

Raphael Patrice Kummer

Art. 49 Abs. 3 KVG: Gemeinwirtschaftliche Leistungen? Subventionen?

Gemäss Art. 49 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KVG dürfen die Fallkostenpauschalen im Rahmen des neuen Spitalfinanzierungssystems keine Kostenanteile für gemeinwirtschaftliche Leistungen enthalten. Umstritten ist, ob die gemeinwirtschaftlichen Leistungen gemäss Art. 49 Abs. 3 KVG Subventionen darstellen. Der nachfolgende Aufsatz ist ein zusammenfassender Auszug der Masterarbeit des Autors. In jenem versucht er durch Herleitung aufzuzeigen, warum gemeinwirtschaftliche Leistungen gerade nicht per se Subventionen sind und welche Folgen dies im Hinblick auf das neue Spitalfinanzierungssystem hat.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht; Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung

Zitiervorschlag: Raphael Patrice Kummer, Art. 49 Abs. 3 KVG: Gemeinwirtschaftliche Leistungen? Subventionen?, in: Jusletter 14. Mai 2018

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage
2. Zweck der OKP
3. Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen
4. Auslegung von Art. 49 Abs. 3 KVG
5. Kantonale Kompetenzen bzgl. den GWL nach Art. 49 Abs. 3 KVG
6. Kantonale Kompetenzen bezüglich Subventionen
7. Notwendigkeit einer Qualifikation der Bezahlung der GWL?
8. Schlussfazit

1. Ausgangslage

[Rz 1] Das Fallpauschalensystem im Rahmen der neuen, in Art. 49 f. des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) geregelten Spitalfinanzierung bezweckte eine kantonsübergreifende Vergleichbarkeit der erbrachten OKP-pflichtigen Spitalleistungen durch eine erhöhte Kostentransparenz im Rahmen dieser Leistungen – wobei OKP für obligatorische Krankenpflegeversicherung steht und nachfolgend nur noch in der abgekürzten Form verwendet wird.¹ Gemäss Art. 49 Abs. 1 KVG i.V.m. Art. 49 Abs. 3 KVG dürfen die Fallpauschalen zur Vergütung der stationären OKP-pflichtigen Leistungen keine Kostenanteile für gemeinwirtschaftliche Leistungen (nachfolgend: GWL) enthalten. Kosten für solche Leistungen müssten separat ausgewiesen werden.²

[Rz 2] Es besteht die Vermutung, dass die GWL und deren Bezahlung durch die Kantone zur Quersubventionierung von stationären OKP-pflichtigen Leistungen missbraucht werden könnten.³ Dies soll dadurch geschehen, dass gewisse finanzstarke Kantone Spitäler ihrer Wahl mit der Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen i.S.v. Art. 49 Abs. 3 KVG beauftragen und jene zu mehr als deren objektiven und tatsächlichen Wert bezahlen, woraus letztlich eine versteckte Subventionierung resultiert.⁴ Dadurch entsteht die Gefahr, dass die schweizweit beabsichtigte Vergleichbarkeit der Spitäler im Bereich der bewirkten Kosten durch OKP-pflichtige Leistungen verhindert und mithin der durch Art. 49 Abs. 7 KVG und Art. 2 Abs. 2 lit. b, e und f der Verordnung über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung (VKL) intendierte regulierte Wettbewerb verfälscht wird.⁵

¹ GEBHARD EUGSTER, in: Murer Erwin/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung, RBS – Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Zürich, 2010, Art. 49, Rz 3.

² Art. 49 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG; SR 832.10) i.V.m. Art. 49 Abs. 3 KVG.

³ So etwa STEFAN FELDER, Tarif- und Finanzierungsunterschiede zwischen öffentlichen Spitälern und Privatkliniken, Gutachten im Auftrag der Privatkliniken Schweiz, Schlussbericht, Basel, 26. August 2016, S. 49 oder PHILIPPE WIDMER/HARRY TESLER, Die Spitalversorgung im Spannungsfeld der kantonalen Spitalpolitik, Studie im Auftrag von comparis.ch, Polynomics (Hrsg.), Olten, 22. August 2013, S. 29.

⁴ WIDMER/TESLER (Fn. 3), S. 4; GEBHARD EUGSTER, Die obligatorische Krankenversicherung, in: Meyer Ulrich (Hrsg.), Soziale Sicherheit, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, 3. Auflage, 2016, Rz 1076 oder Rz 1088, wonach «das KVG und seine Zulassungsordnung für Spitäler eine sozialverträgliche KV [OKP] bezwecken» oder Simon Hehli, Die Schweiz hat viel zu viele Spitäler – mit diesen Rezepten könnte es besser werden, <https://www.nzz.ch/schweiz/die-schweiz-hat-viel-zu-viele-spitaeler-mit-diesen-rezepten-koennte-es-besser-werden-ld.1354630>, besucht am 19. März 2018, 07:00 Uhr.

⁵ Siehe FELDER (Fn. 3), S. 49.

[Rz 3] Gemäss EVA DRUEY JUST ist deshalb eine staatliche (kantonale) Bezahlung der GWL zu mehr als deren objektiven und tatsächlichen Wert unzulässig, ansonsten von einer Subvention gesprochen werden müsste. Insofern müsse zwischen GWL und Subventionen unterschieden werden. Sie stützt sich dabei auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofes in einem deutschen Fall und auf ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts.⁶

[Rz 4] Demgegenüber plädiert MARCO DONATSCH dafür, dass die GWL gemäss Art. 49 Abs. 3 KVG geradezu Subventionen seien. Er vertritt darüber hinaus die Ansicht, dass die Kantone im Bereich der Finanzierung der GWL frei sind.⁷

[Rz 5] Es soll ermittelt werden, ob die Begriffsauswahl der GWL in Art. 49 Abs. 3 KVG effektiv eine bestimmte Finanzierungs- und Abgeltungsart impliziert.

[Rz 6] Das neue Spitalfinanzierungssystem ist in Art. 49 KVG geregelt. Das KVG stützt sich auf die Bundeskompetenznorm in Art. 117 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV). Art. 117 Abs. 1 BV beauftragt den Bundesgesetzgeber, mittels Erlass von Vorschriften die OKP zu regeln. Zunächst soll also geklärt werden, inwieweit die Bundeskompetenz nach Art. 117 Abs. 1 BV greift und was der Zweck der OKP ist.

2. Zweck der OKP

[Rz 7] Gemäss Art. 41 Abs. 2 BV haben sich Bund und Kantone dafür einzusetzen, «*dass jede Person gegen die wirtschaftlichen [finanziellen] Folgen von [...] Krankheit [...] gesichert ist*».⁸ Der Bund soll dafür gestützt auf seine Kompetenznormen in Art. 111 ff. BV «*gegen die wirtschaftlichen Folgen, die aus dem Eintritt dieser sozialen Risiken resultieren*», eine Absicherung schaffen.⁹ Er ist also gemäss Art. 41 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 117 Abs. 1 BV, zwecks Absicherung von allfälligen wirtschaftlichen Folgen aufgrund Krankheit, dazu verpflichtet, ein Sozialversicherungssystem aufzubauen.¹⁰

[Rz 8] Der eigentliche Zweck der OKP besteht somit in der Gewährleistung einer medizinischen Behandlung für jede Bürgerin und jeden Bürger und zwar ungeachtet deren resp. dessen persönlichen finanziellen Situation.¹¹ Oder in den Worten von SILVIO HAUSER: «*Ziel der Krankenversiche-*

⁶ Zum Ganzen: EVA DRUEY JUST, Was sind gemeinwirtschaftliche Leistungen, in: Jusletter 26. Januar 2015, S. 7. ff. sowie RAPHAEL PATRICE KUMMER, Gemeinwirtschaftliche Leistungen nach Art. 49 Abs. 3 KVG – Charakteristika und Versuch einer Abgrenzung zu Subventionen, in: Magister, Editions Weblaw, Bern, 2018, S. 40 ff. sowie S. 44 ff.

⁷ Siehe dazu MARCO DONATSCH, Die Stellung der öffentlichen Hand bei der Spitalfinanzierung nach KVG, in: Jusletter 28. August 2017, Rz 15 ff. sowie RAPHAEL PATRICE KUMMER, Gemeinwirtschaftliche Leistungen nach Art. 49 Abs. 3 KVG – Charakteristika und Versuch einer Abgrenzung zu Subventionen, in: Magister, Editions Weblaw, Bern, 2018, S. 40 ff. sowie S. 44 ff.

⁸ Vgl. Art. 41 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

⁹ THOMAS GÄCHTER/GREGOR WERDER, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Freiburg, Sommer 2015, Art. 41, Rz 67.

¹⁰ GÄCHTER/WERDER (Fn. 9), Art. 41, Rz 67.

¹¹ CHRISTOPH ZENGER, unter Mitarbeit von Coralie Tavel, Skript, Öffentliches Gesundheitsrecht II, rechtliche Grundlagen und Grenzen der Gesundheitspolitik, Bern, Frühjahrssemester 2017, S. 109, wonach «*Leitinteresse der obligatorischen Krankenversicherung [...] sein sollte, dass niemand eine Behandlung entbehren muss, nur weil die Selbstfinanzierungsmöglichkeit fehlt*».

*«...rung ist es, jede Person gegen die wirtschaftlichen Folgen des sozialen Risikos Krankheit zu sichern und die für ihre Gesundheit notwendige Pflege zu gewährleisten».*¹²

[Rz 9] Der Zweck der OKP ist also einerseits privater Natur, indem die OKP jede in der Schweiz wohnhafte Person¹³ gegen die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit absichern soll. Andererseits ist er auch öffentlicher Natur. Die gesamte Gesellschaft als Öffentlichkeit hat ein Interesse an einer guten Durchschnittsgesundheit.¹⁴ Dies stärkt die Wirtschaft und entlastet die Sozialversicherungssysteme.

[Rz 10] Zu prüfen ist, welche Kompetenzen der Verfassungsgeber dem Bundesgesetzgeber durch den Erlass von Art. 117 Abs. 1 BV effektiv übertragen hat. Dafür ist zunächst ein Abstecker in das Kompetenzrecht erforderlich.

3. Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen

[Rz 11] Art. 3 und 42 BV sehen im Sinne des Föderalismus eine subsidiäre Generalkompetenz der Kantone vor.¹⁵ Das bedeutet, dass die Kantone sämtliche öffentliche Aufgaben erfüllen, für welche der Bund keine umfassende/ausschliessliche, ausdrückliche oder stillschweigende Kompetenz aus der Bundesverfassung hat.¹⁶ Der Bund ist also nur insofern zuständig, als ihm die Bundesverfassung eine Kompetenz zuweist.¹⁷ Bundeskompetenzen sollten keine Generalklauseln darstellen.¹⁸ Sie sollten eng umschrieben sein.¹⁹ Damit soll gewährleistet werden, dass der Bund ihm Rahmen seiner Aufgabenerfüllung seine Kompetenzen nicht zulasten jener der Kantone nach und nach ausdehnt.²⁰ Als stillschweigende Bundeskompetenzen (ungeschriebene Verfassungsnormen)²¹ gelten insbesondere Zuständigkeiten kraft Sachzusammenhang.²² Dabei handelt es sich um Handlungsermächtigungen zugunsten des Bundes, ohne die er anderen ihm durch die Bundesverfassung ausdrücklich zugewiesenen Aufgaben nicht nachkommen kann.²³ Mit anderen Worten kann der Bund die ausdrückliche Bundeskompetenz nicht ohne die stillschweigende Bundeskompetenz wahrnehmen.²⁴ Sie bildet folglich eine unverzichtbare Voraussetzung. Infolge der Totalrevision der Bundesverfassung im Jahre 1999 besteht kaum Raum

¹² SILVIO HAUSER, *Hochspezialisierte Medizin im föderalistischen System der Schweiz*, S. 36–55, in: Biaggini Giovanni/Diggelmann Oliver/Gächter Thomas/Glaser Andreas/Griffel Alain/Kaufmann Christine/Keller Helen/Kiener Regina/Kley Andreas/Matteotti René/Oesch Matthias/Simonek Madeleine/Uhlmann Felix (Hrsg.), *Zürcher Studien zum öffentlichen Recht*, Band 227, Zürich, 2015, S. 40, Rz 105.

¹³ Vgl. für Ausführungen Art. 3 KVG.

¹⁴ Siehe ZENGER (Fn. 11), S. 109.

¹⁵ GIOVANNI BIAGGINI, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Freiburg, Sommer 2015, Art. 3, Rz 15; HAUSER (Fn. 12), S. 37, Rz 96.

¹⁶ BIAGGINI (Fn. 12), Art. 3, Rz 15 und Rz 39; RENÉ A. RHINOW/MARKUS SCHEFER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, in: Zusammenarbeit mit Graf Martin/Seeger Paul/Uebersax Peter, 2. Auflage, Caviano/Basel, 2009, Rz 706.

¹⁷ RHINOW/SCHEFER (Fn. 16), Rz 694.

¹⁸ RHINOW/SCHEFER (Fn. 16), Rz 696.

¹⁹ RHINOW/SCHEFER (Fn. 16), Rz 696.

²⁰ RHINOW/SCHEFER (Fn. 16), Rz 696.

²¹ RHINOW/SCHEFER (Fn. 16), Rz 720.

²² RHINOW/SCHEFER (Fn. 16), Rz 720.

²³ RHINOW/SCHEFER (Fn. 16), Rz 720.

²⁴ Vgl. RHINOW/SCHEFER (Fn. 16), Rz 720.

für solche stillschweigende Bundeskompetenzen.²⁵ Es besteht zudem keine allgemeine Pflicht zur engen Auslegung von Bundeskompetenzen.²⁶ Nach der hier vertretenen Meinung sollte es möglich sein, ausdrückliche, offen formulierte Bundeskompetenzen weit zu interpretieren – was jedoch nicht die Regel bilden sollte, da es der Bundesverfassungsgeber ja an sich in der Hand gehabt hätte, die ausdrückliche Bundeskompetenz weit, klar und umfassend zu formulieren.

[Rz 12] Zu berücksichtigen ist, dass der Bund nur jene Aufgaben erfüllen soll, welche die Kapazitäten der Kantone übersteigen.²⁷ Im Übrigen sollten die Aufgabenerfüllungen nach hier verteilter Meinung den Kantonen überlassen werden, da diese so womöglich auch besser auf regionale Gegebenheiten reagieren können.

[Rz 13] In diesem Zusammenhang ist zunächst zu prüfen, wem – also dem Bund oder den Kantonen – welche Kompetenzen zukommen.

[Rz 14] Gemäss Art. 117 Abs. 1 BV ist es dem Bund belassen, Vorschriften über die obligatorische Krankenversicherung vorzusehen. Es handelt sich dabei um eine umfassende, nachträglich derogatorische Kompetenz zugunsten des Bundes.²⁸ Der Bund hat seine Gesetzgebungskompetenz mit dem Erlass des KVG voll ausgeschöpft.²⁹ Die Kompetenz ist jedoch sehr offen formuliert.³⁰ Sie überlässt viel Interpretationsspielraum.³¹ Gestützt auf die Kompetenz in Art. 117 Abs. 1 BV hat der Bundesgesetzgeber die Spitalfinanzierung im KVG geregelt, sofern zulasten der OKP abgerechnet werden soll. Nur eine wirtschaftlich tragbare OKP kann die Finanzierung der medizinischen Grundversorgung und damit den Zugang zu medizinischen Grundversorgungsleistungen mittel- bis langfristig gewährleisten.³² Demgegenüber ergibt sich diese wirtschaftliche Tragbarkeit der OKP nicht ausdrücklich aus Art. 117 BV.

[Rz 15] Zusammenfassend sollte bzw. dürfte der Bund gestützt auf Art. 117 BV also nur Bereiche und Leistungen regeln, die sich direkt auf die wirtschaftliche Tragbarkeit der OKP auswirken. Alle anderen Aufgaben müssten aufgrund der subsidiären Generalkompetenz in den Zuständigkeitsbereich der Kantone fallen.

[Rz 16] In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob sich die GWL auf die wirtschaftliche Tragbarkeit der OKP auswirken. Dafür muss zunächst geklärt werden, was in allgemeiner Weise unter GWL verstanden werden kann.

[Rz 17] Weder Art. 49 Abs. 3 KVG noch die dazugehörige VKL charakterisieren die GWL in allgemeiner Weise. Aus diesem Grund soll mithilfe der allgemeinen Auslegungsmethoden ermittelt werden, was der Gesetzgeber mit den GWL nach Art. 49 Abs. 3 KVG meinte. Als Mittel dazu dienen die allgemein bekannten Auslegungsmethoden.

²⁵ RHINOW/SCHEFER (Fn. 16), Rz 721.

²⁶ RHINOW/SCHEFER (Fn. 16), Rz 718.

²⁷ Vgl. Art. 43a Abs. 1 BV oder Art. 5a BV.

²⁸ TOMAS POLEDNA, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, 2014, Art. 117, Rz 6.

²⁹ HAUSER (Fn. 12), S. 40, Rz 104.

³⁰ POLEDNA (Fn. 28), Art. 117, Rz 6.

³¹ Vgl. demgegenüber als Beispiel für eine umfassende und klare Verfassungsnorm etwa Art. 112, 113 oder 114 BV, welche sich auch mit Sozialversicherungen auseinandersetzen.

³² Vgl. EUGSTER (Fn. 4), Rz 838, wonach «das KVG und seine Zulassungsordnung für Spitäler eine sozialverträgliche KV [OKP] bezwecken» oder HAUSER (Fn. 12), S. 42 f., Rz 109.

4. Auslegung von Art. 49 Abs. 3 KVG

Grammatikalische Auslegung

[Rz 18] In Anbetracht des französischen und italienischen Wortlautes von Art. 49 Abs. 3 KVG handelt es sich bei den sog. GWL um Leistungen im öffentlichen Interesse. Warum im deutschen Wortlaut indessen explizit von GWL gesprochen wird, kann nicht abschliessend gesagt werden. Es sei überdies darauf hingewiesen, dass in allen drei abgefassten Landessprachen nie von Subventionen und damit einer Finanzierungsart die Rede ist.³³ Zudem wird aus dem Wortlaut klar, dass der Bundesgesetzgeber mittels der gewählten Formulierung «*insbesondere*» die GWL nicht in abschliessender Weise aufzählen wollte – resp. wie sich noch zeigen wird – aufgrund Kompetenzzuweisungen durch die BV konnte.

Systematische Auslegung

[Rz 19] Die GWL werden im KVG – soweit ersichtlich – ausschliesslich im Art. 49 Abs. 3 KVG genannt. Art. 49 KVG ist im 4. Abschnitt des KVG eingeordnet. Dieser Abschnitt befasst sich, entsprechend dessen Titel, mit den «*Tarifen und Preisen*». Art. 49 KVG beschäftigt sich laut seiner Marginalie mit den Tarifverträgen für Spitäler. Was mit Tarifverträgen gemeint ist, ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 KVG. In den sog. Tarifverträgen vereinbaren Krankenkassenträger und Spitäler eine Baserate zur Abgeltung der im Rahmen der stationären Grundversorgung erbrachten OKP-pflichtigen Leistungen durch sog. Fallpauschalen. Art. 49 Abs. 1 KVG beschäftigt sich also mit der Deckung der durch die stationäre Behandlung entstandenen Kosten für effizient, günstig und in der notwendigen Qualität erbrachte OKP-pflichtige Leistungen und damit der Finanzierung von Spitälern im Bereich der OKP-pflichtigen Leistungen. Alle anderen Kostenanteile, die nicht durch die Erbringung stationärer OKP-pflichtiger Leistungen entstehen, sollen entsprechend ausgeschieden werden, bspw. «*die Kostenanteile für [GWL]*». So soll gewährleistet werden, dass die OKP nicht, entgegen dem in Art. 49 Abs. 3 KVG manifestierten gesetzgeberischen Willen, über die Fallpauschalen GWL mitfinanziert.³⁴

[Rz 20] Dass hingegen umgekehrt über die GWL nicht OKP-pflichtige Leistungen finanziert werden dürfen, lässt sich aus dem diskutierten Art. 49 Abs. 3 KVG nicht ableiten.

Teleologische Auslegung

[Rz 21] Die GWL sollen also nicht durch die OKP mitfinanziert werden.³⁵ Sie stehen einerseits in Widerspruch zur wirtschaftlichen Tragbarkeit der OKP sowie andererseits zu deren Zweck.³⁶ Aus diesem Grund müssen die durch GWL verursachten Kosten von den Spitälern nachvollziehbar von den Kosten, die durch stationäre OKP-pflichtige Leistungen im Rahmen eines Leistungsauftrages begründet wurden, ausgeschieden werden.

³³ Vgl. zum Begriff der Subventionen sinngemäss: RENÉ A. RHINOW, Wesen und Begriff der Subvention in der schweizerischen Rechtsordnung, in: Ruck E./Germann O.A./Spiro K./Fuchs J.G./Hinderling H./Stratenwerth G./Eichenberger K./Vischer F. (Hrsg.), Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 95, Basel und Stuttgart, 1971, S. 98, N. 133 sowie S. 103, N. 140.

³⁴ FELDER (Fn. 3), S. 14.

³⁵ FELDER (Fn. 3), S. 14.

³⁶ Vgl. EUGSTER (Fn. 1), Art. 49, Rz 7.

Historische Auslegung

[Rz 22] Die Botschaft äussert sich dahingehend, dass es sich bei GWL nach Art. 49 Abs. 3 KVG um Leistungen aus «sozialpolitischen Erwägungen» handeln soll, die von den stationären OKP-pflichtigen Leistungen auszuschneiden sind «und deren Kosten gesondert [durch die Kantone] zu übernehmen sind».³⁷ Laut Botschaft soll sich, im Hinblick auf den Kostenwettbewerb und die Gleichbehandlung sämtlicher Spitäler im Rahmen des neuen Spitalfinanzierungssystems, nur die Finanzierung der GWL ändern.³⁸ So sollen jene nach Verständnis des Autors sinngemäss einzig durch die Kantone als deren Nachfrager im öffentlichen Interesse bezahlt werden. Wenn sich die Finanzierung der GWL ändern soll, dann wird damit impliziert, dass die GWL keine eigene Finanzierungsart darstellt – worauf gestützt auf DRUEY JUST oder DONATSCH etwa fälschlicherweise geschlossen werden könnte.

[Rz 23] Zusammenfassend soll mitgenommen werden, dass es sich bei den GWL um Leistungen handelt, welche im öffentlichen Interesse, gestützt auf einen im positiven Recht festgehaltenen Sicherstellungsauftrag vom Staat nachgefragt und bezahlt werden. Zugleich ist eine Finanzierung durch die OKP ausgeschlossen. Also wirken sich die GWL zumindest nicht negativ auf die wirtschaftliche Tragbarkeit der OKP aus.

5. Kantonale Kompetenzen bzgl. den GWL nach Art. 49 Abs. 3 KVG

[Rz 24] Art. 49 Abs. 3 KVG schreibt vor, dass die Vergütung nach Art. 49 Abs. 1 KVG gerade keine Kostenanteile für GWL umfassen darf. Dies ist sachgerecht, weil die GWL nach Ansicht des Verfassers nicht zwingend und schon gar nicht unmittelbar dem Zweck der OKP dienen.³⁹ Daher sollen die GWL-Kosten nicht durch die OKP getragen werden.⁴⁰ Sie können sich folglich auch nicht auf die wirtschaftliche Tragbarkeit der OKP auswirken. Die Regelung und Handhabung der GWL fällt damit in den Kompetenzbereich der Kantone.⁴¹ Im Rahmen dieser Zuständigkeit ist deren Regelung und Handhabung nach Ansicht des Verfassers, unter Beachtung von höherrangigem Recht, grundsätzlich den Kantonen belassen.

[Rz 25] Die Finanzierungsart der GWL gemäss Art. 49 Abs. 3 KVG ist folglich Sache der Kantone. In diesem Sinne dürfen die Kantone nach hier vertretener Meinung solche Leistungen auch mehr als bloss kostendeckend oder etwa pauschal vergüten. Folglich ist auch eine Defizitdeckung im Bereich der OKP-pflichtigen Leistungen und damit verbunden die Erhaltung von bestimmten Spitälern nicht per se ausgeschlossen. Darauf deutet auch Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG hin. Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG stellt nach Ansicht des Verfassers nichts anderes als eine Kostenübernahme und damit eine Defizitdeckung für Spitäler dar, welche stationäre OKP-pflichtige Leistungen in der notwendigen Qualität nicht derart effizient und günstig erbringen, dass die Fallpauschale die ge-

³⁷ Vgl. Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung) vom 15. September 2004, BBl 2004 5551, S. 5579.

³⁸ Vgl. Botschaft (Fn. 37), BBl 2004 5551, S. 5579.

³⁹ EUGSTER (Fn. 1), Art. 49, Rz 7.

⁴⁰ EUGSTER (Fn. 1), Art. 49, Rz 7.

⁴¹ Vgl. FELDER (Fn. 3), S. 10, wonach «die Kantone für den Bereich gemeinwirtschaftlicher Leistungen zuständig sind»; DRUEY anerkennt dies nur in Bezug auf die Bestellung von GWL (vgl. DRUEY (Fn. 6), S. 10, Rz 19).

samten Kosten des Spitals abdecken würde.⁴² Die Leistungen sind also unrentabel und belasten mithin die wirtschaftliche Tragbarkeit der OKP. Die Kostenübernahme soll dem Leistungsabbau oder im Extremfall einer Spitalschliessung und damit verbunden dem Verlust einer regionalen Wertschöpfung⁴³ oder einer fehlenden oder unzureichenden Versorgungssicherheit⁴⁴ zuvorkommen, deckt offene Kosten im Rahmen des OKP-Bereichs und wird unter den Titel einer GWL subsumiert.⁴⁵

[Rz 26] Im Hinblick auf die Finanzierung bzw. die Höhe des Entgelts scheint Art. 43a Abs. 5 BV noch erwähnenswert. Er schreibt vor, dass staatliche Aufgaben bedarfsgerecht und wirtschaftlich erfüllt werden müssen. Die GWL müssen also einem Bedarf entsprechen. Dies wird wohl kaum problematisch sein, denn ohne Bedarf erfolgt deren Erbringung nicht im öffentlichen Interesse und würde folglich gegen Art. 5 BV verstossen. Wirtschaftlich meint zu möglichst geringen «volkswirtschaftlichen Kosten».⁴⁶ Dazu gehören nicht nur die Kosten, welche durch die Leistungserbringung konkret entstehen, sondern, nach hier vertretener Meinung, auch solche, welche dadurch abgewendet werden. Kann also bspw. eine im Verhältnis zu den Kosten der erbrachten GWL zu hohe kantonale Zahlung eine Spitalschliessung abwenden, so ist dies durchaus wirtschaftlich, wenn bedacht wird, welche gesellschaftlichen Kosten eine Schliessung mit sich brächte. In dieser Hinsicht ist v.a. an die Bedeutung von Spitälern für eine Region zu denken, etwa als Bezüger vielfältigster Dienstleistungen und Produkten, hinsichtlich ihrer Rolle als wesentliche regionale Ausbildungsstätten oder der wirtschaftlichen Relevanz der in der Region lebenden Spitalmitarbeitenden.⁴⁷ Überdies muss die Finanzierung der GWL als eine Form des staatlichen Handelns den Anforderungen des rechtsstaatlichen Handelns gemäss Art. 5 BV genügen.

[Rz 27] Der Bund kann in Bezug auf die GWL nach hier vertretener Meinung über keine stillschweigende Bundeskompetenz kraft Sachzusammenhang verfügen.⁴⁸ Die Bejahung derselben würde relativ einfach gewährleisten, dass die Kantone die stationären OKP-Leistungen nicht mehr als kostendeckend vergüten und damit keine Defizitdeckung und damit verbunden Strukturerhaltung betreiben. Damit bestünde eine geringere Gefahr einer kostenmildernden Wirkung im Bereich der stationären OKP-pflichtigen Leistungen. Ein solches Vorgehen wäre zwar einfach, jedoch – ohne näher darauf einzugehen – unter Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5a BV und Art. 43a Abs. 1 BV höchst fraglich. Ohnehin sollten stillschweigende Bundeskompetenzen infolge der erfolgten Totalrevision sehr restriktiv angenommen werden.⁴⁹

⁴² Vgl. zum Ganzen: PASCAL BESSON, Nachhaltige Grundversorgung sicherstellen, Korrekte Berechnung der Anlagenutzungskosten in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Schweizerische Gesellschaft für Gesundheitspolitik (Hrsg.), Bern, 2013, S. 51, wonach «*die Defizitgarantie nicht mehr erwünscht ist, formell aber nicht abgeschafft ist*»; DONATSCH (Fn. 6), S. 7 f., Rz 20 f.; FELDER (Fn. 3), S. 49, wonach «*es [...] die objektbezogene Vergütung für [GWL] [...] gibt*»; MARKUS MÜLLER/PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern, 2014, S. 455, Rz 16; GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung: Ermittlung der effizienten Spitäler nach Art. 49 Abs. 1 KVG, verabschiedet durch den Vorstand der GDK am 6. April 2017, S. 7, wo Defizitbeiträge für OKP-pflichtige Leistungen explizit anerkannt werden.

⁴³ Vgl. dazu Ausführungen unter KUMMER (Fn. 6), S. 51 ff.

⁴⁴ Siehe KUMMER (Fn. 6), S. 17 ff.

⁴⁵ Vgl. DONATSCH (Fn. 7), S. 7 f., Rz 20 f.

⁴⁶ BIAGGINI (Fn. 15), Art. 43a, Rz 40.

⁴⁷ Vgl. dazu auch EUGSTER (Fn. 4), Rz 806 in Zusammenhang mit 1076.

⁴⁸ Vgl. dazu KUMMER (Fn. 6), S. 49 f.

⁴⁹ RHINOW/SCHEFER (Fn. 16), Rz 721.

[Rz 28] Es wäre also infolge Kompetenzwidrigkeit verfassungsrechtlich höchst problematisch, wenn der Bund in Art. 49 Abs. 3 KVG bereits originär und bewusst vorsehen würde, dass es sich bei den GWL um Leistungen handelt, die nicht mehr als kostendeckend bezahlt werden dürften. Die Finanzierung der GWL ist nämlich mangels direkter Einwirkung auf die wirtschaftliche Tragbarkeit der OKP nach Ansicht des Autors nicht Kompetenz des Bundes. Idealerweise hätte der Bund ausschliesslich festgehalten, dass Erträge für Leistungen, die nicht zulasten der OKP abgerechnet werden dürfen, die benchmark-relevanten Kosten nicht vermindern dürfen.

6. Kantonale Kompetenzen bezüglich Subventionen

[Rz 29] Vorstehend Festgestelltes gilt auch für allfällige Subventionen. Die Subventionen oder eben Staatsbeiträge fallen mangels einer Bundeszuständigkeit in der BV aufgrund Art. 3 bzw. 42 BV vorwiegend in die kantonale Zuständigkeit. Das bedeutet, dass, wenn die BV den Bund nicht ermächtigt, die Staatsbeiträge für Leistungen im öffentlichen Interesse zu regeln, deren Regelung in den Zuständigkeitsbereich der Kantone fällt.

[Rz 30] Gestützt auf eine formell-gesetzliche Grundlage ist es also den Kantonen belassen, ob sie sich bei der Qualifikation der Subventionen an die Subventionsbegriffe des Bundesgesetzes über Finanzhilfen und Abgeltungen (SuG) halten wollen, falls ja in welchem Umfang sowie welche Tätigkeiten sie aus welchen öffentlichen Interessen finanziell unterstützen wollen.⁵⁰

[Rz 31] Damit erübrigt sich auch die rechtliche Erörterung des Subventionsbegriffes. Zwar sind gemäss LIVIO BUNDI die Subventionsbegriffe auf kantonaler Ebene weitgehend identisch mit jenen auf Bundesebene.⁵¹ Letztlich ist eine abschliessende Zuordnung der kantonalen Zahlungen für die GWL – und zwar unabhängig von der Kostendeckung der Zahlung – also nicht möglich.

[Rz 32] Es ist also, infolge einer gewissen kantonalen Heterogenität in Bezug auf die Subventionsbegriffe, nicht möglich, einheitlich gestützt auf ein Bundesgesetz zu erläutern, ob die Kostenübernahme für GWL als Subvention zu qualifizieren ist oder nicht. Letztlich ist diese Frage von der Definition der Subventionen im einschlägigen kantonalen Recht abhängig. In diesem Zusammenhang scheint es falsch, die Frage der Höhe der Bezahlung der GWL aus dem Versuch einer Begriffsabgrenzung zwischen GWL und Subventionen anzugehen.

7. Notwendigkeit einer Qualifikation der Bezahlung der GWL?

[Rz 33] Vorstehend wurde umfassend hergeleitet, dass es sich bei der Bezahlung der GWL im Sinne von Art. 49 Abs. 3 KVG auch um überhöhte, nicht nur kostendeckende Zahlungen handeln darf.⁵² Diese Zahlungen dürfen von den Spitälern jedoch nicht dazu genutzt werden, um die benchmark-relevanten Kosten zu vermindern und damit den Benchmark zu verzerren.⁵³ Er-

⁵⁰ Vgl. dazu LIVIO BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, in: Schmid Jörg (Hrsg.), Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band/Nr. 105, 2016, S. 15 ff.

⁵¹ BUNDI (Fn. 50), S. 15.

⁵² Vgl. insb. KUMMER (Fn. 6), S. 51 ff.

⁵³ Siehe zu Ausführungen und Literaturangaben KUMMER (Fn. 6), S. 44 ff.

träge müssten also entsprechend separat verbucht werden und dürfen die benchmark-relevanten Kosten nicht reduzieren.⁵⁴

[Rz 34] Die mehr als kostendeckenden Vergütungen für die GWL im Sinne von Art. 49 Abs. 3 KVG stellen eine Form dar, Spitäler mit Geld zu versorgen und jene somit auch im Falle mangelnder Wirtschaftlichkeit zu erhalten – jedoch nicht zulasten der OKP.

[Rz 35] Jedes Spital sollte in Bezug auf den stationären OKP-Bereich und die Vergleichbarkeit der mit den OKP-pflichtigen zusammenhängenden Kosten in der gleichen Art und Weise finanziert werden.⁵⁵ Rein kompetenzrechtlich ist dies indessen nicht durchsetzbar.

[Rz 36] Erbringt ein Spital eine GWL, dann verursacht diese Kosten. Diese Kosten werden durch die kantonalen Zahlungen abgedeckt. Der Betrag, der mehr als nur kostendeckend ist, müsste nun im Sinne des neuen Spitalfinanzierungssystems und dessen Funktion getrennt als Einnahme aus dem Bereich der GWL ausgewiesen werden.⁵⁶

[Rz 37] Ob die Abgeltung des objektiven Wertes oder gegebenenfalls eines darüber liegenden Mehrwertes eine Subvention darstellt, hängt von dem jeweilig anwendbaren Subventionsrecht ab.⁵⁷ Wie diese mehr als kostendeckenden Beiträge für die GWL bezeichnet werden, kann aufgrund der kantonalen Zuständigkeit im Bereich der Subventionen nicht einheitlich beantwortet werden. Eine solche Einordnung scheint, in Bezug auf die korrekte Ausscheidung zum Zwecke des Kostenvergleichs im OKP-Bereich, auch nicht von rechtlicher Relevanz.

8. Schlussfazit

[Rz 38] Die Regelung des Subventionsbegriffes und der GWL sowie damit verbunden die Höhe der Zahlungen für GWL obliegt, wie die vorliegende Abhandlung gezeigt hat, den Kantonen. Eine einheitliche Antwort, ob die GWL mit den Subventionen nun identisch oder vergleichbar sind, kann infolge der kantonalen Zuständigkeit bezüglich den GWL und den Subventionen nicht für die ganze Schweiz gegeben werden.

[Rz 39] In diesem Sinne ist DONATSCH zuzustimmen, der jedoch nach Ansicht des Autors die GWL dogmatisch falsch generell mit den Subventionen gleichsetzt.⁵⁸ Dies scheint nach hier vertretener Meinung falsch, weil GWL Leistungen im öffentlichen Interesse sind und Subventionen Staatsbeiträge. Die GWL und deren Erbringung werden also unter Umständen mittels Subventionen gefördert und bezahlt, was hingegen die erbrachten Leistungen im öffentlichen Interesse noch zu keinen Staatsbeiträgen macht.

[Rz 40] Insofern wird die Begründung von DRUEY JUST vorliegend abgelehnt. Nach hier vertretener Meinung verkennt sie, dass das Urteil des EuGH – auf welches sie sich zwecks Begründung der Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen GWL und Subventionen abstützt – aufgrund unterschiedlicher Subventionsbegriffe im Vergleich zu den hier geltenden Subventionsbegriffen nicht zur Anwendung gelangen kann. Überdies interpretiert sie das von ihr hervorgebrachte Ur-

⁵⁴ Siehe zu Ausführungen und Literaturangaben KUMMER (Fn. 6), S. 44 ff.

⁵⁵ DRUEY (Fn. 6), S. 1 f., Rz 2.

⁵⁶ GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung: Ermittlung der effizienten Spitäler nach Art. 49 Abs. 1 KVG, verabschiedet durch den Vorstand der GDK am 6. April 2017, S. 7.

⁵⁷ Vgl. KUMMER (Fn. 6), S. 51 ff.

⁵⁸ Siehe zu Ausführungen und Literaturangaben KUMMER (Fn. 6), S. 47 ff.

teil des Bundesverwaltungsgerichtes nur unvollständig und letztlich übersieht sie die nach der Bundesverfassung geltende Kompetenzordnung.⁵⁹

[Rz 41] Letztlich jedoch ist eine solche abschliessende Einordnung weder notwendig noch rechtlich relevant. Von Bedeutung ist vielmehr die Erkenntnis, dass mehr als kostendeckende Kantonzahlungen für GWL insofern zulässig sind, als das anzuwendende kantonale Recht nichts anderes vorsieht. Die bezahlte Summe für die GWL müsste indessen, zwecks Kostentransparenz im OKP-Bereich, schweizweit separat als Ertrag verbucht werden. So kann das Risiko einer Verzerrung der benchmark-relevanten Kosten abgeschwächt werden.

RAPHAEL PATRICE KUMMER (MLaw) hat sich im Rahmen seiner Masterarbeit an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern mit der abgehandelten Thematik auseinandergesetzt. Herr Kummer war im Jahre 2017 verantwortlicher Jurist bei der SwissDRG AG. Seit dem 1. Februar 2018 absolviert der Autor als angehender Rechtsanwalt ein Praktikum bei der Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland.

Vgl. die Masterarbeit des Autors: RAPHAEL PATRICE KUMMER, Gemeinwirtschaftliche Leistungen nach Art. 49 Abs. 3 KVG – Charakteristika und Versuch einer Abgrenzung zu Subventionen, in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2018

⁵⁹ Siehe zu Ausführungen und Literaturangaben KUMMER (Fn. 6), S. 40 ff. sowie S. 44 ff.