

Luzern, 11. Juni 2014

Rechtsgutachten:

Übereinstimmung der Berner Spitalstandortinitiative vom 21. Januar 2014
mit übergeordnetem Recht und kantonalem Gesetzesrecht

Zuhanden des Kantons Bern, Gesundheits- und Fürsorgedirektion (GEF)

Inhaltsübersicht

1.	Fragestellung und Vorgehen	2
2.	Inhalt der Spitalstandortinitiative	4
2.1.	Auslegung von Initiativtexten	4
2.2.	Anwendungsbereich der Initiative	6
2.2.1.	Begriff des Spitals	6
2.2.2.	Öffentliche Spitäler	9
2.2.3.	Regionale Spitalstandorte	11
2.3.	Sicherstellung des Betriebs öffentlicher Spitäler	12
2.4.	Pflicht zur umfassenden Grundversorgung	15
3.	Verhältnis der Initiative zum geltenden Recht	21
3.1.	Vereinbarkeit der Initiative mit übergeordnetem Recht	21
3.2.	Spannungsverhältnis zum Prinzip des Wettbewerbs	23
3.3.	Durchführbarkeit der Initiative	27
3.3.1.	Übersicht	27
3.3.2.	Unternehmens- und eigentümerrechtliche Instrumente	28
3.3.3.	Finanzierungsinstrumente nach Krankenversicherungsgesetz	31
3.3.4.	Finanzierungsinstrumente nach Spitalversorgungsgesetz	33
3.3.5.	Schlussfolgerung	38
3.4.	Regulatorische Auswirkungen auf das kantonale Recht	40
4.	Zusammenfassung der Ergebnisse	42
	Anhang: Text der „Spitalstandortinitiative“	44

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

1. Fragestellung und Vorgehen

1. Am 21. Januar 2014 wurde die sog. „Spitalstandortinitiative“ mit 25'945 gültigen Unterschriften bei der bernischen Staatskanzlei eingereicht. Es handelt sich um eine Gesetzesinitiative, welche „bezuweckt, für Stadt und Land und die gesamte Bevölkerung eine ausreichende, qualitativ gute und wirtschaftliche Spitalversorgung mit einer angemessenen Anzahl Spitäler im ganzen Kanton sicherzustellen“ (Art. 1). Zu diesem Zweck hat der Kanton dafür zu sorgen, dass die öffentlichen Spitäler an namentlich aufgeführten Hauptstandorten¹ und regionalen Standorten² betrieben werden (Art. 2). Die Spitäler an den regionalen Standorten sollen die Spitalgrundversorgung in Zusammenarbeit mit den Spitäler an den Hauptstandorten gewährleisten und müssen in der Lage sein, eine umfassende Spitalgrundversorgung anzubieten; dazu gehören gemäss Initiative die Gewährleistung einer akutsomatischen Notfallversorgung rund um die Uhr sowie insbesondere die Leistungen der Fachbereiche Innere Medizin, Chirurgie und Gynäkologie/Geburtshilfe, soweit diese bisher angeboten wurden (Art. 3).³
2. Am 17. Februar 2014 erteilte der Vorsteher des Rechtsamtes der Gesundheits- und Fürsorgedirektion (GEF) des Kantons Bern dem Unterzeichnenden den Auftrag, im Zusammenhang mit der eingereichten Spitalstandortinitiative die folgenden Fragen gutachterlich zu klären:
 - Verstösst die Initiative gegen übergeordnetes Recht (harte Übereinbarkeitsprüfung)? Wenn ja, welche Rechtsfolgen ergeben sich daraus?
 - Ist die Initiative mit dem Bundesrecht (insb. KVG⁴) kompatibel? Wenn nicht, welche regulatorischen Folgen zeitigt die Inkompatibilität?
 - Steht die Initiative in Widerspruch zu kantonalem Recht (insbesondere SpVG⁵, EG KUMV⁶)? Wenn ja, welche regulatorischen Folgen zeitigt der Widerspruch?
3. Mit Email vom 28. Februar 2014 unterbreitete der Vorsteher des Rechtsamtes der GEF zusätzlich die folgenden Fragen:

¹ Bern, Biel, Burgdorf, Interlaken, Langenthal, Thun.

² Aarberg, Frutigen, Langnau, Moutier, Münsingen, Riggisberg, St-Imier, Zweisimmen.

³ Vgl. den ganzen Initiativtext im Anhang.

⁴ Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (SR 832.10).

⁵ Spitalversorgungsgesetz vom 13. Juni 2013 (BSG 812.11).

⁶ Gesetz vom 6. Juni 2000 betreffend die Einführung der Bundesgesetze über die Kranken-, die Unfall- und die Militärversicherung (BSG 842.11).

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

- Nach welchen Regeln ist der Initiativtext auszulegen?
 - Was ist unter einem Spital im Sinne der Spitalstandortinitiative zu verstehen?
 - Wie ist der 2. Satz von Art. 3 Abs. 2 der Spitalstandortinitiative auszulegen? Insbesondere: Auf welches Leistungsangebot bezieht sich der Satzteil „soweit diese bisher angeboten wurden“? Auf die Fachbereiche Innere Medizin, Chirurgie und Gynäkologie/Geburtshilfe oder zusätzlich auch auf die akutsomatische Notfallversorgung?
 - Sind Leistungsangebote der Spitäler an den regionalen Standorten (Art. 3 Spitalstandortinitiative), die vor einem allfälligen Inkrafttreten der Gesetzesinitiative nicht mehr angeboten werden, nach Inkrafttreten wieder anzubieten? Ist insbesondere die Geburtsabteilung des Spitals Riggisberg wieder aufzubauen (vgl. Art. 6 Spitalstandortinitiative)?
4. Zur Beantwortung der gestellten Fragen wird im Folgenden zuerst der Sinn der Spitalstandortinitiative ermittelt (Kap. 2). Dabei werden in einem ersten Schritt die vom Bundesgericht entwickelten Regeln zur Interpretation von Initiativtexten rekapituliert (Kap. 2.1), um danach den Anwendungsbereich sowie die auslegungsbedürftigen Begriffe und Regelungen der Initiative zu klären. Diskutiert werden namentlich – im Sinne der Gutachtensfragen – die Begriffe des öffentlichen Spitals und der regionalen Spitalstandorte (Kap. 2.2), die Pflicht zur Sicherstellung des Betriebs der Spitäler an den regionalen Spitalstandorten (Kap. 2.3) sowie Bedeutung und Inhalt der Pflicht zu einer umfassenden Grundversorgung (Kap. 2.4). Nach diesen Inhaltsbestimmungen gilt es, das Verhältnis der Initiative zum geltenden Recht zu untersuchen (Kap. 3). Zuerst wird geprüft, ob die Initiative gegen übergeordnetes Recht, namentlich gegen das Krankenversicherungsrecht des Bundes, verstößt (Kap. 3.1) und ob sie sich mit dem bundesrechtlich vorgegebenen Prinzip des Wettbewerbs vereinbaren lässt (Kap. 3.2). Danach ist die Frage zu beantworten, ob und inwieweit der Kanton überhaupt die Möglichkeit hat, die Initiative bundesrechtskonform umzusetzen (Kap. 3.3). Je nachdem, wie die Antworten auf diese Fragen ausfallen, bleibt zu klären, welche regulatorischen Auswirkungen die Initiative auf das kantonale Recht, insbesondere auf das Spitalversorgungsgesetz, haben würde (Kap. 3.4). Am Ende folgt eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse (Kap. 4).

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

2. Inhalt der Spitalstandortinitiative

2.1. Auslegung von Initiativtexten

5. Die Spitalstandortinitiative stellt eine Volksinitiative auf Erlass eines Gesetzes (Gesetzesinitiative) gemäss Art. 58 Abs. 1 Bst. b der bernischen Kantonsverfassung (KV⁷) dar. Die Gültigkeit der Initiative wird auf Antrag des Regierungsrats durch den Grossen Rat beurteilt (Art. 59 Abs. 1 KV; Art. 150 PRG⁸). Im Rahmen dieser Gültigkeitsprüfung haben Regierungsrat und Grosser Rat mittels Auslegung den Sinn der Initiative zu ermitteln. Dieser Auslegungsvorgang weist gegenüber der Auslegung angenommener – Gesetz gewordener – Volksinitiativen im Rahmen der Rechtsanwendung durch Gerichte und Verwaltungsbehörden die Besonderheit auf, dass **noch kein Wille eines historischen Gesetzgebers** besteht, sondern lediglich allfällige Absichts- und Meinungsäusserungen der Initianten vorhanden sind.
6. Das Bundesgericht hält in ständiger Rechtsprechung fest, dass für die Beurteilung der materiellen Rechtmässigkeit einer Initiative deren Text grundsätzlich **nach den anerkannten Interpretationsgrundsätzen auszulegen** ist.⁹ Die Initiative muss demnach in erster Linie aus sich selbst heraus, d.h. nach ihrem Wortlaut, ihrer inneren Systematik sowie ihrem Sinn und Zweck (*ratio legis*) verstanden werden.¹⁰ Dabei sind unklare oder offene Begriffe im Kontext der übrigen Rechtsordnung, insbesondere der Verfassung, zu interpretieren.¹¹ Für die Auslegung sind folglich primär drei Elemente massgebend: das grammatischen (Wortlaut), systematische (Zusammenhang) und teleologische (Zweck) Element. Das Bundesgericht befolgt dabei einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen.¹²
7. Demnach ist vom Wortlaut der Initiative auszugehen und von verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten jene zu wählen, welche der Systematik und dem Sinn und Zweck

⁷ Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (BSG 101.1).

⁸ Gesetz vom 5. Juni 2012 über die politischen Rechte (BSG 141.1).

⁹ BGE 139 I 392 E. 5.7 S. 296; 129 I 392 E. 2.2 S. 395; 111 Ia 303 E. 4 S. 305.

¹⁰ Allgemein in Bezug auf die Gesetzesauslegung BGE 125 II 183 E. 4 185 mit Hinweisen.

¹¹ Statt vieler BGE 126 V 103 E. 3 S. 105 f. – Vom klaren Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Der klare Sinn einer Gesetzesnorm darf dabei nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung beiseitegeschoben werden (BGE 136 V 231 E. 5.1 S. 236; 126 V 103 E. 3 S. 105 f.).

¹² BGE 138 III 694 E. 2.4 S. 698 mit Hinweisen.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

der Initiative am besten entspricht und zu einem vernünftigen Ergebnis führt.¹³ Eine allfällige **Begründung des Volksbegehrens und Meinungsäusserungen der Initianten** dürfen nach herkömmlicher bundesgerichtlicher Formel „mitberücksichtigt“ werden.¹⁴ Dabei hat jedoch in der Praxis die von den Initianten vorgetragene Begründung des Volksbegehrens für dessen Interpretation verschiedentlich eine entscheidende Rolle gespielt.¹⁵ Deshalb räumt das Bundesgericht in seiner neuesten Rechtsprechung dem Initiantenwillen stärkeres Gewicht ein. Demzufolge ist der Initiantenwille zwar nicht allein für die Interpretation eines Volksbegehrens massgeblich. Dennoch muss das durch Auslegung ermittelte Verständnis des Volksbegehrens „mit der grundsätzlichen Stossrichtung der Initiative vereinbar bleiben“¹⁶. Die Gültigkeit der Initiative lässt sich nicht dadurch erreichen, dass ihr ein Gehalt beigemessen wird, der dem Grundanliegen der Initianten nicht mehr entspricht. Durch die Auslegung des Initiativtextes darf mit anderen Worten die Natur des Volksbegehrens nicht tiefgreifend verändert werden, weil ansonsten der im Initiativbegehen zum Ausdruck kommende Wille der Unterzeichner in unzulässiger Weise verfälscht würde. Die Initiative darf keine nachträgliche Umdeutung erfahren, welche dem ursprünglichen Textverständnis und den dadurch geweckten Erwartungen zuwiderläuft.¹⁷

8. Enthält eine Volksinitiative **innere Widersprüchlichkeiten**, sind diese soweit möglich mittels Auslegung, namentlich mit Blick auf die Systematik und den Zweck der Initiative, aber auch unter Zuhilfenahme allfälliger Erklärungen der Initianten, aufzulösen. Verbleiben jedoch in wesentlichen Punkten Zweifel über den Inhalt der Initiative, muss sie ganz oder teilweise ungültig erklärt werden. Gemäss Bundesgericht „muss hinreichend klar sein, worauf die Initiative gerichtet ist, so dass eine Volksabstimmung durchgeführt werden kann, ohne dass sich die Stimmberechtigten der Gefahr eines Irrtums über wesentliche Punkte ausgesetzt sehen. Während bei der allgemeinen Anregung keine hohen Ansprüche an die Formulierung zu stellen sind, da gewisse Unklarheiten, ja vielleicht sogar Widersprüche, bei der Ausarbeitung des Gesetzes-

¹³ Vgl. BGE 129 I 392 E. 2.2 S. 395.

¹⁴ BGE 129 I 392 E. 2.2 S. 395 mit Hinweisen. Vgl. als anschauliches Beispiel BGE 138 I 61 E. 8 S. 87 ff. Aus der Lehre namentlich PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl. Bern 2011, § 51 Rz. 22.

¹⁵ Vgl. namentlich BGE 111 Ia 303 E. 6d S. 311 ff.; 129 I 392 E. 3.1 S. 396; 139 I 292 E. 7.3 ff. S. 300 ff.

¹⁶ BGE 139 I 292 E. 7.2.4 S. 299.

¹⁷ BGE 139 I 292 E. 7.2.4 S. 299; vgl. bereits BGE 112 Ia 240 E. 5b S. 245 mit Hinweisen.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

oder Beschlusstextes im Parlament noch behoben werden können, rechtfertigt sich eine solche Zurückhaltung beim ausgearbeiteten Entwurf nicht¹⁸.

9. Schliesslich gilt es, im Rahmen der Gültigkeitsprüfung von Volksinitiativen den Grundsatz „**in dubio pro populo**“ (im Zweifel für das Volk) zu beachten.¹⁹ Die verfassungsrechtlich gewährleistete Abstimmungsfreiheit verlangt, dass die Behörde, welche sich über die materielle Gültigkeit einer Initiative ausspricht, diese in dem für die Initianten günstigsten Sinn auslegt.²⁰ Daher ist von verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten jene zu wählen, welche im Sinne der verfassungskonformen Auslegung mit dem übergeordneten Recht vereinbar erscheint: „Kann der Initiative ein Sinn beigemessen werden, der sie nicht klarerweise als unzulässig erscheinen lässt, ist sie als gültig zu erklären und der Volksabstimmung zu unterstellen“²¹. Zu beachten ist aber, dass der Grundsatz „*in dubio pro populo*“ nur besagt, dass *mehrdeutige Texte*, welche bei entsprechender Auslegung als mit höherrangigem Recht vereinbar erscheinen, im Zweifel der Volksabstimmung zu unterstellen sind; die Initianten haben dagegen keinen Anspruch darauf, dass eine Bestimmung dem Volk vorgelegt wird, welche in einer erheblichen wenn nicht der überwiegenden Zahl ihrer Anwendungsfälle dem höherrangigen Recht, insbesondere dem Bundesrecht, widersprechen würde.²²

2.2. Anwendungsbereich der Initiative

2.2.1. Begriff des Spitals

10. Der Anwendungsbereich der Spitalstandortinitiative erfasst **Spitäler im Kanton Bern**, wobei die Initiative die Standorte der Spitäler im Einzelnen aufzählt (Art. 2 der Initiative). Der Begriff des Spitals ist in erster Linie im Kontext des eidgenössischen Krankenversicherungsrechts zu verstehen. Nach der Definition des Krankenversicherungsgesetzes sind Spitäler Anstalten oder Abteilungen von Anstalten, „die der stationären Behandlung akuter Krankheiten oder der stationären Durchführung von Massnahmen der medizinischen Rehabilitation dienen“ (Art. 39 Abs. 1 Ingress KVG). Zudem sind auch Einrichtungen, in denen psychiatrische Erkrankungen stationär be-

¹⁸ BGE 139 I 292 E. 5.8 S. 296. Sodann BGE 129 I 392 E. 2.2 S. 395. Aus der Lehre LUZIAN ODERMATT, Ungültigerklärung von Volksinitiativen, AJP 1996 S. 717.

¹⁹ URS BOLZ, in: Walter Kälin/Urs Bolz (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995, S. 395 (zu Art. 59 Abs. 2 KV). BGE 138 I 131 Regeste sowie E. 7 S. 141 f.; 134 I 172 E. 2.1 S. 177.

²⁰ BGE 119 Ia 154 E. 2b S. 157 mit Hinweisen.

²¹ BGE 139 I 292 E. 5.7 S. 296. Sodann BGE 129 I 392 E. 2.2 S. 395; 111 Ia 303 E. 4 S. 305 f.

²² BGE 111 Ia 292 E. 3c/cc S. 300.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

handelt werden, Spitäler im krankenversicherungsrechtlichen Sinn (vgl. Art. 58c Abs. b KVV²³).²⁴ Als *stationäre Behandlung* gelten Aufenthalte zur Untersuchung, Behandlung und Pflege im Spital von mindestens 24 Stunden oder von weniger als 24 Stunden, bei denen während einer Nacht ein Bett belegt wird (Art. 3 Bst. a und b VKL²⁵).²⁶

11. Eine Unterkategorie der Spitäler bilden die sog. **Akutspitäler**. Gemäss Rechtsprechung fallen unter diesen Begriff alle allgemeinen Krankenhäuser sowie die Spezialkliniken für Chirurgie, Gynäkologie und Neonatologie sowie Pädiatrie, d.h. nur somatische Spitäler, nicht aber Psychiatrie- oder Rehabilitationskliniken.²⁷ Im Unterschied dazu erfasst allerdings das bernische Spitalversorgungsgesetz mit dem Begriff der **Akutversorgung** auch die psychiatrische – nicht aber die rehabilitative – Versorgung (vgl. Art. 2 Bst. a SpVG). Eindeutig ist demgegenüber der Begriff der **Akutsomatik**, der sowohl auf Bundesebene (vgl. Art. 58c Bst. a und b KVV) als auch kantonaler Ebene (vgl. Art. 43 und Art. 46 SpVG) die Bereiche der Psychiatrie und Rehabilitation ausschliesst. Von den Begriffen der Akutversorgung bzw. Akutsomatik zu unterscheiden ist wiederum der Begriff der **Notfallversorgung**. Ein Notfall liegt vor, wenn medizinische Hilfe unaufschiebbar ist²⁸, während eine Akutbehandlung jede medizinisch indizierte Behandlung, Pflege oder Rehabilitation umfasst²⁹.
12. Zu den Spitälern gehören nach allgemeinem Verständnis somit Einrichtungen, die der stationären Behandlung akutsomatischer oder psychiatrischer Krankheiten oder der stationären Durchführung von Massnahmen der medizinischen Rehabilitation dienen. Ob der Spitalstandortinitiative dieser (weite) Spitalbegriff zugrunde liegt, ist indessen zweifelhaft. Zunächst wird die Pflicht zum Angebot einer umfassenden Spitalgrundversorgung in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der Initiative nur in Bezug auf akutsomatische Angebote konkretisiert: Gemäss dieser Bestimmung gilt die Pflicht zur Gewährleistung der Notfallversorgung nur für den akutsomatischen Bereich und die Pflicht, das bisherige Angebot fortzuführen, nur für die Fachbereich Innere Medizin, Chirurgie und Gy-

²³ Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (SR 832.102).

²⁴ Vgl. BGE 133 III 607 E. 2.3 S. 611; BVGE 2010/25 E. 6.3.1.

²⁵ Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung (SR 832.104).

²⁶ In tarifrechtlicher Hinsicht liegt gemäss Art. 3 VKL zudem eine stationäre Behandlung in einem Spital vor, wenn sich ein Patient in einer Einrichtung zwecks Überweisung in ein anderes Spital aufhält und wenn es in der Einrichtung zu einem Todesfall kommt (Art. 3 Bst. c und e VKL).

²⁷ BVGE 2010/25 E. 6.3.1 und 6.3.2 (in Bezug auf psychiatrische Spitäler).

²⁸ BGE 126 V 484 E. 4 S. 487.

²⁹ Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zum Spitalversorgungsgesetz und zum Dekret über die Gebühren des Grossen Rates und des Regierungsrates, 16. Januar 2013 (Vortrag SpVG), S. 18.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

näkologie/Geburtshilfe. Sodann werden in Art. 2 der Initiative alle regionalen Standorte aufgezählt, an denen gegenwärtig akutsomatische Spitäler existieren, während namentlich der regionale Psychiatriestandort in Bellelay (Psychiatrische Dienste Biel-Seeland – Berner Jura) nicht aufgeführt ist. Im Übrigen werden die psychiatrischen Kliniken in den Verlautbarungen des Initiativekomitees soweit ersichtlich nicht erwähnt.³⁰ Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, dass die Standortinitiative nur die **akutsomatische Grundversorgung** an den genannten regionalen Spitalstandorten erfasst – nicht aber die Versorgung im psychiatrischen und rehabilitativen Bereich.

13. Vom Begriff des Spitals zu unterscheiden ist der Begriff der **Spitalversorgung**. Aus Art. 2 Bst. a SpVG geht hervor, dass mit „Spitalversorgung“ im Sinne eines Oberbegriffs nicht nur die Versorgung durch Spitäler, sondern auch durch Geburtshäuser und andere akutmedizinische Einrichtungen gemeint ist. Bei letzteren handelt es sich um Einrichtungen, die akutmedizinische Leistungen ausserhalb der Spitäler – also *nicht stationär* – erbringen, die aber innerhalb eines institutionellen Rahmens räumlich getrennt eine für Spitäler typische betriebliche Qualität aufweisen und insgesamt für die Spitalversorgung im weiteren Sinn unverzichtbar sind.³¹ Die Spitalstandortinitiative bezieht sich gemäss Wortlaut und Systematik auf die Spitalversorgung, die durch Spitäler an bestimmten Standorten erbracht wird (vgl. Art. 1 und 2 der Initiative). Nach dem Gesagten sind unter „Spitälern“ Einrichtungen zu verstehen, die der stationären Behandlung akutsomatischer Krankheiten dienen. In keinem Fall unter die Spitalstandortinitiative fallen damit nicht-stationäre Leistungen durch Einrichtungen der akutmedizinischen Versorgung im Sinne von Art. 2 Bst. a SpVG.
14. Fraglich ist, ob **Geburtshäuser** von der Spitalstandortinitiative erfasst sind. Geburtshäuser werden vom Krankenversicherungsgesetz neben den Spitälern als eigenständige Kategorie von Leistungserbringern behandelt (Art. 35 Abs. 2 Bst. i, Art. 39 Abs. 3 KVG). Auch im Spitalversorgungsgesetz bilden Geburtshäuser eine Sonderkategorie (vgl. namentlich Art. 2 Bst. a SpVG). Keine Geburtshäuser – sondern Spitäler – sind dabei Einrichtungen mit einer stationären Gynäkologie und Neonatologie sowie mit akutsomatischen Leistungen der Geburtshilfe. Geburtshäuser sind somit Einrichtungen für stationäre Geburtshilfe, ohne geburtsmedizinische Leistungen im genannten Sinn anzubieten. Die Initiative erwähnt nur Spitäler, nicht aber Geburtshäuser. Allerdings verlangt Art. 6 der Initiative (Übergangsbestimmung), dass die Geburtsabteilung

³⁰ Vgl. www.riggisberg-ist-ueberall.ch/.

³¹ Vortrag SpVG (Anm. 29), S. 18.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

des Spitals Riggisberg zu betreiben ist. Die Geburtsabteilung Riggisberg stand indessen bisher nicht als Geburtshaus auf der Liste der krankenversicherungsrechtlichen Leistungserbringer.³² Entsprechend kann aus Art. 6 der Initiative nicht geschlossen werden, dass Geburtshäuser vom Anwendungsbereich der Initiative erfasst sein müssten. Ebenso wenig folgt aus der Erwähnung des Begriffspaars „Gynäkologie/Geburtshilfe“ in Art. 3 Abs. 2 Satz 2, dass Geburtshäuser unter den Anwendungsbereich der Initiative fallen, da Geburtshilfe auch in Spitäler erbracht wird, soweit es sich um akutsomatische Leistungen handelt. Die Initiative bezieht sich somit nur auf Spitäler, nicht aber auf Geburtshäuser.

15. Nicht unter den Spitalbegriff und damit auch nicht unter die Spitalstandortinitiative fallen schliesslich **Pflegeheime**. Nach der Definition von Art. 39 Abs. 3 KVG sind Pflegeheime „Anstalten, Einrichtungen oder ihre Abteilungen, die der Pflege und medizinischen Betreuung sowie der Rehabilitation von Langzeitpatienten und -patientinnen dienen“. Als Langzeitpflege gilt die andauernde medizinische Pflege und Betreuung von Patientinnen und Patienten mit chronischen Gesundheitsproblemen und/oder fortbestehenden Funktionseinschränkungen.³³ Die Langzeitpflege ist damit von stationär durchgeführten Massnahmen der medizinischen Rehabilitation zu unterscheiden, welche der Wiederherstellung der Gesundheit dienen.

2.2.2. Öffentliche Spitäler

16. Die Spitalstandortinitiative richtet sich, wie aus Art. 2 hervorgeht, nicht an alle Spitäler, sondern nur an die öffentlichen Spitäler an den genannten Standorten. Vorweg lässt sich festhalten, dass der Begriff des „öffentlichen Spitals“ **nicht funktional** verstanden werden kann in dem Sinne, dass er alle Spitäler mit einem versorgungsrechtlichen Leistungsauftrag erfassen würde.³⁴ Das ergibt sich bereits aus Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG, wonach die Kantone „private Trägerschaften“ angemessen in ihre

³² Vgl. Spittaliste des Kantons Bern, gültig ab 1. Januar 2005; Spittaliste des Kantons Bern, gültig ab 1. Mai 2012; Spittaliste des Kantons Bern, gültig ab 1.5.2014.

³³ Vortrag SpVG (Anm. 30), S. 17.

³⁴ Vgl. demgegenüber die funktionale Definition „öffentlicher Unternehmen“ bei ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 1239; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rz. 2 (öffentliche Unternehmen als Träger von Verwaltungsaufgaben wirtschaftlicher Natur).

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

Spitalplanung und die darauf gestützte Vergabe von Leistungsaufträgen einzubeziehen haben.³⁵

17. Ebenso wenig kann auf die **Rechtsform** abgestellt werden, um zu bestimmen, ob ein öffentliches Spital vorliegt. Ansonsten müssten die Regionalen Spitalzentren (RSZ) sowie das Hôpital du Jura bernois SA, die alle als Aktengesellschaften nach Art. 620 ff. OR³⁶ geführt werden (vgl. Art. 19 Abs. 1 SpVG), als private Spitäler qualifiziert werden. Dies stünde nicht nur im Widerspruch zur allgemeinen Begriffsverwendung³⁷, sondern auch zur Initiative selber, welche in Art. 2 notwendig davon ausgeht, dass die RSZ sowie das Hôpital du Jura bernois SA an jenen Standorten, an denen nur ein Spital existiert, öffentliche Spitäler sind.³⁸
18. Der Begriff des öffentlichen Spitals verweist somit auf die **Trägerschaft** des Spitals.³⁹ Ist ein Gemeinwesen (d.h. der Kanton, eine Gemeinde oder sonstige öffentlich-rechtliche Körperschaft) Trägerin des Spitals, handelt es sich mithin um ein öffentliches Spital; demgegenüber befinden sich Privatspitäler im Eigentum von privaten natürlichen oder juristischen Personen. Eine öffentliche Trägerschaft liegt auf jeden Fall vor, wenn das Gemeinwesen *kapital- und stimmenmässig die Mehrheit* an der jeweiligen Institution hat und auf diese Weise die Institution beherrscht. Dies ist in Bezug auf die RSZ (Art. 21 Abs. 2 SpVG) sowie das Hôpital du Jura bernois SA der Fall. Ob auch eine weniger weitgehende Einflussnahme des Gemeinwesens auf ein Spital, beispielsweise in Form einer Einsitznahme von Staatsvertretern im Verwaltungsrat oder durch Minderheitsbeteiligungen am Unternehmen, dieses als öffentli-

³⁵ Vgl. auch BGE 138 II 418 E. 3.5.2 S. 407, wonach die Abgeltung gemäss Art. 49a KVG auch für Behandlungen in Privatspitäler geleistet werden muss, soweit sich auf der Spitalliste figurieren.

³⁶ Obligationenrecht (SR 220).

³⁷ Vgl. etwa Vortrag SpVG (Anm. 29), S. 12 (Konkurrenz zwischen RSZ und Privatspitälern).

³⁸ Vgl. die Bezeichnung der Regionalen Spitalzentren (RSZ) durch den Regierungsratsbeschluss Nr. 508 vom 1. März 2006: „Spitäler FMI AG“ mit den Spitalstandorten Interlaken und Frutigen; „Spital STS AG“ mit den Spitalstandorten Thun und Zweisimmen; „Spital Netz Bern AG“ mit den Spitalstandorten Bern-Tiefenau, Bern-Ziegler, Aarberg, Belp, Münsingen und Riggisberg; Spitalzentrum Biel AG“ (SZB) mit dem Standort Biel; „Regionalspital Emmental AG“ (RSE) mit den Standorten Burgdorf und Langnau; „Spital Region Oberaargau AG“ (SRO) mit dem Spitalstandort Langenthal. Die „Hôpital du Jura bernois SA“ mit den Spitalstandorten Moutier und St-Imier wurde in diesem Regierungsratsbeschluss nicht als RSZ bezeichnet, jedoch als Spitalzentrum, welches den Berner Jura mit Spitalleistungen der Grundversorgung versorgt.

³⁹ Vgl. die Definition „öffentlicher Unternehmen“ bei STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, Zürich 2000, S. 34; PHILIPP HÄSLER, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Bern 2005, S. 31 f. RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 18 Rz. 31.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

ches Spital qualifizieren, ist fraglich; in Lehre und Rechtsprechung wird in solchen Fällen von „gemischtwirtschaftlichen Unternehmen“ gesprochen.⁴⁰

19. Hinsichtlich der Spitalstandortinitiative stellt sich insbesondere die Frage, ob das **Inselspital Bern** ein öffentliches Spital darstellt. Trägerin des Inselspitals ist eine privatrechtliche Stiftung, an welcher der Kanton keine Beteiligungsrechte besitzt.⁴¹ Das Inselspital gilt nach Art. 35 SpVG jedoch als Universitätsspital und nimmt als solches von Gesetzes wegen öffentliche Aufgaben wahr (vgl. Art. 34 SpVG). Die staatliche Einflussnahme auf das Inselspital gründet auf dem sog. Inselvertrag, in welchem der Regierungsrat und das zuständige Organ der Inselspital-Stiftung insbesondere die Führung, die Organisation und die Eigentumsverhältnisse des Inselspitals regeln (Art. 36 Abs. 1 SpVG). Mithilfe des Inselvertrags stellt der Kanton somit eine gewisse Mitbestimmung in Bezug auf die Führung und den Betrieb des Unternehmens sicher. Aufgrund dieser gesetzlich vorgesehenen Einbindung in das öffentliche Recht, welche über eine bloss regulatorische Einflussnahme des Staates hinausgeht, lässt sich das Inselspital als öffentliches Spital bezeichnen.

2.2.3. Regionale Spitalstandorte

20. Die Spitalstandortinitiative bezieht sich indessen gemäss Titel des zu erlassenden Gesetzes („Gesetz über die regionalen Spitalstandorte“) und gemäss Überschrift von Art. 2 nur auf die **regionalen Spitalstandorte**. Der Begriff des „regionalen Spitalstandorts“ wird dabei in einem doppelten Sinn verwendet: In einem weiten Sinn sind die Spitäler an den Hauptstandorten gemäss Art. 2 (Bern, Biel, Burgdorf, Interlaken, Langenthal, Thun) miterfasst, in einem engen Sinn werden nur die Standorte Aarberg, Frutigen, Langnau, Moutier, Münsingen, Riggisberg, St-Imier und Zweifelden als regionale Standorte verstanden. Ob von einem weiten oder engen Begriffsverständnis ausgegangen wird, ist für die Auslegung von Art. 3 (umfassende Grundversorgung) von entscheidender Bedeutung (vgl. dazu Kap. 2.4).
21. Was den Anwendungsbereich der Initiative betrifft, stellt sich die Frage, ob das am Hauptstandort Bern gelegene Inselspital als Spital an einem „regionalen Spitalstandort“ im weiten Sinn gilt und damit von der Initiative erfasst ist. Diese Frage ist im Kontext des Spitalversorgungsgesetzes zu beantworten: Gemäss Art. 35 SpVG gilt das

⁴⁰ Statt vieler RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Anm. 39), § 18 Rz. 31; BGE 120 II 47 E. 2 S. 48 ff. Vgl. auch Art. 762 OR.

⁴¹ Vortrag SpVG (Anm. 29), S. 26.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

Inselspital als **Universitätsspital**. Nach Art. 15 SpVG wird die regionale umfassende akutstationäre Grundversorgung durch die RSZ und andere Leistungserbringer sichergestellt; demgegenüber erfolgt die kantonsweite Versorgung mit hoch spezialisierten Spitalleistungen in der Regel durch die Universitätsspitäler. Daraus folgt, dass das Inselspital kein regionaler Leistungserbringer und damit auch kein Spital an einem regionalen Spitalstandort im Sinne der Initiative darstellt. Vorbehalten bleibt allerdings eine Bezeichnung des Inselspitals als RSZ durch den Regierungsrat gestützt auf Art. 16 Abs. 2 SpVG. In diesem Fall würde das Inselspital zusätzlich zu einem regionalen Leistungserbringer im rechtlichen Sinn und insofern unter den Anwendungsbereich der Initiative fallen.

22. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Spitalstandortinitiative **sämtliche RSZ sowie das Hôpital du Jura bernois SA** an den in Art. 2 genannten Standorten erfasst, so weit diese Spitäler akutsomatische Leistungen der Grundversorgung erbringen. Nicht unter den Anwendungsbereich der Initiative fallen dagegen die Psychiatriebetriebe, d.h. weder die Regionalen Psychiatrischen Dienste (RPD) gemäss Art. 32 f. SpVG noch die Universitären Psychiatrischen Dienste in Bern (UPD).⁴² Ebenso wenig ist die Initiative auf das Inselspital anwendbar, solange dieses nicht als RSZ bezeichnet wird. Von der Initiative ausgenommen sind sodann sämtliche Privatspitäler, d.h. Spitäler, die im Privateigentum stehen und auf deren Führung und Betrieb das Gemeinwesen keinen direkten Einfluss ausüben kann.

2.3. Sicherstellung des Betriebs öffentlicher Spitäler

23. Gemäss Art. 2 der Spitalstandortinitiative muss der Kanton sicherstellen, dass die öffentlichen Spitäler an den namentlich aufgeführten Hauptstandorten und regionalen Standorten betrieben werden und die kantonalen und eidgenössischen Vorgaben an die Spitalversorgung erfüllen. Die Initiative statuiert damit eine **Pflicht des Kantons, den Betrieb von Spitälern sicherzustellen**. Diese Pflicht wird in zweierlei Hinsicht näher bestimmt: Zum einen bezieht sie sich auf „die öffentlichen Spitäler“, zum anderen auf die genannten Standorte. Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob mit den öffentlichen Spitälern alle Spitäler gemeint sind, die gegenwärtig an den aufgeführten Standorten existieren, oder ob die Initiative lediglich verlangt, dass mindestens ein

⁴² Im (theoretischen) Fall, dass ein RPD an einem regionalen Standort anstelle eines RSZ die Leistungen der akutsomatischen Grundversorgung übernehmen würde, müsste insoweit die Spitalstandortinitiative auf das den RPD Anwendung finden.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

öffentlichen Spital an den fraglichen Standorten betrieben wird. Weiter ist zu klären, inwieweit die von der Betriebspflicht erfassten öffentlichen Spitäler in Bezug auf ihre Rechtsform, Eigentümerverhältnisse und Organisation noch verändert werden können, falls die Initiative angenommen wird.

24. Als erstes ist zu prüfen, ob Art. 2 der Initiative einen **Bestandesschutz** für die öffentlichen Spitäler an den genannten Hauptstandorten und regionalen Standorten enthält (institutioneller Bestandesschutz) oder ob sich der Bestandesschutz nur auf die Standorte – nicht aber die Spitäler selber – bezieht (geographischer Bestandesschutz). Die Frage ist namentlich für die Spitäler am Standort Bern (Tiefenau und Ziegler) relevant. Das in Art. 2 verwendete Definitivpronomen „die“ öffentlichen Spitäler könnte auf einen institutionellen Bestandesschutz schliessen lassen. Mit Blick auf den Zweck der Initiative würde es jedoch genügen, wenn *mindestens ein öffentliches Spital* an den fraglichen Standorten betrieben wird. So geht aus dem Zweckartikel (Art. 1) hervor, dass das primäre Ziel der Initiative die Sicherstellung einer ausreichenden, qualitativ guten und wirtschaftlichen Grundversorgung ist. Dieses Ziel soll mit einer „angemessenen Anzahl Spitäler“ erreicht werden. Das Kriterium der Angemessenheit kann sich dabei nur auf die Grundsätze der „ausreichenden, qualitativ guten und wirtschaftlichen“ Spitalversorgung beziehen. Diese Grundsätze können im Einzelfall, d.h. in Bezug auf ein bestimmtes Spital, zueinander in Konflikt treten. So kann namentlich der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit dafür sprechen, ein bestimmtes Spital zu schliessen oder in ein bestehendes Spital am selben Standort zu integrieren. Dadurch reduziert sich zwar die Anzahl Spitäler am betreffenden Standort. Wenn aber an diesem Standort nach wie vor eine ausreichende und qualitativ gute Spitalversorgung existiert, bleibt das Ziel der Initiative gewahrt. In systematischer Hinsicht ist darüber hinaus vorausgesetzt, dass die von der Initiative in Art. 3 Abs. 2 (akutsoziale Notfallversorgung rund um die Uhr sowie Leistungen der Fachbereiche Innere Medizin, Chirurgie und Gynäkologie/Geburtshilfe, soweit diese bisher angeboten wurden) und in Art. 6 (Betrieb der Geburtsabteilung des Spitals Riggisberg) verlangten Leistungen an den entsprechenden Standorten angeboten werden (vgl. dazu Kap. 2.4). Solange diese leistungsbezogenen Anforderungen der Initiative erfüllt bleiben und an jedem Standort mindestens ein Spital existiert, muss eine Veränderung der Anzahl Spitäler zulässig sein. Hätten die Initianten einen institutionellen Bestandesschutz verankern wollen, hätten sie dies durch Erwähnung der einzelnen Spitäler – anstelle der Erwähnung von Standorten – tun können. Das bedeutet, dass Art. 2 nicht im Sinne eines institutionellen Bestandesschutzes interpretiert werden kann, sondern lediglich einen geographischen Bestandesschutz garantiert.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

25. Aus dem Gesagten ergibt sich weiter, dass es dem Kanton grundsätzlich unbenommen ist, die von der Betriebspflicht erfassten öffentlichen Spitäler in Bezug auf ihre **Rechtsform, Eigentumsverhältnisse und Organisation** umzugestalten. Vorausgesetzt ist wiederum, das dadurch das Ziel der Initiative, d.h. die Sicherstellung einer ausreichenden, qualitativ guten und wirtschaftlichen Spitalversorgung an den fraglichen Standorten, sowie die in Art. 3 Abs. 2 und Art. 6 konkretisierten Leistungsvorgaben gleich gut oder gar besser erreicht werden. Mit der Initiative nicht vereinbar wäre es jedoch, wenn der Kanton seine Einflussmöglichkeiten auf ein Spital soweit reduzieren würde, dass er nicht mehr in der Lage wäre, kraft seiner Eigentümerstellung die Grundversorgung am entsprechenden Standort sicherzustellen. So würde es der Initiative widersprechen, wenn der Kanton einem Spital an einem regionalen Standort den Status als RSZ oder RPD entziehen und in der Folge seine kapital- und stimmenmässige Mehrheit am betreffenden Spital zugunsten privater Investoren aufgeben würde. Demgegenüber stünde es dem Kanton auch nach einer Annahme der Initiative frei, gestützt auf Art. 27 Abs. 1 SpVG zwei oder mehrere RSZ auf deren Antrag unter einer überregionalen Spitalholding zusammenfassen. Ebenso stünde es nicht im Widerspruch zur Initiative, wenn der Kanton gestützt auf Art. 19 Abs. 2 SpVG ein RSZ spalten oder mit einem anderen RSZ oder sonstigen Leistungserbringer fusionieren würde bzw. kraft Art. 24 SpVG einer Fusion zustimmen würde, sofern die leistungsbezogenen Anforderungen der Initiative gewahrt bleiben. Dies muss auch dann gelten, wenn durch einen solchen Zusammenschluss an einem Spitalstandort nur noch eine Betriebsstätte – und kein Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit – existiert; denn die Initiative verlangt nur, dass das Spital „öffentliche“ ist, d.h. unter massgebendem Einfluss des Gemeinwesens steht, nicht aber, dass es eine eigene juristische Persönlichkeit aufweist.
26. Insgesamt ist somit die in Art. 2 der Spitalstandortinitiative verankerte **Pflicht, den Betrieb öffentlicher Spitäler sicherzustellen**, wie folgt zu interpretieren:
 - Art. 2 enthält keinen institutionellen Bestandesschutz für einzelne öffentliche Spitäler, sondern lediglich einen geographischen Bestandesschutz hinsichtlich der aufgeführten Standorte. Solange die leistungsbezogenen Vorgaben der Initiative in Bezug auf die Spitalgrundversorgung erfüllt bleiben und an jedem Standort mindestens ein Spital existiert, darf der Kanton die Anzahl öffentlicher Spitäler verändern.
 - Unter denselben Voraussetzungen darf der Kanton die von der Initiative erfassten öffentlichen Spitäler in Bezug auf ihre Rechtsform, Eigentumsverhältnisse und Organisation umgestalten, insbesondere RSZ auf deren Antrag unter einer

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

überregionalen Spitalholding zusammenfassen oder einen Zusammenschluss von RSZ beschliessen.

2.4. Pflicht zur umfassenden Grundversorgung

27. Zusammen mit Art. 2 stellt Art. 3 den Kern der Spitalstandortinitiative dar. Diese Bestimmung schreibt eine **umfassende Grundversorgung** durch die Spitäler an den regionalen Standorten vor. Gemäss Art. 3 Abs. 1 gewährleisten die Spitäler an den regionalen Standorten die Spitalgrundversorgung in Zusammenarbeit mit den Spitätern an den Hauptstandorten. Sie sind zudem Bindeglied zu den regionalen und lokalen Erbringern von Medizinaldienstleistungen und Notfallorganisationen. Art. 3 Abs. 2 verlangt, das Spitäler an den regionalen Standorten in der Lage sind, eine umfassende Spitalgrundversorgung anzubieten. Dazu gehören die Gewährleistung einer akutsomatischen Notfallversorgung rund um die Uhr sowie insbesondere die Leistungen der Fachbereiche Innere Medizin, Chirurgie und Gynäkologie/Geburtshilfe, soweit diese bisher angeboten wurden.
28. Zunächst stellt sich die Frage, auf welche Standorte sich die Pflicht zu einer umfassenden Grundversorgung bezieht. In Art. 3 Abs. 1 Satz 1 der Initiative (Pflicht zur Zusammenarbeit) wird der **Begriff der regionalen Standorte** im engen Sinn, d.h. in Abgrenzung zu den Hauptstandorten, verwendet. Die innere Systematik von Art. 3 spricht dafür, auch in Bezug auf dessen Absatz 2 (Pflicht zur umfassenden Spitalgrundversorgung) von einem engen Verständnis der regionalen Standorte auszugehen. Auch die Unterteilung von Art. 2 der Initiative in Hauptstandorte und regionale Standorte legt ein solches Begriffsverständnis nahe. Demgegenüber müssten mit Blick auf den Titel des Gesetzes und die Überschrift von Art. 2 auch die Hauptstandorte als regionale Standorte gelten.⁴³ Aus dem Wortlaut und der Systematik der Initiative ergibt sich somit keine schlüssige Antwort. Hingegen spricht der Zweck der Initiative dafür, auch die Spitäler an den Hauptstandorten als Adressaten der Pflicht zu einer umfassenden Grundversorgung zu verstehen. Gemäss Art. 1 soll die Initiative „für Stadt und Land und die gesamte Bevölkerung“ eine ausreichende, qualitativ gute und wirtschaftliche Spitalversorgung sicherzustellen. Daraus ergibt sich, dass sich das Hauptanliegen der Initiative – die Sicherstellung einer umfassenden Grundversorgung durch öffentliche Spitäler – auf alle aufgeführten Spitalstandorte beziehen muss.

⁴³ Vgl. vorne Rz. 20.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

29. Weiter ist zu fragen, welche Leistungen zu einer umfassenden Grundversorgung im Sinne von Art. 3 Abs. 2 der Initiative gehören. Die Bestimmung nennt „die Gewährleistung einer akutsomatischen Notfallversorgung rund um die Uhr sowie insbesondere die Leistungen der Fachbereiche Innere Medizin, Chirurgie und Gynäkologie/Geburtshilfe, soweit diese bisher angeboten wurden“. Mit dem letzten Satzteil wird somit der **Vorbehalt des Status quo** eingeführt. Nicht von vornherein klar ist, ob sich dieser Vorbehalt auch auf die akutsomatische Notfallversorgung oder nur auf die Leistungen der Fachbereiche Innere Medizin, Chirurgie und Gynäkologie/Geburtshilfe bezieht. Der Wortlaut, vor allem das eingeschobene Wort „insbesondere“, spricht für Letzteres. Auch der Zweck der Initiative, für Stadt und Land und die gesamte Bevölkerung eine ausreichende Spitalversorgung sicherzustellen, legt es nahe, die akutsomatische Notfallversorgung vom Vorbehalt des Status quo auszunehmen. Demzufolge verlangt die Initiative, dass an allen Standorten gemäss Art. 2 die notwendigen Vorhalteleistungen für einen akutsomatischen Notfalldienst rund um die Uhr⁴⁴ erbracht werden. Dagegen schreibt die Initiative in den Bereichen Innere Medizin, Chirurgie und Gynäkologie/Geburtshilfe die bestehenden Angebote an den RSZ fest, ohne einen Ausbau dieser Angebote zu verlangen.
30. Hinsichtlich des Vorbehalts des Status quo gemäss Art. 3 Abs. 2 der Initiative stellt sich weiter die Frage nach dem **massgebenden Zeitpunkt**: Ist das bisherige Leistungsangebot im Zeitpunkt des allfälligen Inkrafttretens der Initiative massgebend, oder ist auf das Angebot in einem früheren Zeitpunkt, namentlich im Zeitpunkt der Einreichung der Initiative abzustellen? Diese Frage würde dann relevant, wenn zwischen der Einreichung der Initiative und deren Inkrafttreten Leistungsangebote an regionalen Spitalstandorten abgebaut würden. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass ein Gesetz erst mit seinem Inkrafttreten Rechtswirkungen zu entfalten vermag. Eine *Rückwirkung* des Gesetzes auf Sachverhalte, die sich vor seinem Inkrafttreten ereignet haben, bedarf einer eindeutigen gesetzlichen Grundlage, muss auf einem überwiegenden öffentlichen Interesse beruhen und in zeitlicher Hinsicht mässig, d.h. verhältnismässig sein; zudem darf eine Rückwirkung nicht zu stossenden Rechtsungleichheiten führen.⁴⁵ Vorliegend ist allerdings zweifelhaft, ob eine solche echte Rückwirkung vorliegen würde, wenn für das bisherige Spitalangebot ein Zeitpunkt vor dem Inkrafttreten der Initiative massgebend wäre. Viel eher ist davon auszugehen,

⁴⁴ Vgl. zu den Vorhalteleistungen im Zusammenhang mit Notfalldiensten Vortrag SpVG (Anm. 29), S. 50.

⁴⁵ BGE 136 I 65 E. 4.3.1 S. 74; 125 I 182 E. 2b/cc S. 186. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 34), Rz. 331; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Anm. 34), § 24 Rz. 26.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

dass es sich um eine sog. *Rückanknüpfung* handeln würde. Das bedeutet, dass nicht die vom Gesetz eingeführte Pflicht als solche (Pflicht zu einer umfassenden Grundversorgung) auf vergangene Sachverhalte (früher angebotene Spitalleistungen) rückwirkt, sondern vergangene Sachverhalte lediglich herangezogen werden, um den Umfang der Pflicht zu bestimmen.⁴⁶ Für eine solche Rückanknüpfung genügt es, dass sie sich aus dem Sinn des Gesetzes ergibt; einer besonderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf es nicht. Im Fall der Spitalstandortinitiative ist davon auszugehen, dass sich die Initianten und die Unterzeichner der Initiative auf das damals bestehende Grundversorgungsangebot bezogen. Folglich muss für die Bestimmung des Umfangs der Grundversorgungspflicht nach Art. 3 Abs. 2 das Angebot im Zeitpunkt der Einreichung der Initiative massgebend sein.

31. Hinsichtlich der **Geburtsabteilung des Spitals Riggisberg** stellt die Spitalstandortinitiative in Art. 6 eine Sonderregelung auf. Demnach ist die Geburtsabteilung des Spitals Riggisberg mindestens bis zur ersten Berichterstattung gemäss Art. 4 Abs. 1, welche acht Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes zu erfolgen hat, zu betreiben. Das Angebot der Geburtsabteilung des Spitals Riggisberg wurde auf Beschluss des Verwaltungsrats der Spital Netz Bern AG vom 18. März 2013 per Ende Juli 2013 eingestellt.⁴⁷ Die Einreichung der Spitalstandortinitiative erfolgte ein halbes Jahr nach der Schliessung der Geburtsabteilung. Die Ausarbeitung der Initiative und die Unterschriftensammlung fanden somit nicht nur im Wissen um die Schliessung der Geburtsabteilung statt, sondern die Schliessung der Geburtsabteilung war geradezu Anlass für die Lancierung der Initiative⁴⁸. In Anbetracht der Entstehungsgeschichte der Initiative sowie des Willens der Initianten ist demnach Art. 6 der Initiative dahingehend zu verstehen, dass die Geburtsabteilung des Spitals Riggisberg wieder aufzubauen und in Betrieb zu nehmen ist, falls die Initiative angenommen wird. Zwar ist die Überschrift von Art. 6 der Initiative („Übergangsbestimmung“) missverständlich, indem sie auf die Fortführung einer noch bestehenden Einrichtung hindeutet. Der Wortlaut von Art. 6 selber spricht aber lediglich von „betreiben“ und nicht von „weiterbetreiben“ oder „fortführen“. Im Übrigen liegt auch diesbezüglich keine Rückwirkung vor, sondern nur eine Rückanknüpfung an einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt (Betrieb der Geburtsabteilung Riggisberg bis Ende Juli 2013);⁴⁹ mit dieser Rückanknüpfung wird

⁴⁶ Vgl. 104 Ib 205 E. 6 S. 219 f.; 102 Ia 31 E. 3a S. 32 f. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 34), Rz. 341 („unechte Rückwirkung“); TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Anm. 34), § 24 Rz. 24.

⁴⁷ Tangiert war die Geburtshilfe des Spitals mit 300 Wöchnerinnen pro Jahr, nicht aber die gynäkologischen Eingriffe; vgl. Medienmitteilung der Spital Netz Bern AG vom 26. März 2013.

⁴⁸ Vgl. die Verlautbarungen des Initiativkomitees auf www.riggisberg-ist-ueberall.ch/.

⁴⁹ Vgl. vorne Rz. 30.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

der Umfang der – ab Inkrafttreten der Initiative bestehenden – Pflicht zum Betrieb der Geburtsabteilung bestimmt, diese Pflicht aber nicht rückwirkend auf vergangene Sachverhalte angewandt.

32. Die Spitalstandortinitiative legt somit in dreifacher Hinsicht fest, worin die in Art. 3 Abs. 2 verlangte **umfassende Grundversorgung** bestehen soll:

- Gewährleistung einer akutsomatischen Notfallversorgung rund um die Uhr an allen Spitalstandorten gemäss Art. 2 der Initiative;
- Fortführung des Angebots in den Fachbereichen Innere Medizin, Chirurgie und Gynäkologie/Geburtshilfe, soweit die entsprechenden Leistungen an den einzelnen Spitalstandorten bisher, d.h. im Zeitpunkt der Einreichung der Initiative, angeboten wurden;
- Wiederaufbau und Inbetriebnahme der Geburtsabteilung des Spitals Riggisberg.

33. Im Übrigen lässt die Spitalstandortinitiative offen, was im Einzelnen zu einer umfassenden Grundversorgung gehört. Der Begriff der (regionalen) umfassenden Grundversorgung wird auch vom Spitalversorgungsgesetz verwendet (Art. 15 Abs. 1 und 2 SpVG) und ist im Sinne der Einheit der Rechtsordnung in der Spitalstandortinitiative gleich zu verstehen. Was eine umfassende Grundversorgung beinhaltet, ist mit Blick auf die **Versorgungsgrundsätze** in Art. 3 Abs. 1 SpVG zu konkretisieren. Demnach muss die Spitalversorgung „allgemein zugänglich, bedarfsgerecht, von guter Qualität und wirtschaftlich“ sein. Diese Grundsätze kommen auch in der Zweckbestimmung der Initiative (Art. 1) in etwas anderer Formulierung („ausreichende, qualitativ gute und wirtschaftliche Spitalversorgung“) zum Ausdruck. Die Grundsätze der allgemeinen Zugänglichkeit, Bedarfsgerechtigkeit, guten Qualität und Wirtschaftlichkeit werden im Vortrag des Regierungsrats zum Spitalversorgungsgesetz wie folgt näher erläutert:⁵⁰

- **Allgemeine Zugänglichkeit:** Der Kanton Bern hat dafür zu sorgen, dass ein genügendes Angebot an Spitalleistungen besteht, das Gewähr dafür bietet, dass die gesamte Bevölkerung des Kantons insbesondere auch unabhängig von ihrer sozialen Stellung ausreichend versorgt werden kann. Das bedeutet namentlich, dass Leistungserbringer im Kanton in der Regel Leistungen erbringen, die auch ausschliesslich grundversicherten Patientinnen und Patienten zugänglich sind. Hingegen muss der Kanton nicht dafür besorgt sein, überall und zu jedem Zeit-

⁵⁰ Vortrag SpVG (Anm. 29), S. 18 f.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

punkt Angebote für jede nachgefragte Leistung bereitzuhalten. Soweit etwa eine zeitliche oder örtliche Verlegung einer Patientin oder eines Patienten zumutbar ist und der entsprechende Eingriff zum entsprechenden Zeitpunkt oder am andern Ort ebenso gut (oder besser) und allenfalls auch wirtschaftlich günstiger erbracht werden kann, ist dem Anspruch auf eine allgemein zugängliche Spitalversorgung ohne Weiteres Genüge getan.

- **Bedarfsgerechtigkeit:** Nach dem Grundsatz der Bedarfsgerechtigkeit soll ein Leistungsangebot gewährleistet sein, das die mutmassliche Nachfrage nach den entsprechenden Leistungen im jeweiligen Versorgungsgebiet abdeckt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Bedarf keine feste, rein rechnerisch feststellbare Grösse ist. Vielmehr kann der Bedarf für bestimmte Leistungen durch das Angebot dieser Leistung, durch Anreize, durch Preise oder durch subjektive und emotionale Faktoren beeinflusst werden. Aus diesem Grund ist im Rahmen der Versorgungsplanung sorgfältig zu ermitteln, für welche Leistungen an welchem Ort und in welchem Umfang ein begründeter Bedarf besteht. Dabei sind nach Möglichkeit vor allem sachliche (u.a. medizinische) Kriterien, aber auch weitere Faktoren wie etwa die Mobilität der Patientinnen und Patienten zu berücksichtigen.
- **Gute Qualität:** Die Versorgungsleistungen sollen qualitativ einwandfrei sei. Zu messen ist die Qualität der Leistungen soweit möglich an objektivierbaren Kriterien, die beispielsweise auf anerkannten medizinischen Richtlinien basieren. Es ist jedoch zu beachten, dass insbesondere durch den medizintechnischen Fortschritt der Massstab für die Qualität von Versorgungsleistungen ständig verschoben wird. Aufgrund dieser dynamischen Entwicklung sind absolute Aussagen zur angestrebten Qualität der Versorgung nicht möglich. Vielmehr ist im Einzelfall zu entscheiden, ob ein Angebot zum jeweiligen Zeitpunkt als qualitativ einwandfrei bezeichnet werden kann.
- **Wirtschaftlichkeit:** Bereits Art. 41 Abs. 1 KV verpflichtet den Kanton, die Spitalversorgung so auszugestalten, dass sie wirtschaftlich tragbar ist. Ohne die anderen Versorgungsziele der Zugänglichkeit, Bedarfsgerechtigkeit und guten Qualität in Frage zu stellen, bedeutet das Erfordernis der wirtschaftlichen Tragbarkeit, dass die Spitalversorgung im Hinblick auf den Mitteleinsatz und den Zielerreichungsgrad zu optimieren ist. Namentlich in Zeiten, in denen öffentliche Gemeinwesen finanziellen Restriktionen unterworfen sind, kann der Kanton keine maximale Versorgung anbieten, sondern muss vielmehr versuchen, eine unter Berücksichtigung aller Versorgungsgrundsätze optimale Versorgung zu gewährleisten. Ökonomische Optimierungen sind immer soweit medizinisch zumutbar anzustreben, namentlich durch kostengünstigere Strukturen, durch die Setzung

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

von Versorgungsschwerpunkten, durch leistungsbezogene Abgeltungen oder durch neue Versorgungsmodelle (integrierte Versorgung).

34. Während sich die Grundsätze der allgemeinen Zugänglichkeit und Bedarfsgerechtigkeit unverändert auf die Spitalstandortinitiative übertragen lassen, stehen die Grundsätze der Qualität und der Wirtschaftlichkeit in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Inhalt der Initiative. Was den **Grundsatz der Qualität** betrifft, gehen die Initianten zwar davon aus, dass die Initiative nicht zu Einbussen, sondern im Gegenteil zu einer Optimierung der Versorgung der Patienten führt.⁵¹ Dennoch kann durchaus die Situation eintreten, dass an einzelnen Standorten die für eine ausreichende Qualität notwendigen Infrastrukturen oder Fachkräfte nicht mehr vorhanden sind und zugleich die (finanziellen) Ressourcen nicht bereitgestellt werden können, um die Mängel zu beheben. In einer solchen Situation verhindert die Initiative eine Anpassung der Versorgungsstrukturen durch Aufgabe eines Spitalstandorts und Verlagerung der Ressourcen auf einen anderen (grösseren) Standort. Die von der Initiative vorgesehene Strukturerhaltung kann in dieser Weise auf Kosten der Versorgungsqualität gehen. Der Grundsatz der Qualität lässt sich damit unter Umständen nicht vollumfänglich aufrechterhalten, wenn die Initiative angenommen und umgesetzt wird.
35. Dasselbe gilt für den **Grundsatz der Wirtschaftlichkeit**: Die Verpflichtung, an allen von der Initiative genannten Standorten eine umfassende Grundversorgung anzubieten, kann dazu führen, dass wirtschaftlich suboptimale Versorgungsstrukturen aufrechterhalten werden und daraus Mehrkosten resultieren. Zwar können auch nach geltendem Recht wirtschaftlich suboptimale Strukturen im geografisch weitläufigen Kanton Bern unter regionalpolitischen und gesamtwirtschaftlichen Gesichtspunkten ausnahmsweise gerechtfertigt sein.⁵² Ob dies der Fall ist, ergibt sich aus einer Gewichtung und Abwägung aller Versorgungsgrundsätze im Einzelfall. Mit der Spitalstandortinitiative würde diese Abwägung in Bezug auf die Standortfrage ausgeschlossen. D.h. ein regionaler Spitalstandort nach Art. 2 der Initiative müsste auch dann aufrechterhalten werden, wenn dies dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit widersprüht. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit würde insofern in Bezug auf die regionalen Spitalstandorte eine modifizierte, d.h. abgeschwächte Bedeutung erhalten, wenn die Initiative angenommen wird.

⁵¹ Vgl. www.riggisberg-ist-ueberall.ch/.

⁵² Vortrag SpVG (Anm. 29), S. 19.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

3. Verhältnis der Initiative zum geltenden Recht

3.1. Vereinbarkeit der Initiative mit übergeordnetem Recht

36. Gemäss Rechtsprechung darf eine kantonale Volksinitiative keine Bestimmungen enthalten, die dem übergeordneten Recht widersprechen, sei es interkantonalem Recht, Bundesrecht oder internationalem Recht.⁵³ Während für eidgenössische Volksinitiativen nur das zwingende Völkerrecht eine materielle Schranke darstellt (vgl. Art. 139 Abs. 3 BV⁵⁴), müssen kantonale Volksbegehren vorbehaltlos mit dem höherrangigen Recht vereinbar sein.⁵⁵ Entsprechend bestimmt Art. 59 Abs. 2 Bst. a KV, dass Initiativen ganz oder teilweise ungültig zu erklären sind, wenn sie gegen übergeordnetes Recht verstossen. Weitere Ungültigkeitsgründe sind die Undurchführbarkeit einer Initiative sowie ein Verstoss gegen die Einheit der Form oder der Materie (Art. 59 Abs. 2 Bst. b und c KV). Über die Gültigkeit einer Volksinitiative befindet im Kanton Bern der Grosse Rat (Art. 59 Abs. 1 KV). Es handelt sich dabei um eine Rechtskontrolle und nicht um eine politische Beurteilung. Im Folgenden gilt es zunächst zu prüfen, ob die Spitalstandortinitiative **mit übergeordnetem Recht vereinbar** ist.
37. Der **Zweck der Initiative**, d.h. die Sicherstellung einer ausreichenden, qualitativ guten und wirtschaftlichen Spitalversorgung für Stadt und Land und die gesamte Bevölkerung mit einer angemessenen Anzahl Spitäler im ganzen Kanton (Art. 1), widerspricht *als solcher* keiner Bestimmung des übergeordneten Rechts. Im Gegenteil verlangt das Krankenversicherungsgesetz des Bundes von den Kantonen gerade, dass sie auf der Grundlage einer bedarfsgerechten Spitalplanung entscheiden, welche Spitäler mit welchen Leistungsaufträgen zur Abrechnung zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) zugelassen werden (Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG). Die Planung für eine bedarfsgerechte Versorgung umfasst dabei die Sicherstellung der stationären Behandlung im Spital für die Einwohnerinnen und Einwohner der Kantone, welche die Planung erstellen (Art. 58a Abs. 1 KVV). Die kantonale Spitalplanung und die darauf gestützte Spitalliste mit den einzelnen Leistungsaufträgen an bestimmte Spitäler haben sich an den Kriterien der Qualität und Wirtschaftlichkeit zu orientieren (Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG). Darüber hinaus sind bei der Beurteilung und Auswahl des auf der Spitalliste zu sichernden Angebots der „Zugang der Patientinnen

⁵³ BGE 139 I 292 E. 5.4 S. 295; 133 I 110 E. 4.1 S. 115 f.; 129 I 392 E. 2.2 S. 395; 128 I 190 E. 4 mit Hinweisen.

⁵⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

⁵⁵ BGE 139 I 292 E. 5.4 S. 295.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

und Patienten zur Behandlung innert nützlicher Frist“ sowie „die Bereitschaft und Fähigkeit der Einrichtung zur Erfüllung des Leistungsauftrages“ zu berücksichtigen (Art. 58b Abs. 4 Bst. b und c KVV). Die bundesrechtlichen Planungsgrundsätze der Bedarfsgerechtigkeit, Qualität, Wirtschaftlichkeit und Zugänglichkeit sowie implizit auch die Bereitschaft und Fähigkeit der Einrichtung zur Erfüllung des Leistungsauftrages widerspiegeln sich im Zweckartikel der Spitalstandortinitiative.

38. Auch wenn die von der Initiative in Art. 1 deklarierten Ziele mit den bundesrechtlichen Planungsgrundsätzen konform sind, besteht die Gefahr, dass sich im Zuge der **Umsetzung der Initiative** Konflikte ergeben. Wie vorne im Zusammenhang mit den kantonalen Versorgungsgrundsätzen ausgeführt, kann die von der Initiative verlangte Aufrechterhaltung von Spitalstandorten mit einem umfassenden Grundversorgungsangebot auf Kosten der Qualität gehen, wenn an diesen Standorten die erforderlichen Infrastrukturen oder Fachkräfte nicht mehr vorhanden sind und mangels ausreichender finanzieller Mittel auch nicht bereitgestellt werden können.⁵⁶ Sodann führt die Erhaltung von Spitalstandorten unter Umständen dazu, dass ökonomisch ineffiziente Versorgungsstrukturen fortbestehen, was dem Planungsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit widersprechen würde.⁵⁷ Solche potenziellen Konflikte mit den Grundsätzen der Qualität und Wirtschaftlichkeit lassen sich allenfalls mittels geeigneten Massnahmen verhindern, beispielsweise indem der Kanton die betroffenen Spitäler rechtzeitig mit genügend Ressourcen ausstattet oder auf die Spitalführung Einfluss nimmt, damit die Unternehmensstrukturen und betrieblichen Abläufe verbessert werden. Selbst wenn aber solche Massnahmen voraussichtlich nicht ausreichen, um die Qualität und Wirtschaftlichkeit der Versorgung an den regionalen Spitalstandorten durchwegs zu gewährleisten, oder wenn sie gar rechtlich unzulässig sind, ergibt sich kein unauflösbarer Widerspruch zwischen der Initiative und den bundesrechtlichen Planungsgrundsätzen. Die Konsequenz besteht in diesem Fall aber darin, dass die Initiative zumindest teilweise nicht umgesetzt werden kann. Eine Ungültigerklärung der Initiative müsste erst dann ins Auge gefasst werden, wenn die Umsetzung überhaupt nicht oder in wesentlichem Umfang nicht möglich wäre. Ob dies der Fall ist, wird nachfolgend unter dem Aspekt der Durchführbarkeit der Initiative geklärt (Kap. 3.3).
39. Weiter stellt sich die Frage, ob die von der Spitalstandortinitiative vorgesehenen **Pflichten** mit übergeordnetem Recht vereinbar sind. Die Initiative verlangt vom Kanton, den Betrieb öffentlicher Spitäler an bestimmten regionalen Spitalstandorten si-

⁵⁶ Vorne Rz. 34.

⁵⁷ Vorne Rz. 34.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

cherzustellen (Art. 2). Die öffentlichen Spitäler werden dabei verpflichtet, eine umfassende Grundversorgung anzubieten (Art. 3). Im Besonderen muss gemäss Initiative die Geburtsabteilung des Spitals Riggisberg während mindestens acht Jahren betrieben werden (Art. 6). Auch diese Pflichten des Kantons bzw. der öffentlichen Spitäler stehen *als solche* nicht im Widerspruch zum übergeordneten Recht, insbesondere zum Bundesrecht. Es gibt keine bundesrechtliche Bestimmung, die den Kantonen verbietet, eigene Spitäler zu führen und in Bezug auf ihre Spitäler eine Standortpolitik zu betreiben sowie Vorgaben zum Leistungsangebot zu machen. Das Krankenversicherungsrecht sieht – auch wenn dies in der Lehre kritisch beleuchtet wird⁵⁸ – gerade davon ab, die Mehrfachrolle der Kantone als Spitalplaner, Spitalfinanzierer, Tarifgenehmigungsinstanzen und Spitäleigner zu entflechten.⁵⁹ Damit kann es den Kantonen von Bundesrechts wegen auch nicht verwehrt sein, die Standortpolitik und das Leistungsangebot in Bezug auf die öffentlichen Spitäler in einem formellen Gesetz zu verankern und damit auf eine qualifizierte demokratische Grundlage zu stellen. Die von der Initiative vorgesehenen Pflichten zum Betrieb von Spitäler an bestimmten Standorten mit bestimmten (umfassenden) Leistungsangeboten der Grundversorgung steht insofern im Einklang mit übergeordnetem Recht. Ob der Kanton bzw. die Spitäler diese Pflichten mit geeigneten und rechtlich zulässigen Instrumenten erfüllen können, berührt die Frage der Durchführbarkeit der Initiative, welche in Kap. 3.3 zu beantworten ist.

3.2. Spannungsverhältnis zum Prinzip des Wettbewerbs

40. Auch wenn die Initiative mit Bundesrecht vereinbar ist, so steht die von ihr vorgesehene Aufrechterhaltung von Spitalstandorten mit umfassenden Grundversorgungsangeboten doch in einem markanten Spannungsverhältnis zu den Anliegen, die der Bundesgesetzgeber mit der Teilrevision des Krankenversicherungsgesetzes von 2007 (neue Spitalfinanzierung)⁶⁰ verfolgt hat. Angesprochen ist das **Prinzip des**

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

⁵⁹ Vgl. BGE 138 II 398 E. 9.4 S. 439. BERNHARD RÜTSCHE, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung. Insbesondere zur Steuerung der Leistungsmenge im stationären Bereich, Stämpfli Verlag AG, Bern 2011, Rz. 194.

⁶⁰ Revision vom 21. Dezember 2007, in Kraft seit 1. Januar 2009 (AS 2008 2049).

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

Wettbewerbs, das mit der besagten Gesetzesrevision markant gestärkt worden ist.⁶¹ Die Stärkung des Wettbewerbsgedankens war geradezu eines der Ziele dieser Vorlage.⁶²

41. Die Stärkung des Wettbewerbs zwischen den Spitätern im Bereich der OKP-Leistungen (Grundversicherung) wurde in der KVG-Revision von 2007 mit einer Erweiterung des unternehmerischen Spielraums der Spitäler sowie Anreizen zu einer effizienten Leistungserbringung verbunden. Im Einzelnen kommen diese gesetzgeberischen Anliegen namentlich in folgenden Regelungen zum Ausdruck:

- **Objektive Planungskriterien:** Indem die Kantone ihre Spitalplanung an objektiven Kriterien wie namentlich der Wirtschaftlichkeit und Qualität ausrichten müssen,⁶³ wird der Wettbewerb im Zusammenhang mit der Vergabe von Leistungsaufträgen gestärkt. Die Kantone werden dabei verpflichtet, die Beurteilung der Qualität und Wirtschaftlichkeit auf Betriebsvergleiche abzustützen.⁶⁴
- **Pflicht zu einer leistungsorientierten Spitalplanung:** Art. 58c Bst. a KVV verpflichtet die Kantone im akutsomatischen Bereich zu einer leistungsorientierten Planung. Den Kantonen ist es damit – anders als im alten Recht – verwehrt, den Listenspitätern Kapazitäten wie namentlich Bettenzahlen vorzugeben; vielmehr ist es an den Spitätern selber zu bestimmen, mit welchen Ressourcen sie ihre medizinischen Leistungsaufträge erfüllen sollen.⁶⁵ Dahinter steht das Anliegen, den einzelnen Leistungserbringern im operativen Bereich im Rahmen der vom Kanton festgelegten Leitplanken maximale Handlungsfreiheit zu gewähren.⁶⁶
- **Freie Spitalwahl:** Nach Art. 41 Abs. 1^{bis} KVG können versicherte Personen für die stationäre Behandlung unter allen Listenspitätern in der Schweiz frei wählen. Der Krankenversicherer und der Wohnkanton übernehmen die Vergütung anteilmässig, wobei eine allfällige Differenz zwischen dem vom Spital in Rechnung gestellten Preis und der Vergütung durch Versicherer und Wohnkanton von der

⁶¹ Vgl. GEBHARD EUGSTER, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), Zürich 2010, Art. 49 KVG, Rz. 2; RÜTSCHÉ (Anm. 59), Rz. 88. Sodann BGE 138 II 398 E. 3.5.2 S. 418; BVerwG, Urteil vom 7. April 2014, C-1698/2013, E. 2.8.4.2.

⁶² Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung) vom 15. September 2004, BBl 2004 5569.

⁶³ Vgl. vorne Rz. 37.

⁶⁴ Absatz 3 Satz 2 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung).

⁶⁵ GDK, Leitfaden zur leistungsorientierten Spitalplanung, 2005, Ziff. 5.9.1 und 5.9.2, S. 63.

⁶⁶ RÜTSCHÉ (Anm. 59), Rz. 55.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

versicherten Person bzw. einer Zusatzversicherung geschuldet bleibt.⁶⁷ Die freie Spitalwahl fördert den Qualitätswettbewerb zwischen den Listenspitalern verschiedener Kantone.⁶⁸

- **Gleiche Finanzierung von Privatspitalern und öffentlichen Spitalern:** Die Abgeltung der stationären Behandlungen in einem Spital wird durch Kanton und Krankenversicherer gleichermassen an öffentliche Spitäler und Privatspitaler ausgerichtet (sog. dual-fixe Abgeltung nach Art. 49a Abs. 1 KVG). Die Abgeltung umfasst dabei nicht nur die Betriebs-, sondern auch die Investitionskosten.⁶⁹ Im Bereich der Vergütung krankenversicherungsrechtlicher Leistungen verfügen öffentliche Spitäler und Privatspitaler damit über gleich lange Spiesse.⁷⁰
- **Leistungsbezogene Fallpauschalen:** Zu mehr Wettbewerb und Effizienz tragen in verschiedener Hinsicht auch die revidierten tarifrechtlichen Bestimmungen bei. Die leistungsbezogenen Fallpauschalen gemäss Art. 49 Abs. 1 KVG schaffen Anreize, die Spitalleistungen möglichst kostengünstig zu erbringen.⁷¹ Die Fallpauschalen beruhen dabei auf gesamtschweizerisch einheitlichen Tarifstrukturen (SwissDRG⁷²). Die Höhe der Tarife (Basispreis bzw. Baserate) ist auf der Grundlage von Betriebsvergleichen (*Benchmark*) durch die Tarifpartner bzw. Kantonsregierungen festzulegen (vgl. Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG).⁷³ Mit den einheitlichen Tarifstrukturen und dem Benchmarking wird einerseits die Vergleichbarkeit der Spitaltarife ermöglicht; anderseits schafft das Benchmarking Anreize zu einer effizienten Leistungserbringung, indem es überdurchschnittlich effizienten Spitalern erlaubt, Gewinne zu erzielen.⁷⁴

⁶⁷ RÜTSCHE (Anm. 59), Rz. 76.

⁶⁸ Vgl. AB 2007 N 414 f. (Berichterstatter Ruth Humbel und Yves Guisan); 440 (Voten Jacqueline Fuhr, Pierre Triponez, Toni Bortoluzzi, Bundesrat Pascal Couchepin). MARKUS MOSER, Analyse der rechtlichen Grundlagen der Spitalplanung gemäss revidiertem KVG, Bern 2010, S. 10 f.

⁶⁹ Absatz 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung).

⁷⁰ Vgl. BGE 138 II 398 E. 3.9.3 S. 425. MÉLANIE MADER, 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 sowie Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht 2011, 87-124, Rz. 80.

⁷¹ MADER (Anm. 70), Rz. 63.

⁷² SwissDRG (Swiss Diagnosis Related Groups) ist das Tarifsystem für stationäre akutsomatische Spitalleistungen, das die Vergütung der stationären Spitalleistungen schweizweit einheitlich regelt.

⁷³ Vgl. BVerwG, Urteil vom 7. April 2014, C-1698/2013, E. 2.8.

⁷⁴ Grundlegend BVerwG, Urteil vom 7. April 2014, C-1698/2013, E. 2.9. GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, 2012, Empfehlung 10, S. 9.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

- **Führungsinstrumente der Spitäler:** Die Spitäler werden zur Gewährleistung der Transparenz und der Betriebsvergleiche im Rahmen der Spitalplanung und Tarifierung verpflichtet, ihre Betriebs- und Investitionskosten sowie ihre Leistungen nach einheitlicher Methode mittels Kostenrechnung und Leistungsstatistik zu erfassen und auszuweisen (Art. 49 Abs. 7 KVG).
42. Dadurch, dass der Bundesgesetzgeber für die öffentlichen und privaten Listenspitäler gleiche Rahmenbedingungen geschaffen und die Spitäler insbesondere im Bereich der Finanzierung gleichgestellt hat, ist davon auszugehen, dass die Kantone gegenüber den Spitätern an den **verfassungsrechtlichen Grundsatz der Wettbewerbsneutralität** (Art. 94 Abs. 1 BV) gebunden sind.⁷⁵ Das Bundesgericht hat denn auch im Grundsatz ein Recht der Listenspitäler auf Gleichbehandlung anerkannt, da die öffentlichen Spitäler in einem Wettbewerbsverhältnis zu den privaten Spitätern stehen.⁷⁶ Das dem Krankenversicherungsrecht zugrunde liegende Prinzip des Spitalwettbewerbs wird somit durch den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und, spiegelbildlich, durch das Recht der Konkurrenten auf Gleichbehandlung verfassungsrechtlich abgesichert.
43. Wird die Spitalstandortinitiative angenommen, erhalten die öffentlichen Spitäler an den festgelegten Standorten – abgesehen von den Standorten mit mehreren öffentlichen Spitätern⁷⁷ – gewissermassen eine gesetzlich verankerte Staatsgarantie. Dies bringt **potenzielle Wettbewerbsnachteile** für jene Spitäler mit sich, die mit den von der Initiative privilegierten Spitätern im Wettbewerb stehen. Zu den möglicherweise benachteiligten Konkurrenten gehören dabei nicht nur Privatspitäler im Kanton Bern, sondern auch private und öffentliche Spitäler in anderen Kantonen, soweit sie von Patienten aus dem Kanton Bern „nachgefragt“ werden. Wettbewerbsnachteile können sich insbesondere dadurch ergeben, dass die von der Initiative erfassten öffentlichen Spitäler im Rahmen der Spitalplanung und der Leistungsaufträge sowie kantonaler Tarifentscheide und der Finanzierung in Form kantonalrechtlicher Beiträge bevorzugt werden. Soweit die Staatsgarantie zugunsten der Spitäler an den regionalen Standorten als wirksam eingeschätzt wird, könnten diese Spitäler auch von günstigeren Konditionen auf dem privaten Kapitalmarkt profitieren. Zudem ist der von der Initiative vorgesehene Bestandesschutz geeignet, den betroffenen Spitätern Anreize zu nehmen, durch effizientes unternehmerisches Handeln die Kosten tief zu halten und Gewinne zu erwirtschaften. All diese in der Initiative angelegten potenziellen Privilegie-

⁷⁵ MADER (Anm. 70), Rz. 215 ff.

⁷⁶ BGE 138 II 398 E. 3.9.3 S. 425.

⁷⁷ Vgl. vorne Rz. 24.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

rungen einzelner Spitäler stehen offensichtlich in Konflikt mit dem Prinzip des Spitalwettbewerbs, wie es dem Krankenversicherungsrecht zugrunde liegt, sowie dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Wettbewerbsneutralität des Staates.

44. Allerdings sind die erwähnten Privilegierungen öffentlicher Spitäler von der Standortinitiative **nicht vorgeschrieben**. Ob einzelne öffentliche Spitäler gegenüber konkurrierenden Spitätern staatliche Wettbewerbsvorteile erhalten, zeigt sich erst im Rahmen der Umsetzung der Initiative. Entscheidend ist damit wiederum die Frage, ob die Initiative rechtmässig – ohne Verletzung der Wettbewerbsneutralität bzw. des Anspruchs auf Gleichbehandlung der Konkurrenten – vollzogen werden kann. Sofern es Möglichkeiten eines wettbewerbsneutralen Vollzugs gibt, liegt diesbezüglich keine Rechtswidrigkeit vor. Lässt sich aber die Initiative nur in wettbewerbsverzerrender Weise verwirklichen, ist sie ungültig zu erklären.

3.3. Durchführbarkeit der Initiative

3.3.1. Übersicht

45. Die Spitalstandortinitiative regelt selber nicht, mit welchen Instrumenten die dem Kanton und seinen Spitätern auferlegten Pflichten umzusetzen sind, sondern beauftragt lediglich in Art. 5 den Regierungsrat mit dem Vollzug. Der Regierungsrat bzw. die Kantonsverwaltung, namentlich die GEF, muss damit für den **Vollzug der Initiative** auf die in den geltenden Gesetzen vorgegebenen rechtlichen Instrumente zurückgreifen. Dabei stellt sich die Frage, ob diese Instrumente für den Vollzug der Initiative eingesetzt werden dürfen, ohne dass dabei Bundesrecht verletzt wird. Wenn diese Frage zumindest teilweise bejaht werden kann, ist die Initiative umsetzbar. Wenn sich aber bei der Umsetzung der Initiative notwendigerweise Konflikte mit Bundesrecht ergeben und auch keine Instrumente geschaffen werden können, die eine bundesrechtskonforme Umsetzung der Initiative ermöglichen, ist die Initiative nicht durchführbar. Die Undurchführbarkeit liegt dabei nicht in einer physischen Unmöglichkeit begründet, sondern in der Tatsache, dass keine Vollzugsmittel zur Verfügung stehen, um die Regelungen der Initiative bundesrechtskonform zu verwirklichen. Die Initiative ist in diesem Fall ungültig zu erklären. Ob sich die Ungültigerklärung dabei auf Art. 59 Abs. 2 Bst. b KV (Undurchführbarkeit⁷⁸) oder auf Art. 59 Abs. 2 Bst. a KV (Verstoss

⁷⁸ Zum Ungültigkeitsgrund der Undurchführbarkeit namentlich BOLZ (Anm. 19), S. 396 (zu Art. 59 Abs. 2 KV); YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, § 10 Rz. 497 ff.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

gegen übergeordnetes Recht) stützt, lässt sich aus der bisherigen Gerichts- und Behördenpraxis nicht eindeutig erschliessen, spielt aber im Ergebnis keine Rolle. Im Folgenden ist somit zu fragen, mit welchen Instrumenten die Initiative umgesetzt werden kann und ob die Umsetzung mit Bundesrecht vereinbar ist.

46. Die Spitalstandortinitiative verlangt vom Kanton, den Betrieb öffentlicher Spitäler an bestimmten regionalen Spitalstandorten sicherzustellen (Art. 2). Die öffentlichen Spitäler werden dabei verpflichtet, eine umfassende Grundversorgung im akutsomatischen Bereich anzubieten (Art. 3). Im Speziellen verlangt die Initiative, dass die Geburtsabteilung des Spitals Riggisberg während mindestens acht Jahren zu betreiben ist (Art. 6). Zur Erfüllung dieser Pflichten stehen dem Kanton grundsätzlich **zwei Kategorien von Instrumenten** zur Verfügung: einerseits die unternehmensrechtlichen Einflussmöglichkeiten gegenüber den öffentlichen Spitätern, andererseits die Finanzierungsinstrumente des eidgenössischen Krankenversicherungsrechts und des kantonalen Spitalversorgungsrechts.

3.3.2. Unternehmens- und eigentümerrechtliche Instrumente

47. Auf die der Spitalstandortinitiative unterstehenden, als Aktiengesellschaften konstituierten öffentlichen Spitäler (RSZ) sind zunächst die besonderen **unternehmensrechtlichen Vorschriften des Spitalversorgungsgesetzes** (Art. 19 ff. SpVG) anwendbar. Das Spitalversorgungsgesetz vermittelt dem Regierungsrat namentlich die Kompetenz, Aktiengesellschaften zu gründen, aufzulösen, zu spalten oder zu fusionieren und Beteiligungen an solchen Gesellschaften zu erwerben oder zu veräussern (Art. 19 Abs. 2 SpVG; vgl. auch Art. 24 SpVG betreffend Fusionen, die nicht einer Beschlussfassung durch die Generalversammlung der Aktiengesellschaft unterliegen⁷⁹). Zudem kann der Regierungsrat im Namen des Kantons zwei oder mehrere RSZ unter einer überregionalen Spitalholding zusammenfassen, wenn diese RSZ einen gemeinsamen Antrag stellen (Art. 27 Abs. 1 SpVG).
48. Solche unternehmensrechtlichen **Umstrukturierungen** können ein geeignetes Mittel sein, um eine qualitativ gute und wirtschaftliche Leistungserbringung der öffentlichen Spitäler an den regionalen Standorten und damit auch den Spitalbetrieb an diesen Standorten sicherzustellen. Mit der Initiative wird der Kanton, namentlich der Regierungsrat, verpflichtet, die ihm zur Verfügung stehenden unternehmensrechtlichen Instrumente rechtzeitig so einzusetzen, dass die regionalen Spitalstandorte mit einem

⁷⁹ Vortrag SpVG (Anm. 29), S. 29.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

umfassenden akutsomatischen Grundversorgungsangebot erhalten werden können. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern eine derartige unternehmensrechtliche Einflussnahme auf die öffentlichen Spitäler im Widerspruch zum übergeordneten Recht stehen würde. Es handelt sich damit um rechtlich zulässige Instrumente, um die Vorgaben der Spitalstandortinitiative zu erfüllen.

49. Gemäss Art. 19 Abs. 1 SpVG werden die RSZ als **Aktiengesellschaften nach Art. 620 ff. OR** geführt, wobei der Kanton von Gesetzes wegen kapital- und stimmenmässig die Mehrheit an der jeweiligen Institution hält (Art. 21 Abs. 2 SpVG). Gegenwärtig ist der Kanton Alleineigentümer aller RSZ wie auch der Hôpital du Jura bernois SA. Als Spitäleigentümer stehen dem Kanton die Rechte zu, die das Obligationenrecht und die Statuten der Spitäler ihm als Aktionär bzw. der Generalversammlung einräumen. Dazu gehören insbesondere die Festsetzung und Änderung der Statuten, die Wahl der Mitglieder von Verwaltungsrat und Revisionsstelle, die Genehmigung von Jahresbericht und Jahresrechnung, die Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrechts sowie Beschlüsse zur Kapitalerhöhung.⁸⁰ Die Beteiligungsrechte des Kantons als Aktionär werden durch den Regierungsrat wahrgenommen, der diese Aufgabe an eine oder mehrere Direktionen delegieren kann (Art. 22 Abs. 1 und 2 SpVG). Der Regierungsrat beschliesst eine Eigentümerstrategie, d.h. Vorgaben zur Wahrnehmung der Beteiligungsrechte.⁸¹ Durch Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte kann der Kanton auf die Spitäler strategisch Einfluss nehmen. Der Einflussnahme des Kantons sind indessen durch das in Art. 25 SpVG garantierte Prinzip der Unabhängigkeit der Betriebsführung Grenzen gesetzt. So ist der Kanton gemäss Art. 25 Abs. 2 SpVG bestrebt, den Spitälern betriebliche Handlungsspielräume zu verschaffen, soweit dies rechtlich möglich und sachlich gerechtfertigt ist. Zudem sind die aktienrechtlichen Vorgaben zu den Aufgaben der Unternehmensführung gemäss Art. 716 ff. OR zu beachten. Relevant ist insbesondere Art. 716 OR, wonach der Verwaltungsrat in allen Angelegenheiten Beschluss fassen kann, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung zugeteilt sind (Absatz 1), und die Geschäfte der Gesellschaft führt, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat (Absatz 2). Davon ausgehend ist die Frage, ob ein Spitalstandort beibehalten oder gestärkt werden soll, grundsätzlich dem Verantwortungsbereich des Verwaltungsrats zuzuweisen. Allerdings hat es der Kanton als Alleineigentümer der regionalen öffentlichen Spitäler in der Hand, die Standortfrage an sich zu ziehen, indem er sie mittels Änderung der

⁸⁰ Vgl. Art. 650 Abs. 1, Art. 651 Abs. 1, Art. 698 Abs. 2, Art. 704 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

⁸¹ Vgl. Eigentümerstrategie des Kantons bezüglich der Regionalen Spitalzentren (RSZ) gemäss Spitalversorgungsgesetz (SpVG) vom 15. Januar 2014.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

Statuten der Entscheidungszuständigkeit der Generalversammlung unterstellt. Wird die Spitalstandortinitiative angenommen, wäre eine entsprechende Änderung der Statuten der RSZ und der Hôpital du Jura bernois SA ins Auge zu fassen. Abgesehen davon kann der Kanton Spitalstandortentscheide indirekt über seine Kompetenz zur Wahl des Verwaltungsrats beeinflussen.

50. Aufgrund seiner Eigentümerstellung hat der Kanton somit die Möglichkeit, der Schliessung eines ihm gehörenden Spitals an einem bestimmten Standort wie auch der Schliessung einzelner Abteilungen zuvorzukommen. Als Alleinaktionär kann der Kanton zudem eine Privatisierung öffentlicher Spitäler mittels Aktienverkauf oder Kapitalerhöhung verhindern. Auch diese **eigentümerrechtlichen Instrumente** muss der Kanton in den Dienst der Spitalstandortinitiative stellen, sofern diese angenommen wird. Das bedeutet, dass der Kanton verhindern muss, dass ein regionaler Spitalstandort gemäss Art. 2 der Initiative aufgegeben oder dass an einem solchen Standort die Grundversorgung unter das von der Initiative verlangte Niveau abgebaut wird. Dieselben Unterlassungspflichten treffen die öffentlichen Spitäler selber, deren Unternehmensführungen keine Entscheide fällen dürfen, die im Widerspruch zur Initiative stehen. Allerdings stossen diese Unterlassungspflichten von Kanton und Spitätern dann an Grenzen, wenn ein Spital faktisch nicht mehr in der Lage ist, eine qualitativ gute und wirtschaftliche Grundversorgung zu erbringen. In diesem Fall müsste der Kanton in seiner Eigenschaft als Spitalplaner den krankenversicherungsrechtlichen Leistungsauftrag an das betroffene Spital einschränken oder das Spital gar von der Spittaliste nehmen, da die bundesrechtlichen Planungsgrundsätze nicht mehr erfüllt wären.⁸² Zudem würde der Weiterbetrieb des Spitals den Versorgungsgrundsätzen der Initiative selber (Art. 1) sowie des Spitalversorgungsgesetzes (Art. 3 Abs. 1 SpVG) widersprechen. Wenn sich dieser rechtswidrige Zustand nicht beheben lässt, wäre der Kanton als Eigentümer in einer solchen Situation verpflichtet, den Betrieb des Spitals ganz oder teilweise einzustellen. Demzufolge sind die eigentümerrechtlichen Instrumente nur solange zur Umsetzung der Initiative geeignet, als eine „Schönwetterlage“ herrscht und ein Spital nicht mit unüberwindbaren Problemen hinsichtlich Qualität und Effizienz konfrontiert ist. Der Einsatz der eigentümerrechtlichen Instrumente zur Umsetzung der Initiative ist damit zwar rechtmässig, jedoch von beschränkter Wirksamkeit.

⁸² Dazu sogleich Rz. 52.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

3.3.3. Finanzierungsinstrumente nach Krankenversicherungsgesetz

51. Eine zentrale Rolle für die Verwirklichung der Spitalstandortinitiative wird die Frage der Finanzierung spielen. Wenn es um die **Finanzierung der öffentlichen Spitäler** geht, ist der Kanton nicht als Eigentümer, sondern als Regulator angesprochen. Der Kanton verfügt über verschiedene Regulierungsinstrumente, um die Finanzierung der öffentlichen Spitäler sicherzustellen. In erster Linie erfolgt die Finanzierung über die trägerschaftsneutrale Abgeltung nach Art. 49a Abs. 1 KVG, die der Kanton zu einem Anteil von mindestens 55% übernimmt (Art. 49a Abs. 2 KVG). Welche Spitäler für welche Leistungen eine Abgeltung erhalten, hängt von den Leistungsaufträgen ab, die der Kanton auf der Grundlage seiner Spitalplanung vergibt (Art. 39 Abs. 1 Bst. d und e KVG). Die Höhe der Abgeltung wird berechnet, indem das für den jeweiligen Behandlungsfall geltende Kostengewicht (Schweregrad) mit dem Basispreis (Baserate) multipliziert wird. Die Basispreise werden durch die Tarifpartner (Versicherer und Leistungserbringer) verhandelt und von der kantonalen Regierung genehmigt (Art. 46 Abs. 4 KVG); können sich die Tarifpartner nicht einigen, hat die Regierung den Basispreis selber festzusetzen (Art. 47 Abs. 1 KVG).
52. Die Vergabe von Leistungsaufträgen an öffentliche und private Spitäler und damit der Entscheid über die **krankenversicherungsrechtliche Abgeltung** ist an objektive gesetzliche Kriterien gebunden, namentlich an die Kriterien der Qualität und Wirtschaftlichkeit.⁸³ Erfüllt ein Spital diese Kriterien nicht, darf ihm der Kanton von Bundesrechts wegen keinen Leistungsauftrag erteilen. Eine Herabsetzung der Anforderungen an die Leistungsaufträge zugunsten öffentlicher Spitäler an regionalen Standorten wäre bundesrechtswidrig. Einzig wenn verschiedene Spitäler eine vergleichbare Versorgungsqualität und Effizienz aufweisen, kann der Kanton im Rahmen der Auftragsvergabe den regionalen Faktor, d.h. den Zugang der Patientinnen und Patienten zur Behandlung innert nützlicher Frist (Art. 58b Abs. 4 Bst. b KVV) berücksichtigen. In diesem engen Rahmen besteht für den Kanton ein Spielraum, um die Vorgaben der Standortinitiative in die kantonale Spitalplanung und die Vergabe von Leistungsaufträgen einfließen zu lassen. Würde ein der Initiative unterstelltes öffentliches Spital die bundesrechtlichen Planungskriterien der Qualität und Wirtschaftlichkeit für bestimmte, von der Initiative vorgeschriebene Grundversorgungsleistungen an sich erfüllen, bemüht sich das Spital jedoch nicht um einen entsprechenden Leistungsauftrag, könnte der Regierungsrat gestützt auf Art. 12 Abs. 1 SpVG das Spital durch Ver-

⁸³ Vgl. vorne Rz. 37.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

fügung zur Erbringung der fraglichen Leistungen verpflichten. Auch in diesem Fall wären die Leistungen nach Art. 49 KVG abzugelten (Art. 12 Abs. 3 Satz 1 SpVG).

53. Für den Fall, dass der Kanton zwecks Umsetzung der Spitalstandortinitiative öffentliche Spitäler in Verletzung der krankenversicherungsrechtlichen Planungskriterien der Qualität und Wirtschaftlichkeit mit Leistungsaufträgen ausstatten würde, stellt sich die Frage, ob Konkurrenzspitäler als Drittbetroffene dagegen Beschwerde erheben könnten. Das **Beschwerderecht von Konkurrenten** setzt ein schutzwürdiges Interesse voraus. Ein solches kann vorliegen, wenn Konkurrenten durch wirtschaftspolitische oder sonstige spezielle Regelungen in eine besondere Beziehungsnähe untereinander versetzt werden.⁸⁴ Das Bundesverwaltungsgericht hat – noch vor Inkrafttreten des neuen Spitalfinanzierungssystems – in Bezug auf zwei private Listenspitäler eine solche besondere Beziehungsnähe bejaht;⁸⁵ in einem neueren Urteil hat das Gericht davon jedoch wieder Abstand genommen und festgehalten, dass ein Spital kein schutzwürdiges Interesse daran hat, dass ein anderes Spital von der Spitalliste gestrichen oder dessen Leistungsauftrag reduziert wird.⁸⁶
54. Fraglich ist sodann, ob der Kanton die von der Standortinitiative verfolgten regionalpolitischen Anliegen in irgendeiner Weise berücksichtigen darf, wenn er **Spitaltarife genehmigt oder festsetzt**. Die kantonalen Tarifentscheide müssen die Gebote der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit beachten (Art. 46 Abs. 4 Satz 2 KVG).⁸⁷ In Konkretisierung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit schreibt Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG vor, dass sich die Spitaltarife an der Entschädigung jener Spitäler orientieren, welche die tarifierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen. Damit verlangt der Gesetzgeber einen Betriebsvergleich zwischen den Fallkosten der Spitäler (*Benchmark*). Dabei lässt es das Bundesverwaltungsgericht zu, dass im Rahmen der Tarifgestaltung nebst dem aus dem Betriebsvergleich resultierenden Referenzwert in begründeten Fällen noch „spitalindividuelle Besonderheiten“ berücksichtigt werden.⁸⁸ Welche Besonderheiten damit gemeint sind, wird vom Gericht nicht näher ausgeführt. Das Krankenversicherungsrecht verbietet auf

⁸⁴ Statt vieler BGE 139 II 328 E. 3.3 S. 333.

⁸⁵ BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2008, C-2907/2008, E. 3.2.

⁸⁶ BVGE 2012/9 E. 4.

⁸⁷ Zu den Tarifgestaltungsgrundsätzen namentlich GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Ulrich Meyer (Hrsg.), Soziale Sicherheit, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Bd. XIV, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2007, Rz. 882 ff.; URS SAXER/WILLY OGGIER, Recht und Ökonomie der KVG-Tarifgestaltung, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 11 ff. DANIEL STAFFELBACH/YVES ENDRASS, Der Ermessensspielraum der Behörden im Rahmen des Tariffestsetzungsverfahrens nach Art. 47 in Verbindung mit Art. 53 Krankenversicherungsgesetz, Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 79 f.

⁸⁸ BVerwG, Urteil vom 7. April 2014, C-1698/2013, E. 10.1.5.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

jeden Fall, Kostenanteile für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen in die Tarifbildung einzubeziehen (Art. 49 Abs. 3 Bst. a KVG).⁸⁹ Sind die Infrastrukturen eines Regionalspitals (Fixkosten) nicht ausgelastet, weil der regionale Einzugsbereich des Spitals zu klein ist und die Fallzahlen deshalb – strukturell – ungenügend sind, dürfen somit die entsprechenden Vorhalteleistungen des Spitals nicht von den KVG-Tarifen abgedeckt werden. Demgegenüber sollten kostentreibende Sonderfaktoren wie namentlich geographisch bedingte Mehrkosten (z.B. höhere Preise der Zulieferer für abgelegene Gebiete) oder fehlende Skaleneffekte infolge der Kleinheit des Spitals (z.B. höhere Verpflegungskosten kleiner Regionalspitäler im Vergleich zu grossen Zentrumsspitälern) in die Tarifbildung einbezogen werden können. Mit Blick auf die Umsetzung der Initiative nicht von Bedeutung ist im Übrigen der Tarifgestaltungsgrundsatz der Billigkeit, der primär ein ausgewogenes Vertragswerk verlangt, das den Ausgleich der unterschiedlichen Parteiinteressen der Krankenversicherer und Leistungserbringer gewährleisten soll⁹⁰. Insgesamt folgt aus dem Gesagten, dass es dem Kanton verwehrt ist, im Rahmen von Tarifentscheiden für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten an den regionalen Spitalstandorten zu sorgen. Demgegenüber verstösst der Kanton wohl nicht gegen Bundesrecht, wenn er bei der Tarifgestaltung Mehrkosten berücksichtigt, welche spezifisch durch die geographische Lage oder die Kleinheit des Spitals bedingt sind.

3.3.4. Finanzierungsinstrumente nach Spitalversorgungsgesetz

55. Neben der krankenversicherungsrechtlichen Abgeltung kommen als weitere Finanzierungsinstrumente **Staatsbeiträge nach kantonalem Spitalversorgungsrecht** in Frage. Der kantonale Gesetzgeber sieht in Art. 59 ff. SpVG Beitragstatbestände vor für den Fall, dass gewisse Spitalleistungen oder Infrastrukturen, welche im Interesse der Versorgung des Kantons liegen, nicht mehr sichergestellt sind.⁹¹ Der Auftrag zur Sicherstellung der Gesundheitsversorgung ist in der Verfassung (Art. 41 Abs. 1 KV) und im Spitalversorgungsgesetz (Art. 1 SpVG) verankert. Im Fall der Annahme der Spitalstandortinitiative wird der kantonale Versorgungsauftrag in Bezug auf die regionalen Spitalstandorte gesetzlich konkretisiert. Auch wenn die Spitäler keinen Rechts-

⁸⁹ Vgl. auch GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, 2012, Empfehlung 8, S. 7: „Die Kantone fordern die Leistungserbringer auf, die Kosten für die gemeinwirtschaftlichen Leistungen separat auszuweisen und zu begründen.“

⁹⁰ EUGSTER (Anm. 87), Rz. 933.

⁹¹ Vortrag SpVG (Anm. 29), S. 48.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

anspruch auf Ausrichtung von Staatsbeiträgen haben,⁹² so ergibt sich aus der Standortinitiative doch eine Pflicht des Kantons bzw. der Vollzugsbehörde (GEF), öffentlichen Spitäler an den regionalen Standorten auf Gesuch hin Beiträge nach Art. 59 ff. SpVG auszurichten, sofern dies zur Sicherstellung der von der Initiative geforderten umfassenden Grundversorgung notwendig ist und die gesetzlichen Beitragsvoraussetzungen erfüllt sind. In Frage kommen vor allem Abgeltungen für versorgungsnotwendige Vorhalteleistungen nach Art. 67 ff. SpVG, aber auch Bürgschaften und Darlehen zur Sicherstellung der Liquidität bei Investitionen (Art. 73 f. SpVG) sowie subsidiär Beiträge für versorgungsnotwendige Investitionen (Art. 76 f. SpVG).

56. **Staatsbeiträge für Vorhalteleistungen** setzen voraus, dass die zu unterstützende Vorhalteleistung aufgrund der kantonalen Versorgungsplanung notwendig ist oder aufgrund von Verhältnissen, die sich seit der letzten Versorgungsplanung wesentlich verändert haben, notwendig geworden ist (Art. 68 Bst. b SpVG). Die Vorhalteleistungen werden gestützt auf die kantonale Versorgungsplanung im Rahmen von Leistungsverträgen zwischen dem Kanton und den Leistungserbringern festgelegt (vgl. Art. 8 ff. SpVG).⁹³ Mit Blick auf die Spitalstandortinitiative stehen Leistungsverträge betreffend die Gewährleistung einer akutsomatischen Notfallversorgung rund um die Uhr (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der Initiative) im Vordergrund. Darüber hinaus sind aber auch Abgeltungen für die Aufrechterhaltung von Spitälerkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen in Betracht zu ziehen; es handelt sich um Vorhalteleistungen, die darauf zurückzuführen sind, dass ein Regionalspital aus strukturellen Gründen keine hinreichenden Fallzahlen erreichen kann.⁹⁴ Wird die Initiative angenommen, ist der Kanton verpflichtet, über die zur Umsetzung der Initiative notwendigen Vorhalteleistungen mit den öffentlichen Spitälern an den regionalen Standorten (weiterhin) Leistungsverträge abzuschliessen und die vereinbarten Leistungen gemäss Art. 67 ff. SpVG im Rahmen der dafür bewilligten Ausgaben abzugelten. Weigert sich ein öffentliches Spital, einen entsprechenden Leistungsvertrag abzuschliessen, könnte der Regierungsrat gestützt auf Art. 12 Abs. 1 SpVG das Spital durch Verfügung zu den im Sinne der Initiative versorgungsnotwendigen Vorhalteleistungen verpflichten.
57. Auch **Staatsbeiträge für Spitalinvestitionen** werden nur gewährt, wenn die Investitionen der kantonalen Versorgungsplanung entsprechen (Art. 71 Bst. a und Art. 74 Bst. a SpVG). Soweit die von der Spitalstandortinitiative verlangten Angebote

⁹² Die Beitragstatbestände in Art. 59 ff. SpVG sind alle als „Kann-Vorschriften“ ausgestaltet. Vgl. auch Vortrag SpVG (Anm. 29), S. 48.

⁹³ Vgl. Vortrag SpVG (Anm. 29), S. 23.

⁹⁴ Vgl. vorne Rz. 54.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

der Spitalgrundversorgung in der Versorgungsplanung vorgesehen sind,⁹⁵ können damit Beiträge an Investitionen gesprochen werden, welche für die Erbringung dieser Angebote notwendig sind. Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, sollte sich der Kanton dabei auf Bürgschaften bzw. Darlehen zu marktüblichen Konditionen beschränken und auf Beiträge à *fonds perdu* verzichten. Anders präsentiert sich die Situation, wenn bestimmte, von der Initiative geforderte Grundversorgungsleistungen von der Versorgungsplanung nicht erfasst sind, weil sie den bundesrechtlichen Planungskriterien der Qualität und Wirtschaftlichkeit nicht (mehr) entsprechen. In diesem Fall sind Staatsbeiträge für Investitionen ausgeschlossen.

58. Nicht in Frage kommt dagegen eine **Abgeltung zusätzlicher Leistungen** nach Art. 66 SpVG, um die von der Spitalstandortinitiative geforderten Grundversorgungsleistungen zu finanzieren. Mit „zusätzlichen Leistungen“ sind nach dieser Bestimmung Leistungen von Listenspitalern (bzw. Listengeburtshäusern) gemeint, die in einem Leistungsvertrag zwischen Kanton und Spital festgelegt und nicht bereits nach anderen kantonalrechtlichen Beitragstatbeständen oder nach Art. 49 KVG finanziert sind. Als Beispiele werden in Art. 66 Abs. 2 SpVG Leistungen der Schwangerschaftsberatungsstellen und der Informations- und Beratungsstellen für pränatale Untersuchungen genannt.⁹⁶ In Betracht fallen auch Leistungen von Dolmetscherinnen- und Dolmetschern, um eine korrekte medizinische Diagnostik und Behandlung zu ermöglichen.⁹⁷ Art. 66 SpVG bildet jedoch keine Grundlage zur Deckung allfälliger Fehlbeträge bei stationären Behandlungen, die durch die leistungsbezogenen Fallpauschalen nach Art. 49 Abs. 1 KVG nicht aufgefangen werden können.⁹⁸ Umso weniger kann Art. 66 SpVG herangezogen werden, um stationäre Grundversorgungsleistungen zu finanzieren, die nicht von einem krankenversicherungsrechtlichen Leistungsauftrag abgedeckt sind. Ansonsten würde das bundesrechtlich vorgesehene System der Spitalfinanzierung umgangen.
59. Fraglich ist, ob eine **zusätzliche Ausstattung von Spitäler mit Eigenkapital** ein gangbarer Weg zur Umsetzung der Spitalstandortinitiative wäre. Das würde bedeuten, dass der Regierungsrat gestützt auf Art. 19 Abs. 2 SpVG für die RSZ neues Aktienkapital liberieren würde. Mit einer solchen Eigenkapitalausstattung erwirbt der Kanton Verwaltungsvermögen. Es handelt sich dabei um eine staatliche Investition,

⁹⁵ Dazu vorne Rz. 52.

⁹⁶ Zusatzleistungen im Rahmen der Aus- und Weiterbildung von Gesundheitspersonal werden demgegenüber gestützt auf Art. 109 SpVG abgegolten.

⁹⁷ Vortrag SpVG (Anm. 29), S. 50.

⁹⁸ Vortrag SpVG (Anm. 29), S. 50.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

nicht aber um einen Staatsbeitrag, mit dem bestimmte Aufgaben, die im öffentlichen Interesse liegen, unterstützt bzw. finanzielle Lasten aus der Erfüllung öffentlicher Aufgaben abgegolten werden.⁹⁹ Eine Eigenkapitalausstattung zwecks Finanzierung bestimmter Grundversorgungsleistungen, wie sie von der Standortinitiative verlangt werden, fällt ausser Betracht. Damit würden die im Krankenversicherungsrecht des Bundes und im Spitalversorgungsgesetz geregelten Voraussetzungen für die Abgeltung von Versorgungsleistungen umgangen; es läge gewissermassen ein verkappter Staatbeitrag vor. Nicht ausgeschlossen ist hingegen eine Stärkung der Eigenkapitalbasis von RSZ, um deren Position im privaten Kapitalmarkt zu verbessern und den Erhalt von Krediten zu erleichtern oder auch zwecks Erweiterung der betrieblichen Handlungsspielräume. Eine solches Vorgehen ist zwar mit Blick auf das verfassungsrechtliche Prinzip der staatlichen Wettbewerbsneutralität (Art. 94 Abs. 1 BV) nicht unproblematisch. Allerdings liesse sich kaum auf eine Verletzung von Bundesrecht schliessen, solange das Krankenversicherungsrecht den Kantonen erlaubt, eigene öffentliche Spitäler zu besitzen und auf eine Entflechtung von Eigentümerstellung und Regulierungskompetenzen verzichtet.

60. Die Staatsbeiträge nach Art. 59 ff. SpVG stehen alle unter dem Vorbehalt einer **Ausgabenbewilligung** durch das zuständige Organ. Auch eine Ausstattung von RSZ mit zusätzlichem Eigenkapital bedürfte einer Ausgabenbewilligung. Dies folgt aus Art. 105 KV sowie Art. 43 FLG¹⁰⁰, wonach eine Ausgabenbewilligung Voraussetzung dafür ist, dass die sachkompetente Behörde überhaupt Ausgaben tätigen darf. Für die Staatsbeiträge nach dem Spitalversorgungsgesetz ergibt sich die Ausgabenbewilligungskompetenz in erster Linie aus Art. 139 SpVG. Demnach beschliesst der Grossen Rat in der Regel alle vier Jahre einen Rahmenkredit für die in Art. 139 Abs. 1 SpVG aufgelisteten Beiträge bzw. Ausgaben, während die GEF über die Verwendung des Rahmenkredits entscheidet und insbesondere Ausgaben für die Aus- und Weiterbildung in nichtuniversitären Gesundheitsberufen selbstständig bewilligen kann (Art. 139 Abs. 2 SpVG). Ein Rahmenkredit des Grossen Rats ist insbesondere für die Abgeltung von Vorhalteleistungen vorgesehen (Art. 139 Abs. 1 Bst. f SpVG), nicht aber für Spitalinvestitionen und auch nicht für die Ausstattung von RSZ mit Eigenkapital. Die Kompetenz für die Bewilligung von Ausgaben für Investitionsbeiträge oder die Ausstattung mit Eigenkapital ergibt sich aus der Kantonsverfassung und der Finanzhaus-

⁹⁹ Vgl. die entsprechenden Definitionen im Staatsbeitragsgesetz vom 16. September 1922 (StBG; BSG 641.1) in Art. 3 Abs. 2 (Finanzhilfen) und Abs. 3 (Abgeltungen).

¹⁰⁰ Gesetz vom 26. März 2002 über die Steuerung von Finanzen und Leistungen (BSG 620.0; FLG). – Vgl. auch (in Bezug auf den Kanton Luzern) BGer, 2C_272/2012, Urteil vom 9. Juli 2012, E. 5.2.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

haltsgesetzgebung (vgl. Art. 139 Abs. 4 SpVG). So ist gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. e i.V.m. Art. 89 Abs. 2 KV der Grosse Rat zuständig für neue einmalige Ausgaben über eine Million Franken. Ausgabenbeschlüsse des Grossen Rates, die einmalige Ausgaben über zwei Millionen Franken betreffen, unterliegen dem Finanzreferendum (Art. 62 Abs. 1 Bst. c KV). Neue einmalige Ausgaben bis eine Million Franken sowie gebundene Ausgaben liegen in der Kompetenz des Regierungsrates (Art. 89 Abs. 2 Bst. a und c KV). Zu den gebundenen Ausgaben gehören nach Art. 48 Abs. 1 Bst. f FLG insbesondere Ausgaben zum Ersatz bestehender, technisch überalterter oder defekter Einrichtungen und Anlagen. Abgesehen davon sind Ausgaben für Investitionen in Spitalinfrastrukturen keine gebundenen Ausgaben; solche Ausgaben können sich zwar auf die kantonale Versorgungsplanung stützen, sind aber zur Erfüllung einer gesetzlich geordneten Verwaltungsaufgabe nicht „unbedingt erforderlich“ im Sinn von Art. 48 Abs. 1 Bst. b SpVG. Dasselbe gilt für Ausgaben zwecks Ausstattung von RSZ mit Eigenkapital.

61. Für die Ausstattung der RSZ mit Eigenkapital und Fremdkapital existiert ein **Ausgabenbeschluss des Grossen Rates von 2006**.¹⁰¹ In diesem Beschluss ermächtigte der Grosse Rat den Regierungsrat, per 1. Januar 2007 im Betrag von CHF 42 Mio. Aktien der RSZ zu zeichnen und im gleichen Umfang Aktienkapital zu liberieren;¹⁰² der Regierungsrat machte von dieser Kompetenz vollumfänglich Gebrauch.¹⁰³ Gleichzeitig wurde der Regierungsrat ermächtigt, Fremdkapital in Form von Darlehen im Betrag von insgesamt maximal CHF 107 Mio. zur Verfügung zu stellen oder Bürgschaften zur Absicherung von Krediten der RSZ bei Dritten in der Höhe von maximal CHF 129 Mio. (120% der Kreditbeträge) einzugehen.¹⁰⁴ Zusätzlich sprach der Grosse Rat im gleichen Beschluss einen Verpflichtungskredit zwecks Ausstattung der RSZ mit Fremdkapital bei Liquiditätsengpässen.¹⁰⁵ Gestützt auf diesen Grossratsbeschluss ermächtigte der Regierungsrat die GEF, Bürgschaften zur Absicherung von Krediten der RSZ-Aktiengesellschaften bei Dritten in einer pro Spital maximal bestimmten Höhe zu gewähren.¹⁰⁶ Für die Gewährung von Darlehen an die RSZ hat die Regierung

¹⁰¹ GRB Nr. 3356 vom 25. Januar 2006.

¹⁰² Grossratsbeschluss Nr. 3356 vom 25. Januar 2006, Ziff. 1.

¹⁰³ Regierungsratsbeschluss Nr. 1973 vom 8. November 2006, Ziff. 1.

¹⁰⁴ Grossratsbeschluss Nr. 3356 vom 25. Januar 2006, Ziff. 2.

¹⁰⁵ Grossratsbeschluss Nr. 3356 vom 25. Januar 2006, Ziff. 3 (Reserve zur Leistung von Darlehen in der Höhe von maximal CHF 11 Mio. bzw. zur Gewährung von Bürgschaften in der Höhe von maximal CHF 13 Mio.).

¹⁰⁶ Regierungsratsbeschluss Nr. 1973 vom 8. November 2006, Ziff. 2.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

hingegen keine Mittel bewilligt.¹⁰⁷ Die vom Grossen Rat zur Verfügung gestellte Reserve im Fall von Liquiditätsengpässen hat der Regierungsrat bisher nicht eingesetzt. Aufgrund der genannten Ausgabenbeschlüsse kann die GEF somit für Investitionen durch RSZ in eigener Kompetenz Bürgschaften gewähren, sofern die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt und die bewilligten Ausgaben noch nicht ausgeschöpft sind.

62. Durch eine Annahme der Spitalstandortinitiative werden die erwähnten Ausgabenbewilligungskompetenzen nicht verändert. Für die Abgeltung von Vorhalteleistungen wäre nach wie vor ein Rahmenkredit des Grossen Rats nach Art. 139 Abs. 1 Bst. f SpVG erforderlich. Ausgaben für die Abgeltung von Spitalinvestitionen und die Ausstattung von RSZ mit zusätzlichem Eigenkapital blieben neue Ausgaben, die ab einer Million Franken vom Grossen Rat zu bewilligen sind, auch wenn sie der Umsetzung des Gesetzes über die regionalen Spitalstandorte dienen und sich im Einzelfall sogar als notwendig erweisen können, um die Pflichten des Standortgesetzes zu erfüllen. Generell liesse sich jedoch nicht sagen, dass Investitionsbeiträge und Eigenkapitalausstattungen für die von der Initiative erfassten öffentlichen Spitäler zur Erfüllung einer gesetzlich geordneten Verwaltungsaufgabe im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. b FLG „unbedingt erforderlich“ sind. Vielmehr würde auch mit Annahme der Initiative dem für die Ausgabenbewilligung zuständigen Organ bezüglich Höhe, Zeitpunkt und anderer wesentlicher Modalitäten eine verhältnismässig grosse Handlungsfreiheit zustehen (vgl. Art. 48 Abs. 2 Bst. a FLG), wenn es um die Finanzierung von öffentlichen Spitälern an regionalen Standorten gemäss Spitalversorgungsgesetz geht. Das bedeutet, dass die Umsetzung der Initiative mittels kantonalrechtlichen Finanzierungsinstrumenten grundsätzlich auf **politische Beschlüsse des Grossen Rates** angewiesen ist; kommen die entsprechenden Beschlüsse nicht zustande, wird die Umsetzung der Initiative erschwert oder gar verunmöglicht.

3.3.5. Schlussfolgerung

63. Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass für die Umsetzung der Spitalstandortinitiative gewisse Instrumente in Frage kommen, ohne dass übergeordnetes Recht verletzt wird. Im Einzelnen fallen folgende **Instrumente** in Betracht, um die Pflichten zur Sicherstellung einer umfassenden akutsomatischen Grundversorgung

¹⁰⁷ Die Regierungsratsbeschluss Nr. 1973 vom 8. November 2006 spricht in Ziff. 2 einzig von Bürgschaften, nicht aber von Darlehen. Die in Klammern angegebenen Beträge sind nicht maximale Darlehensbeträge, sondern maximal verbürgte Kreditbeträge.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

durch öffentliche Spitäler (RSZ sowie Hôpital du Jura bernois SA) an den von der Initiative genannten regionalen Standorten zu erfüllen:

- Umstrukturierungen von öffentlichen Spitäler, namentlich Fusion von RSZ oder Zusammenfassung von RSZ unter einer überregionalen Spitalholding;
 - Verhinderung einer Schliessung öffentlicher Spitäler bzw. einzelner Spitalabteilungen sowie Verhinderung einer Privatisierung öffentlicher Spitäler; vorausgesetzt ist allerdings, dass die Qualität und Wirtschaftlichkeit eines Spitals bzw. einer Spitalabteilung gewährleistet ist;
 - Berücksichtigung des Zugangs von Patientinnen und Patienten zur Behandlung innert nützlicher Frist im Rahmen der Vergabe von krankenversicherungsrechtlichen Leistungsaufträgen; vorausgesetzt ist dabei, dass die begünstigten öffentlichen Spitäler eine mit anderen Spitäler vergleichbare Qualität und Wirtschaftlichkeit aufweisen;
 - Berücksichtigung von Mehrkosten, welche spezifisch durch die geographische Lage oder die Kleinheit von Spitäler an regionalen Standorten bedingt sind, im Rahmen kantonaler Tarifentscheide;
 - Abschluss von Leistungsverträgen mit öffentlichen Spitäler zur Gewährleistung einer akutsomatischen Notfallversorgung rund um die Uhr sowie zur Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten, die zur Umsetzung der Initiative notwendig sind; die in den Leistungsverträgen vereinbarten Abgeltungen müssen durch einen Rahmenkredit des Grossen Rats abgedeckt sein;
 - Gewährung von Bürgschaften und Darlehen sowie, unter Vorbehalt unzulässiger Wettbewerbsverzerrungen, von *à fonds perdu*-Beiträgen für Investitionen öffentlicher Spitäler, soweit die Investitionen der kantonalen Versorgungsplanung entsprechen; die Ausgaben für die Beiträge müssen durch den Grossen Rat bewilligt sein, sofern sie eine Million Franken übersteigen;
 - Ausstattung von öffentlichen Spitäler mit zusätzlichem Eigenkapital; die Ausgaben für die Kapitalausstattung müssen durch den Grossen Rat bewilligt sein, sofern sie eine Million Franken übersteigen.
64. Das vom geltenden Recht vorgesehene und mit Bundesrecht kompatible Instrumentarium ist zwar begrenzt, von beschränkter Wirksamkeit und teilweise von politischen Entscheidungen abhängig. Allerdings lässt sich mit Blick auf die vorhandenen Instrumente nicht sagen, dass die Spitalstandortinitiative gar nicht oder in wesentlichem Umfang nicht umsetzbar wäre. Die Umsetzung der Initiative ist zwar schwierig und

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

kann infolge ungünstiger wirtschaftlicher Entwicklungen oder wegen den politischen Verhältnissen scheitern. Solche Umsetzungsrisiken machen die Initiative jedoch nicht undurchführbar. Das bedeutet, dass die **Initiative gültig zu erklären ist.**

3.4. Regulatorische Auswirkungen auf das kantonale Recht

65. Angesichts der beschränkten Umsetzbarkeit der Spitalstandortinitiative stellt sich die Frage, ob im Fall einer Annahme im kantonalen Recht Anpassungen erforderlich wären, damit der Kanton die von der Initiative vorgesehenen Pflichten besser erfüllen könnte. Was die unternehmens- und eigentümerrechtlichen Instrumente betrifft, ist nicht ersichtlich, inwiefern das bestehende Instrumentarium zu einer besseren Verwirklichung der Initiative erweitert werden könnte. Die krankenversicherungsrechtlichen Finanzierungsinstrumente sind vom Bund vorgegeben. In Betracht fällt damit höchstens eine Anpassung der kantonalrechtlichen Finanzierungsinstrumente. Zur Diskussion steht dabei eine **neue gesetzliche Grundlage für Staatsbeiträge** zugunsten öffentlicher Spitäler an den regionalen Standorten gemäss Initiative. Ein solcher Beitragstatbestand müsste auf jeden Fall im formellen Gesetz, d.h. im Spitalversorgungsgesetz, verankert werden (vgl. Art. 5 Abs. 1 StBG).
66. Für einen neuen Beitragstatbestand, welcher der Umsetzung der Spitalstandortinitiative dienlich wäre, **lässt das Bundesrecht jedoch keinen Raum:** Die Vergütung der stationären Behandlungen einschliesslich Aufenthalt und Pflegeleistungen in Spitäler wird durch das Krankenversicherungsrecht abschliessend geregelt (vgl. Art. 49 KVG). In den krankenversicherungsrechtlichen Vergütungen ist auch ein Investitionskostenanteil enthalten.¹⁰⁸ Darüber hinaus kann der Kanton gemäss Art. 73 f. SpVG bei Investitionen Bürgschaften und Darlehen zur Sicherstellung der Liquidität gewähren. Für den Fall, dass dies nicht ausreicht, sehen Art. 76 f. SpVG Beiträge vor, um versorgungsnotwendige Investitionen zu ermöglichen.¹⁰⁹ In beiden Fällen müssen die Investitionen der kantonalen Versorgungsplanung entsprechen. Ähnliches gilt für die Finanzierung von Vorhalteleistungen, die nach dem geltenden Recht möglich ist, wenn diese Leistungen aufgrund der kantonalen Versorgungsplanung versorgungsnotwendig sind oder aufgrund von Verhältnissen, die sich seit der letzten Versorgungsplanung wesentlich verändert haben, versorgungsnotwendig geworden sind

¹⁰⁸ Vgl. vorne Rz. 41, 4. Lemma.

¹⁰⁹ Dabei ist allerdings fraglich, ob solche à *fonds perdu*-Beiträge mit dem Gebot der staatlichen Wettbewerbsneutralität vereinbar sind; vgl. vorne Rz. 57.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

(Art. 68 Bst. b SpVG). Neue Beitragstatbestände für Investitionen oder Vorhalteleistungen ausserhalb der Versorgungsplanung bzw. für nicht versorgungsnotwendige Leistungen würden zum Aufbau von „Parallelstrukturen“ führen. Dies wäre nicht nur eine Fehlallokation öffentlicher Gelder, sondern würde Sinn und Zweck der auf die gesamte Bevölkerung ausgerichteten Spitalplanung widersprechen (vgl. Art. 58a Abs. 1 KVV sowie Art. 6 Abs. 1 SpVG) und letztlich das bundesrechtliche System der Spitalplanung und Spitalfinanzierung mit den vorgesehenen objektiven Planungs- und Finanzierungskriterien umgehen. Hinzu kämen wettbewerbsverzerrende Effekte, wenn der Kanton ausserhalb der vom Krankenversicherungsrecht vorgesehenen wettbewerblichen Rahmenbedingungen eigene Spitäler finanzieren und betreiben würde. Damit kommen neue Beitragstatbestände, die über die bereits bestehenden, auf die krankenversicherungrechtlich vorgesehene Versorgungsplanung bezogenen Beiträge nach Art. 59 ff. SpVG hinausgehen, nicht in Frage, um die Umsetzung der Initiative zu erleichtern. Dem Kanton wäre es folglich verwehrt, zwecks Erbringung der medizinischen Grundversorgung Regionalspitäler ausserhalb der Spitalplanung und Spittaliste zu betreiben.

67. Das Gesagte bedeutet, dass es bei einer Annahme der Spitalstandortinitiative **nicht notwendig ist, das geltende kantonale Spitalversorgungsrecht anzupassen**; eine Ergänzung des Spitalversorgungsgesetzes mit neuen Beitragstatbeständen zur Unterstützung von öffentlichen Spitätern ausserhalb der Versorgungsplanung wäre mit Bundesrecht nicht zu vereinbaren. Vielmehr hätte der Kanton die bestehenden Instrumente auszuschöpfen, um den Vorgaben der Initiative so gut wie möglich nachzukommen.

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

4. Zusammenfassung der Ergebnisse

68. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen kommt das Gutachten zu folgenden Ergebnissen:

- Die Spitalstandortinitiative erfasst **sämtliche RSZ und das Hôpital du Jura bernois SA** an den in Art. 2 aufgeführten Standorten, soweit diese Spitäler akutsomatische Leistungen der Grundversorgung erbringen. Nicht unter den Anwendungsbereich der Initiative fallen die Psychiatriebetriebe. Ebenso wenig ist die Initiative auf das Inselspital anwendbar, solange dieses nicht als RSZ bezeichnet wird. Von der Initiative ausgenommen sind sodann sämtliche Privatspitäler.
- Die Initiative enthält einen Bestandesschutz hinsichtlich der in Art. 2 genannten Standorte, nicht aber einen Bestandesschutz für einzelne öffentliche Spitäler. Solange die leistungsbezogenen Vorgaben der Initiative in Bezug auf die Spitalgrundversorgung erfüllt bleiben und an jedem Standort mindestens ein Spital existiert, darf der Kanton die **Anzahl öffentlicher Spitäler** verändern (was indessen einzig in Bezug auf den Hauptstandort Bern von Bedeutung ist).
- Unter denselben Voraussetzungen darf der Kanton die von der Initiative erfasssten öffentlichen Spitäler in Bezug auf ihre **Rechtsform, Eigentumsverhältnisse und Organisation** umgestalten, insbesondere RSZ auf deren Antrag unter einer überregionalen Spitalholding zusammenfassen oder einen Zusammenschluss von RSZ beschliessen.
- Die Spitalstandortinitiative legt in dreifacher Hinsicht fest, worin die in Art. 3 Abs. 2 verlangte **umfassende Grundversorgung** bestehen soll: Gewährleistung einer akutsomatischen Notfallversorgung rund um die Uhr an allen Spitalstandorten gemäss Art. 2 der Initiative; Fortführung des Angebots in den Fachbereichen Innere Medizin, Chirurgie und Gynäkologie/Geburtshilfe, soweit die entsprechenden Leistungen an den einzelnen Spitalstandorten bisher, d.h. im Zeitpunkt der Einreichung der Initiative, angeboten wurden; Wiederaufbau und Inbetriebnahme der Geburtsabteilung des Spitals Riggisberg.
- Der Zweck der Spitalstandortinitiative sowie die von der Initiative vorgesehenen Pflichten zum Betrieb von Spitäler an den in Art. 2 aufgeführten Standorten mit umfassenden Leistungsangeboten der akutsomatischen Grundversorgung stehen **im Einklang mit übergeordnetem Recht**.
- Die Spitalstandortinitiative steht in einem **Spannungsverhältnis zum Prinzip des Wettbewerbs**, das dem Krankenversicherungsrecht zugrunde liegt und von

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

der Bundesverfassung geschützt ist. Sofern aber die Initiative in wettbewerbsneutraler Weise umgesetzt wird, liegt diesbezüglich keine Verletzung von Bundesrecht vor.

- Die Spitalstandortinitiative lässt sich mit den vom geltenden Recht vorgesehenen unternehmens- und eigentümerrechtlichen Instrumenten sowie den Finanzierungsinstrumenten, namentlich mittels kantonaler Staatsbeiträge, zumindest teilweise so umsetzen, dass Bundesrecht nicht verletzt wird. Die Initiative ist damit **gültig zu erklären**. Allerdings stösst die Umsetzung der Initiative an Grenzen, wenn ein öffentliches Spital an einem regionalen Standort hinsichtlich Qualität und Wirtschaftlichkeit den rechtlichen Anforderungen nicht mehr genügen kann; abgesehen davon ist die Umsetzung der Initiative von künftigen finanzpolitischen Entscheiden abhängig.
- Bei einer Annahme der Spitalstandortinitiative ist eine **Anpassung des geltenden Spitalversorgungsrechts nicht notwendig**. Der Kanton müsste vielmehr die bestehenden Instrumente ausschöpfen, um den Vorgaben der Initiative so gut wie möglich nachzukommen. Für neue Beitragstatbestände zugunsten öffentlicher Spitäler an regionalen Standorten lässt das Bundesrecht keinen Raum; insbesondere wäre eine Finanzierung öffentlicher Spitäler ausserhalb der krankenversicherungsrechtlich vorgesehenen Spitalplanung und Spitalliste mit Bundesrecht nicht vereinbar.

Ich hoffe, Ihnen mit diesen Ausführungen zu dienen und stehe Ihnen für allfällige Rückfragen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Bernhard Rütsche
o. Professor für Öffentliches Recht und
Rechtsphilosophie

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

Anhang: Text der „Spitalstandortinitiative“

„Die nachfolgend unterzeichnenden Stimmbürgerinnen und Stimmbürger des Kantons Bern verlangen, gestützt auf Art. 58 der bernischen Kantonsverfassung und Art. 60 ff. des Gesetzes über die politischen Rechte vom 5.5.1980 den Erlass des folgenden Gesetzes:

Gesetz über die regionalen Spitalstandorte

Art. 1 Zweck

Dieses Gesetz bezweckt, für Stadt und Land und die gesamte Bevölkerung eine ausreichende, qualitativ gute und wirtschaftliche Spitalversorgung mit einer angemessenen Anzahl Spitäler im ganzen Kanton sicherzustellen.

Art. 2 Regionale Spitalstandorte

Der Kanton stellt sicher, dass die öffentlichen Spitäler an den nachfolgend aufgeführten Standorten betrieben werden und die kantonalen und eidgenössischen Vorgaben an die Spitalversorgung erfüllen:

Hauptstandorte:

- Bern
- Biel
- Burgdorf
- Interlaken
- Langenthal
- Thun

Regionale Standorte:

- Aarberg
- Frutigen
- Langnau
- Moutier
- Münsingen
- Riggisberg
- St-Imier
- Zweisimmen

Bernhard Rütsche
Rechtsgutachten Spitalstandortinitiative

Art. 3 Umfassende Grundversorgung

¹ Die Spitäler an den regionalen Standorten gewährleisten die Spitalgrundversorgung in Zusammenarbeit mit den Spitätern an den Hauptstandorten. Sie sind zudem Bindeglied zu den regionalen und lokalen Erbringern von Medizinaldienstleistungen und Notfallorganisationen.

² Die Spitäler an den regionalen Standorten müssen in der Lage sein, eine umfassende Spitalgrundversorgung anzubieten. Dazu gehören die Gewährleistung einer akutsomatischen Notfallversorgung rund um die Uhr sowie insbesondere die Leistungen der Fachbereiche Innere Medizin, Chirurgie und Gynäkologie/Geburtshilfe, soweit diese bisher angeboten wurden.

Art. 4 Berichterstattung, Änderungen

¹ Der Regierungsrat erstattet dem Grossen Rat alle acht Jahre Bericht über Situation und Entwicklung im Bereich der Spitalversorgung. Er stellt gleichzeitig Antrag an den Grossen Rat auf allfällige Änderungen.

² Der Grosse Rat nimmt den Bericht zur Kenntnis. Über Anträge des Regierungsrats entscheidet er in Form eines dem fakultativen Referendum unterstehenden Sachbeschlusses.

Art. 5 Vollzug

Der Regierungsrat vollzieht das vorliegende Gesetz.

Art. 6 Übergangsbestimmung

Die Geburtsabteilung des Spitals Riggisberg ist mindestens bis zur ersten Berichterstattung gemäss Art. 4 Abs. 1 dieses Gesetzes zu betreiben.

Art. 7 Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt sofort mit Annahme durch das Volk in Kraft.“