009 in Kraft. Dazu eingehend RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung, Rz. 47 ff. mit weiteren Hinweisen.

² Dazu die Botschaft vom 15. September 2004 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung), BBl 2004 5551, 5555.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

nes der Ziele dieser Vorlage. Zwar ist grundsätzlich am System der Pauschaltarifizierung festzuhalten. Dabei sollen jedoch Leistungen finanziert und nicht mehr Kosten gedeckt werden. Mit der leistungsbezogenen Finanzierung soll eine Abkehr von der bisher üblichen Objektsubventionierung bewirkt werden. [...] Zukünftig soll daher sowohl die Kostenübernahme durch die Krankenversicherer wie diejenige der öffentlichen Hand allein davon abhängen, ob der Leistungserbringer für die Behandlung geeignet und zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen ist. [...] Wenn zur Stärkung des Wettbewerbs Leistungen und nicht mehr Objekte finanziert werden sollen, bedingt dies, dass alle Spitäler ihre Leistungen unter denselben Bedingungen erbringen. Eine Differenzierung aufgrund der Trägerschaft ist nicht sachgemäss.»³

- 5 Das neue System der Spitalfinanzierung behandelt die öffentlichen und privaten Spitäler somit gleich, soweit diese auf der Spitalliste figurieren und damit vergütungsberechtigt sind. Damit schuf der Bundesgesetzgeber im Bereich der Finanzierung einheitliche Rahmenbedingungen für öffentliche und private Spitäler, so dass sich zwischen diesen Wettbewerb entfalten kann⁴. Da die Preise für OKP-Behandlungen in Form von genehmigungsbedürftigen Tarifverträgen bzw. behördlichen Tariffestsetzungen fixiert sind, spielt sich der Wettbewerb primär im Bereich der Qualität der Leistungen ab (**Qualitätswettbewerb**)⁵.
- 6 In Anbetracht der in Art. 41 Abs. 1^{bis} KVG garantierten freien Spitalwahl kann der Qualitätswettbewerb zwischen den Spitälern **über die Kantonsgrenzen hinweg** stattfinden⁶. Das Institut der freien Spitalwahl vermittelt versicherten Personen das Recht, für eine stationäre Behandlung zwischen den Listenspitalern aller Kantone frei zu wählen. Allerdings wird dabei eine Behandlung in einem Listenspital eines anderen Kantons nur nach dem Tarif vergütet, der in einem Listenspital des Wohnkantons für die betreffende Behandlung gilt (Referenztarif gemäss Art. 41 Abs. 1^{bis} KVG). Allfällige Preisdifferenzen gehen zulasten der versicherten Person. Insoweit herrschen zwischen inner- und ausser-

³ BBI 2004 5551, 5569 f.

⁴ BGE 138 II 398 E. 3.9.3 S. 425. Aus der Lehre RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung, Rz. 68; DONATSCH, Rz. 1; DRUEY, Rz. 2; MADER, Rz. 215; GÄCHTER/RÜTSCHÉ, Rz. 180.

⁵ AB 2007 N 440 (Bortoluzzi), 441 (Meyer). RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung, Rz. 77.

⁶ POLEDNA/VOKINGER, Rz. 60 f.

kantonalen Listenspitälern nicht die gleichen Rahmenbedingungen, so dass sich ein interkantonaler Spitalwettbewerb nur beschränkt entfalten kann. Im Bereich der hochspezialisierten Medizin (HSM) können demgegenüber die Angebote der Spitäler, die mit Leistungsaufträgen ausgestattet sind, schweizweit zu denselben Tarifen beansprucht werden⁷; insofern besteht in diesem Bereich zwischen den Spitälern mit gleichartigen Leistungsaufträgen schweizweit direkte Konkurrenz.

2.2 Vergütung stationärer Leistungen (Art. 49 KVG)

- 7 Art. 49 KVG regelt unter der Überschrift «Tarifverträge mit Spitälern» die Vergütung stationärer Behandlungen im Bereich der OKP. Absatz 1 dieser Bestimmung verpflichtet die Tarifpartner – Versicherer und Leistungserbringer bzw. deren Verbände – für die Vergütung stationärer Behandlungen einschliesslich Aufenthalt und Pflegeleistungen in einem Spital Pauschalen zu vereinbaren. Dabei sind in der Regel **Fallpauschalen** festzulegen. Die Pauschalen müssen leistungsbezogen ausgestaltet sein und auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen beruhen. Für die Erarbeitung dieser Tarifstrukturen haben die Tarifpartner gemeinsam mit den Kantonen gestützt auf Art. 49 Abs. 2 KVG eine Organisation (SwissDRG AG) eingesetzt. Diese hat ein für die ganze Schweiz massgebendes System von Fallpauschalen entwickelt, welches die Vergütung stationärer Leistungen von der Diagnose und Fallschwere abhängig macht (Diagnosis Related Groups, DRG)⁸. Die von SwissDRG AG erarbeiteten Strukturen sowie deren Anpassungen werden von den Tarifpartnern dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreitet. Können sich diese nicht einigen, legt der Bundesrat die Strukturen fest.
- 8 Die **Höhe der Tarife** (Basispreis bzw. Baserate) wird in Tarifverträgen vereinbart, welche von den zuständigen Kantonsregierungen zu genehmigen sind (Art. 46 Abs. 4 KVG). Kommt zwischen Leistungserbringern und Versicherern kein Tarifvertrag zustande, wird der Tarif von der Kantonsregierung festgesetzt (Art. 47 Abs. 1 KVG). Die Spitaltarife müssen sich an der Entschädigung jener Spitäler orientieren, welche die tarifierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen (Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG). Die Spitaltarife müssen somit auf Betriebsvergleichen (sog. Benchmarking) abstellen.

⁷ GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 1096 ff.

⁸ EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 1021; GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 1123.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

- 9 Die krankenversicherungsrechtlichen Spaltarife beruhen auf einer **Vollkostenrechnung**⁹. Demnach sind sämtliche Kosten, die für die Erbringung stationärer OKP-Leistungen anfallen, in die Tariffberechnung einzubeziehen. Dazu gehören sowohl die Betriebskosten (Personalkosten, Materialkosten u.a.) als auch die Investitionskosten (vgl. Art. 49 Abs. 7 KVG). Zu den Investitionen zählen Mobilien, Immobilien und sonstige Anlagen, die zur Erfüllung der Leistungsaufträge der Spitäler nach Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG notwendig sind (Art. 8 Abs. 1 VKL)¹⁰. Mietverträge und Abzahlungsgeschäfte wie Leasing-Verträge sind dabei Kaufgeschäften gleichgestellt; die Kosten aus solchen Miet- und Abzahlungsgeschäften sind als Anlagenutzungskosten separat auszuweisen (Art. 8 Abs. 2 VKL)¹¹. Mit den an den Vollkosten orientierten einheitlichen Vergütungen in Form von Fallpauschalen hat der Bundesgesetzgeber im Bereich der Spitalfinanzierung gleich lange Spiesse für öffentliche und private Listenspitäler geschaffen; die Spitalleistungen werden gesamtschweizerisch vergleichbar, was den Wettbewerb unter den Spitälern fördert¹².
- 10 Gewisse OKP-Leistungen werden nicht in die Berechnung der Vergütungen für stationäre Leistungen nach Art. 49 Abs. 1 KVG (Fallpauschalen) einbezogen, sondern **separat vergütet**. Dazu gehört namentlich die Vergütung von Arzneimitteln¹³, von Mitteln und Gegenständen, die Patienten zur Eigenverwendung abgegeben werden¹⁴, von Rettungstransporten¹⁵ sowie von besonderen diagnostischen oder therapeutischen Leistungen, die gemäss Art. 49 Abs. 1 Satz 4 KVG nach Massgabe entsprechender tarifvertraglicher Regelungen gesondert in Rechnung gestellt werden¹⁶. Sodann sind die Kosten der

⁹ EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 1073; EUGSTER, Art. 49 KVG, Rz. 7 f.; GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 1124.

¹⁰ Vgl. auch BVGE 2014/36 E. 4.9.5.

¹¹ Vgl. auch GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, S. 5.

¹² EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 1075; EUGSTER, Art. 49 KVG, Rz. 8; POLEDNA/VOKINGER, Rz. 2, 7, 61.

¹³ Vergütung gemäss Spezialitätenliste (SL) nach Art. 52 Abs. 1 lit. b KVG.

¹⁴ Vergütung gemäss Mittel- und Gegenständeliste (MiGeL) nach Art. 52 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 KVG; vgl. Art. 20 KLV.

¹⁵ Die medizinisch notwendigen Transporte von einem Spital in ein anderes (sog. Sekundärtransporte) sind demgegenüber Teil der stationären Behandlung (Art. 33 lit. g KVV) und damit über den stationären Tarif zu finanzieren.

¹⁶ BVGE 2014/36 E. 4.9.4.

Bernhard Rüttsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

ambulanten Behandlung im Spital (Art. 49 Abs. 6 KVG) sowie die Kosten für Langzeitbehandlungen im Spital (Art. 49 Abs. 4 KVG) von den Vergütungen nach Art. 49 Abs. 1 KVG ausgenommen. Damit Betriebsvergleiche zwischen Spitälern auf regionaler, kantonaler und überkantonaler Ebene durchgeführt und die Tarife berechnet werden können, müssen die Leistungen und Kosten der stationären, der ambulanten und der Langzeitbehandlung je gesondert ermittelt werden (Art. 2 VKL).

- 11 Kostenanteile für Spitalleistungen, die nicht unter die OKP fallen, sind von den Tarifen für stationäre Leistungen ausgenommen. Art. 49 Abs. 3 KVG spricht von Kostenanteilen für **gemeinwirtschaftliche Leistungen**, die nicht in den Vergütungen nach Art. 49 Abs. 1 KVG enthalten sein dürfen. Zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen gehören nach Art. 49 Abs. 3 KVG insbesondere die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen (lit. a) sowie die Forschung und universitäre Lehre (lit. b). Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen dürfen demzufolge für die nach Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG vorzunehmenden Betriebsvergleiche zwischen den Spitälern nicht massgebend sein. Die Spitäler haben die Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen in ihren Kostenträgerrechnungen transparent auszuweisen (Art. 2 Abs. 1 lit. g VKL)¹⁷.
- 12 Ob und inwieweit gemeinwirtschaftliche Leistungen ausserhalb der OKP **durch die Kantone vergütet** werden dürfen, regelt das KVG nicht. Aus Art. 49 Abs. 3 KVG lässt sich mithin keine Beschränkung der Kantone hinsichtlich der Subventionierung von Spitälern ableiten¹⁸. Art. 49 Abs. 3 KVG hält lediglich fest, dass Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen nicht in die Berechnung der stationären Tarife einfließen und damit nicht zulasten der OKP gehen dürfen¹⁹.

¹⁷ BVGE 2014/3 E. 6.4.4; BVGE 2014/36 E. 4.9.3, 16.1.4. Vgl. auch BVGE 2014/3 E. 7.4.4 (Aufschlüsselung der Kosten und Leistungen für die einzelnen Spitalstandorte). GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, S. 10.

¹⁸ DONATSCH, Rz. 21.

¹⁹ BVGE 2014/3 E. 7.1; BVGE 2014/36 E. 16.3.3. Aus der Lehre: RÜTSCH, Neue Spitalfinanzierung, Rz. 68 Fn. 94; DRUEY, Rz. 4; DONATSCH, Rz. 16, 21, 36; vgl. auch GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, S. 8.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

2.3 Abgeltung stationärer Leistungen (Art. 49a KVG)

- 13 Art. 49a KVG regelt die Finanzierung (Abgeltung) der stationären Leistungen. Nach Absatz 1 dieser Bestimmung werden die Vergütungen für die stationären Behandlungen **vom Kanton und den Versicherern anteilmässig übernommen** (sog. dual-fixe Abgeltung²⁰). Der Anteil des Kantons wird jeweils für ein Kalenderjahr festgelegt und beträgt mindestens 55 % der Vergütungen (Art. 49a Abs. 2^{ter} KVG).
- 14 Die Kantone übernehmen den **kantonalen Anteil** für Versicherte, die im Kanton wohnen, sowie für gewisse Versicherte, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union, in Island oder in Norwegen wohnen und sich in der Schweiz stationär behandeln lassen (Art. 49a Abs. 2 sowie Abs. 3^{bis} KVG). Gemäss Art. 49a Abs. 3 KVG entrichtet der Kanton seinen Anteil direkt dem Spital, wobei die Modalitäten zwischen Spital und Kanton vereinbart werden. Der Kanton kann mit Krankenversicherern aber auch vereinbaren, dass er seinen Anteil dem Versicherer leistet und dieser dem Spital beide Anteile überweist.

3. Subventionsrechtliche Grundlagen

3.1 Begriff und Arten von Subventionen

- 15 **Subventionen** sind geldwerte Vorteile, die der Staat Personen und Organisationen des privaten oder öffentlichen Rechts gewährt für Tätigkeiten, die im öffentlichen Interesse liegen²¹. Subventionen können in Form von Geld-, Sach- oder Dienstleistungen ausgerichtet werden²². Dazu gehören insbesondere nichtrückzahlbare Geldleistungen (Beiträge à fonds perdu), Vorzugsbedingungen bei Darlehen (zinslose oder zinsgünstige Darlehen oder Zinskostenbeiträge), Bürgschaften sowie unentgeltliche bzw. verbilligte Dienst- und Sachleistungen (vgl. Art. 3 Abs. 1 SuG). Staatliche Darlehen sind auch dann

²⁰ BBI 2004 5551, 5569. RÜTSCH, Neue Spitalfinanzierung, Rz. 67.

²¹ Eingehend zum Subventionsbegriff im schweizerischen Recht BUNDI, S. 5 ff. Sodann HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2513 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 46 Rz. 1; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 44.

²² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2513; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 50 ff.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

als Subventionen einzustufen, wenn sie zu marktüblichen Konditionen – unter Einhaltung der kaufmännischen Grundsätze – gewährt werden. Der geldwerte Vorteil besteht in diesem Fall darin, dass der Staat anstelle des Kapitalmarkts das Darlehen vergibt und damit den Zugang zum Kapital an sich gewährleistet. Das Einräumen von Steuererleichterungen fällt demgegenüber im schweizerischen Recht nicht unter den Subventionsbegriff, obschon der Staat mit dem Verzicht auf Steuereinnahmen indirekt ebenfalls geldwerte Vergünstigungen gewährt²³.

- 16 Auf Bundesebene existiert mit dem **Subventionsgesetz** ein Rahmenerlass, der für alle im Bundesrecht vorgesehenen Subventionen gilt (Art. 2 Abs. 1 SuG). Das Subventionsgesetz stellt Grundsätze für die Rechtsetzung auf und formuliert allgemeine Bestimmungen über die einzelnen Subventionsverhältnisse (Art. 1 Abs. 2 SuG). Das Gesetz fungiert damit als Allgemeiner Teil des eidgenössischen Subventionsrechts, enthält aber keine gesetzlichen Grundlagen für einzelne Subventionen; diese sind vielmehr in Spezialgesetzen vorgesehen. Im kantonalen Recht werden Subventionen häufig als Staatsbeiträge bzw. Beiträge bezeichnet. Die Kantone kennen zum Teil eigene Staatsbeitragsgesetze, die Grundsätze für kantonale Beiträge aufstellen²⁴. Soweit – wie z.B. im Kanton St.Gallen – keine solchen allgemeinen Erlasse bestehen, können die Begriffe und Grundsätze des eidgenössischen Subventionsgesetzes sowie die dazugehörige Rechtsprechung sinngemäss herangezogen werden²⁵.
- 17 Art. 3 SuG definiert **Abgeltungen und Finanzhilfen** als Unterkategorien von Subventionen. Abgeltungen bezwecken die Milderung oder den Ausgleich von finanziellen Lasten, die aus der Erfüllung öffentlicher – gesetzlich vorgeschriebener oder mittels Leistungsauftrag übertragener – Aufgaben resultieren (Art. 3 Abs. 2 SuG). Abgeltungen dienen somit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (Zweckbindung) und stehen mit dieser in einem Austauschverhältnis (Synallagma)²⁶. Finanzhilfen sind demgegenüber geldwerte Vorteile, die gewährt werden, um die Ausübung einer vom Leistungsempfänger selbst gewählten Tätigkeit zu fördern oder zu erhalten (Art. 3 Abs. 1 SuG). Finanzhilfen sollen Anreize schaffen und das Verhalten der Leistungsempfänger so lenken, dass öffentliche

²³ Vgl. BUNDI, S. 20. Anders RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 60.

²⁴ Z.B. die Kantone Basel-Stadt, Bern, Freiburg, Genf, Jura, Luzern, Neuenburg, Tessin, Waadt, Wallis und Zürich; dazu BUNDI, S. 15 ff.

²⁵ Vgl. BUNDI, S. 20.

²⁶ DRUEY, Rz. 18, die allerdings derartige staatliche Leistungen nicht den Subventionen zurechnet.

Bernhard Rüttsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

Interessen erreicht oder gefördert werden²⁷. Für die Unterscheidung zwischen Abgeltungen und Finanzhilfen ist somit entscheidend, ob eine öffentliche Aufgabe oder eine selbst gewählte private Tätigkeit subventioniert wird.

- 18 Die **Gewährung von Subventionen** erfolgt in der Regel durch Verfügung (Art. 16 Abs. 1 SuG). Möglich sind aber auch öffentlich-rechtliche Subventionsverträge. Die Vertragsform kann sich insbesondere dann anbieten, wenn die zuständige Behörde bei der Subventionsgewährung über einen erheblichen Ermessensspielraum verfügt oder wenn bei Finanzhilfen sichergestellt werden soll, dass die Realerfüllung der subventionierten Aufgabe durchgesetzt werden kann (Art. 16 Abs. 2 SuG). Abgeltungen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben werden typischerweise mit den Leistungsaufträgen bzw. Leistungsvereinbarungen gewährt, mit welchen die öffentliche Aufgabe übertragen wird.
- 19 Die vom Kanton gemäss Art. 49a Abs. 1 KVG zu übernehmenden Anteile für die **Vergütung stationärer Leistungen im Bereich der OKP** stellen im subventionsrechtlichen Sinne Abgeltungen dar²⁸. Die Abgeltungen sind den Listenspitälern aufgrund der Leistungsaufträge nach Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG für die stationäre Versorgung der Kantons-einwohner sowie weiterer versicherter Personen geschuldet (vgl. Art. 49a Abs. 2 lit. a und b KVG). Die Listenspitäler nehmen im Rahmen ihrer Leistungsaufträge öffentliche Versorgungsaufgaben der Kantone wahr²⁹.

3.2 Beiträge für gemeinwirtschaftliche Leistungen

- 20 Wie vorne ausgeführt dürfen nach Art. 49 Abs. 3 KVG die Kostenanteile für **gemeinwirtschaftliche Leistungen** (franz.: «prestations d'intérêt général», ital.: «prestazioni economicamente di interesse generale») nicht in die Vergütungen für stationäre Leistungen nach Art. 49 Abs. 1 KVG einbezogen werden (Rz. 11). Das KVG überlässt es den Kantonen, ob und inwieweit sie Kosten von Spitälern für gemeinwirtschaftliche Leistungen subventionieren wollen (Rz. 12). Um zu vermeiden, dass mit solchen kantonalen Beiträgen für gemeinwirtschaftliche Leistungen dieselbe Spitalleistung (nach KVG und nach kantonalem Recht) doppelt subventioniert wird, ist der Begriff der gemeinwirtschaftlichen

²⁷ Vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 44 (in Bezug auf alle Subventionen).

²⁸ MADER, Rz. 86 ff.

²⁹ RÜTSCHKE, Datenschutzrechtliche Aufsicht, Rz. 57 ff., 82.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

Leistung im Sinne von Art. 49 Abs. 3 KVG präzise zu fassen und von den stationären OKP-Leistungen abzugrenzen.

- 21 Das KVG definiert den Begriff der gemeinwirtschaftlichen Leistungen nicht, sondern erwähnt in Art. 49 Abs. 3 lediglich beispielhaft, dass die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen (lit. a) sowie die Forschung und universitäre Lehre zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen zählen (lit. b). Was zur Forschung und universitären Lehre gehört, wird dabei in Art. 7 VKL näher definiert. Abgesehen davon erfährt der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Leistungen **im positiven Recht** keine Präzisierung. Anschliessend werden die Begriffsinterpretationen in den amtlichen Materialien, in Rechtsprechung und Lehre sowie in den GDK-Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung von 2018 näher betrachtet.

3.2.1 Materialien

- 22 Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Leistungen wurde im Rahmen der **parlamentarischen Beratungen** der KVG-Revision von 2007 in das KVG eingeführt, jedoch nicht näher definiert³⁰. Im ersten Entwurf von Art. 49 Abs. 3 KVG wurden als gemeinwirtschaftliche Leistungen neben der Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen, der Forschung und universitäre Lehre zudem die für andere Spitäler nicht gleichermassen geltenden Aufnahmepflichten der Spitäler mit Bezug auf bestimmte Patientenkategorien genannt³¹. Das Beispiel der Aufnahmepflichten wurde in der Folge vom Nationalrat aus dem Gesetzestext gestrichen³².
- 23 Der **Bundesrat** hielt in seiner Botschaft von 2004 allgemein fest, dass den Kantonen aus «sozialpolitischen Erwägungen» freigestellt werden soll, «gewisse Bereiche auszuscheiden und deren Kosten gesondert zu übernehmen. Dabei handelt es sich vornehmlich um öffentliche Aufgaben, mit denen die Versorgung sichergestellt wird wie Vorhalteleistungen und Notfalldienste.»³³ In seiner Stellungnahme vom 11. März 2011 zur Interpellation 10.4001 «Gesetzeskonforme Umsetzung der Spitalfinanzierung» führte der Bundesrat

³⁰ AB 2006 S 57 ff.

³¹ AB 2006 S 57 sowie 58 (Votum Brunner).

³² AB 2007 N 448 ff.

³³ BBI 2004 5551, 5579.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

sodann aus: «Der Begriff ‹gemeinwirtschaftliche Leistungen› ist im Gesetz nicht abschliessend definiert. Damit sollen die Leistungen festgehalten werden, deren Kosten keinesfalls zulasten des KVG gehen dürfen – so die Kosten für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen und die Kosten für die Forschung und universitäre Lehre –, gleichzeitig soll aber den Kantonen im Zusammenhang mit der Gesundheitsversorgung ein gewisser Spielraum für die Finanzierung von anderen Leistungen gewährt werden.»

3.2.2 Rechtsprechung

- 24 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in einem Entscheid vom 7. April 2014 eingehend mit der Frage auseinandergesetzt, welche **Kosten der universitären Lehre** im Sinne von Art. 49 Abs. 3 lit. b KVG als Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen von der Berechnung der OKP-Vergütungen auszuschneiden sind. Das Gericht kam zum Schluss, dass die Kosten für erteilte universitäre Weiterbildung der Studierenden bis zur Erlangung des eidgenössischen Weiterbildungstitels (Art. 7 Abs. 1 Bst. b VKL) als Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen gelten, nicht aber die Löhne der Assistenzärztinnen und -ärzte, welche zu den für das Benchmarking relevanten Betriebskosten gehören³⁴.
- 25 In einem weiteren Entscheid vom 11. September 2014 hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass für den sachgerechten Betriebsvergleich nach Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG auch Kosten von Spitälern, welche die Leistungen nicht wirtschaftlich erbringen, relevant sind. Dazu gehören auch Spitäler, welche in der Folge von Überkapazitäten unwirtschaftlich arbeiten. Hingegen sind **Kosten für bewusst aufrechterhaltene Überkapazitäten** als Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen vom Benchmarking auszuschneiden. Es handelt sich dabei um Kosten für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen im Sinne von Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG.³⁵
- 26 Im selben Entscheid kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass stationäre Behandlungen bei einem **medizinischen Notfall** als OKP-Pflichtleistungen gelten und damit durch die Fallpauschalen abzugelten sind³⁶. Da die Kosten für stationäre Notfall-

³⁴ BVGE 2014/3 E. 6.6.3.

³⁵ Zum Ganzen BVGE 2014/36 E. 4.9.6.

³⁶ BVGE 2014/36 E. 21.3.1.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

behandlungen für die Berechnung der stationären Tarife relevant sind, ist eine Ausscheidung der entsprechenden Kostenanteile als gemeinwirtschaftliche Leistungen nicht sachgerecht³⁷. Zu den Kosten, die in die Tarifberechnung einfließen, gehören dabei auch die Kosten für die Ausrichtung der Spitalorganisation auf dringende Fälle wie namentlich die Kosten für die Gewährleistung erhöhter Flexibilität und Verfügbarkeit von Personal und Geräten sowie für die Bereitstellung dauernd freier Aufnahmekapazitäten (sog. Vorhalteleistungen)³⁸. Diese Mehrkosten der Notfallspitäler sind Kosten von OKP-Pflichtleistungen und damit nicht als gemeinwirtschaftliche Leistungen auszuscheiden. Demgegenüber liess das Gericht offen, ob darüber hinausgehende Mehrkosten, welche als Folge der Aufrechterhaltung einer an sich zu kleinen oder schlecht ausgelasteten Notfallstation entstehen, als gemeinwirtschaftliche Leistungen auszuscheiden wären³⁹.

3.2.3 Lehre

- 27 Nach GEBHARD EUGSTER sind **gemeinwirtschaftliche Leistungen** entweder solche, «deren Erbringung nicht zu den Aufgaben der OKP zählen (Beispiel: universitäre Lehre und Forschung) oder solche, an denen festgehalten wird, obwohl sie im Widerspruch zu den Geboten des KVG stehen (Beispiel: Aufrechterhaltung von Spitälern oder Überkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen; [...]), mithin nicht primär den Interessen des KVG, sondern anderen Zielsetzungen dienen.»⁴⁰
- 28 Zur **Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen** im Sinne von Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG führt EUGSTER Folgendes an:

«Der Begriff der Region bezieht sich auf das Territorium des Spitalplanungskantons (in der Regel der Standortkanton). Primär ist an den Fall zu denken, wo zur Vermeidung eines regionalen Versorgungsnachteils im Kanton aus politischen Gründen auf Schliessungen von Spitälern oder Spitalabteilungen verzichtet wird, obwohl der Bevölkerung unter dem Aspekt des angemessenen Zugangs zu einer stationären Grundversorgung im Wohnkanton ein Verzicht zumutbar wäre; eine Aufrechterhal-

³⁷ BVGE 2014/36 E. 21.3.2.

³⁸ BVGE 2014/36 E. 21.3.3.

³⁹ BVGE 2014/36 E. 21.3.4.

⁴⁰ EUGSTER, Art. 49 KVG, Rz. 50.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

tung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen ist mit Bezug auf Randregionen unter dem Aspekt der Angemessenheit mit Zurückhaltung anzunehmen.»⁴¹

- 29 Sodann hält EUGSTER fest, dass das Erbringen von **hochkomplexen Leistungen** durch ein Zentrumspital auch dann nicht als gemeinwirtschaftliche Leistung zur Aufrechterhaltung von regionalen Spitalkapazitäten qualifiziert werden kann, wenn diese Leistungen besser von einem Universitätsspital erbracht werden könnten⁴².
- 30 Als weitere **Beispiele** für gemeinwirtschaftliche Leistungen nennt EUGSTER Sozialdienste, die Spitalseelsorge, die Epidemie-Vorsorge, die Rechtsmedizin und den Betrieb eines geschützten Spitals sowie die medizinische Vorsorge für Notlagen und Katastrophen⁴³.
- 31 EVA DRUEY JUST hat sich in einem Beitrag von 2015 eingehend mit der **Definition der gemeinwirtschaftlichen Leistungen** im Sinne des KVG auseinandergesetzt. Als Ausgangslage zitiert sie das Bundesgericht, welches Leistungen ganz allgemein dann als gemeinwirtschaftlich bezeichne, «wenn sie nicht dem eigenen Betrieb zugutekommen, sondern einem öffentlichen Interesse dienen»⁴⁴. Gemeinwirtschaftlich seien demnach einerseits Leistungen, an denen das öffentliche Interesse gegenüber dem privaten Nutzen überwiege. Der gemeinwirtschaftliche Zweck bestehe hier darin, dass der Staat die Leistung selber für die öffentliche Hand beziehen wolle. Andererseits seien Leistungen gemeinwirtschaftlich, wenn sie zwar dem Patienten dienen, aber wegen ihrer hohen Kosten (eventuell verursacht durch fehlende Versicherungsdeckung) für ihn überteuert sind. Der gemeinwirtschaftliche Zweck bestehe hier nicht in einem überwiegenden öffentlichen Interesse an der Leistung selbst, sondern in einem solchen an der Gewährleistung der Versorgungssicherheit⁴⁵. Eine Leistung sei somit gemeinwirtschaftlich im Sinne des KVG, wenn ein **überwiegendes öffentliches Interesse** an ihr selbst oder an ihrer Versorgungssicherheit besteht und das Gemeinwesen sie in Auftrag gegeben hat⁴⁶.

⁴¹ EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 1077.

⁴² EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 1077 (unter Bezugnahme auf BVGE 2014/3 E. 7.4.3).

⁴³ EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 1078 (in Anlehnung an BVGE 2014/36 E. 16.3.2).

⁴⁴ DRUEY JUST, Rz. 9 mit Bezug auf BGer, 2C_58/2009 vom 4. Februar 2010, E. 3.5.

⁴⁵ DRUEY JUST, Rz. 11.

⁴⁶ DRUEY JUST, Rz. 19.

- 32 Das zuletzt genannte Begriffselement – Auftrag des Gemeinwesens – grenzt gemäss DRUEY JUST die gemeinwirtschaftlichen Leistungen zugleich von den «Subventionen» ab (gemeint sind wohl «Finanzhilfen» im subventionsrechtlichen Sinne, vgl. Rz. 17). Eine gemeinwirtschaftliche Leistung liegt gemäss dieser Autorin nur vor, wenn sie **vom Kanton bestellt** wird⁴⁷. Zwar werde sowohl mit der Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Leistungen als auch mit einer Subvention ein öffentliches Interesse verfolgt, und Beides seien strukturpolitische Massnahmen des Gemeinwesens, mit denen ein aus Sicht des öffentlichen Interesses erwünschtes Verhalten belohnt und gefördert werden solle⁴⁸. Erstere gingen jedoch über die blossе Setzung von Anreizen klar hinaus, indem gemeinwirtschaftliche Leistung und staatliche Gegenleistung in einem Austauschverhältnis stehen (Synallagma). Der im öffentlichen Interesse stehende Dienst werde von der öffentlichen Hand wie von einem privaten Auftraggeber bestellt und nach seinem Marktwert bzw. mangels eines Marktwertes nach seinen Kosten abgegolten. Dies bedinge eine klare und transparente Vereinbarung sowohl der Leistung als auch der Abgeltung⁴⁹.
- 33 Als **Beispiele** für gemeinwirtschaftliche Leistungen erwähnt DRUEY JUST «die Epidemievorsorge, die Behandlung nicht versicherter und nicht zahlungsfähiger Personen, der Betrieb von Spitalschulen oder -Gefängnissen sowie generell die Erbringung notwendiger, aber unrentabler Leistungen». Zunehmend seien gerade letztere «nicht nur im stationären, sondern auch im ambulanten Bereich ein Thema»⁵⁰.
- 34 MARCO DONATSCH betont, dass das KVG einzig regle, für welche Leistungen die OKP aufkommen müsse. Damit verhindere das KVG, dass wirtschaftlich ineffiziente Spitalleistungen zulasten der Krankenversicherung finanziert werden⁵¹. Bei der **Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten** würden stationäre Spitalbehandlungen finanziert, welche nach Art. 49 Abs. 1 KVG defizitär seien. Dabei erfolge gerade keine Leistungsabgeltung, sondern eine Kostenübernahme etwa in Form einer Defizitdeckung. Ob das Defizit auf fehlender Auslastung oder aufgrund anderweitig zu hoher Kosten für die Leistungserbringung beruhe, spiele keine Rolle. Erwirtschaftete ein Spital ein Defizit, so verfüge es entweder über eine ineffiziente Kostenstruktur oder es liege eine Überkapazität vor, die

⁴⁷ DRUEY JUST, Rz. 13 f.

⁴⁸ DRUEY JUST, Rz. 15.

⁴⁹ DRUEY JUST, Rz. 18; vgl. auch Rz. 21 ff.

⁵⁰ DRUEY JUST, Rz. 3 (beide Zitate).

⁵¹ DONATSCH, Rz. 16.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

letztlich mit einer fehlerhaften Spitalplanung (durch den betreffenden Kanton) zusammenhänge⁵².

- 35 Gemäss RAPHAEL KUMMER handelt es sich bei den **gemeinwirtschaftlichen Leistungen** gemäss Art. 49 Abs. 3 KVG um «Leistungen, welche im öffentlichen Interesse, gestützt auf einen im positiven Recht festgehaltenen Sicherstellungsauftrag vom Staat nachgefragt und bezahlt werden. Zugleich ist eine Finanzierung durch die OKP ausgeschlossen.»⁵³ Die Regelung und Handhabung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen falle in den Kompetenzbereich der Kantone⁵⁴. Angesichts der kantonalen Heterogenität in Bezug auf die Subventionsbegriffe könne nicht gesagt werden, ob die Kostenübernahme für gemeinwirtschaftliche Leistungen als Subvention zu qualifizieren sei oder nicht⁵⁵.
- 36 Den Kantonen sei es freigestellt, gemeinwirtschaftliche Leistungen mehr als bloss kostendeckend oder etwa pauschal zu vergüten. Folglich sei auch eine Defizitdeckung im Bereich der OKP-pflichtigen Leistungen und damit verbunden die Erhaltung von bestimmten Spitälern nicht per se ausgeschlossen⁵⁶. Defizite, die aufgrund einer nicht wirtschaftlichen bzw. unrentablen Erbringung stationärer Leistungen resultieren, könnten von den Kantonen unter dem Titel der gemeinwirtschaftlichen Leistungen nach Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG (**Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen**) abgedeckt werden, um «dem Leistungsabbau oder im Extremfall einer Spitalschliessung und damit verbunden dem Verlust einer regionalen Wertschöpfung oder einer fehlenden oder unzureichenden Versorgungssicherheit zuvorzukommen»⁵⁷.

⁵² DONATSCH, Rz. 20.

⁵³ KUMMER, Rz. 23.

⁵⁴ KUMMER, Rz. 24.

⁵⁵ KUMMER, Rz. 32; vgl. auch Rz. 38 ff.

⁵⁶ KUMMER, Rz. 25.

⁵⁷ KUMMER, Rz. 25.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

3.2.4 GDK-Empfehlungen

- 37 Die am 1. März 2018 von der GDK verabschiedeten «**Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung**: Ermittlung der effizienten Spitäler nach Art. 49 Abs. 1 KVG» befassen sich ausführlich mit der Abgrenzung zwischen Kosten für gemeinwirtschaftlichen Leistungen und den für das Benchmarking anrechenbaren Kosten. Die GDK-Empfehlungen sind zwar nicht rechtsverbindlich, können aber von den Kantonen zur Lückenfüllung oder Konkretisierung offener Rechtsnormen herangezogen werden⁵⁸.
- 38 Die GDK-Empfehlungen halten zunächst fest, dass im KVG und in den Ausführungsbestimmungen nicht abschliessend geregelt sei, welche Leistungen als gemeinwirtschaftlich zu verstehen sind. Aus der **Optik der Tariffindung** sei denn auch nicht die Bezeichnung der (ausserhalb der Fallpauschalen zu finanzierenden) gemeinwirtschaftlichen Leistungen entscheidend, sondern generell die Abgrenzung der für das Benchmarking anrechenbaren von nicht anrechenbaren Kosten. Dabei sei es unwesentlich, ob die Leistungen, die nicht anrechenbare Kosten verursachen, als «gemeinwirtschaftlich» qualifiziert und durch wen und in welchem Umfang (kostendeckend oder nicht kostendeckend) finanziert werden.⁵⁹
- 39 Zur Grenze zwischen den für das Benchmarking anrechenbaren und nicht anrechenbaren Kosten halten die GDK-Empfehlungen folgenden **Grundsatz** fest:
- «Alle Leistungen und damit verbundenen Kosten eines Spitals, welche notwendig sind, um langfristig in einem wettbewerblichen System die medizinischen und pflegerischen Leistungen nach Art. 25 ff. KVG gemäss Leistungsauftrag nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG bereitstellen sowie die Auflagen bezüglich Kosten- und Leistungserfassung erfüllen zu können, werden mittels Fallpauschale vergütet. Die entsprechenden Kosten fliessen in die Ermittlung des stationären Tarifs ein. [...] Im Umkehrschluss kann davon ausgegangen werden, dass die Kosten einer Leistung dann in die Kalkulation des stationären Tarifs einzufließen haben, wenn ein Spital ohne diese zu gewährleisten den Leistungsauftrag gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG nicht in angemessener Weise zu erbringen vermag.»⁶⁰

⁵⁸ Vgl. RÜTSCH, Spitalplanung und Privatspitäler, Rz. 41 ff.

⁵⁹ Zum Ganzen GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, S. 8.

⁶⁰ GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, S. 8.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

40 In der Folge unterscheiden die GDK-Empfehlungen zwischen **vier Kategorien von Leistungen** bzw. Kosten:

- 1) OKP-pflichtige und über den stationären Tarif zu finanzierende Leistungen gemäss gesetzlicher Regelung,
- 2) OKP-pflichtige, nicht über den stationären Tarif zu finanzierende Leistungen,
- 3) Nicht OKP-pflichtige und nicht über den stationären Tarif zu finanzierende Leistungen,
- 4) Nicht in den Fallpauschalen enthaltene Vergütungen gemäss Gesetz⁶¹.

41 Die **von der OKP-Vergütung ausgenommenen Leistungen** fallen unter die Kategorien 3 und 4. Es handelt sich gemäss GDK einerseits um Leistungen, die nicht zwingend notwendig sind zur Erfüllung des Leistungsauftrags nach Art. 39 Abs. 1 KVG und damit im Rahmen der stationären Spitalbehandlung nicht unter die OKP fallen (Kategorie 3). Andererseits zählen die von Art. 49 Abs. 3 KVG erwähnten gemeinwirtschaftlichen Leistungen zu den Leistungen, die nicht in die Berechnung der stationären Tarife einfließen. Aus Sicht der GDK fallen folgende Leistungen unter diese beiden Kategorien:

- **Nicht OKP-pflichtige und nicht über den stationären Tarif zu finanzierende Leistungen** (Kategorie 3): Angehörigen-Verpflegung; Spitalseelsorge; Forensik-Sicherheitsmassnahmen («Gefängnis»-Kosten); Sozialberatung als soziale und berufliche Integration; Kinderschutz; an die Bevölkerung gerichtete Prävention; Rechtsmedizin; gesundheitspolizeiliche Aufsicht über andere Leistungserbringer; Unterricht für Kinder und Jugendliche; geschützte Operationsstellen (GOPS); Einsatzzentrale 144; Dispositiv für besondere Lagen (DBL); Vorhalteleistungen und Übungen für besondere Lagen und Ereignisse mit einem grossen Patientenansturm (z.B. Pandemie, Dekontamination)⁶².
- **Nicht in den Fallpauschalen enthaltene Vergütungen gemäss Gesetz** (Kategorie 4) Forschung und universitäre Lehre (Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG); Regionalpolitisch (volkswirtschaftlich) motivierte Mehrkosten für Leistungen, die über die Deckung des

⁶¹ GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, S. 8 ff.

⁶² GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, S. 10.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

Versorgungsbedarfs hinausgehen (Art. 49 Abs. 3 lit. b KVG); weitere gemeinwirtschaftliche Leistungen⁶³.

3.2.5 Zwischenfazit

42 Aus den vorstehend wiedergegebenen Interpretationen der gemeinwirtschaftlichen Leistungen in Materialien, Rechtsprechung, Lehre und den GDK-Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung lassen sich folgende **Schlüsse** ziehen:

- Die **Vergütungen für stationäre Leistungen** nach Art. 49 Abs. 1 KVG erfassen alle Leistungen und damit verbundenen Kosten von Spitälern, welche zur Erfüllung ihrer Leistungsaufträge nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG notwendig sind. Dazu gehören neben den Kosten für die stationär erbrachten medizinischen und pflegerischen OKP-Leistungen auch die Kosten, die aufgrund der Vorgaben des KVG für organisatorische und administrative Leistungen wie die Kosten- und Leistungserfassung im Sinne von Art. 49 Abs. 7 KVG anfallen⁶⁴.
- **Gemeinwirtschaftliche Leistungen** im Sinne von Art. 49 Abs. 3 KVG sind Leistungen, die Listenspitäler im öffentlichen Interesse erbringen («prestations d'intérêt général»), die jedoch für die Erfüllung der Leistungsaufträge nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG nicht notwendig und deren Kosten von den OKP-Tarifen daher nicht abgedeckt sind.
- Eine Kategorie gemeinwirtschaftlicher Leistungen besteht darin, dass ein Spital im Auftrag des Kantons **bestimmte öffentliche Aufgaben** erfüllt, welche über die OKP hinausgehen. Dazu gehören Aufgaben wie Angehörigen-Verpflegung, Spitalseelsorge, Sozialberatung, Rechtsmedizin oder Vorhalteleistungen für Pandemiefälle, aber auch Forschung und universitäre Lehre (Art. 49 Abs. 3 lit. b KVG)⁶⁵. Solche Aufgaben dienen gesundheits-, sozial- oder auch sicherheitspolitischen Anliegen⁶⁶.

⁶³ GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, S. 10.

⁶⁴ Vgl. GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, S. 8.

⁶⁵ Vgl. GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, S. 10 (Kategorie 3 und teilweise Kategorie 4).

⁶⁶ Vgl. bereits BBI 2004 5551, 5579 («aus sozialpolitischen Erwägungen» bzw. «öffentliche Aufgaben»).

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

Es handelt sich um öffentliche Aufgaben, deren Erfüllung der Kanton aufgrund entsprechender gesetzlicher Aufträge mittels Erteilung von Leistungsaufträgen an Spitäler sicherzustellen hat⁶⁷. Bei der Vergütung der (ungedeckten) Kosten solcher gemeinwirtschaftlichen Leistungen durch den Kanton handelt es sich subventionsrechtlich um Abgeltungen (vgl. Rz. 17). Diese sind an einen bestimmten Zweck – die Erfüllung der übertragenen öffentlichen Aufgabe – gebunden. Zwischen gemeinwirtschaftlicher Leistung des Spitals und staatlicher Gegenleistung (Abgeltung) besteht mithin ein Austauschverhältnis (Synallagma)⁶⁸.

- Die andere Kategorie gemeinwirtschaftlicher Leistungen betrifft die **Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten**, die in Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG angesprochen ist. Dabei geht es nicht um die Erfüllung bestimmter, über die OKP hinausgehender öffentlicher Aufgaben, sondern gerade um die (langfristige) Gewährleistung der stationären Spitalversorgung durch Listenspitäler im Rahmen der OKP. Kantonale Beiträge an die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten decken ebenfalls Kosten ab, die von den stationären OKP-Tarifen nicht erfasst sind. Es handelt sich etwa um Kosten für spitalnotwendige Infrastrukturen, die in dünn besiedelten Gebieten wegen zu geringer Fallzahlen nicht voll ausgelastet werden können⁶⁹, oder auch um ausserordentliche, von den Fallpauschalen nicht berücksichtigte Kosten für Investitionen in die Erneuerung und Modernisierung von Spitalinfrastrukturen. Kantonale Beiträge an die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten sind keine Abgeltungen für die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben⁷⁰ – die öffentliche Aufgabe der stationären Spitalversorgung wird mit den KVG-Leistungsaufträgen übertragen und abschliessend abgegolten. Vielmehr handelt es sich subventionsrechtlich um Finanzhilfen, mit denen die Ausübung einer vom Leistungsempfänger (Spital) selbst gewählten Tätigkeit (Bewerbung um Leistungsaufträge zur stationären Versorgung zulasten der OKP) gefördert bzw. erhalten wird (vgl. Rz. 17).

⁶⁷ Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe RÜTSCHÉ, öffentliche Aufgaben, S. 157 ff.

⁶⁸ So der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Leistung bei DRUEY JUST, Rz. 9 ff.

⁶⁹ Vgl. BVGE 2014/36 E. 4.9.6; EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 1077; DONATSCH, Rz. 20; KUMMER, Rz. 25.

⁷⁰ Vgl. DONATSCH, Rz. 20.

3.3 Beiträge für ambulante Leistungen

- 43 Im Unterschied zum stationären Bereich stellt die ambulante Gesundheitsversorgung – auch wenn sie von der OKP abgedeckt ist – grundsätzlich keine öffentliche Aufgabe dar⁷¹. Die im ambulanten Bereich tätigen Praxen und Einrichtungen sind in der Regel vielmehr privatwirtschaftlich tätig. Der kantonale Gesetzgeber kann aber vorsehen, dass bestimmte Aufgaben im ambulanten Bereich zur Grundversorgung gehören und in Form von **Leistungsaufträgen** an geeignete Einrichtungen sicherzustellen sind. Diese sind aufgrund der Leistungsaufträge verpflichtet, die entsprechende Leistung für jedermann zu erbringen (Angebotspflicht). Mögliche Beispiele sind Aufträge zur Erbringung von Leistungen der integrierten Versorgung⁷², zur Gewährleistung von Palliative Care⁷³ oder zur Erbringung von Aus- und Weiterbildungsleistungen⁷⁴. Für die Kosten, die aus der Erfüllung solcher Leistungsaufträge resultieren und durch die OKP bzw. durch die Patienten und andere Finanzierungsquellen nicht abgedeckt sind, kann der Kanton Abgeltungen leisten.
- 44 Soweit der Kanton nicht im Rahmen einer öffentlichen Aufgabe und damit **ausserhalb von Leistungsaufträgen** Beiträge an ungedeckte Kosten ambulanter Leistungen erbringt, handelt es sich subventionsrechtlich wiederum um Finanzhilfen (vgl. Rz. 17). Denkbar sind etwa Beiträge zur Verbesserung der Versorgungskette oder zur Entlastung der stationären Spitalversorgung. Die ambulante Leistung liegt dabei zwar im öffentlichen Versorgungsinteresse des Kantons und soll entsprechend erhalten bzw. gefördert werden. Der Kanton ist jedoch gesetzlich nicht verpflichtet, die ambulante Leistung in Form von Leistungsaufträgen sicherzustellen. Entsprechend haben auch die Leistungserbringer nicht die Pflicht, die mittels Finanzhilfe unterstützte Leistung für jedermann zu erbringen (keine Angebotspflicht). Allerdings hat der Kanton die Möglichkeit, die unterstützten Leistungserbringer mittels Abschluss eines Subventionsvertrags auf die Erbringung der entsprechenden Leistung zu verpflichten (vgl. Rz. 18).

⁷¹ RÜTSCHÉ, Datenschutzrechtliche Aufsicht, Rz. 87 ff.

⁷² Z.B. Art. 63 ff. SpVG/BE.

⁷³ Z.B. Art. 21a Abs. 2 GesG.

⁷⁴ Z.B. Art. 106 ff. SpVG/BE.

4. Verfassungsrechtliche Vorgaben

- 45 Die Gewährung von Subventionen bzw. Staatsbeiträgen stellt staatliches Handeln dar, welches den **Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns** genügen muss⁷⁵. Dazu gehören die Einhaltung des Gesetzmässigkeitsprinzips, das Handeln im öffentlichen Interesse, die Beachtung der Verhältnismässigkeit sowie die Wahrung von Treu und Glauben (Art. 5 BV, Art. 8 KV/SG). Darüber hinaus können Subventionen in ein Spannungsverhältnis zur Wirtschaftsfreiheit, insbesondere zur Wettbewerbsneutralität geraten (Art. 27 sowie Art. 94 Abs. 1 BV), wenn sie zur Erhaltung bestehender Wirtschaftsstrukturen oder zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerbsneutralität können auch tangiert sein, wenn der Staat bzw. öffentlich-rechtliche Unternehmen wie die Spitalverbunde des Kantons St.Gallen ausserhalb ihres Versorgungsauftrags in Konkurrenz mit privaten Anbietern ambulante Leistungen erbringen. Im Folgenden werden die Erfordernisse der gesetzlichen Grundlage (Ziff. 4.1), des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit (Ziff. 4.2) sowie der Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerbsneutralität (Ziff. 4.3) näher beleuchtet.

4.1 Gesetzliche Grundlage

- 46 Das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt «für das ganze Verwaltungshandeln mit Einschluss der Leistungsverwaltung»⁷⁶, weshalb auch Subventionen einer genügenden gesetzlichen Grundlage bedürfen⁷⁷. Erforderlich ist eine **Grundlage im formellen Gesetz**, wobei die Normdichte je nach Art und konkreter Ausgestaltung der Subvention variieren kann⁷⁸. Für Anspruchssubventionen (Subventionen, auf deren Ausrichtung ein Rechtsanspruch besteht) müssen die Voraussetzungen des Rechtsanspruchs (Zweck der Subventionsgewährung, Kreis der Berechtigten und Bemessungsrahmen) in einem formel-

⁷⁵ BGE 138 II 191 E. 4.2.5 S. 200.

⁷⁶ BGE 130 I 1 E. 3.1 S. 5, mit Verweis auf BGE 103 Ia 369 E. 5 f. S. 380 ff. und BGE 123 I 1 E. 2b S. 3 f.

⁷⁷ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 46; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 46 Rz. 18. Für Subventionen im Spitalbereich JOSEPH, S. 297.

⁷⁸ Vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 46; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 46 Rz. 19.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

len Gesetz geregelt sein. Bei Ermessenssubventionen (Subventionen, deren Ausrichtung im Entschliessungsermessen der Behörde liegt) genügt es, dass die Möglichkeit der Subventionsgewährung für einen bestimmten öffentlichen Zweck im formellen Gesetz erwähnt wird⁷⁹.

- 47 In Bezug auf Abgeltungen ist mit Blick auf das Gesetzmässigkeitsprinzip Folgendes zu beachten: Die **öffentliche Aufgabe**, deren Erfüllung mittels abgeltungsberechtigten Leistungsaufträgen an verwaltungsexterne Leistungserbringer übertragen wird, bedarf ihrerseits einer Grundlage im formellen Gesetz. Dabei genügt es, wenn die öffentliche Aufgabe im Gesetz allgemein bezeichnet wird und deren Konkretisierung auf Verordnungsstufe sowie in Leistungsaufträgen erfolgt. Gemäss Art. 178 Abs. 3 BV ist sodann für die Übertragung öffentlicher Aufgaben («Verwaltungsaufgaben») an Organisationen und Personen ausserhalb der Bundesverwaltung eine formell-gesetzliche Grundlage erforderlich. Dasselbe gilt gemäss Bundesgericht, wenn Kantone Verwaltungsaufgaben auslagern⁸⁰.

4.2 Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit

- 48 Das **Erfordernis des öffentlichen Interesses** ist dem Subventionsbegriff inhärent: Subventionen sind geldwerte Vorteile, die der Staat für Tätigkeiten gewährt, die im öffentlichen Interesse liegen (Rz. 15). Mit Finanzhilfen unterstützt der Staat selbst gewählte Tätigkeiten, die im öffentlichen Interesse liegen, während mit Abgeltungen Lasten ausgeglichen werden, die aufgrund der Erfüllung öffentlicher Aufgaben anfallen (Rz. 17). Das Erfordernis des öffentlichen Interesses aktualisiert sich vor allem dann, wenn der Staat mittels Gewährung von Subventionen im betreffenden Markt den Wettbewerb verzerrt oder bestehende Wirtschaftsstrukturen aufrechterhält. In solchen Fällen kann es von der Art und vom Gewicht des öffentlichen Interesses abhängen, ob die Subvention mit der Wirtschaftsfreiheit und der Wettbewerbsneutralität vereinbar ist (vgl. Rz. 55).
- 49 Vorliegend steht das in Art. 15 lit. a KV/SG als Staatsziel verankerte öffentliche Interesse an einer **ausreichenden Gesundheitsversorgung** für die Bevölkerung im Zentrum. Weitere öffentliche Interessen, welche Beiträge an Spitäler und andere Gesundheitseinrichtungen rechtfertigen können, sind solche sozial- oder sicherheitspolitischer Natur

⁷⁹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 46 Rz. 19.

⁸⁰ BGE 138 I 196 E. 4.4.3 S. 201; RÜTSCHKE, öffentliche Aufgaben, S. 153, 158.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

(vgl. Rz. 42). Die Tatsache, dass eine subventionierte Tätigkeit im öffentlichen Interesse liegt, bedeutet noch nicht, dass diese Tätigkeit eine öffentliche Aufgabe darstellt. Vielmehr kann der Staat seine Ziele bzw. öffentlichen Interessen auch dadurch erfüllen, dass er Private in der Wahrnehmung von Aufgaben unterstützt, welche im öffentlichen Interesse liegen (Art. 24 Abs. 2 KV/SG). Der Gesetzgeber sollte im Sinne des Subsidiaritätsgrundsatzes eine im öffentlichen Interesse liegende Tätigkeit nur soweit zur Staatsaufgabe erklären, als Private sie nicht angemessen erfüllen (Art. 25 Abs. 1 KV/SG; vgl. auch Art. 6 BV).

- 50 Fraglich ist, ob und inwieweit das **Verhältnismässigkeitsprinzip** für die Gewährung von Subventionen massgebend ist. Eine Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips in diesem Bereich würde den Staat darauf verpflichten, die Interessen der Bürger am häuslichen Umgang mit öffentlichen Geldern sowie an der schonenden, nachhaltigen Nutzung knapper Ressourcen zu wahren. Auf dem Gebiet der Sozialversicherungen hat das Bundesgericht in mehreren Entscheiden festgehalten, dass die von der Versicherung zu bezahlende Leistung (Kosten) in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel (Nutzen) stehen muss⁸¹ bzw. zwischen Kosten und Nutzen kein grobes Missverhältnis herrschen darf⁸². Aus dieser Rechtsprechung lässt sich der allgemeine Schluss ziehen, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht nur der Begrenzung staatlicher Eingriffsgewalt dient, sondern auch die zweckmässige Nutzung öffentlicher Mittel gebietet. Subventionen müssen demzufolge nicht nur geeignet sein, das angestrebte öffentliche Interesse zu erreichen bzw. zu fördern, sondern dürfen in ihrer Höhe nicht über dieses Ziel hinausgehen und nicht in einem Missverhältnis zum geförderten öffentlichen Interesse stehen.

4.3 Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerbsneutralität

- 51 Die **Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht** ist in Art. 27 BV verankert und schützt insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung. Zudem vermittelt die Wirtschaftsfreiheit einen Anspruch auf Gleichbehandlung von Konkurrenten.

⁸¹ BGE 130 V 488 E. 4.3.2 S. 491; BGE 132 V 215 E. 3.2.2 S. 221.

⁸² BGE 109 V 41 E. 2b S. 44; BGE 118 V 107 E. 7b S. 115; BGE 136 V 395 E. 7.4 S. 407 f.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

- 52 Gemäss Art. 94 Abs. 1 BV halten sich Bund und Kantone an den **Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit**. Dieser umfasst – spiegelbildlich zum Anspruch auf Gleichbehandlung von Konkurrenten – die Pflicht des Staates zu wettbewerbsneutralem Verhalten. Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind (Art. 94 Abs. 4 BV). Art. 27 BV schützt somit den individualrechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit. Demgegenüber verankert Art. 94 BV die systembezogene oder institutionelle Dimension der Wirtschaftsfreiheit als grundlegendes Ordnungsprinzip einer Wirtschaftsordnung, die auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruht. Die individualrechtliche und systembezogene Dimension der Wirtschaftsfreiheit sind indessen eng aufeinander bezogen und können nicht isoliert betrachtet werden⁸³.
- 53 Die in Art. 27 und Art. 94 BV garantierte Wirtschaftsfreiheit schützt vor staatlichen Eingriffen, die den **Wettbewerb mindern oder verzerren**. Dies kann dadurch geschehen, dass der Staat Zugang zu einem Markt einschränkt, indem er beispielsweise ein Monopol errichtet, eine Tätigkeit verbietet oder den Marktzugang mengenmässig beschränkt. Ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit liegt weiter dann vor, wenn der Staat zentrale Wettbewerbsparameter wie den Preis oder die Qualität des Angebots reguliert. Sodann schützt die Wirtschaftsfreiheit in ihrem Gleichbehandlungsaspekt vor Wettbewerbsverzerrungen, die dadurch entstehen, dass der Staat innerhalb des relevanten Marktes bestimmte Konkurrenten bevorteilt, etwa durch Subventionen oder Steuererleichterungen.
- 54 Die Garantie der Wirtschaftsfreiheit gilt nicht absolut, sondern kann unter bestimmten Voraussetzungen **eingeschränkt** werden. Diese Voraussetzungen sind zunächst in Art. 36 BV (falls der Staat in das Grundrecht gemäss Art. 27 BV eingreift) bzw. Art. 5 BV (falls nur die Systemgarantie gemäss Art. 94 BV berührt ist) geregelt. Eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit ist demnach nur zulässig, wenn eine hinreichende Grundlage in einem formellen Gesetz vorliegt, die Einschränkung auf einem zulässigen öffentlichen Interesse beruht und verhältnismässig ist⁸⁴.

⁸³ Zum Ganzen BGE 138 I 378 E. 6.1 S. 384 f.; BBI 1997 I 1 175 ff., 293, 296; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 94 BV, Rz. 1; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 Rz. 63 ff.

⁸⁴ BGE 135 II 296 E. 2.1 S. 300.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

- 55 Für die Beurteilung der Frage, ob eine staatliche Massnahme mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 94 Abs. 1 BV vereinbar ist, bestehen bezüglich des **öffentlichen Interesses** und der **Verhältnismässigkeit** Besonderheiten:
- Ist das öffentliche Interesse (Motiv der Regelung) **rein wirtschaftspolitischer Natur**, d.h. geht es einzig um den Schutz der wirtschaftlichen Interessen eines Gemeinwesens (Standortförderung), bestimmter Wirtschaftszweige (Branchenförderung) oder einzelner Unternehmen (Unternehmensförderung), liegt ein grundsatzwidriger Eingriff vor. Es handelt sich um sog. strukturpolitische Massnahmen, da sie bestimmte Wirtschaftsstrukturen erhalten und gegen den Wettbewerb abschirmen. Dasselbe gilt, wenn der Staat rein fiskalische Interessen verfolgt, d.h. wenn die Staatsverwaltung oder öffentliche Unternehmen eigene wirtschaftliche Interessen verfolgen und dabei verzerrend in den Wettbewerb eingreifen. Rein wirtschaftspolitisch oder fiskalisch motivierte Eingriffe in den Wettbewerb sind in jedem Fall mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit unvereinbar⁸⁵.
 - Selbst wenn der Eingriff in den Wettbewerb durch **nicht-wirtschaftliche öffentliche Interessen** motiviert ist (z.B. öffentliche Sicherheit, Grundversorgung oder sozialpolitische Interessen), kann ein grundsatzwidriger Eingriff vorliegen. In diesem Fall ist das Motiv (öffentliches Interesse) gegen die Wirkung (Beeinträchtigung des Wettbewerbs) abzuwägen. Falls das öffentliche Interesse im Verhältnis zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht überwiegt, liegt eine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (grundsatzwidrige Massnahme) vor⁸⁶.
- 56 Selbst grundsatzwidrige Massnahmen in Abweichung von Art. 94 Abs. 1 BV können **verfassungsrechtlich gerechtfertigt** sein, und zwar nach Massgabe von Art. 94 Abs. 4 BV. Demnach sind grundsatzwidrige Massnahmen ausnahmsweise zulässig, wenn dafür eine Grundlage in der Bundesverfassung besteht, oder wenn sie durch ein historisches kantonales Regalrecht (Jagd- und Fischereiregale sowie Salz- und Bergbauregale) begründet sind.

⁸⁵ Zum Ganzen BGE 140 I 218 E. 6.2 S. 228 f.

⁸⁶ Zum Ganzen BGer, 2C_940/2010 vom 17.5.2011, E. 3.2.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

- 57 Die Wirtschaftsfreiheit vermittelt grundsätzlich **keinen Anspruch auf staatliche Leistungen**, insbesondere verschafft sie keinen Anspruch auf die Zusprechung von Subventionen, die Vergabe öffentlicher Aufträge oder den Schutz vor privater Konkurrenz⁸⁷. Die Sozialversicherung ist als solche auf Verfassungs- und Gesetzesstufe der Wirtschaftsfreiheit weitgehend entzogen. In Bereichen, in denen von vornherein kein privatwirtschaftlicher Wettbewerb herrscht, wie bei der Festlegung von Tarifen für sozialversicherungsrechtliche Leistungen, sind Preisvorschriften zulässig. Insbesondere ergibt sich aus der Wirtschaftsfreiheit kein Anspruch darauf, in beliebiger Höhe Leistungen zu Lasten der sozialen Krankenversicherung zu generieren⁸⁸.
- 58 Der Staat ist jedoch nicht nur im Rahmen der Eingriffsverwaltung, sondern auch bei der Gewährung von Leistungen aufgrund der Wirtschaftsfreiheit verpflichtet, **Konkurrenten gleich zu behandeln und sich wettbewerbsneutral zu verhalten**. Demzufolge sind staatliche Massnahmen unzulässig, «die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen»⁸⁹. Das Gleichbehandlungsgebot ist damit vom Staat zu beachten, wenn er Unternehmen subventioniert, die zueinander in Konkurrenz stehen⁹⁰. Generell ist der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität nach Art. 94 Abs. 1 BV auch im Rahmen der Leistungsverwaltung, insbesondere bei der Zuspache von Subventionen, massgebend. Diese dürfen demzufolge nicht auf rein wirtschaftspolitischen Motiven beruhen oder zu Beeinträchtigungen des Wettbewerbs führen, welche nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt sind. Vorbehalten bleiben Ermächtigungen zu einer Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit in der Bundesverfassung selber (vgl. Rz. 55 f.).
- 59 Die Wettbewerbsneutralität des Staates bzw. der Anspruch von Konkurrenten auf Gleichbehandlung setzt ein **direktes Konkurrenzverhältnis** voraus⁹¹. Unter direkten Konkurrenten versteht das Bundesgericht «Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem

⁸⁷ BIAGGINI, Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 17.

⁸⁸ BGE 143 V 369 E. 5.4.3 S. 382; BGE 142 V 488 E. 7.2 S. 499; BGE 132 V 6 E. 2.5.2 S. 14 f.; BGE 130 I 26 E. 4.3 S. 41 f., E. 4.5 S. 42 f.

⁸⁹ BGE 131 II 271 E. 9.2.2 S. 291 m.w.H.

⁹⁰ BGE 121 I 129 E. 3d S. 135; 130 I 26 E. 4.4 S. 42; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 Rz. 63; JOSEPH, S. 297 f.

⁹¹ BGE 131 II 271 E. 9.2.2 S. 291.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen»⁹².

- 60 Der Anspruch von Konkurrenten auf Gleichbehandlung bietet einen über das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) hinausreichenden Schutz⁹³, gilt jedoch nicht absolut. Zu vermeiden sind gemäss Bundesgericht spürbare, durch das öffentliche Interesse nicht gerechtfertigte Wettbewerbsverzerrungen⁹⁴. Eine Bevorzugung von Konkurrenten ist demgegenüber zulässig, wenn sie durch hinreichende **öffentliche Interessen** gerechtfertigt ist⁹⁵, etwa aus Gründen des Umweltschutzes⁹⁶ oder der Kosteneindämmung im Gesundheitswesen⁹⁷.

5. Zulässigkeit von kantonalen Spitalsubventionen

- 61 Nach der Darstellung der krankenversicherungsrechtlichen Grundlagen zur Spitalfinanzierung (Kap. 2), der subventionsrechtlichen Grundlagen (Kap. 3) und der verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Gewährung von Subventionen und zur staatlichen Wirtschaftstätigkeit (Kap. 4) lässt sich nun die Frage beantworten, welche Schranken das Bundesrecht dem Kanton St.Gallen bei der Subventionierung von Spitälern setzt. **Im Folgenden** werden Subventionen im stationären Bereich (Kap. 5.1) und im ambulanten Bereich (Kap. 5.2) separat betrachtet.

⁹² BGE 132 I 97 E. 2.1 S. 100. Vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 25, wonach nicht auf das Kriterium der Branchenzugehörigkeit, sondern auf jenes des relevanten Markts abzustellen wäre.

⁹³ BGE 121 I 129 E. 3d S. 135.

⁹⁴ BGE 125 I 431 E. 4b S. 436; BGE 125 II 129 E. 10b S. 150; BGE 130 I 26 E. 6.3.3.1 S. 53.

⁹⁵ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 Rz. 41 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 693 f.; KIENER/KÄLIN, S. 395 ff.

⁹⁶ BGE 125 II 129 E. 10b S. 150.

⁹⁷ BGE 130 I 26 E. 6.2 S. 50.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

5.1 Subventionen im stationären Bereich

5.1.1 Geltung der Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerbsneutralität

- 62 Listenspitäler üben ihre Tätigkeit zulasten der sozialen Krankenversicherung aus und erfüllen im stationären Bereich aufgrund ihrer Leistungsaufträge **öffentliche Aufgaben** der Gesundheitsversorgung⁹⁸. Im Rahmen dieser Aufgaben können sie sich nicht auf die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV berufen, welche als Grundrecht nur privatwirtschaftliche Tätigkeiten schützt, die der Erzielung eines Erwerbs oder Gewinns dienen, nicht jedoch staatliche Tätigkeiten oder die Ausübung eines öffentlichen Amtes⁹⁹.
- 63 In eine andere Richtung geht die Rechtsprechung demgegenüber in Bezug auf das von Art. 94 Abs. 1 BV erfasste Gebot der **Wettbewerbsneutralität** des Staates. So hat das Bundesgericht in einem Urteil von 2005 in Bezug auf ein mit einem Leistungsauftrag ausgestattetes Privatspital festgehalten, dass dann ein Anspruch auf Wettbewerbsneutralität bestehe, wenn der Gesetzgeber die staatlichen und privaten Einrichtungen mit Leistungsauftrag den gleichen Regeln unterstellt¹⁰⁰. Nachdem der Bundesgesetzgeber mittels Revision des KVG von 2007 private und öffentliche Spitäler im Bereich der Spitalfinanzierung gleichgestellt hatte, anerkannte das Bundesgericht, dass sich Privatspitäler mit Leistungsaufträgen gegenüber dem Kanton auf die Wettbewerbsneutralität bzw. den Anspruch auf Gleichbehandlung der Konkurrenten berufen können¹⁰¹. Die gerichtliche Überprüfung beschränkte sich in diesem Urteil auf Gleichbehandlungsaspekte sowie das Willkürverbot¹⁰².
- 64 Aus dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist zu schliessen, «dass der in Art. 94 BV verankerte Systemgehalt der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere die staatliche Wettbewerbsneutralität auch im Spitalbereich zum Tragen kommt.»¹⁰³ Kantone müssen sich

⁹⁸ RÜTSCHÉ, Datenschutzrechtliche Aufsicht, Rz. 57 ff., 82.

⁹⁹ BIAGGINI, Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 8 und 13 m.w.H.

¹⁰⁰ BGE 132 V 6 E. 2.5.4 S. 16.

¹⁰¹ BGE 138 II 398 E. 3.9.3 und 3.9.4 S. 425 f.

¹⁰² BGE 138 II 398 E. 3.6 S. 418 ff. (Prüfung der Rechtsgleichheit) und E. 3.7 S. 421 ff. (Prüfung des Willkürverbots).

¹⁰³ GÄCHTER/RÜTSCHÉ, Rz. 180. Vgl. auch DRUEY, Rz. 2; JOSEPH, S. 297 f. Anders DONATSCH, Rz. 36.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

somit gegenüber – öffentlichen und privaten – Listenspitälern wettbewerbsneutral verhalten und diese gleich behandeln, soweit sie zueinander in direkter Konkurrenz stehen. Die Ermöglichung von **Wettbewerb zwischen Listenspitälern** über die Kantonsgrenzen hinweg war denn auch erklärtes Ziel der KVG-Revision 2007, mit der das System der neuen Spitalfinanzierung eingeführt wurde (Rz. 3 ff.). Das bedeutet, dass wettbewerbsverzerrende Eingriffe von Kantonen im Bereich der stationären Spitalversorgung nicht nur im Widerspruch zur Verfassung (Art. 94 BV), sondern auch zum KVG selber stehen¹⁰⁴, sofern solche Verzerrungen nicht durch hinreichende öffentliche Interessen (Rz. 55) gerechtfertigt sind.

- 65 Öffentliche und private Listenspitäler stehen in direkter Konkurrenz zueinander, wenn sie für dieselben Leistungsspektren über Leistungsaufträge verfügen und sich dieses Angebot an dieselben Patienten richtet. Der im Bereich stationärer OKP-Leistungen intendierte Wettbewerb ist jedoch zu unterscheiden vom Begriff des wirksamen Wettbewerbs, wie er dem Kartellgesetz und auch dem öffentlichen Beschaffungsrecht zugrunde liegt¹⁰⁵. Insbesondere ist mit den Preisen (Tarifen) ein wesentlicher Wettbewerbsparameter staatlich reguliert (Rz. 7 f.). Der Wettbewerb zwischen Listenspitälern beschränkt sich damit im Wesentlichen auf einen **Qualitätswettbewerb**, während ein Preiswettbewerb nicht stattfinden kann (Rz. 5). Das Gebot der Wettbewerbsneutralität kann sich im Bereich der stationären Spitalversorgung im Rahmen der OKP somit nur auf den Qualitätswettbewerb, nicht aber auf den (nicht existenten) Preiswettbewerb beziehen.
- 66 Wenn Kantone gemeinwirtschaftliche Leistungen von Spitälern im stationären Bereich subventionieren, müssen sie demzufolge den aus Art. 94 Abs. 1 BV folgenden Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit unter Einschluss des Gebots der Wettbewerbsneutralität beachten. Letzteres lässt sich wie erwähnt im Spitalbereich auch aus dem KVG ableiten (Rz. 64). Aus dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ergibt sich generell, dass der Kanton Beiträge für gemeinwirtschaftliche Leistungen **trägerschaftsneutral** gewähren muss. Der Kanton kann sich dabei auf die Listenspitäler mit Standort im Kanton be-

¹⁰⁴ Vgl. BVGer, Entscheid C-5017/2015 vom 16. Januar 2019, E. 15.2: Ungleichbehandlung von Privatspitälern gegenüber dem Universitätsspital Genf (HUG) verletzt das KVG, da sie sich nicht auf sachliche Gründe, d.h. in casu auf die Planungskriterien der Qualität und Wirtschaftlichkeit (Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG) abstützen kann.

¹⁰⁵ Eingehend TRÜEB/ZIMMERLI, Rz. 83 ff.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

schränken, da er aufgrund der bundesstaatlichen Zuständigkeitsordnung nicht verpflichtet werden kann, die Wettbewerbsneutralität über das eigene Hoheitsgebiet hinaus zu gewährleisten¹⁰⁶. Mit der Wettbewerbsneutralität nicht vereinbar wären jedoch Subventionen, die nur kantonseigenen bzw. öffentlichen Spitälern zugutekommen. Im Übrigen ist für die Prüfung, ob Beiträge für gemeinwirtschaftliche Leistungen mit den Grundsätzen der Wirtschaftsfreiheit und der Wettbewerbsneutralität vereinbar sind, zwischen Abgeltungen von Kosten aus der Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben einerseits (Kap. 5.1.2) und Finanzhilfen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten andererseits (Kap. 5.1.3) zu differenzieren.

5.1.2 Abgeltungen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben

- 67 Gemeinwirtschaftliche Leistungen können darin bestehen, dass ein Spital im Leistungsauftrag des Kantons bestimmte Aufgaben erfüllt, die gesundheits-, sozial- oder auch sicherheitspolitischen Anliegen dienen. Beispielhaft genannt werden können Aufgaben wie Spitalseelsorge, Sozialberatung, Rechtsmedizin oder Forschung und universitäre Lehre. Kantonale Beiträge an Spitäler für die Erfüllung solcher Aufgaben stellen **Abgeltungen** dar (Rz. 42). Die Abgeltung bedarf einer Grundlage im formellen Gesetz. Ebenso muss die öffentliche Aufgabe, für deren Erfüllung die Abgeltung ausgerichtet wird, im formellen Gesetz bezeichnet sein, im öffentlichen Interesse liegen und in Leistungsaufträgen an die betreffenden Spitäler konkretisiert werden; dabei ist auch die Möglichkeit der Aufgabenübertragung an Dritte im formellen Gesetz zu verankern (Rz. 46 f.).
- 68 Abgeltungen für die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben sind dann mit dem Gebot der Wettbewerbsneutralität vereinbar, wenn sie ausschliesslich die ungedeckten Kosten der übertragenen, wirtschaftlich erfüllten Aufgabe vergüten und damit mit dieser in einem **Austauschverhältnis** (Synallagma) stehen (Rz. 17)¹⁰⁷. Damit die Abgeltung nicht wettbewerbsverzerrend wirkt, darf sie vom Leistungsempfänger nicht für andere, vom Leistungsauftrag nicht erfasste Aufgabenbereiche verwendet werden; d.h. es dürfen innerhalb des Spitals keine Quersubventionierungen stattfinden (Zweckbindung).

¹⁰⁶ RAINER J. SCHWEIZER, St.Galler Kommentar zu Art. 8 BV, Rz. 23 m.w.H.

¹⁰⁷ Dazu auch die Rechtsprechung des EuGH, zitiert bei DRUEY, Rz. 16. Vgl. sodann BVGE 2014/3 E. 7.3.3.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

- 69 Sodann ist der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität auch bei der **Vergabe der Leistungsaufträge** für die Erfüllung der einzelnen öffentlichen Aufgaben zu beachten¹⁰⁸. Das bedeutet, dass alle potenziellen Leistungserbringer unabhängig von ihrer Trägerschaft unter gleichen Bedingungen Zugang zu den Leistungsaufträgen haben müssen. Das Bundesgericht unterstellt in seiner neuesten Rechtsprechung die Vergabe von Leistungsaufträgen sogar dem öffentlichen Beschaffungsrecht¹⁰⁹. Demzufolge sind Leistungsaufträge öffentlich auszuschreiben, sofern die nach dem anwendbaren Beschaffungsrecht massgebenden Schwellenwerte erreicht sind.
- 70 Das Spitalrecht des Kantons St.Gallen sieht in Art. 10 Abs. 1 lit. c SPFG vor, dass die **Leistungsaufträge an die Listenspitäler** gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG die gemeinwirtschaftlichen Leistungen und deren Entschädigung bezeichnen. Die Leistungsaufträge haben dabei die gemeinwirtschaftlichen Leistungen spezifisch zu umschreiben. Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, sind die Abgeltungen so zu bemessen, dass sie die ungedeckten Kosten einer wirtschaftlichen Leistungserbringung abdecken (vgl. Rz. 68). Die mit den Leistungsaufträgen delegierten öffentlichen Aufgaben müssen ihrerseits auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, wobei keine allzu hohen Anforderungen an die Bestimmtheit dieser Grundlage zu stellen sind (Rz. 47). So genügt es etwa, wenn die öffentliche Aufgabe aus einer Subventionsbestimmung (implizit) hervorgeht, wie dies beispielsweise in Art. 24 Abs. 1 lit. c und d SPFG der Fall ist (Beiträge an die ungedeckten Kosten für «Leistungen innovativer Versorgungsmodelle der Psychiatrie» und «Nichtpflichtleistungen im Rahmen neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden»).
- 71 Gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. b SPFG können den Spitälern mit Standort im Kanton St.Gallen sodann Beiträge an die ungedeckten Kosten für versorgungspolitisch sinnvolle und notwendige ambulante oder stationäre Pflichtleistungen der **Unfall-, Invaliden- und Mi-**

¹⁰⁸ RÜTSCHÉ, Leistungsaufträge, S. 87 ff.

¹⁰⁹ BGE 144 II 177 E. 1.3 S. 180 ff.; BGer, Urteil 2C_861/2017 vom 12. Oktober 2018, E. 3. Vgl. auch den Entwurf einer totalrevidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (E-IVöB), der in Art. 8 Abs. 2 die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe als öffentlichen Auftrag im Sinne des Beschaffungsrechts bezeichnet, «wenn dem Anbieter ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt» (www.dtap.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/e-ivoeb/).

litärversicherung gewährt werden. Die Beitragsgewährung setzt voraus, dass kosten-deckende Vergütungssysteme fehlen (Abs. 1), die subventionierte Leistung wirtschaftlich erbracht wird und die ungedeckten Kosten nicht durch Gewinne aus Zusatzleistungen gedeckt werden können (Abs. 2). Mit solchen Beiträgen finanziert der Kanton sozialversicherungsrechtliche Pflichtleistungen ausserhalb des KVG. Es handelt sich dabei insofern um Abgeltungen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, als für die entsprechenden Pflichtleistungen Leistungsaufträge bestehen. Mit Blick auf den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit muss zwischen diesen und der Pflichtleistung ein Austauschverhältnis bestehen (Synallagma). Das bedeutet, dass die zu erbringenden Leistungen in den Leistungsaufträgen näher zu umschreiben sind. Im Übrigen beschränken sich die Beiträge gemäss Gesetz auf die Entschädigung ungedeckter Kosten, sind gegenüber anderen Vergütungen subsidiär und setzen eine wirtschaftliche Leistungserbringung voraus. Damit ist sichergestellt, dass die Abgeltungen in einem echten Austauschverhältnis zu den erbrachten Leistungen stehen und folglich mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbar sind.

- 72 Bei der Vergabe von Leistungsaufträgen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben sollten die **beschaffungsrechtlichen Anforderungen** beachtet werden (Rz. 69). Sofern ein Leistungsauftrag nur an einzelne Spitäler vergeben wird und in seinem Gesamtwert die massgebenden Schwellenwerte des Beschaffungsrechts übersteigt, bedarf es mithin einer öffentlichen Ausschreibung. Diese kann zusammen mit der Erstellung der Spitalliste und der Vergabe der krankensicherungsrechtlichen Leistungsaufträge erfolgen. Dabei ist in den Ausschreibungsunterlagen transparent zu machen, welche Aufträge zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Leistungen vergeben werden. De lege ferenda empfiehlt sich, das Verfahren zur Vergabe von Leistungsaufträgen im SPFG im Einklang mit den bundesrechtlichen Anforderungen spezialgesetzlich zu regeln.

5.1.3 Finanzhilfen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten

- 73 Mit Subventionen zur Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten soll die stationäre Spitalversorgung durch Listenspitäler im Rahmen der OKP (langfristig) gewährleistet werden. Dabei geht es insbesondere um die Mitfinanzierung spitalnotwendiger Infrastrukturen von Regionalspitälern, die wegen zu geringer Fallzahlen nicht voll ausgelastet werden können, oder auch um die Finanzierung ausserordentlicher Investitionen in die Erneuerung von Spitalinfrastrukturen. Aber auch eine Subventionierung von defizitären Betriebsstrukturen (z.B. zu hohe Personaldotationen) ist unter dem Titel der Aufrechterhal-

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

tung von Spitalkapazitäten denkbar. Subventionsrechtlich sind Beiträge zur Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten keine Abgeltungen für die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben, sondern **Finanzhilfen** (Rz. 42). Wie alles staatliche Handeln bedarf auch die Gewährung von Finanzhilfen einer gesetzlichen Grundlage, wobei die Anforderungen an deren Bestimmtheit gering sind (Rz. 46).

- 74 Finanzhilfen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten bezwecken die Erhaltung bzw. Erneuerung von Spitalinfrastrukturen, deren Existenz unter Wettbewerbsbedingungen voraussichtlich gefährdet wäre. Damit solche strukturerhaltenden bzw. -erneuernden Massnahmen des Staates mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbar sind, müssen sie auf einem überwiegenden öffentlichen Interesse beruhen, das nicht rein wirtschaftspolitischer Natur ist (Rz. 55). In Frage kommt dabei das öffentliche Interesse an einer **ausreichenden Versorgung der Bevölkerung mit stationären Spitalleistungen** (vgl. Art. 15 lit. a KV/SG) – nicht aber die Erhaltung von Arbeitsplätzen und Aufträgen in der Region. Der Kanton nimmt das öffentliche Versorgungsinteresse primär mit der Planung einer bedarfsgerechten Spitalversorgung und der gestützt darauf erlassenen Spitalliste wahr (Art. 39 Abs. 1 lit. d und e KVG). Die Finanzierung der Spitalversorgung erfolgt entsprechend über die auf Vollkostenrechnungen beruhenden Abgeltungen an die Listenspitäler (Art. 49 Abs. 1 und Art. 49a Abs. 1 KVG; Rz. 9).
- 75 Über die KVG-Abgeltungen hinausgehende Finanzhilfen der Kantone liegen nur dann in einem hinreichenden öffentlichen Versorgungsinteresse, wenn und soweit sie notwendig sind, um eine bedarfsgerechte Spitalversorgung sicherzustellen. Das bedeutet, dass solche Finanzhilfen nur Listenspitälern gewährt werden dürfen, welche voraussichtlich auch in Zukunft in der Lage sein werden, die krankensicherungsrechtlichen Spitalplanungskriterien zu erfüllen und damit auf der Spitalliste des Kantons zu bleiben («**Listenfähigkeit**» des subventionierten Spitals).
- 76 Eine Subventionierung von Spitälern, deren Kapazitäten nicht ausgelastet sind und die insoweit nicht effizient arbeiten, ist mit Blick auf das **Planungskriterium der Wirtschaftlichkeit** (Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG, Art. 58b Abs. 4 lit. a sowie Abs. 5 lit. a KVV) problematisch. Eine Subventionierung solcher Spitäler kann aber allenfalls dadurch gerechtfertigt werden, dass der Zugang der Patienten zur Behandlung innert nützlicher Frist (Art. 58b Abs. 4 lit. b KVV) gewährleistet werden soll. In der Frage, welche Art von Behandlungen innert welcher Frist zugänglich sein sollen, steht dem Kanton ein weitgehendes Planungsermessen zu, in welches er auch politische Überlegungen einfließen lassen

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

kann¹¹⁰. Kommt aber der Kanton im Rahmen seiner Spitalplanung zum Schluss, dass bestimmte Spitalkapazitäten nicht erforderlich sind, um den Zugang zur Behandlung in-
nert nützlicher Frist zu gewährleisten, darf er diese Kapazitäten konsequenterweise auch
nicht mit Beiträgen aufrechterhalten¹¹¹. Es würde sich dabei um nicht versorgungsnot-
wendige Beiträge und damit um eine rein wirtschaftspolitische Massnahme handeln, die
mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 94 Abs. 1 BV nicht vereinbar ist. Eine
ausnahmsweise Rechtfertigung solcher unternehmensbezogener Strukturerhaltung
durch die Bundesverfassung (vgl. Art. 94 Abs. 4 BV) ist nicht ersichtlich.

- 77 In vorliegendem Zusammenhang von Bedeutung ist weiter das **Planungskriterium der Bedarfsnotwendigkeit bzw. Versorgungsrelevanz** von Listenspitälern. Dieses Krite-
rium für die Auswahl der Listenspitäler ist in Gesetz und Verordnung nicht explizit veran-
kert. Das Bundesverwaltungsgericht hat indessen festgehalten, dass alle Listenspitäler
bedarfsnotwendig sein müssen, d.h. notwendig, «um den Versorgungsbedarf des Kan-
tons, welcher die Leistungsaufträge erteilt, zu decken»¹¹². Spitäler, welche über eine ge-
ringe Fallzahl verfügen, sind nicht versorgungsrelevant¹¹³. Die Versorgungsrelevanz ei-
nes Spitals hängt von der Anzahl stationärer Behandlungen pro Leistungsgruppe ab¹¹⁴.
Eine Versorgungsrelevanz ist auf jeden Fall gegeben, wenn ein Spital für die Gesund-
heitsversorgung der Kantonsbevölkerung unerlässlich ist und damit gewissermassen
Systemrelevanz aufweist («too big to fail»). Sodann hat die GDK in ihren Empfehlungen
zur Spitalplanung für die Versorgungsrelevanz von Spitälern Schwellenwerte definiert¹¹⁵.
Das Planungskriterium der Versorgungsrelevanz ist ein weiterer Gesichtspunkt zur Be-
antwortung der Frage, ob an der Aufrechterhaltung bestimmter Spitalkapazitäten mit
Kantonsbeiträgen ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht. Ist dies nicht der Fall,
liegt eine nicht gerechtfertigte Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vor.
- 78 Das öffentliche Interesse an einer ausreichenden Versorgung mit stationären Leistungen
kann sich sodann nur auf den im Rahmen der OKP **üblichen Behandlungsstandard**

¹¹⁰ BGE 133 V 123 E. 3.3 S. 126; BGE 132 V 6 E. 2.4.1 S. 12; EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 803.

¹¹¹ Vgl. aber EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 1077.

¹¹² BVGer, Zwischenverfügung C-6266/2013 vom 23. Juli 2014, E. 4.6.5.

¹¹³ BVGer, Entscheid C-3413/2014 vom 11. Mai 2017, E. 11.7.3.

¹¹⁴ BVGer, Entscheid C-3413/2014 vom 11. Mai 2017, E. 11.7.3.

¹¹⁵ GDK, Empfehlungen Spitalplanung, S. 7.

Bernhard Rüttsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

beziehen¹¹⁶. Eine Subventionierung von Spitalinfrastrukturen, die über den Standard hinausgehen, wäre nicht versorgungsnotwendig und würde den Qualitätswettbewerb zwischen den Spitälern verzerren. Demzufolge wären etwa Beiträge des Kantons für die Errichtung von Einzelzimmern (ohne medizinische Notwendigkeit), luxuriöse Einrichtungen oder die Anschaffung medizinischer Spitzentechnologie, die (noch) nicht zum Standard gehört, mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und der Wettbewerbsneutralität unvereinbar.

- 79 Das Spitalrecht des Kantons St.Gallen kennt zunächst in Art. 23 SPFG **Betriebs- und Investitionskostenbeiträge**. Solche Beiträge können für die Sicherstellung versorgungspolitisch notwendiger stationärer Pflichtleistungen der OKP Spitälern mit Standort im Kanton St.Gallen im Rahmen der Spitalplanung zusätzlich zur Abgeltung der Leistungen nach Art. 49 Abs. 1 KVG gewährt werden. Das Erfordernis der «Sicherstellung versorgungspolitisch notwendiger stationärer Pflichtleistungen» lässt Raum für eine verfassungskonforme Anwendung. Die Beiträge dürfen demnach im Einzelfall nur für Listenspitäler gesprochen werden, die voraussichtlich auch in Zukunft «listenfähig», d.h. in der Lage sein werden, die Spitalplanungskriterien zu erfüllen und damit auf der Spitalliste des Kantons zu bleiben (vgl. Rz. 75 ff.). Das subventionierte Spital muss insbesondere versorgungsrelevant sein (Rz. 77), und es dürfen keine über den OKP-Standard hinausgehenden Infrastrukturen finanziert werden (Rz. 78). Generell müssen die Beiträge auf das für die Sicherstellung der Versorgung notwendige Mass beschränkt sein (vgl. Rz. 50). Eine Subventionierung von zu hohen, nicht versorgungsnotwendigen Personalbeständen wäre zum Beispiel mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nicht vereinbar. Im Übrigen ist der Beitragstatbestand in Art. 23 SPFG trägerschaftsneutral ausgestaltet. Das Gebot der Wettbewerbsneutralität verlangt, dass auch in der Anwendung dieser Bestimmung alle Arten von Listenspitälern unter den gleichen Bedingungen Zugang zu den Beiträgen haben.
- 80 Art. 25 SPFG sieht sodann vor, dass die Regierung den Spitälern mit Standort im Kanton St.Gallen für die Erfüllung der Leistungsaufträge **Darlehen** gewähren kann (Abs. 1). Die Darlehen werden gesichert, verzinst und amortisiert (Abs. 2). Diese Bestimmung ermöglicht der Regierung, Listenspitälern Darlehen zu gewähren, wenn die Fallpauschalen nach Art. 49 Abs. 1 KVG nicht ausreichen, um versorgungsnotwendige Investitionen zu finanzieren, und Schwierigkeiten bestehen, auf dem Kapitalmarkt Kredite aufzunehmen.

¹¹⁶ Zu diesem Leistungsstandard eingehend RÜTSCHÉ, Zusatzversicherte Leistungen, Rz. 34 ff.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

Auch wenn solche Darlehen nach den üblichen kaufmännischen Grundsätzen vergeben, d.h. gesichert, verzinst und amortisiert werden, handelt es sich um Subventionen (Rz. 15). Mit Blick auf die Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit und der Wettbewerbsneutralität sind dieselben Kriterien zu beachten wie bei der Gewährung von Betriebs- und Investitionskostenbeiträgen nach Art. 23 SPFG (Rz. 79).

- 81 Anders zu beurteilen sind **andere Arten von Darlehen**, die sich nicht auf Art. 25 SPFG abstützen können. Darlehen an Listenspitäler, die nicht im Sinne von Art. 25 SPFG der Erfüllung von Leistungsaufträgen dienen und damit nicht versorgungsnotwendig sind, wären mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nicht vereinbar. Mit solchen Darlehen würde der Staat ohne hinreichendes öffentliches Interesse anstelle des Marktes zur Erhaltung oder Erneuerung von Wirtschaftsstrukturen beitragen und insofern Wirtschaftspolitik betreiben. Umgekehrt sind Darlehen, die der Kanton nicht nach kaufmännischen Grundsätzen vergibt, eine Form von Betriebs- und Investitionskostenbeiträgen nach Art. 23 SPFG, wenn sie der Sicherstellung versorgungspolitisch notwendiger stationärer Pflichtleistungen der OKP dienen. Dasselbe gilt im Prinzip für einen Verzicht auf Rückforderung von Darlehen sowie eine Umwandlung von Darlehen in Eigenkapital. Ein Abstellen auf Art. 23 SPFG wird in diesen Fällen allerdings nur in aussergewöhnlichen Situationen statthaft sein, nämlich dann, wenn die Rückzahlung des geschuldeten Darlehens durch das Spital dazu führen würde, dass versorgungspolitisch notwendige stationäre Pflichtleistungen der OKP gefährdet wären.
- 82 Besondere Betrachtung verdient schliesslich eine **Erhöhung des Dotationskapitals** von Spitalverbunden. Gemäss Art. 9 des Gesetzes über die Spitalverbunde verfügt der Spitalverbund über ein Dotationskapital des Kantons. Die Höhe des Dotationskapitals ist gesetzlich nicht festgelegt. Dem Kanton steht es insofern frei, im Rahmen der finanzrechtlichen Vorgaben das Dotationskapital der Spitalverbunde zu bestimmen. Mit einer Erhöhung des Dotationskapitals gewährt der Kanton einer Organisation ausserhalb der Zentralverwaltung aus öffentlichen Mitteln geldwerte Vorteile zwecks Erhaltung bzw. Förderung von Tätigkeiten, die im öffentlichen Interesse liegen (Spitalversorgung). Aus subventionsrechtlicher Sicht sind solche Kapitalerhöhungen daher als Finanzhilfen zu qualifizieren. Entsprechend sind die sich aus dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und der Wettbewerbsneutralität nach Art. 94 Abs. 1 BV ergebenden verfassungsrechtlichen Schranken zu beachten.
- 83 Mit Blick auf die Garantie der Wettbewerbsneutralität sind Kapitalerhöhungen zugunsten von Spitalverbunden insofern problematisch, als sie **nicht trägerschaftsneutral** erfolgen. Von Kapitalerhöhungen profitieren einzig öffentliche Listenspitäler (Spitalverbunde),

nicht aber Spitäler mit privaten Trägerschaften. Um Kapitalerhöhungen wettbewerbsneutral auszugestalten, sind sie denselben Voraussetzungen zu unterstellen wie Betriebs- und Investitionskostenbeiträge nach Art. 23 SPFG, welche allen Spitälern mit Standort im Kanton St.Gallen gewährt werden können. Das bedeutet, dass eine Erhöhung des Dotationskapitals von Spitalverbunden durch den Kanton nur erfolgen sollte, wenn damit im Rahmen der Spitalplanung versorgungspolitisch notwendige stationäre Pflichtleistungen der OKP sichergestellt werden. Der Spitalverbund, dessen Kapital erhöht wird, muss demzufolge auch in Zukunft in der Lage sein, die Spitalplanungskriterien zu erfüllen («Listenfähigkeit»), und die Kapitalerhöhung muss auf das für die Sicherstellung der Versorgung notwendige Mass beschränkt sein (Rz. 77 f.).

5.2 Subventionen im ambulanten Bereich

5.2.1 Geltung der Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerbsneutralität

- 84 Die ambulante Gesundheitsversorgung ist – im Unterschied zur stationären Versorgung – grundsätzlich privatwirtschaftlich organisiert (Rz. 43). Entsprechend können sich die ambulant tätigen Leistungserbringer, insbesondere die freiberuflich tätigen Ärzte, auf das **Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit** nach Art. 27 BV berufen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt sogar dann ein (faktischer) Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit von selbständigen Ärzten vor, wenn diese vom Zugang zur Abrechnung zulasten der OKP ausgeschlossen werden. In diesem Fall haben die nicht zugelassenen gegenüber den zugelassenen Ärzten einen Anspruch auf Gleichbehandlung als Konkurrenten¹¹⁷. Abgesehen davon ist auch im ambulanten – wie im stationären Bereich – der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit als Ordnungsprinzip (Art. 94 Abs. 1 BV) zu beachten.

5.2.2 Abgeltungen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben

- 85 Der kantonale Gesetzgeber kann auch im ambulanten Bereich bestimmte Tätigkeiten zu öffentlichen Aufgaben erklären, wie etwa Leistungen im Bereich von Palliative Care oder Aus- und Weiterbildungsleistungen (Rz. 43). Die Erfüllung solcher öffentlichen Aufgaben

¹¹⁷ BGE 130 I 26 E. 4.4 S. 42.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

ist mit Leistungsaufträgen an geeignete Leistungserbringer sicherzustellen. Die ungedeckten Kosten aus der Erfüllung der Leistungsaufträge werden vom Kanton mit **Abgeltungen** entschädigt. Die Abgeltung sowie die öffentliche Aufgabe bedürfen dabei einer Grundlage im formellen Gesetz und eines hinreichenden öffentlichen Interesses; ebenso muss sich die Übertragung der öffentlichen Aufgabe an Dritte auf das formelle Gesetz abstützen können (Rz. 46 f.).

- 86 Die vom Kanton für die Erfüllung von Leistungsaufträgen gewährten Abgeltungen halten vor dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität stand, wenn sie ausschliesslich die ungedeckten Kosten aus der wirtschaftlichen Erfüllung der übertragenen Aufgabe abdecken und damit mit dieser in einem **Austauschverhältnis** stehen (Synallagma). Mit den Abgeltungen dürfen nicht andere, vom Leistungsauftrag nicht erfasste Leistungsbereiche quersubventioniert werden (Zweckbindung; vgl. Rz. 68).
- 87 Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ist auch bei der **Vergabe der Leistungsaufträge** zu beachten. Demzufolge müssen alle potenziellen Leistungserbringer unabhängig von ihrer Trägerschaft unter gleichen Bedingungen Zugang zu den Leistungsaufträgen haben. Gemäss neuer bundesgerichtlicher Rechtsprechung untersteht die Vergabe von Leistungsaufträgen entsprechend dem öffentlichen Beschaffungsrecht (vgl. Rz. 69).
- 88 Gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. c SPFG bezeichnet der krankensicherungsrechtliche Leistungsauftrag an die Listenspitäler gemeinwirtschaftliche Leistungen und deren Entschädigung. Das Gesetz schliesst nicht aus, dass sich solche gemeinwirtschaftlichen Leistungen auch auf den ambulanten Bereich beziehen. Materielle Grundlagen für kantonale Beiträge an die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen im ambulanten Bereich finden sich Art. 24 Abs. 1 SPFG. Demnach können den Spitälern mit Standort im Kanton St.Gallen **zusätzliche kantonale Beiträge** an die ungedeckten Kosten gewährt werden für versorgungspolitische sinnvolle und notwendige ambulante Pflichtleistungen der OKP (lit. a) oder der Unfall-, Invaliden- und Militärversicherung (lit. b). Die Beitragsgewährung setzt voraus, dass kostendeckende Vergütungssysteme fehlen (Abs. 1), die subventionierte Leistung wirtschaftlich erbracht wird und die ungedeckten Kosten nicht durch Gewinne aus Zusatzleistungen gedeckt werden können (Abs. 2).
- 89 Falls die ambulanten Leistungen, die der Kanton mit Beiträgen gemäss Art. 24 Abs. 1 SPFG finanziert, auf Leistungsaufträgen beruhen, stellen die Beiträge Abgeltungen für

die Erfüllung öffentlicher Aufgaben dar¹¹⁸. Damit die Abgeltungen vor dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit standhalten, muss zwischen diesen und der ambulanten Leistung ein **Austauschverhältnis** bestehen (Synallagma). Die zu erbringenden Leistungen sind daher in den Leistungsaufträgen konkret zu bezeichnen. Zudem verlangt das Gesetz, dass sich die Beiträge auf die Entschädigung ungedeckter Kosten beschränken, gegenüber anderen Vergütungen subsidiär sind und eine wirtschaftliche Leistungserbringung voraussetzen. Damit ist gewährleistet, dass die Abgeltungen in einem echten Austauschverhältnis zu den erbrachten Leistungen stehen (vgl. Rz. 71).

- 90 Dasselbe gilt für die Gewährung von **Darlehen** nach Art. 25 SPFG. Solche Darlehen können nach dem offenen Wortlaut dieser Bestimmung auch im ambulanten Bereich vergeben werden. Die Darlehen stellen dann Abgeltungen dar, wenn sie – anstelle oder zusätzlich zu den Beiträgen nach Art. 24 SPFG – für die Erfüllung von Leistungsaufträgen im ambulanten Bereich gewährt werden und mit dieser in einem Austauschverhältnis stehen.
- 91 Empfänger von zusätzlichen kantonalen Beiträgen sowie von Darlehen sind gemäss Art. 24 und 25 SPFG einzig **Spitäler mit Standort im Kanton St.Gallen**. Damit sind andere Leistungserbringer wie Arztpraxen oder ambulante Einrichtungen gemäss Art. 36a KVG von der Gewährung von Beiträgen und Darlehen generell ausgeschlossen. Dies widerspricht dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität bzw. dem Anspruch auf Gleichbehandlung von Konkurrenten, welche eine trägerschaftsneutrale Ausgestaltung von Abgeltungen verlangen (Rz. 87). Demzufolge müssen alle ambulanten Leistungserbringer unter gleichen Bedingungen Zugang zu den Beiträgen bzw. Darlehen und den entsprechenden Leistungsaufträgen haben, soweit sie für die Erfüllung des jeweiligen Leistungsauftrags geeignet sind und damit als potenzielle Anbieter in Frage kommen. Die Leistungsaufträge sind grundsätzlich nach den Regeln des Beschaffungsrechts zu vergeben. Dem Kanton steht es allerdings frei, für die Vergabe der Aufträge im Spezialgesetz ein eigenes, wettbewerbsneutral ausgestaltetes Verfahren vorzusehen (vgl. Rz. 72).

¹¹⁸ Vgl. RÜTSCHKE, Datenschutzrechtliche Aufsicht, Rz. 89.

5.2.3 Finanzhilfen für sonstige ambulante Leistungen

- 92 Kantonale Beiträge an ambulante Leistungserbringer ausserhalb von Leistungsaufträgen stellen demgegenüber **Finanzhilfen** dar. Mit der Gewährung von Finanzhilfen überträgt der Kanton keine öffentlichen Aufgaben. Die Leistungsempfänger sind entsprechend nicht verpflichtet, die unterstützte Leistung für jedermann zu erbringen, ausser es bestehe eine anderslautende Vereinbarung in einem Subventionsvertrag (Rz. 44). Finanzhilfen müssen auf einer – allgemein gehaltenen – gesetzlichen Grundlage beruhen (Rz. 46).
- 93 Mit Blick auf den **Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit** sind bei der Gewährung solcher Finanzhilfen zwei Aspekte zu beachten: Zum einen dürfen sie nicht rein wirtschaftspolitisch motiviert sein, sondern müssen auf einem substanziellen öffentlichen Interesse beruhen und zur Erfüllung dieses Interesses notwendig sein (Rz. 55). Zur Rechtfertigung von Finanzhilfen im ambulanten Bereich steht – wie im stationären Bereich – das öffentliche Interesse an einer ausreichenden Gesundheitsversorgung der Bevölkerung im Vordergrund (Rz. 74). Finanzhilfen müssen mithin notwendig sein, um die Versorgung im ambulanten Bereich sicherzustellen. Zum anderen muss die Gewährung von Finanzhilfen wettbewerbsneutral ausgestaltet sein. Das bedeutet, dass Finanzhilfen allen Arten von Leistungserbringern im ambulanten Bereich – Spitalambulatorien wie privaten Arztpraxen und anderen ambulanten Einrichtungen – unter gleichen Bedingungen zu gewähren sind, soweit die Leistungserbringer ihr Angebot an dieselben Patientengruppen richten und folglich zueinander in direkter Konkurrenz stehen. Auch hier gilt: Finanzhilfen sind trügerschaftsneutral auszurichten (Rz. 66).
- 94 Falls **kantonale Beiträge** nach Art. 24 SPFG oder **Darlehen** nach Art. 25 SPFG im ambulanten Bereich an Spitäler vergeben werden, ohne dass diese in einem Austauschverhältnis mit einem Leistungsauftrag stehen, handelt es sich um Finanzhilfen. Wie erwähnt stehen diese Bestimmungen im Widerspruch zur Wettbewerbsneutralität, da sie nicht trügerschaftsneutral ausgestaltet sind (Rz. 91). Abgesehen davon dürfen solche Beiträge ausserhalb von Leistungsaufträgen mangels Vorliegen eines Austauschverhältnisses nur für versorgungspolitisch notwendige Leistungen gesprochen werden; eine Gewährung von Finanzhilfen für versorgungspolitisch sinnvolle – aber nicht notwendige – Leistungen hätte primär wirtschaftspolitischen Charakter und wäre damit mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nicht vereinbar (vgl. Rz. 93).

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

6 Zulässigkeit ambulanter Tätigkeit von Spitalverbunden

6.1 Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates

- 95 Die zweite Gutachtensfrage lautet, ob und unter welchen Voraussetzungen die Spitalverbunde des Kantons St. Gallen **ambulante Leistungen** anbieten dürfen, dies insbesondere losgelöst von einem stationären Standort (Rz. 1). Ambulante Leistungen sind nicht wie stationäre Leistungen Teil der öffentlichen, mittels Leistungsaufträgen sichergestellten Gesundheitsversorgung. Die Erbringung ambulanter Leistungen stellt damit grundsätzlich eine privatwirtschaftliche Tätigkeit dar; vorbehalten bleiben spezifische öffentliche Aufgaben im ambulanten Bereich, für deren Erbringung der Kanton Leistungsaufträge erteilt (Rz. 43). Die Frage, ob Spitalverbunde als öffentlich-rechtliche Anstalten ambulante Leistungen anbieten dürfen, berührt damit die Grundsatzfrage, unter welchen Voraussetzungen der Staat privatwirtschaftlich tätig werden darf.
- 96 Das Bundesgericht hat im wegweisenden **Urteil «Glarnersach»** vom 3. Juli 2012¹¹⁹ in Bezug auf eine kantonale Gebäudeversicherung die sich aus der Wirtschaftsfreiheit ergebenden Anforderungen an staatliche Wirtschaftstätigkeit definiert. Das Bundesgericht hielt in diesem Urteil folgende Grundsätze fest:
- Die **Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht** (Art. 27 BV) ist nicht berührt, wenn ein staatliches Unternehmen im Wettbewerb zu privaten Unternehmen auftritt. Den Privaten entsteht dadurch bloss ein weiterer Konkurrent, was keine Einschränkung der individualrechtlichen Wirtschaftsfreiheit darstellt, solange das private Angebot durch die staatliche Massnahme nicht geradezu verdrängt wird¹²⁰.
 - Mit dem **Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit** (Art. 94 Abs. 1 BV) ist eine unternehmerische Tätigkeit des Staates vereinbar, sofern eine formell-gesetzliche Grundlage besteht, die Tätigkeit im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist sowie der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gewahrt bleibt¹²¹.

¹¹⁹ BGE 138 I 378.

¹²⁰ BGE 138 I 378 E. 6.2 S. 385 ff.

¹²¹ BGE 138 I 378 E. 6.3 S. 387 ff.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

- Im Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates kann die **gesetzliche Grundlage** nicht zu detailliert sein, um die unternehmerische Tätigkeit nicht zu behindern. Die gesetzliche Grundlage muss aber zumindest den Sachbereich umschreiben, in welchem die Tätigkeit erfolgen soll (Spezialitätsprinzip)¹²².
- Für staatliche Wirtschaftstätigkeit genügt gemäss Art. 5 Abs. 2 BV grundsätzlich jedes **öffentliche Interesse**. Das Anliegen, die Geschäftstätigkeit eines staatlichen Unternehmens zu vergrössern, um die Risiken und Kosten besser zu verteilen, kann betriebswirtschaftlich sinnvoll sein und stellt damit ein zulässiges öffentliches Interesse dar¹²³.
- Das **Verhältnismässigkeitsprinzip** könnte erst dann verletzt sein, wenn der Kanton ohne zwingendes öffentliches Interesse einen wesentlichen Teil der Wirtschaft mit staatlichen Unternehmen kontrollieren würde, weil damit der verfassungsrechtliche Grundsatzentscheid für eine private Wirtschaft unterlaufen und diese ausgehöhlt würde¹²⁴.
- Die Wettbewerbsneutralität der unternehmerischen Staatstätigkeit **verbietet systematische Quersubventionierungen** zwischen Monopol- und Wettbewerbsbereich. Die beiden Geschäftsbereiche sind daher kalkulatorisch voneinander zu trennen. Eine Auslagerung des Wettbewerbsbereichs in eine selbständige (Tochter-)Gesellschaft ist hingegen nicht erforderlich¹²⁵.

6.2 Privatwirtschaftliche Tätigkeit von Spitalverbunden

- 97 Die vom Bundesgericht in Bezug auf eine kantonale Gebäudeversicherung entwickelten Anforderungen an privatwirtschaftliche Tätigkeiten des Staates sind auch dann zu beachten, wenn Spitalverbunde des Kantons St.Gallen in Konkurrenz zu privaten Anbietern im ambulanten Bereich tätig werden. Zunächst bedarf es dazu einer hinreichenden **gesetzlichen Grundlage**. Auch wenn sich das Bundesgericht im Urteil «Glarnersach» nicht ausdrücklich zur Normstufe geäußert hat, ist eine Grundlage in einem formellen Gesetz

¹²² BGE 138 I 378 E. 7.2 S. 391 f.

¹²³ BGE 138 I 378 E. 8.5 S. 395 f.

¹²⁴ BGE 138 I 378 E. 8.7 S. 397 f.

¹²⁵ BGE 138 I 378 E. 9.1-9.3 S. 398 ff.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

vorauszusetzen. Diese muss zumindest den Sachbereich umschreiben, in welchem die Tätigkeit erfolgen soll (Spezialitätsprinzip, Rz. 96).

- 98 Mit Blick auf das **öffentliche Interesse** ist es im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausreichend, wenn eine Tätigkeit von Spitalverbunden im ambulanten Bereich aus betriebswirtschaftlichen Gründen sinnvoll ist (vgl. Rz. 96). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Spitalverbunde ihre vorhandenen Ressourcen (Infrastruktur und Personal) besser auslasten und effizienter einsetzen können, indem sie neben dem stationären Bereich ambulante Leistungen anbieten. Das öffentliche Interesse besteht mithin darin, zwischen stationärem und ambulantem Bereich Synergien zu nutzen. Solche Synergien fallen weg, wenn ein Spitalverbund seine stationäre Tätigkeit gänzlich aufgibt oder wenn die stationäre Tätigkeit nur noch eine marginale, nicht versorgungsrelevante Bedeutung hat (zur Versorgungsrelevanz Rz. 77). In solchen Fällen würde damit auch das öffentliche Interesse an einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit des Spitalverbundes wegfallen, weshalb diese verfassungsrechtlich unzulässig wäre.
- 99 Fraglich ist, ob dann noch ein hinreichendes öffentliches Interesse vorliegt, wenn Spitalverbunde ambulante Leistungen **losgelöst von einem stationären Standort** erbringen. Entscheidend ist wiederum das Kriterium der Synergien: Falls aus solchen separaten Angeboten für den jeweiligen Spitalverbund insgesamt ein Effizienzgewinn resultiert, indem namentlich medizinisches und administratives Personal, aber auch Geräte und Material besser eingesetzt bzw. ausgelastet werden können, besteht daran ein öffentliches Interesse.
- 100 Das **Verhältnismässigkeitsprinzip** wäre gemäss Bundesgericht dann verletzt, wenn der Kanton ohne zwingendes öffentliches Interesse einen wesentlichen Teil der Wirtschaft mit staatlichen Unternehmen kontrollieren würde (Rz. 96). Dies wäre erst dann der Fall, wenn ambulante Angebote von Spitalverbunden derart ausgebaut würden, dass dadurch konkurrierende Arztpraxen und andere private Anbieter im ambulanten Bereich faktisch vom Markt verdrängt würden.
- 101 Schliesslich sind mit Blick auf das Gebot der Wettbewerbsneutralität **Quersubventionierungen** vom staatlichen in den privatwirtschaftlichen Geschäftsbereich eines öffentlichen Unternehmens zu vermeiden (Rz. 96). Das bedeutet, dass Spitalverbunde den stationären und ambulanten Bereich kalkulatorisch trennen müssen. Allfällige Gewinne aus dem stationären Geschäftsfeld dürfen nur in diesen reinvestiert bzw. an den Kanton als Eigentümer ausgeschüttet, nicht aber zur Mitfinanzierung ambulanter Angebote verwendet werden.

6.3 Ambulante Tätigkeit als öffentliche Aufgabe

- 102 Die Rechtslage würde sich anders präsentieren, wenn der Kanton die ambulante Gesundheitsversorgung oder einen Teil davon zur öffentlichen Aufgabe erklären würde. Dabei würde die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe vom Kanton mittels Leistungsaufträgen an ambulante Leistungserbringer sichergestellt. Soweit solche Leistungsaufträge an Spitalverbunde erteilt würden, wären diese **nicht privatwirtschaftlich**, sondern in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe tätig. Die verfassungsrechtliche Problematik der privatwirtschaftlichen Tätigkeit des Staates würde sich demzufolge nicht stellen und die entsprechenden Anforderungen (gesetzliche Grundlage für die Wirtschaftstätigkeit, öffentliches Interesse betriebswirtschaftlicher Art, Verbot der Quersubventionierung) wären nicht massgebend.
- 103 Allerdings ist fraglich, ob und inwieweit der Kanton befugt wäre, die ambulante Versorgung zur öffentlichen Aufgabe zu machen. Nicht zulässig wäre auf jeden Fall eine Verknüpfung der **krankenversicherungsrechtlichen Vergütung** von ambulanten Leistungen mit kantonalen Leistungsaufträgen. Ambulante Leistungserbringer haben gestützt auf Art. 36 f. KVG ein Recht auf Zulassung zur Tätigkeit zulasten der OKP, wenn sie die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen. Vorbehalten bleiben Einschränkungen der krankenversicherungsrechtlichen Zulassung gestützt auf Art. 55a KVG, welche indessen in vorliegendem Zusammenhang nicht von Bedeutung sind.
- 104 Neben den krankenversicherungsrechtlichen Schranken sind jene des **Verfassungsrechts** zu beachten. Wenn der Kanton die ambulante Versorgung (teilweise) zur öffentlichen Aufgabe deklariert und deren Erfüllung mit (abgeltungsberechtigten) Leistungsaufträgen zugunsten bestimmter Unternehmen sicherstellt, ist der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und insbesondere die Wettbewerbsneutralität tangiert (vgl. Rz. 52). Der Kanton kann den Eingriff rechtfertigen, wenn dieser auf einem hinreichenden öffentlichen Interesse beruht und verhältnismässig ist. Vorliegend müsste der Kanton nachvollziehbar begründen, dass die ambulante Versorgung der Bevölkerung in bestimmten Bereichen oder Gegenden gefährdet wäre, wenn er diese allein dem privatwirtschaftlichen Markt überlassen würde.

Soweit eine solche **Gefährdung der Versorgung** zumindest wahrscheinlich erscheint, könnte der kantonale Gesetzgeber für die ambulante Versorgung Leistungsaufträge vorsehen und an geeignete Leistungserbringer vergeben. Das Vergabeverfahren müsste dabei offen und trägerschaftsneutral ausgestaltet sein (Rz. 87).

7. Ergebnisse

- 105 Die krankenversicherungsrechtlichen Spitaltarife (Fallpauschalen gemäss Art. 49 Abs. 1 KVG) beruhen auf einer **Vollkostenrechnung**. Demnach sind sämtliche Kosten für die Erbringung stationärer OKP-Leistungen in die Tarifberechnung einzubeziehen. Dazu gehören sowohl die Betriebs- als auch die Investitionskosten. (Kap. 2.2)
- 106 Subventionen bzw. Beiträge können als **Abgeltungen oder Finanzhilfen** konzipiert sein. Abgeltungen bezwecken den Ausgleich von finanziellen Lasten, die aus der Erfüllung öffentlicher Aufgaben resultieren. Abgeltungen dienen somit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (Zweckbindung) und stehen mit dieser in einem Austauschverhältnis (Synallagma). Finanzhilfen sind demgegenüber geldwerte Vorteile, welche gewährt werden, um die Ausübung einer vom Leistungsempfänger selbst gewählten Tätigkeit zu fördern oder zu erhalten. Die vom Kanton gemäss Art. 49a Abs. 1 KVG zu übernehmenden Anteile für die Vergütung stationärer Leistungen im Bereich der OKP stellen Abgeltungen dar. (Kap. 3.1)
- 107 **Gemeinwirtschaftliche Leistungen** im Sinne von Art. 49 Abs. 3 KVG sind Leistungen, die Listenspitäler im öffentlichen Interesse erbringen, die jedoch für die Erfüllung der Leistungsaufträge nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG nicht notwendig und deren Kosten von den OKP-Tarifen daher nicht abgedeckt sind. Es sind zwei Kategorien von gemeinwirtschaftlichen Leistungen zu unterscheiden:
- Ein Spital erfüllt im Auftrag des Kantons **bestimmte öffentliche Aufgaben**, die über die OKP hinausgehen, wie etwa Angehörigen-Verpflegung, Spitalseelsorge, Sozialberatung, Rechtsmedizin oder Vorhalteleistungen für Pandemiefälle, aber auch Forschung und universitäre Lehre (Art. 49 Abs. 3 lit. b KVG). Bei der Vergütung der (ungedeckten) Kosten solcher gemeinwirtschaftlichen Leistungen durch den Kanton handelt es sich subventionsrechtlich um Abgeltungen.
 - Die andere Kategorie gemeinwirtschaftlicher Leistungen betrifft die **Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten** (Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG). Dabei geht es um die (langfristige) Gewährleistung der stationären Spitalversorgung durch Listenspitäler. Kantonale Beiträge an die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten decken ebenfalls Kosten ab, die von den stationären OKP-Tarifen nicht erfasst sind. Es handelt sich etwa um Kosten für spitalnotwendige Infrastrukturen, die in dünn besiedelten Gebieten wegen zu geringer Fallzahlen nicht voll ausgelastet werden können, oder

auch um ausserordentliche Kosten für Investitionen in die Erneuerung von Spitalinfrastrukturen. Kantonale Beiträge an die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten sind subventionsrechtlich als Finanzhilfen zu qualifizieren. (Kap. 3.2)

- 108 Die **ambulante Gesundheitsversorgung** stellt im Unterschied zum stationären Bereich grundsätzlich keine öffentliche Aufgabe dar. Der kantonale Gesetzgeber kann aber vorsehen, dass bestimmte Aufgaben im ambulanten Bereich zur Grundversorgung gehören und in Form von Leistungsaufträgen an geeignete Einrichtungen sicherzustellen sind. Mögliche Beispiele sind Aufträge zur Erbringung von Leistungen der integrierten Versorgung, zur Gewährleistung von Palliative Care oder zur Erbringung von Aus- und Weiterbildungsleistungen. Für die ungedeckten Kosten, die aus der Erfüllung solcher Leistungsaufträge resultieren, kann der Kanton Abgeltungen leisten. Soweit der Kanton nicht im Rahmen einer öffentlichen Aufgabe und damit ausserhalb von Leistungsaufträgen Beiträge an ungedeckte Kosten ambulanter Leistungen erbringt, handelt es sich demgegenüber wiederum um Finanzhilfen. Denkbar sind etwa Beiträge zur Verbesserung der Versorgungskette oder zur Entlastung der stationären Spitalversorgung. (Kap. 3.2)
- 109 Bei der Ausrichtung von Subventionen (Abgeltungen und Finanzhilfen) sind die folgenden **verfassungsrechtlichen Vorgaben** zu beachten:
- Subventionen bedürfen einer Grundlage im **formellen Gesetz**. Dasselbe gilt für öffentliche Aufgaben und die Möglichkeit ihrer Übertragung an verwaltungsexterne Leistungserbringer mittels abgeltungsberechtigten Leistungsaufträgen. Die Anforderungen an die Normdichte sind dabei grundsätzlich gering. (Kap. 4.1)
 - Subventionen müssen durch ein hinreichendes **öffentliches Interesse** begründet sein (namentlich Interesse an einer ausreichenden Gesundheitsversorgung sowie sozial- oder sicherheitspolitische Interessen). Wie für jedes staatliche Handeln gilt auch für Subventionen das **Verhältnismässigkeitsprinzip**. Diese müssen geeignet sein, das angestrebte öffentliche Interesse zu erreichen bzw. zu fördern, dürfen in ihrer Höhe nicht über dieses Ziel hinausgehen und nicht in einem Missverhältnis zum geförderten öffentlichen Interesse stehen. (Kap. 4.2)
 - Bei der Gewährung von Subventionen hat der Staat zudem den **Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit** (Art. 94 BV) und – im privatwirtschaftlichen Bereich – das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) zu beachten. Demnach sind Subventionen unzulässig, die ohne hinreichendes öffentliches Interesse den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren, indem sie einzelne Konkurrenten gegenüber anderen bevorzugen oder benachteiligen. Generell dürfen Subventionen nicht auf

rein wirtschaftspolitischen Motiven beruhen oder zu Beeinträchtigungen des Wettbewerbs führen, welche nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt sind. Vorbehalten bleiben Ermächtigungen zu einer Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit in der Bundesverfassung selber. (Kap. 4.3)

- 110 Für **kantonale Abgeltungen im stationären Bereich** gelten namentlich folgende bundesrechtliche Voraussetzungen: Art. 10 Abs. 1 lit. c SPFG sieht vor, dass die Leistungsaufträge an die Listenspitäler gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG die gemeinwirtschaftlichen Leistungen und deren Entschädigung bezeichnen. Die Leistungsaufträge haben dabei die gemeinwirtschaftlichen Leistungen spezifisch zu umschreiben. Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, sind die Abgeltungen so zu bemessen, dass sie die ungedeckten Kosten einer wirtschaftlichen Leistungserbringung abdecken (Synallagma). Zudem dürfen sie vom Leistungsempfänger nicht für andere Aufgabenbereiche verwendet werden (Zweckbindung). Das St.Galler Spitalrecht kennt in Art. 24 Abs. 1 lit. b–d SPFG folgende Abgeltungen, die (auch) für den stationären Bereich relevant sein können: Beiträge an die ungedeckten Kosten für versorgungspolitisch sinnvolle und notwendige stationäre Pflichtleistungen der Unfall-, Invaliden- und Militärversicherung, für Leistungen innovativer Versorgungsmodelle der Psychiatrie und für Nichtpflichtleistungen im Rahmen neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden. Der Kanton muss gewährleisten, dass alle potenziellen Leistungserbringer unabhängig von ihrer Trägerschaft unter gleichen Bedingungen Zugang zu den Leistungsaufträgen haben. De lege ferenda empfiehlt sich, das Verfahren zur Vergabe von Leistungsaufträgen im SPFG im Einklang mit den bundesrechtlichen Anforderungen spezialgesetzlich zu regeln. (Kap. 5.1.2)
- 111 **Kantonale Finanzhilfen im stationären Bereich** müssen namentlich folgenden Anforderungen genügen (Kap. 5.1.3):
- Art. 23 SPFG sieht Beiträge an die **Betriebs- und Investitionskosten** von Spitälern mit Standort im Kanton St.Gallen vor. Die Beiträge können für die Sicherstellung versorgungspolitisch notwendiger stationärer Pflichtleistungen der OKP im Rahmen der Spitalplanung zusätzlich zur Abgeltung der Leistungen nach Art. 49 Abs. 1 KVG gewährt werden. Die Beiträge dürfen im Einzelfall nur für Listenspitäler gesprochen werden, die voraussichtlich auch in Zukunft «listenfähig», d.h. in der Lage sein werden, die Spitalplanungskriterien zu erfüllen und damit auf der Spitalliste des Kantons zu bleiben. Das subventionierte Spital muss insbesondere versorgungsrelevant sein, und es dürfen keine über den OKP-Standard hinausgehenden Infrastrukturen finanziert werden. Generell müssen die Beiträge auf das für die Sicherstellung der Versorgung notwendige Mass beschränkt sein. Sodann verlangt das Gebot der

Wettbewerbsneutralität, dass alle Arten von Listenspitälern unter den gleichen Bedingungen Zugang zu den Beiträgen haben.

- Für die Gewährung von **Darlehen** für die Erfüllung der Leistungsaufträge im stationären Bereich (Art. 25 SPFG) sind dieselben Kriterien zu beachten wie bei der Gewährung von Betriebs- und Investitionskostenbeiträgen. Dabei sind Darlehen, die der Kanton nicht nach kaufmännischen Grundsätzen vergibt, eine Form von Betriebs- und Investitionskostenbeiträgen nach Art. 23 SPFG, wenn sie der Sicherstellung versorgungspolitisch notwendiger stationärer Pflichtleistungen der OKP dienen. Dasselbe gilt im Prinzip für einen Verzicht auf Rückforderung von Darlehen sowie eine Umwandlung von Darlehen in Eigenkapital.
- **Erhöhungen des Dotationskapitals** von Spitalverbunden sind als Finanzhilfen zu qualifizieren. Solche Kapitalerhöhungen sind insofern problematisch, als sie einzig Spitalverbunden und damit nicht trägerschaftsneutral gewährt werden. Um Kapitalerhöhungen wettbewerbsneutral auszugestalten, sind sie denselben Voraussetzungen zu unterstellen wie Betriebs- und Investitionskostenbeiträge nach Art. 23 SPFG, welche allen Spitälern mit Standort im Kanton St.Gallen gewährt werden können (Sicherstellung versorgungspolitisch notwendiger stationärer Pflichtleistungen, «Listenfähigkeit» des Spitals sowie Beschränkung auf das notwendige Mass).

- 112 Für **kantonale Abgeltungen im ambulanten Bereich** gelten die gleichen Voraussetzungen wie für Abgeltungen im stationären Bereich (Rz. 110). Grundlagen für kantonale Beiträge an die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen im ambulanten Bereich finden sich Art. 24 Abs. 1 SPFG. Demnach können den Spitälern mit Standort im Kanton St.Gallen zusätzliche kantonale Beiträge an die ungedeckten Kosten gewährt werden für versorgungspolitische sinnvolle und notwendige ambulante Pflichtleistungen der OKP (lit. a) oder der Unfall-, Invaliden- und Militärversicherung (lit. b). Auch Darlehen nach Art. 25 SPFG können nach dem offenen Wortlaut dieser Bestimmung für die Erfüllung von Leistungsaufträgen im ambulanten Bereich vergeben werden. Empfänger solcher Beiträge bzw. Darlehen sind gemäss Art. 24 und 25 SPFG einzig Spitäler mit Standort im Kanton St.Gallen. Dies widerspricht dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, der eine trägerschaftsneutrale Ausgestaltung von Subventionen verlangt. Demzufolge müssen alle ambulanten Leistungserbringer unter gleichen Bedingungen Zugang zu den Beiträgen bzw. Darlehen und den entsprechenden Leistungsaufträgen haben, soweit sie für die Erfüllung des jeweiligen Leistungsauftrags geeignet sind und damit als potenzielle Anbieter in Frage kommen. (Kap. 5.2.2)

- 113 **Kantonale Finanzhilfen im ambulanten Bereich** müssen notwendig sein, um die Versorgung sicherzustellen. Zudem müssen sie trägerschaftsneutral ausgerichtet werden, d.h. allen Arten von Leistungserbringern im ambulanten Bereich unter gleichen Bedingungen offen stehen, soweit diese zueinander in direkter Konkurrenz stehen. Falls kantonale Beiträge nach Art. 24 SPFG oder Darlehen nach Art. 25 SPFG im ambulanten Bereich an Spitäler vergeben werden, ohne dass diese in einem Austauschverhältnis mit einem Leistungsauftrag stehen, handelt es sich um Finanzhilfen. Diese Bestimmungen stehen im Widerspruch zur Wettbewerbsneutralität, da sie nicht trägerschaftsneutral ausgestaltet sind (Rz. 112). Abgesehen davon dürfen solche Beiträge ausserhalb von Leistungsaufträgen mangels Vorliegen eines Austauschverhältnisses nur für versorgungspolitisch notwendige – nicht aber sinnvolle – Leistungen gesprochen werden. (Kap. 5.2.3)
- 114 Wenn Spitalverbunde des Kantons St.Gallen in **Konkurrenz zu privaten Anbietern im ambulanten Bereich** tätig werden, sind die folgenden Anforderungen an privatwirtschaftliche Tätigkeiten des Staates zu beachten: Eine Wirtschaftstätigkeit von Spitalverbunden bedarf einer Grundlage in einem formellen Gesetz, die zumindest den Sachbereich umschreibt, in welchem die Tätigkeit erfolgen soll. Mit Blick auf das öffentliche Interesse genügt es, wenn eine Tätigkeit von Spitalverbunden im ambulanten Bereich aus betriebswirtschaftlichen Gründen sinnvoll ist. Dies ist dann der Fall, wenn zwischen stationärem und ambulantem Bereich Synergien genutzt werden können. Diese Voraussetzung kann auch gegeben sein, wenn Spitalverbunde ambulante Leistungen losgelöst von einem stationären Standort erbringen. An den erforderlichen Synergien und damit am öffentlichen Interesse fehlt es hingegen, wenn ein Spitalverbund seine stationäre Tätigkeit gänzlich aufgibt oder wenn die stationäre Tätigkeit nur noch eine marginale, nicht versorgungsrelevante Bedeutung hat. Sodann sind zur Wahrung der Wettbewerbsneutralität Quersubventionierungen vom stationären in den ambulanten Geschäftsbereich eines Spitalverbundes zu vermeiden. Die beiden Bereiche müssen daher kalkulatorisch getrennt sein. (Kap. 6.2)
- 115 Denkbar wäre, dass der Kanton die ambulante Gesundheitsversorgung oder einen Teil davon zur **öffentlichen Aufgabe** erklärt. Der Kanton müsste nachvollziehbar begründen, dass die ambulante Versorgung der Bevölkerung in bestimmten Bereichen oder Gegenden gefährdet wäre, wenn er diese allein dem privatwirtschaftlichen Markt überlassen würde. Die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe würde vom Kanton mittels Leistungsaufträgen an geeignete ambulante Leistungserbringer sichergestellt. Soweit solche Leistungsaufträge an Spitalverbunde erteilt würden, wären diese nicht privatwirtschaftlich, sondern in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe tätig. Die verfassungsrechtliche Problematik der privatwirtschaftlichen Tätigkeit des Staates würde sich demzufolge nicht stellen

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

und die entsprechenden Anforderungen wären nicht massgebend. Das Verfahren zur Vergabe der Leistungsaufträge müsste offen und trägerschaftsneutral ausgestaltet sein.



Prof. Dr. Bernhard Rütsche

o. Professor für Öffentliches Recht und
Rechtsphilosophie

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

Abkürzungsverzeichnis

AB N/S	Amtliches Bulletin Nationalrat/Ständerat
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BBI	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (Amtliche Sammlung)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
DRG	Diagnosis Related Groups
E.	Erwägung
EDI	Eidgenössisches Departement des Inneren
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Fn.	Fussnote
GDK	Schweizerische Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren
GesG	Gesundheitsgesetz des Kantons St.Gallen vom 28. Juni 1979 (sGS 311.1)
GSV	Gesetz vom 22. September 2002 über die Spitalverbunde (sGS 320.2)
GWL	Gemeinwirtschaftliche Leistungen
HSM	Hochspezialisierte Medizin
KLV	Verordnung des EDI vom 29. September 1995 über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung; SR 832.112.31)
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1995 über die Krankenversicherung (SR 832.10)
KV/SG	Verfassung des Kantons St. Gallen vom 10. Juni 2001 (sGS 111.1)
KVV	Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (SR 832.102)

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

lit.	litera (Buchstabe)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
OKP	Obligatorische Krankenpflegeversicherung
Rz.	Randziffer
S.	Seite
sGS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen
SPFG	Gesetz über die Spitalplanung und –finanzierung vom 31. Januar 2012 (sGS 320.1)
SPVG/BE	Spitalversorgungsgesetz des Kantons Bern vom 13. Juni 2013 (BSG 812.11)
SR	Systematische Rechtssammlung
SSV	Statut der Spitalverbunde des Kantons St. Gallen vom 11. Mai 2006 (sGS 320.30)
SuG	Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz; SR 616.1)
VKL	Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung (SR 832.104)
Ziff.	Ziffer

Bernhard Rüttsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

Literaturverzeichnis

- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV-Kommentar), Zürich 2007.
- BUNDI LIVIO, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Diss. Luzern 2016.
- DONATSCH MARCO, Die Stellung der öffentlichen Hand bei der Spitalfinanzierung nach KVG, in: Jusletter 28. August 2017.
- DRUEY JUST EVA, Was sind gemeinwirtschaftliche Leistungen? Eine gesundheitsrechtliche Analyse aus der Perspektive des Vertragsrechts, in: Jusletter 26. Januar 2015.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich etc. 2014.
- EUGSTER GEBHARD, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), 2. Aufl. Zürich 2018.
- EUGSTER GEBHARD, *Krankenversicherung*, in: Ulrich Meyer (Hrsg.) Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht. Soziale Sicherheit, 3. Auflage, Basel 2016.
- GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHKE BERNHARD, Gesundheitsrecht, 4. Auflage, Basel 2018.
- GDK, Empfehlungen zur Spitalplanung, 24. Mai 2017.
- GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung: Ermittlung der effizienten Spitäler nach Art. 49 Abs. 1 KVG, 1. März 2018.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016.
- JOSEPH MANON, L'application du droit suisse de la concurrence en matière de soins, Lausanne 2019.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018.

Bernhard Rütsche

Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton

- KUMMER RAPHAEL PATRICE, Art. 49 Abs. 3 KVG: Gemeinwirtschaftliche Leistungen? Subventionen?, in: Jusletter 14. Mai 2018.
- POLEDNA TOMAS/VOKINGER KERSTIN NOËLLE, Spitalsubventionen und neue Spitalfinanzierung. Ein Rechtsvergleich kantonalen Wirkens im Spannungsverhältnis von Wettbewerbsneutralität und kantonaler Autonomie, in: Jusletter 18. August 2014.
- MADER MÉLANIE, Financement des hôpitaux et des soins: éléments importants des révisions LAMal, marge de manœuvre des cantons et rôle de la liberté économique, in: Jusletter 16. August 2010.
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Basel 2011.
- RÜTSCHKE BERNHARD, *Neue Spitalfinanzierung* und Spitalplanung. Insbesondere zur Steuerung der Leistungsmenge im stationären Bereich, Bern 2011.
- RÜTSCHKE BERNHARD, Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler, Zürich/Basel/Genf 2012.
- RÜTSCHKE BERNHARD, Was sind *öffentliche Aufgaben?*, recht 4/2013 153 ff.
- RÜTSCHKE BERNHARD, *Staatliche Leistungsaufträge* und Rechtsschutz, ZBJV 2/2016 71 ff.
- RÜTSCHKE BERNHARD, *Spitalplanung und Privatspitäler*. Aktuelle Rechtsfragen zur Umsetzung des KVG in Bezug auf Privatspitäler, Zürich/Basel/Genf 2016.
- RÜTSCHKE BERNHARD, *Zusatzversicherte Leistungen* von Spitälern. Zulässigkeit und Grenzen medizinischer Leistungsdifferenzierungen, Zürich/Basel/Genf 2017.
- TRÜEB HANS-RUDOLF/ZIMMERLI DANIEL, Spitalfinanzierung und Vergaberecht, Zürich 2012.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014.