

Wettbewerbsrechtliche Grenzen kantonaler Spitalsubventionen für gemein-wirtschaftliche Leistungen

Um das wirtschaftliche Überleben ihrer Spitäler zu sichern, gewähren die Kantone unter dem Titel «gemeinwirtschaftliche Leistungen (GWL)» in grossem Umfang Subventionen ausserhalb der obligatorischen Krankenpflegeversicherung. Solche Spitalsubventionen sind dann problematisch, wenn sie nicht allen öffentlichen und privaten Spitätern mit Versorgungsaufträgen in vergleichbarer Weise offenstehen. Der vorliegende Beitrag fragt danach, inwiefern kantonale Spitalsubventionen durch rechtsstaatliche Gebote und wettbewerbsrechtliche Vorgaben, insbesondere den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, Grenzen gesetzt sind.

I. Einleitung	140
II. Gesetzlicher Rahmen für Spitalsubventionen	140
1. Spitalfinanzierung nach KVG	140
2. Gemeinwirtschaftliche Leistungen	142
III. Verfassungsrechtliche Vorgaben für Spitalsubventionen	143
1. Gesetzliche Grundlage	144
2. Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit	144
3. Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerbsneutralität	145
IV. Wettbewerbsneutrale Ausgestaltung von Spitalsubventionen	146
1. Trägerschaftsneutralität	146
2. Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben (Abgeltungen)	146
3. Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten (Finanzhilfen)	147
4. Beispiel: Finanzhilfe für das Kantonsspital Aarau	148
V. Ergebnisse	149

Zitiervorschlag:

BERNHARD RÜTSCHE, Wettbewerbsrechtliche Grenzen kantonaler Spitalsubventionen für gemeinwirtschaftliche Leistungen, in: Güggi/Haux/Ranzoni/Schlegel/Sieber-Gasser/Thommen (Hrsg.), *sui generis #unbequem* 2023, S. 139

Die Reihe «#unbequem» soll das Wirken von Daniel Hürlimann für eine offene Wissensgesellschaft weitertragen. Im Unterschied zu üblichen Artikeln in *sui generis* sind die Texte weder auf juristische Fragen beschränkt noch werden sie einer doppelblinden Peer Review unterzogen. Sie werden vom Herausgeber:innen-Team in einem offenen Verfahren gesichtet und kommentiert. Alles weitere ist dem Vorwort dieser Reihe zu entnehmen.

Herausgegeben von Nils Güggi / Dario Haux / Luca Ranzoni / Stefan Schlegel / Charlotte Sieber-Gasser / Marc Thommen

Prof. Dr. iur. **Bernhard Rüttsche**, Ordinarius für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Universität Luzern (bernhard.ruetsche@unilu.ch).

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.237>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

I. Einleitung

- 1 Viele Spitäler sind in der Schweiz in den letzten Jahren unter grossen wirtschaftlichen Druck geraten und mussten auf ihren Infrastrukturen Wertberichtigungen in zwei- bis dreistelliger Millionenhöhe vornehmen. Eine Ursache liegt in der Verlagerung von Behandlungen vom stationären in den ambulanten Bereich, in dem aufgrund tieferer Tarife weniger Erträge erzielt werden können. Weitere Kostenfaktoren sind Inflation, Fachkräftemangel und die Zunahme administrativer Aufgaben. Teilweise sind auch schlicht ineffiziente Spitalstrukturen für die Defizite verantwortlich¹.
- 2 Von wirtschaftlichen Schwierigkeiten betroffene öffentliche Spitäler können meist auf die Hilfe der Kantone zählen. Diese leisten umfangreiche finanzielle Beiträge, um das wirtschaftliche Überleben ihrer Spitäler zu gewährleisten. Diese Beiträge sind nichts anderes als *kantonale Subventionen*, die ausserhalb der krankensicherungsrechtlichen Fallpauschalen mit Steuermitteln finanziert werden. Die zwei jüngsten Beispiele, in denen solche kantonalen Spitalsubventionen zur Diskussion stehen, betreffen die Kantone Schaffhausen (vgl. Rz. 25) und Aargau (vgl. Rz. 49 ff.).
- 3 Kantonale Subventionen zur Deckung von Kosten und Defiziten öffentlicher Spitäler werfen eine Reihe *rechtlicher Fragen* auf. Zunächst müssen solche Subventionen vor den allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen der Gesetzmässigkeit, des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit standhalten. Soweit sich die begünstigten öffentlichen Spitäler in direkter Konkurrenz zu privaten Spitälern befinden und diese nicht oder nicht unter denselben Bedingungen in den Genuss von Subventionen kommen, stellen sich wettbewerbsrechtliche Fragen. So könnten einseitig ausgerichtete kantonale Spitalsubventionen mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung von Konkurrenten und der Wettbewerbsneutralität (Art. 27 und 94 BV²) in Konflikt geraten. Das Spitalwesen ist zwar nicht rein privatwirtschaftlich organisiert, sondern in ein sozialversicherungsrechtliches System eingebettet. Dennoch kann das verfassungsmässige Wettbewerbsrecht zur Anwendung gelangen, weil das KVG³ für öffentliche und private Spitäler mit Leistungsaufträgen der Kantone (Listenspitäler) gleiche Rahmenbedingungen geschaffen hat, um einen gewissen Spitalwettbewerb zu ermöglichen.

1 Zum Ganzen etwa ISABELLE WACHTER, Der nächste «Rettungsschirm»: Öffentliche Spitäler stützen sich auf staatliche Hilfen – und leiden an Gärtchendenken und zu viel Bürokratie, NZZ vom 12. Januar 2023.

2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

3 Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1995 (KVG; SR 832.10).

Der vorliegende Beitrag⁴ geht diesen Fragen nach und zeigt insbesondere auf, dass den Kantonen bei der Subventionierung ihrer Spitäler in verschiedener Hinsicht wettbewerbsrechtliche Grenzen gesetzt sind. Sehr gerne hätte ich mich über diese Fragen mit Daniel Hürlimann ausgetauscht – so wie wir es in zahlreichen inspirierenden Gesprächen über kontroverse und neuartige Fragen aus dem Gesundheitsrecht und darüber hinaus getan haben. Mit Dankbarkeit blicke ich auf die jahrelange Zusammenarbeit mit Daniel zurück, bei der ich ihn als äusserst liebenswürdigen Menschen und genuinen Forscher erlebte, der scharf argumentierte, mit einer fast spielerischen Freude dogmatische Lehren hinterfragte und getrieben von einem unbändigen Entdeckergeist in uner-schlossene Themengebiete vorsties. Der Beitrag ist ihm gewidmet.

In einem ersten Schritt wird *im Folgenden* der gesetzliche Rahmen für kantonale Spitalsubventionen dargestellt. Im Fokus steht dabei die über das KVG hinausgehende Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen von Spitälern (Rz. 6 ff.). Anschliessend werden die für die Subventionierung von Spitälern massgeblichen verfassungsrechtlichen Grundsätze, namentlich der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, erläutert (Rz. 23 ff.). Gestützt auf diese Ausführungen diskutiert der Beitrag, welche Anforderungen sich aus den übergeordneten wettbewerbsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung von Beiträgen für gemeinwirtschaftliche Leistungen der Spitäler ergeben (Rz. 36 ff.). Der Beitrag schliesst mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse (Rz. 52 ff.).

II. Gesetzlicher Rahmen für Spitalsubventionen

Zuerst gilt es, die *rechtliche Natur kantonalen Beiträge* für die Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen von Spitälern über das KVG hinaus im Rahmen des geltenden Spitalfinanzierungssystems zu klären. Zu diesem Zweck werden zunächst die Grundzüge der Spitalfinanzierung nach KVG (Rz. 7 ff.) dargestellt. Die anschliessenden Ausführungen setzen sich mit Begriff und Arten gemeinwirtschaftlicher Leistungen auseinander (Rz. 16 ff.).

1. Spitalfinanzierung nach KVG

a) Ziele der neuen Spitalfinanzierung

Das gegenwärtige System der Spitalfinanzierung im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) basiert auf der Teilrevision des KVG vom 21. Dezem-

4 Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten des Verfassers vom 20. November 2022 und zwei Ergänzungen vom 8. Januar 2023 zuhanden von ospita – Die Schweizer Gesundheitsunternehmen.

ber 2007⁵. Ein Ziel der Revision bestand darin, den *Wettbewerb unter den Spitälern zu stärken*, um dadurch Anreize für eine effizientere Leistungserbringung zu schaffen und den Kostenanstieg in der OKP zu bremsen⁶. Wichtigste Neuerungen waren die Einführung von leistungsbezogenen, auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen beruhenden Fallpauschalen für die Vergütung der stationären Spitalleistungen (Art. 49 KVG) und die dual-fixe Finanzierung der stationären Spitalleistungen durch die Versicherer und Kantone (Art. 49a KVG). Damit sorgte der Gesetzgeber dafür, dass zur Stärkung des Wettbewerbs alle (öffentlichen und privaten) Spitäler ihre Leistungen unter denselben Bedingungen erbringen und nicht mehr aufgrund der Trägerschaft differenziert wurde⁷.

8 Das mittels Revision des KVG von 2007 eingeführte System der Spitalfinanzierung behandelt die öffentlichen und privaten Spitäler demzufolge gleich, soweit diese auf der Spitalliste figurieren und somit vergütungsberechtigt sind. Damit schuf der Bundesgesetzgeber im Bereich der Finanzierung einheitliche Rahmenbedingungen für öffentliche und private Spitäler, so dass sich zwischen diesen Wettbewerb entfalten kann⁸. Da die Preise für OKP-Behandlungen in Form von genehmigungsbedürftigen Tarifverträgen bzw. behördlichen Tariffestsetzungen fixiert sind, spielt sich der Wettbewerb primär im Bereich der Qualität und Kosten der Leistungen ab (*Qualitäts- und Kostenwettbewerb*)⁹.

9 In Anbetracht der in Art. 41 Abs. 1^{bis} KVG garantierten freien Spitalwahl kann der Qualitätswettbewerb zwischen den Spitälern *über die Kantonsgrenzen hinweg* stattfinden¹⁰. Das Institut der freien Spitalwahl vermittelt versicherten Personen das Recht, für eine stationäre Behandlung zwischen den Listenspitälern aller Kantone frei zu

5 Die Revision trat am 1. Januar 2009 in Kraft (AS 2008 2049). Dazu BERNHARD RÜTSCHKE, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung. Insbesondere zur Steuerung der Leistungsmenge im stationären Bereich, Bern 2011, Rz. 47 ff.

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

7 Botschaft zur Spitalfinanzierung (Fn. 6), S. 5569 f.

8 BGE 138 II 398 E. 3.9.3. Aus der Lehre: RÜTSCHKE (Fn. 5), Rz. 68; MARCO DONATSCH, Die Stellung der öffentlichen Hand bei der Spitalfinanzierung nach KVG, in: Jusletter 28. August 2017, Rz. 1; EVA DRUEY JUST, Was sind gemeinwirtschaftliche Leistungen? Eine gesundheitsrechtliche Analyse aus der Perspektive des Vertragsrechts, in: Jusletter 26. Januar 2015, Rz. 2; 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, Rz. 215; THOMAS GÄCHTER / BERNHARD RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, 4. Aufl., Basel 2018, Rz. 180.

9 AB 2007 N 440 (Bortoluzzi), S. 441 (Meyer).

10 TOMAS POLEDNA / KERSTIN NOËLLE VOKINGER, Spitalsubventionen und neue Spitalfinanzierung. Ein Rechtsvergleich kantonalen Wirkens im Spannungsverhältnis von Wettbewerbsneutralität und kantonalen Autonomie, in: Jusletter 18. August 2014, Rz. 60 f.

wählen. Allerdings wird dabei eine Behandlung in einem Listenspital eines anderen Kantons nur nach dem Tarif vergütet, der in einem Listenspital des Wohnkantons für die betreffende Behandlung gilt (Referenztarif gemäss Art. 41 Abs. 1^{bis} KVG). Allfällige Preisdifferenzen gehen zulasten der versicherten Person. Insoweit herrschen zwischen inner- und ausserkantonalen Listenspitälern nicht die gleichen Rahmenbedingungen, so dass sich ein interkantonaler Spitalwettbewerb nur beschränkt entfalten kann. Im Bereich der hochspezialisierten Medizin (HSM) können demgegenüber die Angebote der Spitäler, die mit Leistungsaufträgen ausgestattet sind, schweizweit zu denselben Tarifen beansprucht werden¹¹; in diesem Bereich besteht somit zwischen den Spitälern mit gleichartigen Leistungsaufträgen schweizweit Raum für Wettbewerb.

b) Vergütung stationärer Leistungen (Art. 49 KVG)

Art. 49 KVG regelt unter der Überschrift «Tarifverträge mit Spitälern» die Vergütung stationärer Behandlungen im Bereich der OKP. Absatz 1 dieser Bestimmung verpflichtet die Tarifpartner – Versicherer und Leistungserbringer bzw. deren Verbände –, für die Vergütung stationärer Behandlungen einschliesslich Aufenthalt und Pflegeleistungen in einem Spital Pauschalen zu vereinbaren. Dabei sind in der Regel *Fallpauschalen* festzulegen. Die Pauschalen müssen leistungsbezogen ausgestaltet sein und auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen beruhen. Für die Erarbeitung dieser Tarifstrukturen haben die Tarifpartner gemeinsam mit den Kantonen gestützt auf Art. 49 Abs. 2 KVG eine Organisation (SwissDRG AG) eingesetzt. Diese hat ein für die ganze Schweiz massgebendes System von Fallpauschalen entwickelt, welches die Vergütung stationärer Leistungen von der Diagnose und Fallschwere abhängig macht (Diagnosis Related Groups, DRG)¹².

Die *Höhe der Tarife* (Basispreis bzw. Baserate) wird in Tarifverträgen vereinbart, welche von den zuständigen Kantonsregierungen zu genehmigen sind (Art. 46 Abs. 4 KVG). Kommt zwischen Leistungserbringern und Versicherern kein Tarifvertrag zustande, wird der Tarif von der Kantonsregierung festgesetzt (Art. 47 Abs. 1 KVG). Die Spitaltarife müssen sich an der Entschädigung jener Spitäler orientieren, welche die tarifierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen (Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG). Die Spitaltarife müssen somit auf Betriebsvergleiche (sog. Benchmarking) abstellen.

11 GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 8), Rz. 1096 ff.

12 GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Meyer (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht. Soziale Sicherheit, 3. Aufl., Basel 2016, Rz. 1021; GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 8), Rz. 1123.

12 Kostenanteile für Spitalleistungen, die nicht unter die OKP fallen, sind von den Tarifen für stationäre Leistungen ausgenommen. Art. 49 Abs. 3 KVG spricht von Kostenanteilen für *gemeinwirtschaftliche Leistungen*, die nicht in den Vergütungen nach Art. 49 Abs. 1 KVG enthalten sein dürfen. Zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen gehören nach Art. 49 Abs. 3 KVG insbesondere die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen (lit. a) sowie die Forschung und universitäre Lehre (lit. b). Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen dürfen demzufolge für die nach Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG vorzunehmenden Betriebsvergleiche zwischen den Spitälern nicht massgebend sein. Die Spitäler haben die Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen in ihren Kostenträgerrechnungen transparent auszuweisen (Art. 2 Abs. 1 lit. g VKL¹³)¹⁴.

13 Ob und inwieweit gemeinwirtschaftliche Leistungen ausserhalb der OKP *durch die Kantone vergütet* werden dürfen, regelt das KVG nicht. Aus Art. 49 Abs. 3 KVG lässt sich mithin keine Beschränkung der Kantone hinsichtlich der Subventionierung von Spitälern ableiten¹⁵. Art. 49 Abs. 3 KVG hält lediglich fest, dass Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen nicht in die Berechnung der stationären Tarife einfließen und damit nicht zulasten der OKP gehen dürfen¹⁶.

c) Abgeltung stationärer Leistungen (Art. 49a KVG)

14 Art. 49a KVG regelt die Finanzierung (Abgeltung) der stationären Leistungen. Nach Absatz 1 dieser Bestimmung werden die Vergütungen für die stationären Behandlungen vom Kanton und den Versicherern anteilmässig übernommen (sog. *dual-fixe Abgeltung*¹⁷). Der Anteil des Kantons wird jeweils für ein Kalenderjahr festgelegt und beträgt mindestens 55 % der Vergütungen (Art. 49a Abs. 2^{ter} KVG).

15 Die vom Kanton gemäss Art. 49a Abs. 1 KVG zu übernehmenden Anteile für die Vergütung stationärer Leistungen im Bereich der OKP stellen *im subventionsrechtlichen Sinne* Abgeltungen dar¹⁸. Abgeltungen bezwecken die

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

14 BVGE 2014/3 E. 6.4.4; BVGE 2014/36 E. 4.9.3 und 16.1.4. Vgl. auch BVGE 2014/3 E. 7.4.4 (Aufschlüsselung der Kosten und Leistungen für die einzelnen Spitalstandorte); GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung (2019), S. 9.

15 DONATSCH (Fn. 8), Rz. 21.

16 BVGE 2014/3 E. 7.1; BVGE 2014/36 E. 16.3.3. Aus der Lehre: RÜTSCHÉ (Fn. 5), Rz. 68 Fn. 94; DRUEY JUST (Fn. 8), Rz. 4; DONATSCH (Fn. 8), Rz. 16, 21 und 36; vgl. auch GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung (2019), S. 8.

17 Botschaft zur Spitalfinanzierung (Fn. 6), S. 5569. RÜTSCHÉ (Fn. 5), Rz. 67.

18 MADER (Fn. 8), Rz. 86 ff.

Milderung oder den Ausgleich von finanziellen Lasten, die aus der Erfüllung öffentlicher – gesetzlich vorgeschriebener oder mittels Leistungsauftrag übertragener – Aufgaben resultieren¹⁹. Abgeltungen dienen somit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (Zweckbindung) und stehen mit dieser in einem Austauschverhältnis (Synallagma)²⁰. Die Abgeltungen sind den Listenspitalern aufgrund der Leistungsaufträge nach Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG für die stationäre Versorgung der Kantonseinwohner sowie weiterer versicherter Personen geschuldet (vgl. Art. 49a Abs. 2 lit. a und b KVG). Die Listenspitäler nehmen im Rahmen ihrer Leistungsaufträge öffentliche Versorgungsaufgaben der Kantone wahr²¹.

2. Gemeinwirtschaftliche Leistungen

Wie erwähnt dürfen nach Art. 49 Abs. 3 KVG die Kostenanteile für gemeinwirtschaftliche Leistungen (franz.: «prestations d'intérêt général», ital.: «prestazioni economicamente di interesse generale») nicht in die Vergütungen für stationäre Leistungen nach Art. 49 Abs. 1 KVG einbezogen werden (Rz. 12). Das KVG überlässt es den Kantonen, ob und inwieweit sie Kosten von Spitälern für gemeinwirtschaftliche Leistungen subventionieren wollen (Rz. 13).

a) Leistungen im öffentlichen Interesse ausserhalb der OKP

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

Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Leistungen lässt sich aus den Materialien²², der Rechtsprechung²³ sowie den Empfehlungen der Schweizerischen Gesundheitsdirektorenkonferenz (GDK) zur Wirtschaftlichkeitsprüfung²⁴ erschliessen. Demnach sind gemeinwirtschaftliche

19 Vgl. die Definition von Abgeltungen in Art. 3 Abs. 2 SuG (Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 [Subventionsgesetz, SuG; SR 616.1]).

20 DRUEY JUST (Fn. 8), Rz. 18, die allerdings derartige staatliche Leistungen nicht den Subventionen zurechnet.

21 BERNHARD RÜTSCHÉ, Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler, Zürich et al. 2012, Rz. 57 ff., S. 82.

22 Vgl. Botschaft zur Spitalfinanzierung (Fn. 6), S. 5579; Stellungnahme des Bundesrates vom 11. März 2011 zur Interpellation 10.4001 «Gesetzeskonforme Umsetzung der Spitalfinanzierung».

23 Vgl. BVGE 2014/3 E. 6.6.3; BVGE 2014/36 E. 4.9.6, E. 21.3. Ferner BGE 145 II 49 E. 4.5.1.4.

24 Vgl. GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung (2019), S. 7 ff.

Leistungen im Sinne von Art. 49 Abs. 3 KVG als Leistungen zu verstehen, die Listenspitäler *im öffentlichen Interesse* erbringen, die jedoch für die Erfüllung der Leistungsaufträge nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG nicht notwendig und deren Kosten von den OKP-Tarifen daher nicht abgedeckt sind²⁵.

b) Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Abgeltungen)

19 Eine Kategorie gemeinwirtschaftlicher Leistungen besteht darin, dass ein Spital im Auftrag des Kantons *bestimmte öffentliche Aufgaben* erfüllt, welche über die OKP hinausgehen. Dazu gehören Aufgaben wie Angehörigen-Verpflegung, Spitalseelsorge, Sozialberatung, Rechtsmedizin oder Vorhalteleistungen für Pandemiefälle, aber auch Forschung und universitäre Lehre (Art. 49 Abs. 3 lit. b KVG)²⁶. Solche Aufgaben dienen gesundheits-, sozial- oder auch sicherheitspolitischen Anliegen²⁷. Es handelt sich um öffentliche Aufgaben, deren Erfüllung der Kanton aufgrund entsprechender gesetzlicher Aufträge mittels Erteilung von Leistungsaufträgen an Spitäler sicherzustellen hat²⁸.

20 Bei der Vergütung der (ungedeckten) Kosten solcher gemeinwirtschaftlichen Leistungen durch den Kanton handelt es sich subventionsrechtlich um *Abgeltungen* (vgl. Rz. 15). Diese sind an einen bestimmten Zweck – die Erfüllung der übertragenen öffentlichen Aufgabe – gebunden. Zwischen gemeinwirtschaftlicher Leistung des Spitals und staatlicher Gegenleistung (Abgeltung) besteht mithin ein Austauschverhältnis (Synallagma)²⁹.

c) Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten (Finanzhilfen)

21 Die andere Kategorie gemeinwirtschaftlicher Leistungen betrifft die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten, die in Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG angesprochen ist. Dabei geht es nicht um die Erfüllung bestimmter, über die OKP hinausgehender öffentlicher Aufgaben, sondern gerade um die (langfristige) *Gewährleistung der stationären Spitalversorgung* durch Listenspitäler im Rahmen der OKP. Kantonale Beiträge an die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten decken ebenfalls Kosten ab, die von den stationären OKP-Tarifen nicht erfasst sind. Es handelt sich etwa

25 Vgl. aus der Lehre: EUGSTER (Fn. 12), Art. 49 KVG, Rz. 50; EUGSTER (Fn. 12), Rz. 1077 f.; DRUEY JUST (Fn. 8), Rz. 9 ff.; DONATSCH (Fn. 8), Rz. 16. RAPHAEL PATRICE KUMMER, Art. 49 Abs. 3 KVG: Gemeinwirtschaftliche Leistungen? Subventionen?, in: Jusletter vom 14. Mai 2018, Rz. 23 ff.

26 Vgl. GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung (2019), S. 8 f. (Kategorie 3 und teilweise Kategorie 4).

27 Vgl. bereits Botschaft zur Spitalfinanzierung (Fn. 6), S. 5579 («aus sozialpolitischen Erwägungen» bzw. «öffentliche Aufgaben»).

28 Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe BERNHARD RÜTSCHKE, Was sind öffentliche Aufgaben?, recht 2013, S. 157 ff.

29 So der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Leistung bei DRUEY JUST (Fn. 8), Rz. 3, S. 9 ff.

um Kosten für spitalnotwendige Infrastrukturen, die in dünn besiedelten Gebieten wegen zu geringen Fallzahlen nicht voll ausgelastet werden können³⁰, oder auch um ausserordentliche, von den Fallpauschalen nicht berücksichtigte Kosten für Investitionen in die Erneuerung und Modernisierung von Spitalinfrastrukturen.

Die stationäre medizinische Versorgung durch die Spitäler ist eine öffentliche Aufgabe, welche die Kantone den Listenspitälern mit den KVG-Leistungsaufträgen übertragen und abschliessend abgelden (Rz. 14 f.). Demgegenüber handelt es sich bei der Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten zur Gewährleistung der stationären Versorgung um eine öffentliche Aufgabe der Kantone, die nicht an die Spitäler übertragen wird. Vielmehr wird *diese* Aufgabe durch die Kantone selbst mittels Gewährung von Beiträgen an die Spitäler erfüllt. Kantonale Beiträge an die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten sind damit – im Unterschied zu den Beiträgen gemäss Art. 49a Abs. 1 KVG – keine Abgeltungen für die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben durch die Spitäler³¹. Subventionsrechtlich handelt es sich um *Finanzhilfen*, mit denen die Ausübung einer vom Leistungsempfänger (Spital) selbst gewählten Tätigkeit (Bewerbung um Leistungsaufträge zur stationären Versorgung zulasten der OKP) gefördert bzw. erhalten wird³².

III. Verfassungsrechtliche Vorgaben für Spitalsubventionen

Die Gewährung von Subventionen bzw. Staatsbeiträgen stellt staatliches Handeln dar, welches verfassungsrechtlichen Vorgaben, namentlich den *Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns* genügen muss³³. Dazu gehört die Einhaltung des Gesetzmässigkeitsprinzips, das Handeln im öffentlichen Interesse, die Beachtung der Verhältnismässigkeit sowie die Wahrung von Treu und Glauben (Art. 5 BV). Darüber hinaus können Subventionen in ein Spannungsverhältnis zur Wirtschaftsfreiheit, insbesondere zur Wettbewerbsneutralität geraten (Art. 27 und 94 Abs. 1 BV), wenn sie zur Erhaltung bestehender Wirtschaftsstrukturen oder zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Im Folgenden werden die Erfordernisse der gesetzlichen Grundlage (Rz. 24 f.), des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit (Rz. 26 ff.) sowie der Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerbsneutralität (Rz. 29 ff.) näher beleuchtet.

30 Vgl. BVGE 2014/36 E. 4.9.6; EUGSTER (Fn. 12), Rz. 1077; DONATSCH (Fn. 8), Rz. 20; KUMMER (Fn. 12), Rz. 25.

31 Vgl. DONATSCH (Fn. 8), Rz. 20.

32 Vgl. die Definition von Finanzhilfen in Art. 3 Abs. 1 SuG. RENÉ RHINOW / GERHARD SCHMID / GIOVANNI BIAGGINI / FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 16 Rz. 44.

33 BGE 138 II 191 E. 4.2.5.

1. Gesetzliche Grundlage

24 Das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt «für das ganze Verwaltungshandeln mit Einschluss der Leistungsverwaltung»³⁴, weshalb auch Subventionen einer genügenden gesetzlichen Grundlage bedürfen³⁵. Erforderlich ist eine *Grundlage im formellen Gesetz*. Das bedeutet zum einen, dass die Subvention in einem generell-abstrakten Erlass, der in dem von der Verfassung vorgesehenen demokratischen Verfahren verabschiedet worden ist, verankert sein muss (Erfordernisse der Gesetzesform und der Normstufe). Zum anderen muss die gesetzliche Grundlage hinreichend bestimmt sein (Erfordernis der Normdichte). Die Normdichte kann dabei je nach Art und konkreter Ausgestaltung der Subvention variieren³⁶. Bei Ermessenssubventionen wie Finanzhilfen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen genügt es, dass die Möglichkeit der Subventionsgewährung für einen bestimmten öffentlichen Zweck im formellen Gesetz erwähnt wird³⁷.

25 Mit dem Gesetzmässigkeitsprinzip unvereinbar sind namentlich *Einzelfallerlasse*, die eine Subvention für ein bestimmtes Spital vorsehen. Ein solches Einzelfallgesetz ist etwa Gegenstand der am 8. September 2022 im Kanton Schaffhausen eingereichten «*Spitalinitiative*». Diese verlangt einen direkten Investitionsbeitrag des Kantons Schaffhausen an sein Kantonsspital in der Höhe von 60 Millionen Franken. Dabei handelt es sich um eine Finanzhilfe, die der Kanton Schaffhausen an die sich in seinem Besitz befindenden Spitäler Schaffhausen leisten würde. Die «*Spitalinitiative*» ist damit nicht generell-abstrakter, sondern individuell-konkreter Natur, indem sie sich auf eine bestimmte juristische Person (Spitäler Schaffhausen) sowie einen bestimmten Sachverhalt (60 Millionen für die bauliche Erneuerung) bezieht³⁸.

34 BGE 130 I 1 E. 3.1, mit Verweis auf BGE 103 Ia 369 E. 5f. und BGE 123 I 1 E. 2b.

35 RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 32), § 16 Rz. 46; PIERRE TSCHANNEN / MARKUS MÜLLER / MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, § 46 Rz. 18. Für Subventionen im Spitalbereich MANON JOSEPH, L'application du droit suisse de la concurrence en matière de soins, Lausanne 2019, S. 297.

36 Vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 32), § 16 Rz. 46; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 35), § 46 Rz. 19.

37 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 35), § 46 Rz. 19.

38 Die Regierung des Kantons Schaffhausen beantragte am 13. Dezember 2022 zuhanden des Kantonsrates aufgrund erheblicher rechtlicher Risiken die Ungültigerklärung der Spitalinitiative: Bericht und Antrag 22-136 des Regierungsrates des Kantons Schaffhausen vom 13. Dezember 2022 an den Kantonsrat betreffend die Volksinitiative «Kantonsbeitrag an die Kosten der baulichen Erneuerung des Kantonsspitals (Spitalinitiative)».

2. Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit

Das Erfordernis des *öffentlichen Interesses* ist dem Subventionsbegriff inhärent: Subventionen sind geldwerte Vorteile, die der Staat für Tätigkeiten gewährt, die im öffentlichen Interesse liegen³⁹. Mit Finanzhilfen unterstützt der Staat selbst gewählte Tätigkeiten, die im öffentlichen Interesse liegen, während mit Abgeltungen Lasten ausgeglichen werden, die aufgrund der Erfüllung öffentlicher Aufgaben anfallen (Rz. 20 und 22). Das Erfordernis des öffentlichen Interesses aktualisiert sich vor allem dann, wenn der Staat mittels Gewährung von Subventionen im betreffenden Markt den Wettbewerb verzerrt oder bestehende Wirtschaftsstrukturen aufrechterhält. In solchen Fällen kann es von der Art und vom Gewicht des öffentlichen Interesses abhängen, ob die Subvention mit der Wirtschaftsfreiheit und der Wettbewerbsneutralität vereinbar ist (vgl. Rz. 31).

Für Kantonsbeiträge an die Finanzierung gemeinschaftlicher Leistungen von Spitälern steht das öffentliche Interesse an einer *ausreichenden Gesundheitsversorgung* für die Kantonsbevölkerung im Vordergrund. Die Tatsache, dass eine subventionierte Tätigkeit im öffentlichen Interesse liegt, bedeutet noch nicht, dass diese Tätigkeit eine öffentliche Aufgabe darstellt. Vielmehr kann der Staat seine Ziele bzw. öffentlichen Interessen auch dadurch erfüllen, dass er Private in der Wahrnehmung von Aufgaben unterstützt, welche im öffentlichen Interesse liegen. Der Gesetzgeber sollte im Sinne des Subsidiaritätsgrundsatzes eine im öffentlichen Interesse liegende Tätigkeit nur so weit zur Staatsaufgabe erklären, als Private sie nicht angemessen erfüllen (vgl. Art. 6 BV).

Fraglich ist, ob und inwieweit das *Verhältnismässigkeitsprinzip* für die Gewährung von Subventionen massgebend ist. Eine Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips in diesem Bereich würde den Staat darauf verpflichten, die Interessen der Bürger am haushälterischen Umgang mit öffentlichen Geldern sowie an der schonenden, nachhaltigen Nutzung knapper Ressourcen zu wahren. Auf dem Gebiet der Sozialversicherungen hat das Bundesgericht in mehreren Entscheiden festgehalten, dass die von der Versicherung zu bezahlende Leistung (Kosten) in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel (Nutzen) stehen muss⁴⁰ bzw. zwischen Kosten und

39 Eingehend zum Subventionsbegriff im schweizerischen Recht LIVIO BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Diss. Luzern 2016, S. 5 ff. Sodann ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich et al. 2020, Rz. 2513 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 35), § 46 Rz. 1; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 32), § 16 Rz. 44.

40 BGE 130 V 488 E. 4.3.2; BGE 132 V 215 E. 3.2.2.

Nutzen kein grobes Missverhältnis herrschen darf⁴¹. Aus dieser Rechtsprechung lässt sich der allgemeine Schluss ziehen, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht nur der Begrenzung staatlicher Eingriffsgewalt dient, sondern auch die zweckmässige Nutzung öffentlicher Mittel gebietet. Subventionen müssen demzufolge nicht nur geeignet sein, das angestrebte öffentliche Interesse zu erreichen bzw. zu fördern, sondern dürfen in ihrer Höhe nicht über dieses Ziel hinausgehen und nicht in einem Missverhältnis zum geförderten öffentlichen Interesse stehen.

3. Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerbsneutralität

a) Allgemeines

29 Die in Art. 27 BV als Grundrecht und in Art. 94 BV als Grundsatz gewährleistete Wirtschaftsfreiheit vermittelt grundsätzlich *keinen Anspruch auf staatliche Leistungen*. Insbesondere verschafft die Wirtschaftsfreiheit keinen Anspruch auf die Zusprechung von Subventionen, seien dies Abgeltungen oder Finanzhilfen⁴².

30 Der Staat ist jedoch nicht nur im Rahmen der Eingriffsverwaltung, sondern auch bei der Gewährung von Leistungen aufgrund der Wirtschaftsfreiheit verpflichtet, *Konkurrenten gleich zu behandeln und sich wettbewerbsneutral zu verhalten*. Demzufolge sind staatliche Massnahmen unzulässig, «die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen»⁴³. Das Gleichbehandlungsgebot und der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität sind damit vom Staat zu beachten, wenn er Unternehmen subventioniert, die zueinander in (direkter) Konkurrenz stehen⁴⁴. Subventionen dürfen demzufolge nicht zu Wettbewerbsverzerrungen führen, welche nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt sind (Rz. 31).

31 Der Anspruch von Konkurrenten auf Gleichbehandlung bietet einen über das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) hinausreichenden Schutz⁴⁵, gilt jedoch nicht absolut. Zu vermeiden sind gemäss Bundesgericht spürbare, durch das öffentliche Interesse nicht gerechtfertigte Wettbewerbsverzerrungen⁴⁶. Eine Bevorzugung

41 BGE 109 V 41 E. 2b; BGE 118 V 107 E. 7b; BGE 136 V 395 E. 7.4.

42 BGE 138 II 398 E. 3.9.3 und BGE 140 II 112 E. 3.1.1 und E. 3.3 betreffend Abgeltungen; BGE 124 I 107 E. 3c betreffend Finanzhilfen.

43 BGE 131 II 271 E. 9.2.2 m.w.H.

44 BGE 121 I 129 E. 3d; BGE 130 I 26 E. 4.4; Urteil des Bundesgerichts 2D_53/2020 vom 31. März 2023, E. 4.5.2 und 4.7 (zur Publikation vorgelesen); RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 32), § 5 Rz. 63; JOSEPH (Fn. 35), S. 297 f.

45 BGE 121 I 129 E. 3d.

46 BGE 125 I 431 E. 4b; BGE 125 II 129 E. 10b; BGE 130 I 26 E. 6.3.3.1.

von Konkurrenten ist demgegenüber zulässig, wenn sie durch hinreichende *öffentliche Interessen* gerechtfertigt ist⁴⁷, etwa aus Gründen des Umweltschutzes⁴⁸ oder der Kosteneindämmung im Gesundheitswesen⁴⁹. Kein zulässiges öffentliches Interesse wären indessen rein wirtschafts- oder strukturpolitische Motive, wie etwa die Aufrechterhaltung eines unrentablen Spitals zum Erhalt von Arbeitsplätzen oder Aufträgen in der betreffenden Region (vgl. Art. 94 Abs. 4 BV)⁵⁰.

b) Geltung der Wettbewerbsneutralität im Spitalbereich

Listenspitäler üben ihre Tätigkeit zulasten der sozialen Krankenversicherung aus und erfüllen im stationären Bereich aufgrund ihrer Leistungsaufträge *öffentliche Aufgaben* der Gesundheitsversorgung⁵¹. Im Rahmen dieser Aufgaben können sie sich nicht auf den aus der Wirtschaftsfreiheit fliessenden Anspruch auf freien Zugang und freie Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten berufen. Staatliche Tätigkeiten oder die Ausübung öffentlicher Ämter sind von diesem Anspruch ausgenommen⁵².

In eine andere Richtung geht die Rechtsprechung demgegenüber in Bezug auf das von der Wirtschaftsfreiheit erfasste Gebot der *Wettbewerbsneutralität des Staates* bzw. der Gleichbehandlung der Konkurrenten. Nachdem der Bundesgesetzgeber mittels Revision des KVG von 2007 private und öffentliche Spitäler im Bereich der Spitalfinanzierung gleichgestellt hatte, anerkannte das Bundesgericht, dass sich Privatspitäler mit Leistungsaufträgen gegenüber dem Kanton auf die Wettbewerbsneutralität bzw. den Anspruch auf Gleichbehandlung der Konkurrenten berufen können⁵³.

Aus dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist zu schliessen, dass das Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrenten nach Art. 27 BV sowie der in Art. 94 BV verankerte Systemgehalt der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere die staatliche Wettbewerbsneutralität, auch im Spitalbereich zum Tragen kommen⁵⁴. Kantone müssen sich somit gegenüber – öffentlichen und privaten – Listenspitälern wettbewerbsneutral verhalten und diese

47 RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 32), § 5 Rz. 41 ff.; ULRICH HÄFELIN / WALTER HALLER / HELEN KELLER / DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich et al. 2020, Rz. 693 f.; REGINA KIENER / WALTER KÄLIN / JUDITH WYTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, S. 395 ff.

48 BGE 125 II 129 E. 10b.

49 BGE 130 I 26 E. 6.2.

50 Vgl. BGE 140 I 218 E. 6.2.

51 RÜTSCHKE (Fn. 21), Rz. 57 ff., S. 82.

52 BGE 128 I 280 E. 3; BGE 138 I 289 E. 2.8.1; BGE 145 I 183 E. 4.1.2. GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 27 BV, Rz. 13.

53 BGE 138 II 398 E. 3.9.3 und 3.9.4. Vgl. bereits BGE 132 V 6 E. 2.5.4.

54 GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 8), Rz. 180. Vgl. auch DRUEY JUST (Fn. 8), Rz. 2; JOSEPH (Fn. 35), S. 297 f. Anders DONATSCH (Fn. 8), Rz. 36.

gleich behandeln, soweit sie zueinander in direkter Konkurrenz stehen. Die Ermöglichung von *Wettbewerb zwischen Listenspitälern* über die Kantonsgrenzen hinweg war denn auch erklärtes Ziel der KVG-Revision von 2007, mit der das System der neuen Spitalfinanzierung eingeführt wurde (Rz. 7 ff.). Das bedeutet, dass wettbewerbsverzerrende Eingriffe von Kantonen im Bereich der stationären Spitalversorgung nicht nur im Widerspruch zur Verfassung (Art. 27 und 94 BV), sondern auch zum KVG selber stehen⁵⁵, sofern solche Verzerrungen nicht durch hinreichende öffentliche Interessen (Rz. 31) gerechtfertigt sind.

35 Öffentliche und private Listenspitäler stehen in direkter Konkurrenz zueinander, wenn sie für dieselben Leistungsspektren über Leistungsaufträge verfügen und sich dieses Angebot an dieselben Patienten richtet. Der im Bereich stationärer OKP-Leistungen intendierte Wettbewerb ist jedoch zu unterscheiden vom Begriff des wirksamen Wettbewerbs, wie er dem Kartellgesetz und auch dem öffentlichen Beschaffungsrecht zugrunde liegt⁵⁶. Insbesondere ist mit den Preisen (Tarifen) ein wesentlicher Wettbewerbsparameter staatlich reguliert (Rz. 10 f.). Der Wettbewerb zwischen Listenspitälern beschränkt sich damit im Wesentlichen auf einen *Qualitätswettbewerb*. Hinzu kommt ein *Kostenwettbewerb* zwischen Spitälern, indem das System der Spitalfinanzierung Anreize setzt, medizinische Leistungen möglichst effizient, d.h. zu möglichst geringen Kosten zu erbringen (Rz. 8). Das Gebot der Wettbewerbsneutralität bezieht sich im Bereich der stationären Spitalversorgung im Rahmen der OKP somit auf den Qualitäts- und Kostenwettbewerb, nicht aber die Festsetzung der staatlich regulierten Preise.

IV. Wettbewerbsneutrale Ausgestaltung von Spitalsubventionen

36 Nach der Darstellung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Gewährung von Subventionen für gemeinschaftliche Leistungen lässt sich nun die Frage beantworten, welche inhaltlichen Anforderungen an eine wettbewerbsneutrale Ausgestaltung und Vergabe von Spitalsubventionen zu beachten sind. Zunächst wird *im Folgenden* der Grundsatz der Trägerschaftsneutralität entwickelt (Rz. 37 ff.). Anschliessend gilt es, die Anforderungen an die Ausgestaltung von Subventionen für die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben (Rz. 39 f.) und

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

56 Eingehend HANS-RUDOLF TRÜEB / DANIEL ZIMMERLI, Spitalfinanzierung und Vergaberecht, Zürich 2012, Rz. 83 ff.

die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten (Rz. 41 ff.) zu diskutieren. Daran anknüpfend soll schliesslich das Beispiel der geplanten Finanzhilfe zur Deckung der Defizite des Kantonsspital Aarau näher betrachtet werden (Rz. 49 ff.).

1. Trägerschaftsneutralität

Wenn Kantone gemeinwirtschaftliche Leistungen von Spitälern im stationären Bereich subventionieren, müssen sie die aus Art. 27 und Art. 94 Abs. 1 BV folgenden Gebote der Gleichbehandlung der Konkurrenten und der Wettbewerbsneutralität beachten. Letzteres lässt sich wie erwähnt im Spitalbereich auch aus dem KVG ableiten (Rz. 34). Aus dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ist zu folgern, dass der Kanton Beiträge für gemeinwirtschaftliche Leistungen von Spitälern, die miteinander im Wettbewerb stehen, *trägerschaftsneutral* gewähren muss. Trägerschaftsneutralität bedeutet, dass die Gewährung von Subventionen an direkte Konkurrenten nicht von der Rechtsform und Eigentümerschaft eines Unternehmens abhängen darf. Rechtsform und Eigentümerschaft sind keine sachlichen Kriterien, die eine unterschiedliche Behandlung von konkurrierenden Spitälern erlauben würden.

Der Kanton hat somit öffentliche und private Spitäler gleich zu behandeln, wenn er Subventionen für gemeinwirtschaftliche Leistungen vergibt. Mit der Wettbewerbsneutralität nicht vereinbar wären Subventionen, die nur kantonseigenen bzw. öffentlichen Spitälern zugutekommen. Im Übrigen ist für die Prüfung, ob Beiträge für gemeinwirtschaftliche Leistungen mit der Wettbewerbsneutralität vereinbar sind, zwischen *Abgeltungen* von Kosten aus der Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben einerseits (Rz. 39 f.) und *Finanzhilfen* für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten andererseits (Rz. 41 ff.) zu differenzieren.

2. Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben (Abgeltungen)

Gemeinwirtschaftliche Leistungen können darin bestehen, dass ein Spital im Leistungsauftrag des Kantons bestimmte Aufgaben erfüllt, die gesundheits-, sozial- oder auch sicherheitspolitischen Anliegen dienen. Beispielfähig zu nennen sind Aufgaben wie Spitalseelsorge, Sozialberatung, Rechtsmedizin oder Forschung und universitäre Lehre (vgl. Art. 49 Abs. 3 lit. b KVG). Kantonale Beiträge an Spitäler für die Erfüllung solcher Aufgaben stellen *Abgeltungen* dar (Rz. 18). Die Abgeltung bedarf einer Grundlage im formellen Gesetz. Ebenso muss die öffentliche Aufgabe, für deren Erfüllung die Abgeltung ausgerichtet wird, im formellen Gesetz bezeichnet sein, im öffentlichen Interesse liegen und in Leistungsaufträgen an

die betreffenden Spitäler konkretisiert werden; dabei ist auch die Möglichkeit der Aufgabenübertragung an Dritte im formellen Gesetz zu verankern⁵⁷.

- 40 Abteilungen für die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben sind dann mit dem Gebot der Wettbewerbsneutralität vereinbar, wenn sie ausschliesslich die ungedeckten Kosten der übertragenen, wirtschaftlich erfüllten Aufgabe vergüten und damit mit dieser in einem *Austauschverhältnis* (Synallagma) stehen (Rz. 20)⁵⁸. Damit die Abteilung nicht wettbewerbsverzerrend wirkt, darf sie vom Leistungsempfänger nicht für andere, vom Leistungsauftrag nicht erfasste Aufgabenbereiche verwendet werden; d.h. es dürfen innerhalb des Spitals keine systematischen Quersubventionierungen stattfinden (Zweckbindung).

3. Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten (Finanzhilfen)

- 41 Mit Subventionen zur Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten (vgl. Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG) soll die stationäre Spitalversorgung durch Listenspitäler im Rahmen der OKP (langfristig) gewährleistet werden. Dabei geht es insbesondere um die Mitfinanzierung versorgungsnotwendiger Infrastrukturen von Regionalspitälern, die wegen zu geringen Fallzahlen nicht voll ausgelastet werden können, oder auch um die Finanzierung ausserordentlicher Investitionen in die Erneuerung von Spitalinfrastrukturen. Subventionsrechtlich sind Beiträge zur Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten keine Abgeltungen für die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben, sondern *Finanzhilfen* (Rz. 22).

a) Zulässige öffentliche Interessen

- 42 Finanzhilfen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten bezwecken die Erhaltung bzw. Erneuerung von Spitalinfrastrukturen, deren Existenz unter Wettbewerbsbedingungen voraussichtlich gefährdet wäre. Damit solche Förderungsmassnahmen des Staates mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbar sind, müssen sie auf einem *überwiegenden öffentlichen Interesse* beruhen, das nicht rein wirtschaftspolitischer Natur ist (Rz. 31).
- 43 Ein zulässiges öffentliches Interesse ist das Interesse an einer *ausreichenden Versorgung der Bevölkerung mit stationären Spitalleistungen*. Der Kanton nimmt das öffentliche Versorgungsinteresse primär mit der Planung einer bedarfsgerechten Spitalversorgung sowie der gestützt darauf erlassenen Spitalliste und der Vergabe entsprechender Leistungsaufträge wahr (Art. 39 Abs. 1 lit. d und e KVG).

57 Vgl. Art. 178 Abs. 3 BV. Zur gesetzlichen Grundlage für die Übertragung kantonaler Aufgaben: BGE 138 I 196 E. 4.4.3; RÜTSCHKE (Fn. 28), S. 153 und 158.

58 Dazu auch die Rechtsprechung des EuGH, zitiert bei DRUEY JUST (Fn. 8), Rz. 16. Vgl. sodann BVGE 2014/3 E. 7.3.3.

Über die KVG-Abgeltungen hinausgehende Finanzhilfen der Kantone liegen nur dann in einem hinreichenden öffentlichen Versorgungsinteresse, wenn und soweit sie notwendig sind, um eine bedarfsgerechte Spitalversorgung sicherzustellen. Das bedeutet, dass solche Finanzhilfen nur Listenspitälern gewährt werden dürfen, welche voraussichtlich auch in Zukunft in der Lage sein werden, die krankensicherungsrechtlichen Spitalplanungskriterien zu erfüllen und damit auf der Spitalliste des Kantons zu bleiben («Listenfähigkeit» des subventionierten Spitals).

Keine zulässigen öffentlichen Interessen für die Subventionierung von Spitälern sind dagegen strukturpolitische Motive wie die Erhaltung von Arbeitsplätzen und Aufträgen in der Region (Rz. 31). Neben strukturpolitischen Beiträgen ist auch eine Subventionierung ineffizienter Spitalstrukturen unzulässig. Gemäss dem Planungskriterium der Wirtschaftlichkeit (Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG, Art. 58b Abs. 4 lit. a sowie Abs. 5 lit. a KVV⁵⁹) dürfen nur wirtschaftlich arbeitende Spitäler auf die Spitalliste aufgenommen und zulasten der OKP tätig werden. Vor diesem Hintergrund erweisen sich namentlich kantonale Beiträge zur Deckung von Betriebsdefiziten, die auf überhöhte Kosten (z.B. aufgrund zu hoher Personaldotationen, überteuerter Medizintechnik, nicht ausgelasteter Bettenkapazitäten oder luxuriöser Einrichtungen) zurückzuführen sind, als unvereinbar mit dem KVG und damit bundesrechtswidrig.

b) Aspekte des öffentlichen Versorgungsinteresses

Ein Aspekt des öffentlichen Versorgungsinteresses ist zunächst der *Zugang der Patienten zur Behandlung innert nützlicher Frist* (Art. 58b Abs. 4 lit. b KVV). In der Frage, welche Art von Behandlungen innert welcher Frist zugänglich sein sollen, steht dem Kanton ein weitgehendes Planungsermessen zu, in welches er auch politische Überlegungen einfliessen lassen kann⁶⁰. Konkrete Anhaltspunkte zum Kriterium der Erreichbarkeit ergeben sich namentlich aus den Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung vom 20. Mai 2022⁶¹. Kommt aber der Kanton im Rahmen seiner Spitalplanung zum Schluss, dass bestimmte Spitalkapazitäten nicht erforderlich sind, um den Zugang zur Behandlung innert nützlicher Frist zu gewährleisten, darf er diese Kapazitäten konsequenterweise auch nicht mit Beiträgen aufrechterhalten⁶². Es würde sich dabei um nicht versorgungsnotwendige Beiträge und damit um eine wirtschaftspolitische Massnahme handeln, die mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 94 Abs. 1 BV nicht vereinbar ist. Für eine ausnahmsweise Rechtfertigung solcher unternehmensbezogener

59 Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (KVV; SR 832.102).

60 BGE 133 V 123 E. 3.3; BGE 132 V 6 E. 2.4.1; EUGSTER (Fn. 12), Rz. 803.

61 GDK, Empfehlungen Spitalplanung (2022), Empfehlung 6, S. 16.

62 Vgl. aber EUGSTER (Fn. 12), Rz. 1077.

Strukturerhaltung durch die Bundesverfassung (vgl. Art. 94 Abs. 4 BV) fehlt es an der erforderlichen Verfassungsgrundlage.

46 In vorliegendem Zusammenhang von Bedeutung ist weiter das Planungskriterium der *Versorgungsrelevanz* von Listenspitälern. Dieses Kriterium für die Auswahl der Listenspitäler ist in Gesetz und Verordnung nicht explizit verankert. Das Bundesverwaltungsgericht hat indessen festgehalten, dass alle Listenspitäler bedarfsnotwendig sein müssen, d.h. notwendig, «um den Versorgungsbedarf des Kantons, welcher die Leistungsaufträge erteilt, zu decken»⁶³. Spitäler, welche über eine geringe Fallzahl verfügen, sind nicht versorgungsrelevant⁶⁴. Die Versorgungsrelevanz eines Spitals hängt von der Anzahl stationärer Behandlungen pro Leistungsgruppe ab⁶⁵. Sodann hat die GDK in ihren Empfehlungen zur Spitalplanung vom 20. Mai 2022 für die Versorgungsrelevanz von Spitälern Schwellenwerte definiert⁶⁶.

47 Das Planungskriterium der Versorgungsrelevanz ist ein weiterer Gesichtspunkt zur Beantwortung der Frage, ob an der Aufrechterhaltung bestimmter Spitalkapazitäten mit Kantonsbeiträgen ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht. Im Kontext von Subventionen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten ist dabei zu verlangen, dass die Versorgungsrelevanz des subventionierten Spitals voraussichtlich auch in Zukunft gegeben ist. Das Spital muss insofern nicht nur versorgungsrelevant, sondern versorgungsnotwendig sein. *Versorgungsnotwendigkeit* ist dann gegeben, wenn ein Spital für die Gesundheitsversorgung der Kantonsbevölkerung unerlässlich ist und damit gewissermassen Systemrelevanz aufweist («too big to fail»). Soweit sich jedoch in absehbarer Zeit die Leistungsaufträge an das fragliche Spital durch Leistungsaufträge an andere Spitäler im Rahmen des Kriteriums der Erreichbarkeit (innerhalb oder ausserhalb des Kantons) ersetzen lassen, fehlt es an der Systemrelevanz und damit an der Versorgungsnotwendigkeit. Zur Vermeidung unmittelbar drohender Versorgungslücken, die durch den Konkurs eines Spitals oder die Aufhebung einzelner Spitalabteilungen eintreten und die nicht kurzfristig durch Leistungsaufträge an andere Spitäler abgedeckt werden können, liessen sich lediglich vorübergehende Überbrückungshilfen rechtfertigen. Darüber hinausgehende Subventionen zur Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten kämen einer nicht gerechtfertigten Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gleich.

63 Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts C-6266/2013 vom 23. Juli 2014 E. 4.6.5.

64 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 11.7.3.

65 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 11.7.3.

66 GDK, Empfehlungen Spitalplanung (2022), Empfehlung 2, S. 8f.

Das öffentliche Interesse an einer ausreichenden Versorgung mit stationären Leistungen kann sich sodann nur auf den im Rahmen der OKP *üblichen Behandlungsstandard* beziehen⁶⁷. Eine Subventionierung von Spitalinfrastrukturen, die über den Standard hinausgehen, wäre nicht versorgungsnotwendig und würde den Qualitäts- und Kostenvettbewerb zwischen den Spitälern verzerren. Demzufolge wären etwa Beiträge des Kantons für die Errichtung von Einzelzimmern (ohne medizinische Notwendigkeit), luxuriöse Einrichtungen oder die Anschaffung medizinischer Spitzentechnologie, die (noch) nicht zum Standard gehört, mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und der Wettbewerbsneutralität unvereinbar.

4. Beispiel: Finanzhilfe für das Kantonsspital Aarau

Ende März 2023 beantragte der Regierungsrat des Kantons Aargau dem Grossen Rat, für das von Überschuldung bedrohte Kantonsspital Aarau (KSA) einen Beitrag von 240 Millionen Franken zu sprechen⁶⁸. Mit dieser Finanzhilfe würde der Kanton Aargau betriebliche Defizite des Spitals decken. Im subventionsrechtlichen Sinne ist der Kantonsbeitrag als *Finanzhilfe* einzustufen, mit dem bezweckt wird, dem KSA die Erfüllung seines Versorgungsauftrags weiterhin zu ermöglichen und damit einen Beitrag an die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten im Sinne von Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG zu leisten.

Die beantragte Finanzhilfe zur Abwendung einer Überschuldung des KSA in der Höhe von 240 Millionen Franken steht in zweifacher Hinsicht in einem *Spannungsfeld* zu den bundesrechtlichen Anforderungen, die sich aus dem Gebot der Wettbewerbsneutralität und dem KVG ergeben:

— Zum einen würde es sich um eine Finanzhilfe handeln, die im Einzelfall für ein sich im Eigentum des Kantons befindliches Spital gesprochen würde. Die Ausrichtung der Finanzhilfe wäre ein politischer Entscheidung, der nicht auf allgemeine – trügerschaftsneutral ausgestaltete – Rechtsgrundlagen abgestützt ist. Soweit ersichtlich, fehlt es für die Finanzhilfe im kantonalen Recht an der erforderlichen generell-abstrakten Grundlage in einem formellen Gesetz. Auch im Bundesrecht existiert keine gesetzliche Grundlage; insbesondere stellt Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG keine Grundlage für die Ausrichtung von Subventionen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten dar (vgl. Rz. 13 und 16). Damit würde mit der Ausrichtung der Finanzhilfe vom *Gebot der Trügerschaftsneutralität* abgewichen.

67 Zu diesem Leistungsstandard eingehend BERNHARD RÜTSCHKE, Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern. Zulässigkeit und Grenzen medizinischer Leistungs-differenzierungen, Zürich et al. 2017, Rz. 34 ff.

68 Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau (23,115) vom 29. März 2023 «Finanzhilfebeitrag an die Kantonsspital Aarau AG (KSA)».

— Zum anderen besteht die Gefahr, dass mit der Finanzhilfe Betriebsdefizite des Spitals gedeckt würden, die auf überhöhte Kosten zurückzuführen und damit struktureller Natur sind⁶⁹. Insoweit würden ineffiziente Spitalstrukturen aufrechterhalten, was gegen das krankensicherungsrechtliche *Gebot der Wirtschaftlichkeit* verstossen würde. An der Subventionierung ineffizienter Spitalstrukturen besteht kein *öffentliches Versorgungsinteresse*. Mit Blick auf unmittelbar drohende Versorgungslücken, die infolge einer Schliessung des Spitals oder einzelner Spitalabteilungen eintreten könnten, wäre lediglich eine vorübergehende Überbrückungshilfe des Kantons zu rechtfertigen (Rz. 47).

51 Die zugunsten des KSA beantragte Finanzhilfe in der Höhe von 240 Millionen Franken berührt insoweit den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität. Die Finanzhilfe wäre mit der Gefahr verbunden, dass ineffiziente Spitalstrukturen subventioniert würden, an welchen kein öffentliches Versorgungsinteresse besteht. Vor diesem Hintergrund wäre die Ausrichtung einer Finanzhilfe an das KSA nur unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

- Der kantonale Gesetzgeber müsste eine *trägerschaftsneutrale Grundlage im formellen Gesetz* schaffen, welche die Ausrichtung von Finanzhilfen zugunsten von Listenspitälern vorsieht, soweit diese zur Sicherstellung der Spitalversorgung der Kantonsbevölkerung notwendig sind.
- Eine Finanzhilfe zur Deckung von Defiziten dürfte mit Blick auf das Kriterium der Versorgungsnotwendigkeit nur so weit ausgerichtet werden, als die Defizite nachweislich auf *spitalexterne Faktoren* (z.B. Pandemie, Krieg, Teuerung, allgemeiner Fachkräftemangel) zurückzuführen und damit nicht strukturell bedingt sind.
- Soweit durch eine Schliessung des Spitals oder einzelner Abteilungen infolge struktureller Defizite unmittelbar *Versorgungslücken* drohen würden, könnten die betroffenen Spitalstrukturen ausnahmsweise mithilfe einer Finanzhilfe so lange aufrechterhalten werden, bis die Lücken durch andere (inner- und ausserkantonale) Spitäler abgedeckt werden könnten.

V. Ergebnisse

52 Der vorliegende Beitrag hat sich mit der *Frage* auseinandergesetzt, inwieweit nicht auf das KVG gestützten kantonalen Spitalsubventionen durch übergeordnete wettbewerbsrechtliche Vorgaben Grenzen gesetzt sind. Im

69 Vgl. NZZ vom 18. November 2022 (Schock im Aargau – das grösste Spital braucht 240 Millionen vom Staat, sonst droht der Konkurs); Aargauer Zeitung vom 19. November 2022, S. 24 f. (Knall am Kantonsspital Aarau).

Zentrum des Interesses standen kantonale Beiträge zugunsten öffentlicher Spitäler für Investitionen sowie zur Deckung von Defiziten. Aktuelle Beispiele sind der von der Spitalinitiative verlangte Investitionsbeitrag von 60 Millionen Franken zur finanziellen Entlastung der Spitäler Schaffhausen und die vom Regierungsrat des Kantons Aargau geplante Finanzhilfe zur Rettung des Kantonsspitals Aarau vor drohender Überschuldung (Rz. 2). Die Untersuchung hat im Wesentlichen zu folgenden Ergebnissen geführt:

Art. 49 Abs. 3 KVG bezeichnet ausserhalb der OKP-Fallpauschalen gewährte Spitalsubventionen als Kostenanteile für *gemeinwirtschaftliche Leistungen*, die Listenspitäler im öffentlichen Interesse erbringen. Ob und inwieweit *gemeinwirtschaftliche Leistungen* durch die Kantone subventioniert werden dürfen, regelt das KVG nicht. Art. 49 Abs. 3 KVG hält lediglich fest, dass Kosten für solche Leistungen nicht in die Berechnung der stationären Tarife einfließen und damit nicht zulasten der OKP gehen dürfen (Rz. 16 ff.).

Für die kantonale Subventionierung *gemeinwirtschaftlicher Leistungen* von Spitalern bestehen jedoch verfassungsrechtliche Grenzen. Zunächst benötigen solche Subventionen eine *Grundlage im formellen Gesetz*. Dieses muss generell-abstrakter Natur, demokratisch beschlossen und hinreichend bestimmt sein. Die Normdichte kann dabei je nach Art und konkreter Ausgestaltung der Subvention variieren (Rz. 24 f.).

Weiter müssen Subventionen auf einem zulässigen *öffentlichen Interesse* beruhen. Das Interesse an einer ausreichenden Gesundheitsversorgung für die Bevölkerung des Kantons stellt ein solches öffentliches Interesse dar. Subventionen müssen mit Blick auf das *Verhältnismässigkeitsprinzip* geeignet sein, das angestrebte öffentliche Interesse zu erreichen bzw. zu fördern und dürfen in ihrer Höhe nicht in einem Missverhältnis zum geförderten öffentlichen Interesse stehen (Rz. 26 ff.).

Kantone müssen sich gegenüber – öffentlichen und privaten – Listenspitälern *wettbewerbsneutral* verhalten und diese gleich behandeln, soweit sie zueinander im – vom KVG intendierten – Qualitäts- und Kostenwettbewerb stehen (Rz. 29 ff.).

Subventionen für *gemeinwirtschaftliche Leistungen* von Spitalern, die miteinander im Wettbewerb stehen, bedürfen einer *trägerschaftsneutralen Grundlage*. Das bedeutet, dass jedes Spital im relevanten Spitalmarkt unabhängig von seiner Rechtsform und Eigentümerschaft unter den gleichen Voraussetzungen Zugang zur Abgeltung bzw. zur Finanzhilfe haben muss (Rz. 37 f.).

- 58 *Abgeltungen* für die Erfüllung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen sind dann mit dem Gebot der Wettbewerbsneutralität vereinbar, wenn sie ausschliesslich die ungedeckten Kosten der übertragenen, wirtschaftlich erfüllten Aufgabe vergüten (Austauschverhältnis bzw. Synallagma). Der Leistungsempfänger darf mit den Abgeltungen nicht andere, vom Leistungsauftrag nicht erfasste Aufgabebereiche systematisch quersubventionieren (Gebot der Zweckbindung) (Rz. 39 f.).
- 59 Subventionen für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten stellen *Finanzhilfen* dar. Diese müssen durch das öffentliche Interesse an einer ausreichenden Versorgung der Bevölkerung mit stationären Spitalleistungen gerechtfertigt sein. Das bedeutet, dass Finanzhilfen nur Listen-

spitälern gewährt werden dürfen, welche voraussichtlich auch in Zukunft in der Lage sein werden, die krankenversicherungsrechtlichen Spitalplanungskriterien zu erfüllen und damit auf der Spitalliste des Kantons zu bleiben («Listenfähigkeit» des Spitals). Darüber hinaus müssen die subventionierten Infrastrukturen unerlässlich sein, um den Versorgungsbedarf des Kantons künftig abzudecken (Versorgungsnotwendigkeit). Dabei dürfen Infrastrukturen nur so weit subventioniert werden, als sie für die Gewährleistung des OKP-Behandlungsstandards erforderlich sind. Unzulässig sind dagegen strukturpolitisch motivierte Finanzhilfen oder Beiträge zur Aufrechterhaltung ineffizienter Spitalstrukturen bzw. zur Deckung von Betriebsdefiziten, die auf überhöhte Kosten zurückzuführen sind (Rz. 41 ff.).

Résumé

Afin d'assurer la survie économique de leurs hôpitaux, les cantons allouent à grande échelle des subventions nommées « prestations d'intérêt général (PIG) ». Versées en dehors de l'assurance obligatoire des soins, de telles subventions s'avèrent problématiques lorsqu'elles ne sont pas octroyées de manière comparable à tous les hôpitaux, publics ou privés, assumant des mandats de soins. Le présent article examine dans quelles mesures les subventions hospitalières cantonales sont limitées par les impératifs de l'État de droit et les prescriptions du droit de la concurrence, en particulier par le principe de la neutralité concurrentielle.

#unbequem

*La série « #unbequem » a pour but de poursuivre l'engagement de Daniel Hürlimann en faveur d'une société dans laquelle le savoir est accessible à tous. Contrairement aux articles habituellement publiés chez *sui generis*, les textes de cette série ne se limitent pas aux questions juridiques et ne sont pas soumis à la procédure d'évaluation par les pairs en double aveugle. Ils sont examinés et commentés par la rédaction dans le cadre d'une procédure ouverte. Pour plus d'informations, veuillez consulter la préface de cette série.*