



Rechtsgutachten

zuhanden des
Kantonsrates des Kantons St. Gallen,
Vorberatende Kommission Gesetzgebung Spitalplanung und Spitalfinanzierung

betreffend

Fragen der Spitalplanung und Spitalliste im Kanton St. Gallen

vorgelegt von

Prof. Dr. iur. Bernhard Ehrenzeller

Ordinarius für öffentliches Recht
Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
an der Universität St. Gallen (IRP-HSG)

PD Dr. iur. Ueli Kieser

Lehrbeauftragter
Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
an der Universität St. Gallen (IRP-HSG)

unter Mitarbeit von

lic. iur. Rafael Brägger

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am IRP-HSG

St. Gallen, 25. Oktober 2011

Gutachten zur Gesetzgebung Spitalplanung und Spitalfinanzierung

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	2
1.	Auftragserteilung	2
2.	Ausgangslage	2
3.	Fragestellung.....	4
4.	Erklärungen der Gutachter	4
5.	Vorbehalt	5
II.	Bundesrechtliche Ausgangslage.....	5
1.	Bundesrechtliche Regelung der Krankenversicherung im Überblick	5
a)	Bundesverfassung	5
b)	Bundesgesetz über die Krankenversicherung.....	5
c)	Verordnungen.....	7
2.	Zulassung von Spitälern zur Tätigkeit zulasten der Krankenversicherung.....	7
3.	Spitalplanung und Spitalliste des Kantons (Art. 39 Abs. 1 lit. d und lit. e KVG)	8
a)	Entstehung der Bestimmung	8
b)	Rechtsprechung zu Art. 39 lit. d und lit. e KVG	8
c)	Lehre zu Art. 39 lit. d und lit. e KVG.....	9
d)	Ergebnisse bezüglich der Spitalplanung und der Spitalliste	12
4.	Koordinierung der Planung (Art. 39 Abs. 2 KVG).....	12
a)	Entstehung der Bestimmung	12
b)	Rechtsprechung und Lehre zu Art. 39 Abs. 2 KVG	12
c)	Ergebnisse bezüglich der Koordinierung der Planung.....	13
5.	Verfahrensrecht und Rechtsschutz (Art. 53 KVG)	13
a)	Einschränkung der Fragestellung	13
b)	Anfechtungsobjekt: Beschlüsse der Kantonsregierungen (Art. 53 Abs. 1 KVG)	14
c)	Unzulässigkeit der Rüge der Unangemessenheit (Art. 53 Abs. 2 lit. e KVG)	15
d)	Ergebnisse bezüglich des Verfahrens und des Rechtsschutzes	16
III.	Rechtsslage im Kanton St. Gallen	16
1.	Aufgabenteilung zwischen Kantonsrat und Regierung.....	16
a)	Grundsätze der Aufgabenteilung auf Verfassungsebene.....	16
b)	Aufgabenteilung im Gesundheitsbereich	17
c)	Zwischenergebnis	19
2.	Die Genehmigung von Beschlüssen der Regierung durch den Kantonsrat	19
a)	Grundlage gemäss kantonalem Recht	19
b)	Rechtsnatur und Wirkungen	20
c)	Zwischenergebnis	21
3.	Verfahrensrechtliche Fragen	22
a)	Kantonales Verfahren zum Erlass der Spitalplanung und der Spitalliste	22
b)	Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht	23
c)	Verfahrensrechte der Spitäler gegenüber dem Kantonsrat?	23
d)	Auskunfts- und Einsichtsrecht der Mitglieder des Kantonsrates.....	24
e)	Wahrung der Verfahrensrechte der Adressaten der Spitalplanung bzw. Spitalliste.....	25
f)	Konsequenzen oder Schwierigkeiten aus verfahrensrechtlicher Sicht	25

IV. Antrag Bärlocher-Bütschwil.....	27
1. Antrag	27
2. Einordnung des Antrages.....	27
3. Vorgaben des Bundesrechts zur Ausgestaltung der Spitalliste	27
a) Zur Fragestellung.....	27
b) Zur Behandlung von privaten Anbietern	28
c) Zur Behandlung von ausserkantonalen öffentlichen Anbietern	29
4. Ergebnisse.....	30
V. Zusammenfassende Beantwortung der Gutachterfragen.....	31
Literaturverzeichnis	33

I. Einleitung

1. Auftragserteilung

Am 4. Oktober 2011 wurden die unterzeichnenden Gutachter beauftragt, ein Gutachten zu Fragen der kantonalen Gesetzgebung im Bereich der Spitalplanung und der Spitalfinanzierung auszuarbeiten. Der Auftrag wurde gleichentags bestätigt. Es fand am genannten Datum sodann eine Aktenübergabe durch Dr. Andreas Hartmann, Präsident der Vorberatenden Kommission, statt.

Übergeben wurden folgende Akten:

- Synoptische Darstellung der Zuständigkeiten für die Spitalplanung und Spitalliste von ausgewählten Kantonen;
- Botschaft und Entwurf der Regierung vom 24. Mai 2011 zu einem Gesetz über die Spitalplanung und -finanzierung;
- Anträge der Vorberatenden Kommission vom 29. August 2011;
- Anträge der Regierung vom 6. September 2011;
- Antrag Bärlocher-Bütschwil vom 26. September 2011.

2. Ausgangslage

Die Regierung des Kantons St. Gallen hat am 24. Mai 2011 Botschaft und Entwurf zum Gesetz über die Spitalplanung und -finanzierung zuhanden des Kantonsrates verabschiedet. In der Septembersession 2011 hat der Kantonsrat diese Vorlage in der ersten Lesung beraten.

Die Regierung schlägt in ihrem Entwurf folgende Zuständigkeitsordnung im Bereich der Spitalplanung und Spitalfinanzierung vor:

Art. 3

Der Kantonsrat:

- a) übt die Oberaufsicht über die stationäre Gesundheitsversorgung aus;*
- b) beschliesst im Rahmen des Voranschlages Kantonsbeiträge für die stationäre Gesundheitsversorgung sowie für gemeinwirtschaftliche Leistungen;*
- c) beschliesst zusätzliche kantonale Beiträge zur Sicherstellung versorgungspolitisch notwendiger Leistungen.*

Art. 4

Die Regierung:

- a) übt die Aufsicht über die stationäre Gesundheitsversorgung aus;*
- b) erlässt und überprüft periodisch die Spitalplanung und die Spitalliste;*
- c) erteilt Leistungsaufträge und legt damit verbundene Auflagen und Bedingungen fest;*
- d) genehmigt die Tarifverträge nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994;*
- e) setzt die Tarife fest, wenn keine Einigung zwischen den Tarifpartnern zustande kommt;*
- f) kann nach Art. 51 und 54 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 ein Globalbudget für die Finanzierung der Spitäler aufstellen.*

Die Vorberatende Kommission des Kantonsrates schlägt in ihrem Entwurf vom 29. August 2011 dagegen folgende Fassung vor:

Art. 3 lit. d (neu): genehmigt die Spitalplanung und Spitalliste;

Art. 3 lit. e (neu): genehmigt die Leistungsaufträge und in der Folge deren Änderungen.

Art. 4 lit. b (neu): erlässt und überprüft periodisch die Spitalplanung und die Spitalliste und unterbreitet diese dem Kantonsrat zur Genehmigung

Art. 4 lit. c (neu): erteilt Leistungsaufträge, legt damit verbundene Auflagen und Bedingungen fest und unterbreitet diese dem Kantonsrat zur Genehmigung;

Die Regierung beantragte am 6. September 2011 in allen vier Fällen, am Entwurf der Regierung festzuhalten.

Die von der Vorberatenden Kommission vorgeschlagene Fassung des Art. 3 lit. d wurde in der ersten Lesung des Gesetzes vom 26./27. September 2011 mit 57 Ja- zu 55 Nein-Stimmen angenommen. Die Fassung der Kommission von Art. 4 lit. b wurde dagegen mit 50 Ja- zu 52 Nein-Stimmen verworfen. Ebenfalls verworfen wurden die Fassungen von Art. 3 lit. e (38 Ja- zu 68 Nein-Stimmen) und Art. 4 lit. c (36 Ja- zu 67 Nein-Stimmen).

3. Fragestellung

Das Gutachten soll zu folgenden Fragen Stellung nehmen:

1. Wer ist gemäss bundesgesetzlicher Grundlagen zuständig zum Erlass der Spitalplanung und der Spitalliste?

2. Verstösst folgende Regelung gegen das Bundesrecht:

2.1. Die Kantonsregierung erlässt die Spitalplanung und die Spitalliste?

2.2. Das Kantonsparlament genehmigt die von der Regierung erlassene Spitalplanung und die von der Regierung erlassene Spitalliste?

3. Falls eine Regelung gemäss Ziff. 2 zulässig ist:

3.1. In welcher Form und in welchen Verfahrensschritten wäre der Kantonsrat:

3.1.1. In das Verfahren zum Erlass der Spitalplanung bzw. Spitalliste einzubeziehen?

3.1.2. In ein Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht einzubeziehen?

3.2. Welches Verfahrensrecht käme zur Anwendung:

3.2.1. In erstinstanzlichen Verfahren zum Erlass der Spitalplanung bzw. Spitalliste?

3.2.2. Im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht?

3.3. Welches wäre das Anfechtungsobjekt und der Gegenstand der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht?

3.4. Welche Verfahrensrechte hätten die Spitäler gegenüber dem Kantonsrat?

3.5. Haben die Mitglieder des Kantonsrates ein Einsichtsrecht in die massgeblichen Entscheidungsgrundlagen und Verfahrensakten? Falls ja, wie wäre dieses Einsichtsrecht auszuüben?

3.6. Wie könnten die verfassungsmässigen und gesetzlichen Verfahrensrechte (insbesondere die Begründungspflicht und rechtliches Gehör) der Adressaten der Spitalplanung bzw. Spitalliste unter Einbezug des Kantonsrates im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht gewahrt werden?

3.7. Wäre mit Konsequenzen oder Schwierigkeiten aus verfahrensrechtlicher Sicht zu rechnen? Falls ja, mit welchen?

4. Ist der Antrag Bärlocher-Bütschwil vom 26. September 2011 zu Art. 11 mit dem Bundesrecht vereinbar?

4. Erklärungen der Gutachter

Das vorliegende Gutachten nennt alle Quellen, auf welche es sich abstützt. Soweit Unsicherheiten in der Bewertung bestimmter Fragen bestehen, wird dies nachfolgend ausdrücklich bezeichnet. Die Gutachter sind bezogen auf die im Rahmen des vorliegenden Gutachtens zu klärenden Fragen vollständig unabhängig und insbesondere weder auf Seite öffentlicher Spitäler noch auf Seite privater Spitäler involviert. Das Gutachten wird nach bestem Wissen und Gewissen abgegeben.

5. Vorbehalt

Es ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass mit der Abgabe des vorliegenden Gutachtens nicht die Zusicherung verbunden sein kann, dass in allfälligen Gerichtsverfahren in entsprechender Weise entschieden wird; gleiches gilt bezogen auf allfällige Entscheide von Bundesverwaltungsbehörden.

II. Bundesrechtliche Ausgangslage

1. Bundesrechtliche Regelung der Krankenversicherung im Überblick

a) *Bundesverfassung*

Art. 117 Abs. 1 der Bundesverfassung¹ hält fest, dass der Bund Vorschriften über die Kranken- und Unfallversicherung erlässt. Damit erhält der Bund einen umfassenden, konkurrierenden Gesetzgebungsauftrag im Sinne einer nachträglich derogatorischen Bundeskompetenz. Die Kantone können im Bereich der sozialen Krankenversicherung nicht mehr selbstständig legiferieren, wenn und soweit der Bund seine Kompetenzen ausgeschöpft hat. Zulässig ist ferner, dass der Bund den Kantonen zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung Aufträge erteilt oder Regelungskompetenzen einräumt.²

b) *Bundesgesetz über die Krankenversicherung*

aa) *Übersicht*

Im Bundesgesetz über die Krankenversicherung³ hat der Bundesgesetzgeber eine umfassende Ordnung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vorgenommen. Der Bund hat den Kantonen nur noch eng umrissene Bereiche zur Legiferierung überlassen bzw. den Kantonen oder den Kantonsregierungen bestimmte Umsetzungsaufträge erteilt.

bb) *Entstehung von Art. 39 und Art. 53 KVG im Besonderen*

Nachfolgend ist im Einzelnen aufzuzeigen, wie die Entstehungsgeschichte derjenigen beiden Gesetzesartikel ist, welche im vorliegenden Zusammenhang von zentraler Bedeutung sind.

Art. 39 KVG mit dem Randtitel "Spitäler und andere Einrichtungen" war bereits in der bundesrätlichen Gesetzesbotschaft enthalten gewesen und zwar in einer im Wesentlichen gegenüber der zum Gesetz erhobenen unveränderten Fassung. Insbesondere war auch schon die Rede davon, dass die "Kantone" die

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

² Vgl. EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 1; vgl. auch SPIRA, Les compétences, 72 ff.

³ Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG), SR 832.10.

Spitalplanung zu übernehmen haben und dass eine Spitalliste "des Kantons" bestehen soll.⁴ Hingegen war in der bundesrätlichen Gesetzesbotschaft noch nicht aufgeführt, dass gegen Entscheide betreffend Spitalplanung und Spitalliste eine Beschwerde an den Bundesrat erhoben werden kann. Zwar schlug der Bundesrat in seiner Botschaft vor, gegen bestimmte "Beschlüsse der Kantonsregierung" eine Beschwerde an den Bundesrat zuzulassen; hingegen bezogen sich diese Beschlüsse auf Bereiche ausserhalb der Spitalplanung und der Spitalliste (nämlich auf Tarifverträge, den vertragslosen Zustand und die Sicherung der medizinischen Versorgung).⁵

Im Laufe der parlamentarischen Beratung gab die Bestimmung zu den Spitälern (d.h. die heutige Bestimmung von Art. 39 KVG) vorerst nicht zu eingehenden Diskussionen Anlass.⁶ Was die Beschwerdemöglichkeit betrifft, ergab sich im Ständerat eine Auseinandersetzung über die Frage der Beschwerdelegitimation (Frage einer Popularbeschwerde).⁷ In der Folge kam es zur nationalrätlichen Gesetzesberatung. Hier fiel massgebend ins Gewicht, dass die Kartellkommission ihren Bericht über Krankenkassen und Tarifverträge im Frühling 1993 publiziert hatte; unter dem Eindruck dieses Berichts beschloss der Nationalrat, in die Liste der anfechtbaren Beschlüsse auch die Entscheidungen nach Art. 39 KVG aufzunehmen.⁸ Diesbezüglich ergab sich in der Folge eine vertiefende Debatte im Ständerat, wo eine Minderheit beantragte, diese Beschlüsse nicht in die Liste der anfechtbaren Beschlüsse aufzunehmen; es wurde ausgeführt, dies sei verfassungswidrig und unzweckmässig.⁹ Der Ständerat schloss sich aber dem Entscheid des Nationalrates an, der im Übrigen auch vom Bundesrat unterstützt wurde.¹⁰

Was die Entstehung von Art. 53 Abs. 1 KVG betrifft, ist zudem folgendes von Belang. In der bundesrätlichen Botschaft wird vorgeschlagen, die Beschwerde an den Bundesrat zuzulassen gegen "Beschlüsse der Kantonsregierung nach den Artikeln 38 Absatz 3, 39 Absatz 3, 40, 41 Absätze 1-3 und 42 Absatz 7".¹¹ Wenn geprüft wird, was in diesen Gesetzesartikeln geregelt wird, ergibt sich folgendes:¹²

- Art. 38 Abs. 3: Ausstandsregelung; die "Kantonsregierung" sorgt gegebenenfalls für die Sicherstellung der Behandlung;
- Art. 39 Abs. 3: Tarifvertrag; "Genehmigung der zuständigen Kantonsregierung";
- Art. 40: Fehlen eines Tarifvertrages; Tariffestsetzung durch die "Kantonsregierung";
- Art. 41 Abs. 1-3: Tarifverträge mit Ärztenverbänden; Genehmigung durch "Genehmigungsbehörde" (Art. 39 Abs. 3) (= Kantonsregierung);
- Art. 42 Abs. 7: Betriebsvergleiche zwischen den Spitälern; Zuständigkeit der "Kantonsregierung".

⁴ Vgl. BBl 1992 I 267.

⁵ Vgl. BBl 1992 I 272.

⁶ Vgl. AB 1992 S 1307.

⁷ Vgl. AB 1992 S 1317.

⁸ Vgl. AB 1993 N 1727, 1863 f.

⁹ Vgl. AB 1993 S 1077 f.

¹⁰ Vgl. AB 1993 S 1078.

¹¹ Vgl. BBl 1992 I 272.

¹² Vgl. BBl 1992 I 269 ff.

Damit ergibt sich, dass die vom Bundesrat vorgeschlagenen Beschlüsse, gegen welche eine Beschwerde möglich ist, allesamt solche sind, welche im Gesetzestext ausdrücklich dem Zuständigkeitsbereich der Kantonsregierung zugeordnet werden.

Zu ergänzen ist, dass im Laufe der parlamentarischen Beratung nirgends auf die allfällige Frage eingegangen wurde, dass mit der Einräumung des Beschwerderechts gegen "Beschlüsse der Kantonsregierungen" die Frage aufgeworfen werden kann, ob damit nicht zugleich bestimmt wird, welche Instanz die Entscheide nach Art. 39 KVG zu fällen hat.

c) *Verordnungen*

Auf Bundesebene finden sich verschiedene Verordnungen im Bereich der Krankenversicherung. Zu erwähnen ist insbesondere die Verordnung über die Krankenversicherung.¹³ In diesen Verordnungen wird auch Bezug genommen auf bestimmte Aufgaben der Kantone.¹⁴

2. Zulassung von Spitälern zur Tätigkeit zulasten der Krankenversicherung

Das schweizerische Krankenversicherungsrecht basiert darauf, dass durch ein Gesetz – durch das KVG – geregelt wird, welche Personen und Stellen zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen sind.¹⁵ Art. 35 Abs. 2 KVG enthält eine (abschliessende) Aufzählung der zugelassenen Leistungserbringer. Nach Art. 35 Abs. 2 lit. h KVG gehören die Spitäler zu den zugelassenen Leistungserbringern. Die Zulassung von "Spitälern und anderen Einrichtungen"¹⁶ zur Tätigkeit zulasten der Krankenversicherung wird im Einzelnen geregelt durch Art. 39 KVG. Wie den in Art. 39 Abs. 1 KVG detailliert genannten Zulassungsvoraussetzungen entnommen werden kann, unterscheidet der Gesetzgeber zwischen den gesundheitspolizeilichen Voraussetzungen und den spezifisch sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen. Die Voraussetzungen der ausreichenden ärztlichen Betreuung, des Fachpersonals und der zweckentsprechenden medizinischen Einrichtung betrifft die gesundheitspolizeiliche Bewilligung, welche den Schutz der öffentlichen Gesundheit sicherstellen soll.¹⁷ Was die in der Folge zusätzlich verlangte Aufnahme des Spitals in eine Spitalliste betrifft,¹⁸ stellt dies eine spezifisch sozialversicherungsrechtliche Voraussetzung dar, welche nicht auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit, sondern auf eine nicht gesundheitspolizeilich (sondern eben sozialversicherungsrechtlich) ausgerichtete Spitalplanung zurückzuführen ist.¹⁹

¹³ Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1005 (KVV), SR 832.102.

¹⁴ Vgl. etwa Art. 10 KVV, wo unter dem Randtitel "Aufgaben der Kantone" die Information der Bevölkerung über die Versicherungspflicht genannt wird. Vgl. auch etwa Art. 58a ff. KVV, wo die Planungskriterien genannt werden, bei welchen regelmässig Bezug genommen wird auf die Kantone (dazu eingehender unten S. 11 f.).

¹⁵ Vgl. dazu Art. 35 ff. KVG.

¹⁶ So der Randtitel von Art. 39 KVG.

¹⁷ Dazu Art. 39 Abs. 1 lit. a-c KVG.

¹⁸ Vgl. dazu Art. 39 Abs. 1 lit. d und lit. e KVG.

¹⁹ Vgl. dazu KIESER, Sozialversicherungsrecht, N 16/12.

3. Spitalplanung und Spitalliste des Kantons (Art. 39 Abs. 1 lit. d und lit. e KVG)

a) *Entstehung der Bestimmung*²⁰

Art. 39 Abs. 1 lit. d und lit. e KVG, welche sich auf die Spitalplanung und die Spitalliste beziehen, fanden sich im Wesentlichen bereits in der bundesrätlichen Botschaft. Die Bestimmungen sollen demgemäss verschiedene Ziele erreichen, nämlich die Koordination der Leistungserbringer, die optimale Ressourcennutzung sowie die Eindämmung der Kosten.²¹

b) *Rechtsprechung zu Art. 39 lit. d und lit. e KVG*

Vorerst ist darauf hinzuweisen, weshalb überhaupt eine Rechtsprechung zu Art. 39 KVG besteht. Art. 53 Abs. 1 KVG²² sieht vor, dass gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG Beschwerde geführt werden kann. Insoweit besteht bezüglich der Zulassung von Spitälern und anderen Einrichtungen eine bestimmte Praxis. Dabei ist festzuhalten, dass vorerst der Bundesrat zur Behandlung entsprechender Beschwerden zuständig war. Nach geltendem Recht entscheidet allerdings nicht mehr der Bundesrat, sondern das Bundesverwaltungsgericht über das Rechtsmittel. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass bezogen auf die hier interessierende Frage insbesondere Entscheide des Bundesrates zu nennen sind, weil er die diesbezügliche Praxis durch Entscheide in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des Krankenversicherungsgesetzes massgebend geprägt hat.

Grundlegenden Charakter hat der Entscheid des Bundesrates vom 5. Juli 2000 bezüglich der Thurgauer Spitalliste 1998. Hier hält der Bundesrat eingangs fest, dass "gegen Verfügungen der Kantonsregierungen und gegen kantonale Erlasse", welche in Anwendung (unter anderem) von Art. 39 KVG getroffen wurden, beim Bundesrat Beschwerde erhoben werden kann.²³ Offenbar nimmt also der Bundesrat an, dass im Rahmen von Art. 39 KVG nicht nur Beschlüsse (von Kantonsregierungen), sondern auch bestimmte kantonale Erlasse zu beurteilen sind. Was das letztgenannte Anfechtungsobjekt betrifft, ist auf einen Anwendungsfall zu verweisen, in dem der Bundesrat einen bestimmten Verordnungsartikel aufgehoben hat, als eine Spitalliste als Verordnung erlassen wurde.²⁴

Der Bundesrat überprüfte im Rahmen von Beschwerden gegen kantonale Spitallisten soweit nötig stets auch die kantonalen Spitalplanungen, weil diese die Grundlage der Spitallisten bilden; somit ist nach bundesrätlicher Auffassung die Überprüfung der Planungen im Rahmen von Beschwerden gegen die Spitalliste gewährleistet.²⁵ Bei der Spitalplanung und der Spitalliste handelt es sich um ein einheitliches Planungsinstrument, weshalb sie nicht getrennt voneinander betrachtet werden können. Dass der Bundesrat keine richterliche Behörde ist, schadete nach Auffassung des Bundesgerichts nicht; denn die

²⁰ Eingehend dazu oben S. 5 ff.

²¹ Vgl. dazu BBl 1992 I 167; weitere Hinweise auf die Entstehungsgeschichte bei RÜTSCHÉ, Spitalfinanzierung und Spitalplanung, 13 f.

²² Ausführlich dazu unten S. 13 ff.

²³ Vgl. RKUV 2001, KV 183, E. 1.1.1.

²⁴ Vgl. RKUV 1996 232 f.

²⁵ Vgl. RKUV 2001, KV 183, E. 1.1.1.

Nichtaufnahme eines Spitals in die Spitalliste liegt ausserhalb des Anwendungsbereiches von Art. 6 Ziff. 1 EMRK.²⁶ Im Übrigen weist der Bundesrat jeweils darauf hin, dass bei den Spitallisten der Verfügungscharakter gegenüber dem Erlasscharakter überwiegt; demgemäss wendet der Bundesrat die Regeln über den Widerruf einer Verfügung an, soweit es sich um Veränderungen der Spitalliste handelt, die im Laufe der Zeit eintreten.²⁷

c) *Lehre zu Art. 39 lit. d und lit. e KVG*

aa) *Verfügungscharakter*

In der Lehre wird die vorstehend in Ziff. 3 lit. b zusammengefasste Praxis des Bundesrates nicht in Frage gestellt, sondern regelmässig zustimmend wiedergegeben. Dies gilt etwa für RÜTSCHÉ, der festhält, dass die in der Spitalliste aufgeführten Leistungsaufträge an die Spitäler anfechtbare Verfügungen darstellen.²⁸ RICHLI führt aus, dass die Rechtsnatur der Spitalliste "ähnlich hybrid wie jene des Nutzungsplans" sei; je nach zu beurteilender Frage müssen demgemäss "eher die Bestimmungen über rechtsetzende Akte oder über rechtsanwendende Akte" herangezogen werden. Insgesamt hält RICHLI dafür, dass aus dogmatischer Sicht vieles dafür spreche, die Spitalliste prinzipiell als "ein Bündel von Einzelverfügungen zu deuten".²⁹ Auch EUGSTER bezieht sich in seiner Darstellung auf die vorstehend genannte Praxis des Bundesrates, ohne den Verfügungscharakter der Spitalliste in Frage zu stellen.³⁰ MATTIG weist auf die Schwierigkeit hin, die Spitalliste in das "bipolare Schema" Rechtssatz – Verfügung einzuordnen, hält dann aber fest, dass der Frage der Rechtsnatur der Spitalliste keine Bedeutung mehr zukomme, weil Art. 53 Abs. 1 KVG die Anfechtbarkeit der Spitalliste ausdrücklich regelt.³¹

bb) *Zuständigkeit zur Spitalplanung und zum Beschluss der Spitalliste*

Zentral ist die Frage, ob das Bundesrecht bezogen auf die Zuständigkeit für die kantonale Spitalplanung sowie für den Erlass der Spitalliste bestimmte Festlegungen macht oder nicht. Um diese Frage zu klären, ist nachfolgend zunächst auf den Wortlaut von Art. 39 KVG einzugehen, wobei dieser in Bezug zu analogen Begriffsverwendungen zu stellen ist. In der Folge ist wiederzugeben, welches allfällige Auffassungen der Lehre sind. Ein bestimmter Schluss wird daraus noch nicht zu ziehen sein. Vielmehr ist in der Folge zusätzlich auf Art. 53 Abs. 1 KVG einzugehen.³² Erst im Anschluss daran wird eine bestimmte Auslegung von Art. 39 (sowie von Art. 53) KVG möglich sein.

²⁶ Vgl. BGE 126 V 572, 132 V 6.

²⁷ Vgl. dazu EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 249 f., unter Hinweis auf RKUV 2001 438 sowie RKUV 2001 233.

²⁸ Vgl. RÜTSCHÉ, Spitalfinanzierung und Spitalplanung, 14.

²⁹ Vgl. RICHLI, Spitalliste, 422.

³⁰ Vgl. EUGSTER, Krankenversicherung, N 770.

³¹ Vgl. MATTIG, Grenzen der Spitalplanung, 38 ff.

³² Vgl. dazu unten S. 13 ff.

Art. 39 KVG verwendet im Zusammenhang mit der Spitalplanung nach Art. 39 Abs. 1 lit. d den Begriff des "Kantons"; gleich verhält es sich bezogen auf die in Art. 39 Abs. 1 lit. e geregelte Spitalliste des "Kantons".

Werden die Bestimmungen des Krankenversicherungsrechts auf die Frage hin analysiert, wie die Verwendung des Begriffes des "Kantons" erfolgt, wird zunächst unschwer erkennbar, dass der Bundesgesetzgeber grundsätzlich vom "Kanton" spricht, ohne diese Umschreibung näher zu spezifizieren.³³ Nur an besonderen Stellen wird ein spezifizierender Begriff verwendet. Zu verweisen ist bezüglich der letztgenannten Festlegung etwa auf Art. 44 Abs. 2 KVG ("Kantonsregierung"), auf Art. 47 Abs. 2 KVG ("Regierung des Kantons") oder Art. 49 Abs. 7 KVG ("Kantonsregierung"). Dass ein "Kanton" über eine bestimmte Frage "entscheiden" kann, wird in Art. 54 Abs. 2 KVG mit Selbstverständlichkeit vorausgesetzt. Zuweilen wird im Krankenversicherungsgesetz festgehalten, dass der "Kanton" die zuständige Behörde innerhalb des Kantons bezeichnet, welche zuständig ist.³⁴ Auf Verordnungsebene wird gelegentlich ausgeführt, dass die "zuständige kantonale Behörde" über eine bestimmte Frage zu entscheiden hat.³⁵

Dieser kurze Überblick zeigt, dass der Bundesgesetzgeber nicht mit letzter Klarheit entschieden hat, wer auf kantonaler Ebene zuständig ist. Immerhin ist zu vermerken, dass an bestimmten Stellen ausdrücklich von "Kantonsregierung" die Rede ist, was nicht unberücksichtigt bleiben darf. So verhält es sich gerade im Zusammenhang mit den Beschlüssen nach Art. 39 KVG; es wird nämlich in Art. 53 Abs. 1 KVG bestimmt, dass gegen entsprechende "Beschlüsse" der Kantonsregierungen Beschwerde geführt werden kann.³⁶

Die Lehre hat sich vereinzelt mit der Frage auseinandergesetzt, wie Art. 39 KVG bezogen auf die Zuständigkeit zur Spitalplanung und zum Beschluss der Spitalliste zu verstehen ist. Diesbezüglich kann eingangs darauf hingewiesen werden, dass bei der Verteilung von Rechtsetzungsbefugnissen verschiedene Kriterien Berücksichtigung finden können; so werden – bezogen auf die Zuordnung von Kompetenzen durch die Verfassung – folgende Kriterien genannt: Gewaltenteilungs- und Legalitätsprinzip, demokratischer Aspekt, Grundrechtsrelevanz, Eignung des Regelungsorgans und Flexibilitätsbedürfnis.³⁷ Aus der Lehre zu Art. 39 KVG ist zunächst auf RICHLI hinzuweisen, der diesbezüglich Folgendes ausführt: Das Krankenversicherungsgesetz schein davon auszugehen, dass die Kantonsregierung über die Spitalliste entscheidet; damit sei jene Behörde entscheidbefugt, welche in einem offenen Interessenkonflikt zwischen den kantonseigenen Spitälern und den Privatspitälern sowie den anderen öffentlichen Spitälern als Kantonsspitalern steht. Der entsprechende Konflikt sei in Art. 53 Abs. 1 KVG angelegt und lasse sich nicht völlig auflösen, was unter Aspekten der Verfahrensgerechtigkeit zu bedauern sei; die Kantonsregierung könne den Konflikt wenigstens dadurch mildern, dass sie mit der Vorbereitung der Planung und der Erstellung einer Spitalliste ein Gremium beauftrage, welches ausserhalb dieses Konfliktes stehe. Die beste Lösung läge wohl darin, eine aus unabhängigen Fachleuten bestehende Kommission mit der Vorbereitung zu beauftragen; es könne auch an eine Kommission gedacht werden, in welcher die interessierten Kreise möglichst repräsentativ vertreten seien und eine faire Chance hätten, ihre Anliegen so zu arti-

³³ Vgl. beispielsweise Art. 6 und Art. 6a KVG.

³⁴ So etwa Art. 6 Abs. 2 KVG.

³⁵ Vgl. Art. 10 Abs. 2 KVV.

³⁶ Vgl. dazu unten S. 13 ff.

³⁷ Vgl. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 207 ff.

kulieren, dass sie auch der kantonalen Regierung für die Beschlussfassung bekannt werden.³⁸ Kritisiert wird die Zuständigkeitsregelung von Art. 53 KVG durch MATTIG. Er hält fest, dass ein solcher Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie nicht gerechtfertigt sei; insbesondere habe der Bundesgesetzgeber übergangen, dass in gewissen Kantonen erwogen worden sei, die Spitalplanung in die Hände des Parlaments zu legen; die Wichtigkeit der zu treffenden Entscheide spreche für eine breite demokratische Abstützung, wobei zugleich berücksichtigt werden müsse, dass die Spitalplanung unter einem gewissen Zeitdruck durchzuführen sei.³⁹ MAURER geht nicht explizit auf die Frage der Zuständigkeitsordnung ein, vermerkt hingegen, dass im Zusammenhang mit der Planung zweckdienlich sein dürfte, Fachkommissionen einzusetzen, die einheitliche Richtlinien für eine rationelle Betriebsführung in Spitälern aufstellen könnten; kleinere Kantone könnten diese Fachkommissionen gemeinsam einsetzen.⁴⁰

cc) *Inhaltliche Vorgaben des Bundesrechts?*

Der früheren Fassung von Art. 39 KVG waren keine Richtlinien zur Planung oder zu den Auswahlkriterien im Falle eines Überangebots an Spitälern zu entnehmen. Damit konnte der Bund nur im Rahmen von Beschwerden gemäss Art. 53 KVG auf die Planung Einfluss nehmen.⁴¹

Mit Wirkung ab 1. Januar 2009 steht nun Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG in Kraft, wonach der Bundesrat einheitliche Planungskriterien auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit erlässt. Der Bundesrat ist dieser Aufgabe mit Art. 58a-Art. 58e KVV nachgekommen. Daraus lässt sich entnehmen, dass seit dem 1. Januar 2009 die im Rahmen von Art. 39 KVG von den Kantonen vorzunehmende Planung – anders als früher – durch recht weitgehende Kriterien des Bundes gesteuert wird. Früher hatten die Kantone bei der Spitalplanung und bei der Ausarbeitung der Spitalliste einen erheblichen Ermessensspielraum: Ein Rechtsanspruch der Spitäler auf Aufnahme in die Spitalliste bestand nämlich nicht;⁴² der Entscheid über die Aufnahme eines Spitals auf die Spitalliste hatte erhebliche politische Komponenten.⁴³

Seit dem 1. Januar 2009 müssen die Kantone im Wesentlichen folgende Kriterien berücksichtigen, wenn sie die Spitalplanung vornehmen und die Spitalliste erstellen:

- Priorität des wirtschaftlicher arbeitenden Spitals (Art. 58b Abs. 4 lit. e KVV);
- Priorität der innerkantonalen Spitäler;
- Einbezug ausserkantonalen Einrichtungen, wenn diese für die stationäre Versorgung der Bevölkerung erforderlich sind (Art. 58b Abs. 3 KVV);
- Angemessener Einbezug privater Spitäler (Art. 39 Abs. 1 lit. d zweiter Teilsatz KVG).⁴⁴

³⁸ Vgl. RICHLI, Spitalliste, 421 f.

³⁹ Vgl. MATTIG, Grenzen der Spitalplanung, 109.

⁴⁰ Vgl. MAURER, Krankenversicherungsrecht, 69, v.a. Fn. 177.

⁴¹ Vgl. dazu EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Art. 39 N 31, mit Hinweis auf BGE 125 V 448.

⁴² Vgl. BGE 133 V 123, 126 V 172.

⁴³ Vgl. BGE 132 V 6.

⁴⁴ Vgl. zu diesen Kriterien eingehender EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Art. 39 N 38 ff.

Insgesamt ergibt sich mithin, dass bezogen auf die Spitalplanung sowie auf den Beschluss der Spitalliste weitgehende Vorgaben des Bundesrechtes bestehen, und zwar seit dem 1. Januar 2009.

d) *Ergebnisse bezüglich der Spitalplanung und der Spitalliste*

Durch die Rechtsprechung wird angenommen, es liege bezogen auf die Spitalliste eine Verfügung beziehungsweise ein Bündel von Einzelverfügungen vor. So verhält es sich jedenfalls, als gestützt auf Art. 53 KVG eine Beschwerde erhoben werden kann. Diese Einordnung wird durch die Lehre nicht bestritten, sondern sie wird regelmässig zustimmend wiedergegeben. Was die Zuständigkeit zur Spitalplanung und zum Beschluss der Spitalliste betrifft, wird in der Lehre festgehalten, dass Art. 53 Abs. 1 KVG nicht vollumfänglich zu überzeugen vermag. Es wird zugleich darauf hingewiesen, dass Art. 53 KVG eine bestimmte Vorgehensweise festlege (Zuständigkeit der Kantonsregierung). Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesrecht seit 1. Januar 2009 wesentliche inhaltliche Vorgaben für die kantonale Spitalplanung und für den Beschluss der Spitalliste enthält.

4. *Koordinierung der Planung (Art. 39 Abs. 2 KVG)*

a) *Entstehung der Bestimmung*

Art. 39 Abs. 2 KVG steht seit 1. Januar 2009 in Kraft.⁴⁵ Das frühere Recht enthielt keine entsprechende Festlegung, sondern beschränkte sich darauf, den Kantonen eine "bedarfsgerechte Spitalversorgung" vorzugeben.⁴⁶ Es hat sich also der Rechtszustand mit Wirkung ab dem genannten Datum grundsätzlich geändert.

b) *Rechtsprechung und Lehre zu Art. 39 Abs. 2 KVG*

Die in Art. 39 Abs. 2 KVG festgelegte Planungspflicht besteht einzig mit Bezug auf die kantonseigenen Spitäler; es fehlt an einer Vorschrift, dass eine gesamtschweizerische Spitalplanung vorzunehmen ist.⁴⁷ Freilich muss ein Kanton bei seiner Planung der kantonseigenen Spitäler die Planung anderer Kantone berücksichtigen.⁴⁸ Nach bisheriger Betrachtungsweise konnte sich ein Kanton bei seiner Spitalplanung auf die Deckung des Bedarfs der eigenen Bevölkerung beschränken.⁴⁹ Die Kantone durften dabei ihren eigenen Bedarf mit innerkantonalen Einrichtungen decken.⁵⁰ Die Spitalplanung geht der Erstellung der

⁴⁵ Vgl. dazu BBI 2004 5551, AS 2008 2049.

⁴⁶ Vgl. dazu etwa MÜLLER, KVG-konforme Zulassung, 337 ff.; MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER, 339 f.

⁴⁷ Vgl. EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Art. 39 N 27; vgl. immerhin für den Bereich der hochspezialisierten Medizin Art. 39 Abs. 2^{bis} KVG.

⁴⁸ Vgl. dazu Art. 58d KVV.

⁴⁹ Vgl. EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Art. 39 N 28, mit Hinweis auf RKUV 2001 431; vgl. auch Art. 58a Abs. 1 KVV.

⁵⁰ Vgl. GÄCHTER/VOLLENWEIDER, Gesundheitsrecht, 192.

kantonalen Spitalliste voraus; nur wenn das Angebot und der Bedarf an stationärer Versorgung auf dem Kantonsgebiet ermittelt wurden, kann in der Folge für die einzelnen in die Spitalliste aufzunehmenden Spitäler ein Leistungsauftrag formuliert und die Bettenzahl festgelegt werden.⁵¹

Art. 39 Abs. 2 KVG schreibt also – im Gegensatz zum bisherigen Recht – klar vor, dass die Kantone die Planung zu koordinieren haben.

c) *Ergebnisse bezüglich der Koordinierung der Planung*

Die in Art. 39 Abs. 2 KVG festgelegte Koordinierungspflicht der Kantone bezieht sich auf die in Art. 58a ff. KVV genannten Planungskriterien. Bei diesen Planungskriterien handelt es sich nicht um eine abschliessende Nennung von bundesrechtlichen Kriterien. Ergänzend können weitere Kriterien nach kantonomer Entscheidung hinzutreten. Allerdings zeigen die in Art. 58a ff. KVV genannten zentralen Kriterien, dass wesentliche Planungselemente vom Bund vorgegeben werden. Ob die in Art. 58a ff. KVV genannten Kriterien dem Gesetzgebungsauftrag des Bundes entsprechen, wird in der Lehre teilweise in Frage gestellt.⁵² Insgesamt steht fest, dass ein bestimmter (kleinerer) Freiraum dafür besteht, dass die Kantone Planungskriterien ausarbeiten und – in Ergänzung zu den bundesrechtlich vorgegebenen Kriterien – in die Planung aufnehmen. Hinzuweisen ist schliesslich darauf, dass sich spezifische übergangsrechtliche Fragen stellen können, was insbesondere dann der Fall ist, wenn ein Kanton nicht innert Frist eine Spitalliste erlässt.⁵³

5. *Verfahrensrecht und Rechtsschutz (Art. 53 KVG)*

a) *Einschränkung der Fragestellung*

Im vorliegenden Zusammenhang wird nicht umfassend auf die Frage eingegangen, welche verfahrensrechtlichen Voraussetzungen bei der Planung und beim Beschluss über eine Spitalliste zu berücksichtigen sind. Es geht um die eingeschränkte Fragestellung, ob sich aus Art. 53 Abs. 1 KVG bestimmte Ergebnisse ableiten lassen, welche für die Ordnung der Zuständigkeit für die Planung und den Beschluss der Spitalliste bedeutsam sind. Es geht also um die Frage, welches die Tragweite von Art. 53 Abs. 1 KVG insoweit ist, als in dieser Bestimmung von einem Beschluss "der Kantonsregierungen" gesprochen wird, soweit es um die Entscheide nach Art. 39 KVG geht.

⁵¹ Vgl. dazu GÄCHTER/VOLLENWEIDER, Gesundheitsrecht, 192 f.; POLEDNA, Gesundheitsrecht, 968; RÜTSCHKE, Spitalfinanzierung und Spitalplanung, 14 f.

⁵² Vgl. – freilich ohne genauere Spezifizierung – POLEDNA, Gesundheitsrecht, 968.

⁵³ Eingehend dazu KIESER, Spitalliste und Spitalfinanzierung, 70 ff.

b) *Anfechtungsobjekt: Beschlüsse der Kantonsregierungen (Art. 53 Abs. 1 KVG)*

Art. 53 Abs. 1 KVG nennt als Anfechtungsobjekte der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht⁵⁴ verschiedene "Beschlüsse der Kantonsregierungen", wobei auf Art. 39 KVG (sowie weitere Bestimmungen des Gesetzes) Bezug genommen wird.

Die Beschwerdemöglichkeit nach Art. 53 Abs. 1 KVG fand sich in dieser Form in der bundesrätlichen Gesetzesbotschaft noch nicht. Vielmehr wurde erst bei der parlamentarischen Beratung vorgeschlagen, eine Beschwerdemöglichkeit einzuführen, um das Instrument der Spitalplanung griffiger auszugestalten; dabei wurde eine Empfehlung der Kartellkommission übernommen.⁵⁵ Dabei muss angenommen werden, die Einführung der Beschwerdemöglichkeit habe – insoweit unbeabsichtigt – dazu geführt, dass nach dem Wortlaut von Art. 53 Abs. 1 KVG zugleich eine Festlegung bezüglich der Zuständigkeit gemacht wird; der Gesetzgeber hat nämlich zugleich Art. 39 KVG, wo jeweils nur auf den "Kanton" Bezug genommen wird, unverändert gelassen.⁵⁶ Es fragt sich, wie mit dieser besonderen Ausgangslage umzugehen ist.

Zunächst ist aufgrund von Art. 53 Abs. 1 KVG klargestellt, dass der Bundesgesetzgeber im Bereich der Spitalplanung und der Spitalliste einen effektiven Rechtsschutz (Beschwerdemöglichkeit) gewährleisten wollte. Bezogen auf das Anfechtungsobjekt legt Art. 53 Abs. 1 KVG fest, dass – insoweit auch bezogen auf Spitalplanung und -liste – ein "Beschluss" erfolgen muss. Damit steht fest, dass die in Art. 53 Abs. 1 KVG aufgenommene Beschwerdemöglichkeit von der Zielsetzung her betrachtet darauf abzielt, einen effektiven Schritt zur gerichtlichen Beurteilung einer Spitalplanung sowie des Erlasses einer Spitalliste zu gewährleisten.

Zu klären ist bei dieser Ausgangslage die Frage, ob das Bundesrecht zu den Zuständigkeiten bestimmte Festlegungen macht. Hier besteht ein Widerstreit zwischen Art. 39 KVG ("Kanton") und Art. 53 Abs. 1 KVG ("Kantonsregierung"). Wie mit dieser Ausgangslage umzugehen ist, ist nicht einfach zu beurteilen.

Es könnte zum einen die Auffassung vertreten werden, es sei nicht massgebend, welche kantonale Behörde oder Stelle den Entscheid fällt. Diese Auffassung könnte sich auf den Wortlaut von Art. 39 KVG abstützen, wo bezogen auf die Zuständigkeit offensichtlich keine Festlegung gemacht wird. Es könnte auch Bezug genommen werden auf die Entstehungsgeschichte, welche zeigt, dass der Gesetzgeber wohl nicht bedacht hat, dass mit der Einräumung des Beschwerderechts nach Art. 53 Abs. 1 KVG zugleich eine Festlegung bezüglich der Zuständigkeit gemacht wird. Ferner könnte vorgebracht werden, dass Art. 39 KVG die zentrale Bestimmung ist und Art. 53 Abs. 1 KVG lediglich eine verfahrensrechtliche Bedeutung hat.

Die gegenteilige Auffassung – Zuständigkeit der Kantonsregierung – könnte damit begründet werden, dass der Wortlaut der Bestimmung insoweit klar ist, als hier von einem Beschluss "der Kantonsregierungen" die Rede ist; es steht – aufgrund des Wortlautes der Bestimmung – insoweit klar fest, dass über die Spitalliste die Kantonsregierung zu beschliessen hat. Es könnte auch auf die Lehre verwiesen werden,

⁵⁴ Zur früheren Zuständigkeit des Bundesrates vgl. oben S. 8.

⁵⁵ Vgl. dazu EUGSTER, Krankenversicherung, N 779.

⁵⁶ Vgl. eingehend zur Entstehungsgeschichte oben S. 5 ff.

welche nicht in Frage stellt, dass damit ein klarer Entscheid bezüglich der Entscheidungsbefugnis getroffen wird.⁵⁷

Bei dieser – letztlich nicht auflösbaren – widersprüchlichen Ausgangslage scheint eine vermittelnde Lösung zutreffend. Die Bestimmung von Art. 53 Abs. 1 KVG ist von ihrem Wortlaut her betrachtet klar und zwar dahingehend, dass der anfechtbare Beschluss im Sinne von Art. 53 Abs. 1 KVG zwingend von der Kantonsregierung zu fällen ist. Dies deckt sich mit der Betrachtungsweise, dass es sich bei der Spitalliste um (grundsätzlich anfechtbare) Verfügungen bzw. um ein Bündel von Verfügungen handelt. Denn Verfügungen werden regelmässig durch die Verwaltung bzw. die Regierung (und nicht durch die Legislative) getroffen. Insoweit steht fest, dass das Bundesrecht vorgibt, dass der (abschliessende) Entscheid über die Spitalliste (welcher als solcher anfechtbar ist) vom Regierungsrat des Kantons zu erlassen ist. Zugleich wird aber durch das Bundesrecht keineswegs ausgeschlossen, dass andere Gremien und Behörden einbezogen werden in die Spitalplanung und die Festlegung der Spitalliste. Diesbezüglich kann auf die in Art. 39 KVG angelegte Offenheit der Zuständigkeitsordnung verwiesen werden; auch die Literatur hält verschiedentlich fest, dass etwa der Beizug von Fachkommissionen denkbar ist;⁵⁸ es wurde bei der parlamentarischen Beratung ferner an einer Stelle ausdrücklich darauf hingewiesen, dass bei der kantonalen Spitalplanung "Beschlüsse von Kantonsregierungen oder sogar Kantonsparlamenten" vorliegen können.⁵⁹ Diese Überlegungen lassen es als möglich erscheinen, dass auf kantonaler Ebene die Zuständigkeiten bei der Spitalplanung und bei der Spitalliste nicht ausschliesslich bei der Kantonsregierung liegen.

Im Ergebnis ist deshalb die Auffassung zutreffend, dass der abschliessende Beschluss über Spitalplanung und Spitalliste durch die Kantonsregierung zu fällen ist.

c) *Unzulässigkeit der Rüge der Unangemessenheit (Art. 53 Abs. 2 lit. e KVG)*

Art. 53 Abs. 2 lit. e KVG legt fest, dass im Beschwerdeverfahren gegen den Beschluss nach Art. 39 KVG die Rüge der Unangemessenheit unzulässig ist.⁶⁰ Der Gesetzgeber hat den Ausschluss der Angemessenheitsprüfung damit begründet, dass die Nichtaufnahme in die Spitalliste ein politischer Entscheid sei; dieser solle für das Bundesverwaltungsgericht insoweit nicht überprüfbar sein.⁶¹ Überprüfbar bleiben vor dem Bundesverwaltungsgericht demgegenüber der Ermessensmissbrauch und die Ermessensüberschreitung. Damit wird geklärt, dass nach Auffassung des Bundesgesetzgebers im Bereich der Spitalliste ein bestimmter Rahmen der Angemessenheitsentscheidung besteht; der Bundesgesetzgeber selber geht also

⁵⁷ Vgl. etwa RICHLI, Spitalliste, 421; MATTIG, Spitalplanung, 109. Dass sich die beiden Autoren gegen die entsprechende Regelung wenden, bedeutet nicht, dass sie von einer anderen Zuständigkeit ausgehen; vielmehr kritisieren sie die Zuständigkeitsregelung mit Blick auf eine allfällige neue Zuständigkeitsordnung.

⁵⁸ Vgl. dazu MAURER, Krankenversicherungsrecht, 69 Fn. 177.

⁵⁹ Vgl. AB 1993 S 1077, SR Loretan. Es muss aber bedacht werden, dass SR Loretan an der fraglichen Stelle den – in der Folge verworfenen – Minderheitsantrag begründete, wonach Beschlüsse zu Spitalplanung und -liste nicht der Beschwerdemöglichkeit unterstellt sein sollen.

⁶⁰ Vgl. zur Entstehung der Bestimmung RÜTSCHKE, Spitalfinanzierung und Spitalplanung, 40 f.; der Autor gibt den Inhalt von Art. 53 Abs. 2 lit. e KVG ohne weitere Kommentierung wieder.

⁶¹ Vgl. AB 2006 S 64 ff., AB 2007 S 763 ff. Zur entsprechenden Bundesgerichtspraxis vgl. BGE 132 V 6. Vgl. auch die Botschaft der Regierung zum Gesetz über die Spitalplanung und -finanzierung vom 24. Mai 2011, S. 8 f., wo für verschiedene Bereiche von einem Handlungsspielraum ausgegangen wird.

nicht davon aus, dass die bundesrechtlichen Planungskriterien derart sind, dass nicht auch Angemessenheitsentscheide getroffen werden können. Dies bestätigt das voranstehend festgehaltene Verständnis der bundesrechtlichen Planungskriterien;⁶² diese lassen dem Kanton einen bestimmten Spielraum.

d) *Ergebnisse bezüglich des Verfahrens und des Rechtsschutzes*

Art. 53 Abs. 1 KVG legt klar fest, dass über die Spitalliste insoweit ein Beschluss einer Kantonsregierung zu fällen ist, als es um die allfällige nachträgliche gerichtliche Überprüfung entsprechender Entscheide geht. Zugleich lässt sich Art. 53 Abs. 2 lit. e KVG entnehmen, dass der Bundesgesetzgeber davon ausgeht, dass im Bereich von Spitalplanung und Spitalliste (auch) Angemessenheitsentscheide gefällt werden. Andere Vorgaben an die Ausgestaltung des Verfahrens lassen sich Art. 53 KVG demgegenüber nicht entnehmen.

Damit steht im Ergebnis fest, dass der abschliessende Beschluss über die Spitalliste zwingend von der Kantonsregierung zu fällen ist; bestätigt wird zudem, dass der entsprechende Beschluss auch Angemessenheitselemente enthält.

III. Rechtslage im Kanton St. Gallen

1. Aufgabenteilung zwischen Kantonsrat und Regierung

a) *Grundsätze der Aufgabenteilung auf Verfassungsebene*

Die Aufgabenteilung zwischen Kantonsrat und Regierung gemäss der Verfassung des Kantons St. Gallen⁶³ ist von dem Leitgedanken getragen, dem Kantonsrat die politische Hauptverantwortung und der Regierung die Umsetzung der grundlegenden Entscheidungen des Kantonsrates zuzuteilen.⁶⁴ Der Kantonsrat als kantonales Legislativorgan ist zuständig für den Erlass, die Änderung und die Aufhebung von Gesetzen (Art. 65 lit. b und Art. 67 KV) und für die Beaufsichtigung von Regierung und Staatsverwaltung (Art. 65 lit. j KV). Im Weiteren genehmigt er die von der Regierung abgeschlossenen oder gekündigten zwischenstaatlichen Vereinbarungen mit Verfassungs- und Gesetzesrang (Art. 65 lit. c KV) sowie die Staatsrechnung (Art. 65 lit. f KV und Art. 73 lit. f KV). Die Regierung als oberste leitende und vollziehende Behörde des Kantons bereitet in der Regel die Geschäfte des Kantonsrates vor, setzt Verfassung, Gesetze, zwischenstaatliche Vereinbarungen sowie Beschlüsse des Kantonsrates mittels Verordnungen um (Art. 73 lit. b KV) und berichtet dem Kantonsrat über ihre Tätigkeit (lit. c).

Die Verfassung weist nirgends die Regelung bestimmter Sachbereiche einem Organ als alleinige Zuständigkeit zu. Regelungsgebiete wie Bildung (Art. 10 KV), Kultur (Art. 11 KV), Soziale Sicherung (Art. 12

⁶² Dazu oben S. 11 ff.

⁶³ Verfassung des Kantons St. Gallen vom 10. Juni 2001 (KV), sGS 111.1.

⁶⁴ Vgl. Botschaft und Entwurf der Verfassungskommission zur neuen Verfassung des Kantons St. Gallen vom 17. Dezember 1999, Amtsblatt Nr. 4a, S. 331.

KV) oder Gesundheit (Art. 15 KV) werden als Staatsziele definiert, deren Erfüllung sämtlichen staatlichen Organen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten gemeinsam obliegt (Art. 9 Abs. 1 KV).

Die Aufgabenteilung zwischen Kantonsrat und Regierung folgt damit in allen Gebieten den allgemeinen Regeln der Gewaltenteilung nach Art. 55 ff. KV, insbesondere Art. 65 und Art. 73 KV. Wie die Verteilung der Aufgaben und Kompetenzen in einem bestimmten Gebiet, z.B. im Gesundheitsbereich, konkret ausgestaltet ist, wird durch die jeweilige Gesetzgebung bestimmt. Die Aufgabenteilung durch die Gesetzgebung hat sich jedoch an dem von der Verfassung vorgegebenen Grundprinzip der Gewaltenteilung zu orientieren. Art. 65 lit. m und Art. 73 lit. j KV, die vorsehen, dass sowohl der Kantonsrat als auch die Regierung weitere Aufgaben erfüllen, die ihnen das Gesetz überträgt, sind deshalb nicht dahingehend zu verstehen, dass den beiden Organen durch Gesetz beliebige Aufgaben übertragen werden können. So wäre es beispielsweise verfassungsrechtlich unzulässig, den Gesetzesvollzug (z.B. durch den Erlass von Verfügungen) in einem bestimmten Sachbereich vollständig auf den Kantonsrat zu übertragen. Vielmehr hat die Aufgabenteilung auf Gesetzesstufe in Einklang mit den Hauptaufgaben der beiden Organe (Kantonsrat: Träger der politischen Hauptverantwortung; Regierung: Vorbereitung, Umsetzung und Vollzug der Entscheidungen des Kantonsrates) zu erfolgen.

Auch für die Umsetzung des Bundesrechts durch den Kanton sieht die Verfassung keine besondere Zuständigkeitsordnung vor. Die soeben beschriebenen Grundprinzipien gelten somit auch für die Umsetzung von Bundesrecht. Soweit für den Kanton ein entsprechender Spielraum besteht, sind die grundlegenden politischen Entscheide vom Kantonsrat zu fällen, während die Regierung als Leitungs- und Vollzugsorgan fungiert. Ausnahmen bestehen nur, wo der Bundesgesetzgeber selbst die Kantonsregierung zum Erlass von Umsetzungsvorschriften ermächtigt (z.B. durch den Erlass von befristeten Verordnungen).

b) *Aufgabenteilung im Gesundheitsbereich*

aa) *Nach kantonalem Recht*

Nach der Kompetenzordnung der Bundesverfassung fällt der Bereich der Gesundheitsversorgung in die Kompetenz der Kantone (Art. 3 und Art. 42 Abs. 1 BV). Die Kantonsverfassung definiert in Art. 15 Abs. 1 als Staatsziel, dass die Bevölkerung zu für sie tragbaren Bedingungen eine ausreichende Gesundheitsversorgung erhält (lit. a). Die Verwirklichung der Staatsziele, also auch die ausreichende Gesundheitsversorgung zu tragbaren Bedingungen, ist bei der Erfüllung der Staatsaufgaben anzustreben (Art. 24 Abs. 1 KV).

Die innerkantonale Kompetenzverteilung im Gesundheitsbereich, wie sie sich aus den bestehenden kantonalen Gesetzen ergibt, ist von einem Zusammenwirken von Kantonsrat und Regierung gekennzeichnet:

Gemäss Art. 2 Abs. 1 des Gesundheitsgesetzes⁶⁵ steht die oberste Leitung und Aufsicht im Bereich der öffentlichen Gesundheitspflege und der Gesundheitspolizei (vgl. Art. 1 Abs. 1) der Regierung zu. Dies gilt auch für den Spitalbereich,⁶⁶ indem gemäss Art. 28 des Gesundheitsgesetzes die Regierung in Zu-

⁶⁵ Gesundheitsgesetz vom 28. Juni 1979, sGS 311.1.

⁶⁶ Zu diesem vgl. Art. 18 des Gesundheitsgesetzes, wonach der Staat Spitäler, psychiatrische Kliniken, Laboratorien und medizinische Institute betreibt (Abs. 1); er kann sich daran beteiligen oder Errichtung und Betrieb durch Beiträge unterstützen (Abs. 2).

sammenarbeit mit den Gemeinden und durch Vereinbarung mit anderen Kantonen und Staaten für eine zweckdienliche Spitalplanung sorgt. Art. 22 Abs. 1 des Gesundheitsgesetzes sieht aber vor, dass Leistungen des Staates gemäss Art. 18 bis 21^{bis} aufgrund von besonderen Gesetzen oder Beschlüssen des Kantonsrates erfolgen. Die Finanzhoheit verbleibt damit beim Kantonsrat.

Weitergehende Befugnisse im Sinne von Mitentscheidungsrechten kommen dem Kantonsrat nach dem Gesetz über die Spitalverbunde⁶⁷ zu. Dieses sieht folgende Zuständigkeiten des Kantonsrates vor:

- Festlegung der Spitalstandorte (Art. 2^{bis});
- Genehmigung des von der Regierung aufgestellten Leistungsauftrags (Art. 4 Abs. 3);
- Beschluss über den dem Spitalverbund zur Verfügung stehenden Globalkredit (Art. 11 Abs. 2);
- Oberaufsicht über den Spitalverbund (Art. 14 Abs. 2);
- Kenntnissnahme vom Geschäftsbericht des Spitalverbunds (Art. 16 Abs. 3).

In die Kompetenz der Regierung fallen die folgenden Aufgaben:

- Festsetzung des Leistungsauftrags (Art. 4 Abs. 1);
- Wahl des Verwaltungsrats für die vier Spitalverbunde (Art. 5);
- Controlling in Bezug auf die Erfüllung des Leistungsauftrags (Art. 14);
- Genehmigung des Geschäftsberichts des Spitalverbunds (Art. 16 Abs. 3).

Mit der Genehmigung der Leistungsaufträge und der Festlegung der Spitalstandorte trifft der Kantonsrat gestützt auf das Gesetz wichtige politische Einzelfallentscheide. Im Bereich der Spitalplanung, -organisation und -verwaltung weicht das Modell des Gesetzes somit von der klassischen Aufgabenteilung ab, indem es ein Zusammenwirken von Kantonsrat und Regierung vorsieht und der Kantonsrat in wesentlichen Fragen eine Mitverantwortung trägt. Ihm kommen verschiedene Befugnisse zu, die unmittelbare Auswirkungen auf die Organisation des kantonalen Spitalwesens zeitigen. Solche gesetzlich vorgesehenen besonderen Kooperationsformen sind verfassungsrechtlich zulässig, soweit sie sich auf bestimmte Sachbereiche beschränken. Eine solche Kooperation kann beispielsweise auch in Form der Genehmigung eines Beschlusses der Regierung durch den Kantonsrat bestehen.⁶⁸

bb) Bundesrechtliche Vorgaben?

Nach Art. 117 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über die Kranken- und Unfallversicherung. Damit ist der Bund in einem wichtigen Bereich der Gesundheitsversorgung zur Regelung befugt. Vorgaben für die innerkantonale Aufgabenteilung im Bereich der Spitalplanung und der Spitalliste können sich somit auch aus dem KVG ergeben, das der Bund gestützt auf seine Kompetenz gemäss Art. 117 Abs. 1 BV erlassen hat.

⁶⁷ Gesetz über die Spitalverbunde vom 22. September 2002, sGS 320.2.

⁶⁸ Dazu unten S. 19 ff.

Wie aus der Botschaft des Bundesrates zur Spitalfinanzierung⁶⁹ hervorgeht, stellt die Ausgestaltung der Spitalplanung eine Kompetenz der Kantone dar. Der Bund gibt den Kantone zwar bestimmte Kriterien vor, wie sie ihre Planung auszugestalten haben.⁷⁰ Mit der KVG-Revision wurde vom Bundesgesetzgeber jedoch nicht beabsichtigt, die kantonale Organisationsautonomie zu beschränken. Der Bund bestimmt mit anderen Worten lediglich das "Wie", nicht aber das "Wer". Ausnahmen bestehen nur dort, wo dies ausdrücklich vorgesehen ist, so beispielsweise in Art. 53 Abs. 1 KVG (Erlass des Beschlusses über die Spitalplanung und die Spitalliste) und Art. 49 Abs. 7 KVG (Einsichtsrecht in die Unterlagen), in denen die Kantonsregierung als zuständiges Organ vorgesehen ist. Darüber hinaus ergeben sich aus dem Bundesrecht keine Vorgaben, wer im Bereich des Erlasses der Spitalplanung und der Spitalliste welche Aufgaben wahrzunehmen hat.

c) *Zwischenergebnis*

Im Rahmen der allgemeinen Regeln der Gewaltenteilung schliesst die Kantonsverfassung nicht aus, dass der Gesetzgeber besondere Kooperationsformen zwischen Kantonsrat und Regierung vorsieht, die von der grundsätzlichen Regel – der Kantonsrat ist Gesetzgeber, die Regierung erlässt Verordnungen und ist Vollzugsorgan – abweichen. Auch das Bundesrecht enthält keine Vorgaben, wie die innerkantonale Aufgabenteilung im Gesundheitsbereich im Allgemeinen und im Bereich der Spitalplanung und des Erlasses der Spitalliste im Besonderen auszugestalten ist.

2. Die Genehmigung von Beschlüssen der Regierung durch den Kantonsrat

a) *Grundlage gemäss kantonalem Recht*

Die in der ersten Lesung des Gesetzes über die Spitalplanung und -finanzierung beschlossene Fassung von Art. 3 lit. d sieht vor, dass der Kantonsrat die von der Regierung erlassene Spitalplanung und Spitalliste genehmigt. Wie oben ausgeführt, handelt es sich bei der Spitalliste um einen Beschluss der Kantonsregierung, d.h. um eine Verfügung bzw. ein Bündel von Verfügungen.⁷¹

Art. 2 des Geschäftsreglements des Kantonsrates⁷² zählt die Formen auf, in denen der Kantonsrat seine verfassungsmässigen und gesetzlichen Befugnisse ausübt.⁷³ Art. 2 lit. f nennt als mögliche Form die "Ge-

⁶⁹ Botschaft des Bundesrates betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung) vom 15. September 2004, BBl 2004 5551.

⁷⁰ Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG und Art. 58a ff. KVV.

⁷¹ Vgl. oben S. 9.

⁷² Geschäftsreglement des Kantonsrates vom 24. Oktober 1979, sGS 131.11. Der Kanton St. Gallen verfügt nicht über ein Kantonsratsgesetz, sondern nur über eine auf die frühere Kantonsverfassung abgestützte Geschäftsordnung.

⁷³ Diese sind: Wahlen (lit. a), Verfassungsrevisionen (lit. b), Gesetze (lit. c), dem Finanzreferendum unterstehende Kantonsratsbeschlüsse (lit. e), Genehmigung von Erlassen (lit. f), einfache Kantonsratsbeschlüsse über Voranschlag und Rechnung des Staates sowie über andere Gegenstände, für die der Kantonsrat abschliessend zuständig ist (lit. g), übrige Beschlüsse, insbesondere über Gültigkeit der Kantonsratswahlen (lit. h Ziff. 1), Stellungnahme zu Berichten der Regierung (lit. h Ziff. 2), Aufträge, wie Motionen und Postulate (lit. h Ziff. 3), Entscheide (lit. i) und Entgegennahme von Antworten, insbesondere auf Interpellationen und Einfache Anfragen (lit. k).

nehmung von Erlassen". Über die Genehmigung von Beschlüssen (Verfügungen) der Kantonsregierung findet sich im Geschäftsreglement dagegen keine Regelung. Auch die Kantonsverfassung enthält ausschliesslich Regelungen über die Genehmigung von Abschluss und Kündigung zwischenstaatlicher Vereinbarungen mit Verfassungs- und Gesetzesrang durch den Kantonsrat (Art. 65 lit. c KV) sowie über die Genehmigung der Staatsrechnung (Art. 65 lit. f KV und Art. 73 lit. f KV). Eine Genehmigung, die unter keine dieser drei Bestimmungen fällt, findet sich in Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes über die Spitalverbunde. Nach dieser Vorschrift genehmigt der Kantonsrat den von der Regierung aufgestellten Leistungsauftrag an den Spitalverbund. Bei diesem Leistungsauftrag handelt es sich nicht um einen generell-abstrakten Erlass, sondern um eine Verfügung an die Adresse der betreffenden Spitäler.⁷⁴

Die Normierung eines Genehmigungsvorbehalts zugunsten des Kantonsrates für individuell-konkrete Anordnungen ist grundsätzlich zulässig, da die Aufzählung von Art. 2 des Geschäftsreglements des Kantonsrates nicht abschliessend zu verstehen ist. Ein solcher Genehmigungsvorbehalt wäre lediglich dann unzulässig, wenn ein Verstoß gegen das Prinzip der Gewaltenteilung vorläge, wenn sich der Kantonsrat also beispielsweise generell für vollziehende Verfügungen der Regierung ein Genehmigungsrecht ausbedingen würde. Voraussetzung der Zulässigkeit eines solchen Vorbehalts ist jedoch, dass der Genehmigungsvorbehalt, als Abweichung vom klassischen Aufgabenteilungsschema, in einem formellen Gesetz enthalten ist. Ausserdem ist zu verlangen, dass der zu genehmigende Beschluss von einer gewissen politischen Tragweite ist, da dem Kantonsrat das Tragen der politischen Hauptverantwortung als primäre Aufgabe aufgetragen ist. Die Genehmigung durch den Kantonsrat soll nicht der Überprüfung einer Regierungsentscheidung dienen (Oberaufsichtsfunktion), sondern der Verstärkung derer demokratischen Legitimation und der Wahrnehmung von gemeinsamer Verantwortung von Regierung und Kantonsrat.

b) *Rechtsnatur und Wirkungen*

Die parlamentarische Genehmigung eines Beschlusses beinhaltet die Zustimmung zu einem Beschluss der Regierung durch den Kantonsrat ex post. Die Genehmigung ist Bestandteil eines mehrstufigen Verfahrens zum Erlass des Verwaltungsaktes.⁷⁵ Bei dem von der Regierung vorgelegten Beschluss handelt es sich – anders als bei einem Gesetz – nicht um einen blossen Entwurf oder einen Antrag, sondern um den definitiven Beschluss. Dieser steht jedoch unter einem Genehmigungsvorbehalt, d.h. er bedarf zu seiner Gültigkeit der Genehmigung durch den Kantonsrat. Die Genehmigung wirkt konstitutiv.⁷⁶ Dass der Beschluss der Regierung mit der Genehmigung durch den Kantonsrat rechtsgültig wird, bedeutet, dass er erst nach erfolgter Genehmigung zu einem sog. Endentscheid wird, der angefochten werden kann.⁷⁷

Dieser Endentscheid, welcher der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterliegt, ist ein Beschluss der Regierung. Dieser wird den Parteien eröffnet, nachdem die kantonsrätliche Genehmigung vorliegt. Die Einführung einer Genehmigungspflicht hat keinen Einfluss auf den Rechtscharakter des zu

⁷⁴ Vgl. Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG und insbesondere Art. 58e KVV. Zum Leistungsauftrag auch EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 247.

⁷⁵ Vgl. MERKER, VRPG, § 38, Rz. 114; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, VRG, § 19, Rz. 37.

⁷⁶ Vgl. GADOLA, AJP 1993, 294; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Art. 77, Rz. 15. Vgl. als Beispiel auch die Genehmigung der Wahl des Rektors und der ordentlichen Professoren der Universität St. Gallen durch die Regierung (Art. 7 Abs. 2 lit. d des Gesetzes über die Universität St. Gallen vom 26. Mai 1988, sGS 217.11).

⁷⁷ Vgl. auch GADOLA, AJP 1993, 294. Zum Begriff des Endentscheides vgl. FELIX UHLMANN, Kommentar zu Art. 90 BGG, Rz. 4 ff.

genehmigenden Beschlusses: Der zu genehmigende Beschluss bleibt ein Akt der erlassenden Instanz und wird nicht zu einem Beschluss der Genehmigungsinstanz.⁷⁸

Anders als bei Erlassen ist es bei der Genehmigung eines Beschlusses nicht möglich, Vorbehalte anzubringen. Beschlüsse können nur als Ganzes genehmigt oder abgelehnt werden. Anlässlich der Genehmigung besteht somit keine Möglichkeit, den Beschluss inhaltlich abzuändern. Die Genehmigung unter Vorbehalt der Aufhebung oder Änderung einzelner Bestimmungen, wie sie in Art. 105 Abs. 2 des Geschäftsreglements des Kantonsrates vorgesehen ist, ist auf Erlasse zugeschnitten und auf die Genehmigung von Beschlüssen nicht anwendbar. Dies gilt jedenfalls, soweit das ermächtigende Gesetz keine andere Regelung vorsieht. Die Genehmigung unter Vorbehalt von Beschlüssen ist gemäss der Version des Kantonsrates von Art. 3 lit. d des Gesetzes über die Spitalplanung und -finanzierung nicht vorgesehen – die Rede ist bloss von der "Genehmigung" – und wäre bei der Genehmigung von wichtigen Einzelfallentscheiden auch nicht sachgerecht.

c) *Zwischenergebnis*

Die Einführung eines Genehmigungserfordernisses für Beschlüsse der Regierung ist mit dem kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht vereinbar. In diesem Rahmen hat der Kantonsrat allerdings nicht die Möglichkeit, den Inhalt des zur Genehmigung vorgelegten Beschlusses abzuändern. Auch nach der Genehmigung durch den Kantonsrat stellt der Beschluss einen Beschluss der Kantonsregierung dar.

Für die von der Regierung erlassene Spitalplanung und Spitalliste bedeutet dies, dass es zulässig ist, im Gesetz über die Spitalplanung und -finanzierung einen Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Kantonsregierung vorzusehen. Dieser Beschluss ist von erheblicher politischer Tragweite, was dessen Diskussion und Genehmigung durch den Kantonsrat zwar nicht zwingend erfordert, jedoch zu rechtfertigen vermag. Eine solche Regelung stünde auch im Einklang mit der Stellung des Kantonsrates nach dem Gesetz über die Spitalverbunde, wo ebenfalls Mitentscheidungs- und Genehmigungsrechte des Kantonsrates vorgesehen sind.⁷⁹

Da der Beschluss auch nach der Genehmigung durch den Kantonsrat ein Beschluss der Regierung bleibt, steht die Einführung eines solchen Genehmigungsvorbehalts auch mit den bundesrechtlichen Vorgaben von Art. 53 Abs. 1 KVG in Einklang, wonach die Kantonsregierung die beschwerdefähige Verfügung über die Spitalplanung und die Spitalliste zu erlassen hat.⁸⁰

⁷⁸ MERKER, VRPG, § 38, Rz. 114. In diese Richtung auch MARKUS MÜLLER, Kommentar zu Art. 5 VwVG, Rz. 28, in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (Hrsg.), Kommentar VwVG. MOOR, Droit administratif, Volume III, 58 spricht von "acte administratif accessoire".

⁷⁹ Vgl. oben S. 18 f.

⁸⁰ Vgl. oben S. 14 ff.

3. Verfahrensrechtliche Fragen

a) *Kantonales Verfahren zum Erlass der Spitalplanung und der Spitalliste*

Im Bereich des Erlasses der Spitalplanung und der Spitalliste fungiert die Kantonsregierung als Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 33 lit. i VGG⁸¹). Der Beschluss der Regierung ist daher als Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG⁸² zu qualifizieren, da das Bundesverwaltungsgericht nur Beschwerden gegen Verfügungen gemäss dieser Bestimmung beurteilt (Art. 31 VGG). Das Verfahren zum Erlass der Spitalplanung und der Spitalliste durch die Regierung richtet sich somit nach dem VwVG. Die Regierung hat demnach die bundesrechtlichen Verfahrensgarantien der Parteien zu gewährleisten. Auch weitere Fragen wie die Parteistellung oder die Eröffnung des Beschlusses richten sich nach dem VwVG.

Der Einbezug des Kantonsrates in das Verfahren zum Erlass der Spitalplanung und der Spitalliste richtet sich dagegen nach kantonalem Parlaments- und Organisationsrecht. Bundesrechtlich bestehen weder positive noch negative Vorgaben bezüglich der Beteiligung des kantonalen Parlaments. Die Festlegung dieser Beteiligung ist Sache des Kantons. Deshalb ist auch die parlamentarische Genehmigung ein innerkantonaler Verfahrensschritt. Gibt das kantonale Recht vor, dass zu einem gültigen Zustandekommen des Beschlusses der Regierung gemäss Art. 53 KVG eine parlamentarische Genehmigung erforderlich ist, widerspricht dies dem Bundesrecht nicht.

Da es sich beim Erlass der Spitalplanung und der Spitalliste um einen Beschluss der Kantonsregierung handelt und aufgrund von Art. 53 KVG handeln muss, kommt dem Kantonsrat bei der Vorbereitung dieses Beschlusses durch die Regierung grundsätzlich keine verfahrensrechtliche Stellung zu. Weder das Bundesrecht noch die Kantonsverfassung, das Geschäftsreglement des Kantonsrates, das Staatsverwaltungsgesetz⁸³ oder das Geschäftsreglement der Regierung⁸⁴ sehen eine Mitwirkung des Parlaments im Verfahren des Erlasses dieses Beschlusses (oder generell einer individuell-konkreten Anordnung durch die Regierung) vor. Die Befugnisse, die Art. 23 des Geschäftsreglements des Kantonsrates den Kommissionen zuweist,⁸⁵ bestehen nur im Rahmen von Geschäften, die in die Kompetenz des Kantonsrates fallen. Die Ausarbeitung der Spitalplanung und der Spitalliste sowie die Beschlussfassung darüber fallen jedoch nach der derzeit vorgesehenen Regelung in die Kompetenz der Regierung (vgl. Art. 4 lit. b des Entwurfes des Gesetzes über die Spitalplanung und -finanzierung).

Denkbar ist, dass die Regierung vor der Beschlussfassung eine – vom Kantonsrat zu diesem Zweck bestellte – Vorberatende Kommission konsultiert.⁸⁶ Dazu kann sie jedoch aufgrund des derzeitigen Parlamentsrechts nicht verpflichtet werden, und an deren Stellungnahme ist sie bei ihrer Beschlussfassung nicht gebunden. Auch eine allgemeine Debatte im Plenum des Kantonsrates wäre möglich, ist allerdings mit höherem Zeit- und Koordinationsaufwand verbunden. In einem solchen Rahmen (Kommission oder

⁸¹ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz), SR 173.32.

⁸² Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, SR 172.021.

⁸³ Staatsverwaltungsgesetz vom 16. Juni 1994, sGS 140.1.

⁸⁴ Geschäftsreglement der Regierung und der Staatskanzlei vom 7. Dezember 1951, sGS 141.3.

⁸⁵ Dazu näher unten S. 24 f.

⁸⁶ Zur Stellung der Kommissionen des Kantonsrates vgl. Art. 1 Abs. 2 des Geschäftsreglements des Kantonsrates, wonach Kommissionen bei der Vorbereitung der verfassungs- und gesetzmässigen Befugnisse des Kantonsrates mitwirken. Zu den verschiedenen Kommissionen vgl. Art. 13 ff. des Geschäftsreglements bzw. für die nichtständigen Kommissionen Art. 21 ff.

Ratsplenum) könnte dem Kantonsrat allenfalls Gelegenheit gegeben werden, zur Spitalplanung und zur vorgesehenen Spitalliste Stellung zu nehmen. Ist der Kantonsrat schliesslich der Auffassung, seine Vorschläge seien im Beschluss der Regierung nicht berücksichtigt worden, hat er ausschliesslich die Möglichkeit, die Genehmigung des Beschlusses zu verweigern.

b) *Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht*

Gemäss Art. 33 lit. i VGG ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig gegen Verfügungen kantonaler Instanzen,⁸⁷ soweit ein Bundesgesetz gegen ihre Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht vorsieht. Einen solchen Fall enthält Art. 90a Abs. 2 KVG, wonach das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 53 KVG beurteilt. Die kantonale Spitalplanung und Spitalliste können somit beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden.

Wie bereits ausgeführt⁸⁸ schreibt das Bundesrecht vor, dass der beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbare Beschluss im Sinne von Art. 53 Abs. 1 KVG von der Kantonsregierung zu fällen ist. Beschwerdeobjekt ist damit der den Parteien eröffnete Endentscheid der Regierung. Bei der Genehmigung durch den Kantonsrat handelt es sich dagegen um einen Verwaltungsakt nach kantonalem Recht, der nicht der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterliegt.⁸⁹

Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gegen den Beschluss der Kantonsregierung richtet sich gemäss Art. 53 Abs. 2 KVG nach dem VGG und dem VwVG. Daneben bestehen für diese Beschwerde einige Spezialvorschriften, die von den übrigen Vorschriften dieser beiden Gesetze abweichen (Art. 53 Abs. 2 lit. a-e KVG). Dabei ist insbesondere die Rüge der Unangemessenheit ausgeschlossen (Art. 53 Abs. 2 lit. e KVG).

Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht wird der Kanton durch die Regierung vertreten. Diese hat einerseits den angefochtenen Beschluss erlassen und ist andererseits allgemein für die Vertretung des Kantons nach aussen besorgt (Art. 71 Abs. 2 KV). Für einen Einbezug des Kantonsrates in das Beschwerdeverfahren besteht daneben kein Raum. Die Genehmigung des Kantonsrates richtet sich nach kantonalem Recht und bildet nicht selbständig Gegenstand der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

c) *Verfahrensrechte der Spitäler gegenüber dem Kantonsrat?*

Beim Beschluss der Kantonsregierung über die Spitalplanung und die Spitalliste handelt es sich um eine Verfügung bzw. ein Bündel von Verfügungen i.S.v. Art. 5 VwVG.⁹⁰ Entsprechend richten sich die Verfahrensrechte der Beteiligten nach dem VwVG. Gegenüber dem Kantonsrat stehen den Spitälern damit keine

⁸⁷ Art. 33 lit. i VGG sieht damit keine zwingende Festlegung auf die Kantonsregierung vor; vgl. auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Rz. 1.39. Die Beschwerde an das Bundesgericht gegen Entscheide nach Art. 34 VGG (heute: Art. 53 Abs. 1 KVG) ist nach Art. 83 lit. r BGG ausgeschlossen. Vgl. dazu auch THOMAS HÄBERLI, *Kommentar zu Art. 83 BGG*, Rz. 270 ff.

⁸⁸ Vgl. oben S. 14 ff.

⁸⁹ Vgl. MOOR, *Droit administratif*, Volume II, 245 und Volume III, 58.

⁹⁰ Vgl. oben S. 9 und S. 22.

Parteirechte zu, da dieser nicht verfügende Behörde ist. Die Verfahrensrechte wie beispielsweise der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG) oder auf Akteneinsicht (Art. 49 Abs. 7 KVG, Art. 26 VwVG) bestehen ausschliesslich gegenüber der Regierung.

d) *Auskunfts- und Einsichtsrecht der Mitglieder des Kantonsrates*

Das Einsichtsrecht der Mitglieder des Kantonsrates in die massgeblichen Entscheidungsgrundlagen und Verfahrensakten der Regierung und das Auskunftsrecht richten sich nach kantonalem Parlamentsrecht. Art. 23 Abs. 1 des Geschäftsreglements des Kantonsrates bestimmt:

Art. 23 Befugnisse

¹ *Die Kommission kann im Rahmen ihres Auftrages:*

- a) die das Geschäft betreffenden Akten einsehen; in Akten, die unter das Amtsgeheimnis fallen, nimmt die Kommission durch eine Abordnung Einblick;*
- b) Mitarbeiter des Staates und seiner Anstalten über Sachverhalte befragen;*
- c) Besichtigungen durchführen;*
- d) sachverständige Dritte befragen und Gutachten einholen;*
- e) Interessenvertreter anhören.*

Art. 6 des Staatsverwaltungsgesetzes besagt:

Art. 6 Übrige Staatsverwaltung

¹ *Die Regierung lässt der zuständigen Kommission des Kantonsrates durch die Staatsverwaltung:*

- a) Sekretariats- und im Einzelfall Sachbearbeiterdienste leisten;*
- b) Sachauskünfte erteilen.*

² *Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des parlamentarischen Kommissionsdienstes.*

³ *Die Kommission kann im Rahmen ihres Auftrags vom zuständigen Departement die Anhörung Beamter und Angestellter sowie die Einsichtnahme in Akten verlangen. Das Departement hat das Recht, sich zum Ergebnis einer Befragung zu äussern. In Akten, die unter das Amtsgeheimnis fallen, nimmt die Kommission durch eine Abordnung Einblick.*

Zu unterscheiden ist zwischen dem Recht auf Auskunft und dem Recht auf Akteneinsicht. Aus den genannten Bestimmungen wird ersichtlich, dass beide Rechte nicht jedem einzelnen Mitglied des Kantonsrates zustehen. Das Auskunftsrecht kommt den Mitgliedern einer Vorberatenden Kommission zu, die der Kantonsrat zu diesem Zweck bestellen muss (Art. 21 Abs. 1 des Geschäftsreglements des Kantonsrates). Für die Wahrnehmung des Einsichtsrechts bestellt die Kommission einen Ausschuss aus ihrer Mitte, der Einsicht in die für die Entscheidungsfindung relevanten Akten nehmen kann. Die Kommission erstattet dem Plenum Bericht über die Ergebnisse ihrer Tätigkeit. Die Mitglieder des Kommissionsausschusses, die Akteneinsicht nehmen, sind an das Amtsgeheimnis gebunden.

Die Modalitäten des Auskunfts- und Einsichtsrechts richten sich ebenfalls nach Art. 23 des Geschäftsreglements des Kantonsrates und Art. 6 des Staatsverwaltungsgesetzes. Beide Vorschriften bestimmen, dass das Recht der Kommission bzw. des entsprechenden Ausschusses "im Rahmen ihres Auftrags" gegeben ist. Das bedeutet, dass den Kommissionsmitgliedern Auskunft sowie Einsicht in diejenigen Akten zu gewähren ist, die für die Entscheidung darüber, ob die von der Regierung beschlossene Spitalplanung und Spitalliste zu genehmigen seien, von Bedeutung sind. Dabei kann es sich beispielsweise um Unterlagen betreffend die Erfüllung des Leistungsauftrags und die Verwendung der Mittel (vgl. Art 14 und 15 des Gesetzes über die Spitalverbunde) sowie betreffend die Wirtschaftlichkeit und die Qualität der Leistungserbringung (vgl. Art. 58b Abs. 4 lit. a KVV) handeln.

Da die Regierung die verfügende Instanz ist und die Verfahrensrechte der Beteiligten zu wahren hat, bedarf der Kantonsrat als Genehmigungsinstanz im Übrigen keines vollen Auskunfts- und Einsichtsrechts. Es ist davon auszugehen, dass die Regierung ihren Genehmigungsantrag mit einer Begründung (Bericht) versieht (Art. 5 Abs. 1 des Staatsverwaltungsgesetzes). Der Kantonsrat kann seinen Entscheid damit neben dem Bericht der Vorberatenden Kommission wie bei anderen Geschäften auf den Bericht der Regierung (der dem Kantonsrat ergänzend zum Beschluss nach Art. 39 KVG unterbreitet wird) abstützen und von der Regierung im Rahmen der Debatte im Plenum Auskunft verlangen.

e) *Wahrung der Verfahrensrechte der Adressaten der Spitalplanung bzw. Spitalliste*

Wie bereits erwähnt, wird der Kanton im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch die Regierung vertreten.⁹¹ Der Kantonsrat ist an diesem Verfahren nicht beteiligt. Betreffend die Wahrung der Verfahrensrechte der Adressaten der Spitalplanung und der Spitalliste (d.h. der Spitäler) im Beschwerdeverfahren ergeben sich somit keine Besonderheiten. Die Spitäler sind nach Art. 6 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG Parteien in diesem Beschwerdeverfahren und können damit ihre verfassungsmässigen Verfahrensrechte geltend machen.

f) *Konsequenzen oder Schwierigkeiten aus verfahrensrechtlicher Sicht*

Die Regierung weist in ihren Anträgen vom 6. September 2011 auf verschiedene Punkte hin, die ihrer Ansicht nach im Falle der Einführung einer Genehmigungspflicht aus verfahrensrechtlicher Sicht zu Problemen führen könnten.

1. Fehlender politischer Gestaltungsspielraum: Nach Auffassung der Regierung handelt es sich bei der Erstellung der Spitalplanung und dem Erlass der Spitalliste um eine reine Vollzugsaufgabe, bei der kein politischer Gestaltungsspielraum bestehe. Dazu ist zu bemerken: Der politische Gestaltungsspielraum im Bereich der Spitalplanung und der Spitalliste ist zwar beschränkt, aber er besteht gleichwohl.⁹² An der Aufnahme eines Spitals in die Spitalliste des Kantons kann ein erhebliches politisches Interesse bestehen. So weist auch die Regierung in ihrer Botschaft zum Gesetz über die Spitalplanung und -finanzierung⁹³ darauf hin, dass die Kantone einen Handlungsspielraum haben bei der Festlegung der Ziele der Spitalplanung und der Anforderungen an die Leistungserbringer, bei der Gestaltung der Spitalliste, bei der

⁹¹ Vgl. oben S. 23.

⁹² Vgl. oben S. 15.

⁹³ Botschaft der Regierung zum Gesetz über die Spitalplanung und -finanzierung vom 24. Mai 2011, S. 8 f. Vgl. auch oben S. 15.

Festlegung der Zahlungsmodalitäten und der Massnahmen zur Sicherstellung der Versorgung. Auch die Koordinationspflicht gemäss Art. 39 Abs. 2 KVG spricht dagegen, dass es sich beim Erlass der Spitalplanung und der Spitalliste um eine reine Vollzugsaufgabe handelt. Im Rahmen der interkantonalen Koordination verfügen die betroffenen Kantone über einen Verhandlungsspielraum, wie die Patientenströme zwischen den Kantonen am sachgerechtesten berücksichtigt werden können. Diese Koordination kann auch dann erfolgen, wenn die von der Regierung beschlossene Spitalplanung und Spitalliste anschliessend vom Kantonsrat zu genehmigen sind. Die Verzögerungen in zeitlicher Hinsicht, die sich im Falle einer Genehmigungspflicht ergeben könnten, liegen in der Natur des Einbezugs des Parlaments und stellen für sich allein kein Umsetzungshindernis dar.

2. Einsichtsrecht: Die Regierung weist darauf hin, dass gemäss Art. 49 Abs. 7 KVG nur die Regierung und die Vertragsparteien (Spitäler und Versicherer) die Unterlagen der Spitäler, die für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit, für Betriebsvergleiche, für die Tarifierung und für die Spitalplanung nötig sind, einsehen können. Ohne Einsichtsrecht könne der Kantonsrat nach Ansicht der Regierung die Verantwortung für eine Genehmigung der Spitalplanung und Spitalliste nicht befriedigend wahrnehmen. Dazu ist zu bemerken: Das Einsichtsrecht in die Unterlagen der Spitäler gemäss Art. 49 Abs. 7 KVG, das dieser Bestimmung zufolge nur der Kantonsregierung zusteht, bildet kein Hindernis für einen Genehmigungsvorbehalt zugunsten des Kantonsrates. Für die Wahrnehmung der Genehmigungskompetenz ist die volle Kenntnis der Daten betreffend die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit, für Betriebsvergleiche, für die Tarifierung und für die Spitalplanung nicht erforderlich. Es ist davon auszugehen, dass die Regierung die entsprechenden Unterlagen einsieht und dem Kantonsrat im Rahmen eines Berichts von diesen Daten Kenntnis gibt.

3. Anfechtbarkeit des Beschlusses: Die Regierung ist der Ansicht, dass der Kantonsrat aufgrund von Art. 33 VGG nicht als Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts fungieren könne. Zudem bestünden Unsicherheiten in Bezug auf die Anfechtbarkeit des Regierungsbeschlusses über die Spitalplanung und Spitalliste, der aufgrund eines Genehmigungsvorbehalts zugunsten des Kantonsrates noch keine Rechtsgültigkeit erlangt habe. Dazu ist zu bemerken: Aus den vorstehenden Ausführungen wurde ersichtlich, dass auch im Falle eines Genehmigungsvorbehalts zugunsten des Kantonsrates weiterhin die Regierung den anfechtbaren Beschluss über die Spitalplanung und die Spitalliste i.S.v. Art. 53 Abs. 1 KVG fällt. Die Regierung ist auch nach dieser Variante die Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts.⁹⁴ Der (vom Kantonsrat genehmigte) Beschluss der Regierung kann gerichtlich überprüft werden, weshalb sich keine Beeinträchtigungen der verfassungsrechtlichen Rechtsweggarantie ergeben. Da der Beschluss der Regierung den Parteien erst nach der Genehmigung des Kantonsrates eröffnet wird und die Beschwerdemöglichkeit damit erst nach der Genehmigung gegeben ist – so beginnt auch die Beschwerdefrist erst nach diesem Zeitpunkt zu laufen⁹⁵ –, bestehen auch keine Unsicherheiten bezüglich der Anfechtbarkeit dieses Beschlusses.

Aus Sicht der beauftragten Gutachter stehen der Einführung eines Genehmigungsvorbehalts zugunsten des Kantonsrates keine verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten entgegen. Die Einführung einer Regelung, wie sie in der gegenwärtigen Fassung des Gesetzes über die Spitalplanung und -finanzierung enthalten ist, widerspricht weder dem Bundesrecht noch dem geltenden kantonalen Verfassungs- und Gesetzes-

⁹⁴ Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass Art. 33 lit. i VGG die möglichen Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts nicht auf Kantonsregierungen beschränkt, sondern von "kantonalen Instanzen" spricht.

⁹⁵ Dies ergibt sich aus Art. 50 VwVG, wonach die Beschwerdefrist mit Eröffnung der Verfügung zu laufen beginnt. Eröffnet werden kann die Verfügung erst, wenn sie rechtsgültig ist, d.h. nach der Genehmigung durch den Kantonsrat.

recht. Ob ein solcher Genehmigungsvorbehalt im Gesetz vorzusehen ist, ist eine politische Frage, die vom Gesetzgeber zu entscheiden ist. Sowohl die Variante mit als auch ohne Genehmigungsvorbehalt des Kantonsrates erweisen sich als rechtlich zulässig.

IV. Antrag Bärlocher-Bütschwil

1. Antrag

Im Antrag vom 26. September 2011 wird zu Art. 11 des Gesetzesentwurfes über die Spitalplanung und -finanzierung eine Ergänzung vorgeschlagen, wonach Leistungsaufträge an private und ausserkantonale öffentliche Anbieter dort erteilt werden, wo sie für die flächendeckende Versorgung der St. Galler Bevölkerung notwendig sind oder wo Pflichtleistungen nicht von öffentlichen Anbietern abgedeckt werden.

2. Einordnung des Antrages

Mit dem Antrag wird offenbar angestrebt, bei der Erteilung der Leistungsaufträge eine bestimmte Reihenfolge zu erreichen. Dabei fällt zudem ins Gewicht, dass nach Art. 8 Abs. 2 des Gesetzesentwurfes die Erteilung eines Leistungsauftrags durch die Regierung Voraussetzung für die Aufnahme in die Spitalliste ist. Mit dem Antrag wird damit bezweckt, dass gesetzlich vorgegeben werden soll, bezogen auf bestimmte Elemente (die im Antrag genannt werden) eine Gestaltung der Spitalliste zu erreichen.

Was die Reihenfolge der Spitäler betrifft, zielt der Antrag darauf ab, Unterscheidungen zu treffen zwischen

- privaten Anbietern;
- ausserkantonalen öffentlichen Anbietern und
- öffentlichen (innerkantonalen) Anbietern.

Dabei soll den öffentlichen (innerkantonalen) Anbietern eine bestimmte Priorität zugeordnet werden; nur insoweit, als diese Anbieter Pflichtleistungen nicht abdecken, sollen private Anbieter und ausserkantonale öffentliche Anbieter berücksichtigt werden.

3. Vorgaben des Bundesrechts zur Ausgestaltung der Spitalliste

a) *Zur Fragestellung*

Es ist an dieser Stelle zu klären, ob – und gegebenenfalls welche – inhaltlichen Vorgaben das Bundesrecht für die Ausgestaltung der Spitalliste macht. Dabei ist auf die heute massgebenden Vorschriften zur Spitalplanung gemäss KVG-Revision 2007 abzustellen. Vorab ist festzuhalten, dass es sich nur um einen

allgemeinen Überblick handeln kann und dass – angesichts der knappen zur Verfügung stehenden Zeit – eine Vertiefung nicht erfolgen konnte.

Auszugehen ist von Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG, wonach der Bundesrat einheitliche Planungskriterien erlässt. Dabei gibt das Gesetz vor, dass der Bundesrat dieser Aufgabe nachzukommen hat "auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit". Damit hat der Bundesgesetzgeber offensichtlich bestimmte zentrale Grundlagen der Planungskriterien vorgegeben.

Der Bundesrat ist der ihm zugeordneten Aufgabe nachgekommen, indem er Art. 58a bis Art. 58e KVV erlassen hat. Hier werden bezogen auf die Planungskriterien folgende Fragen geregelt:⁹⁶ Der Grundsatz, die Versorgungsplanung, die Art der Planung, die interkantonale Koordination der Planungen und die Listen sowie Leistungsaufträge.

Zunächst steht fest, dass das Bundesrecht nicht abschliessend festlegt, welche Kriterien bei der Ausgestaltung der Spitalliste berücksichtigt werden müssen. Besonders klar wird dies durch Art. 58b Abs. 4 KVV gemacht, wo festgehalten wird, dass die Kantone "insbesondere" bestimmte (in der Folge genannten) Kriterien berücksichtigen.⁹⁷ Insoweit steht das Bundesrecht einer kantonalen Regelung, welche Planungskriterien nennt, nicht von vornherein entgegen.

Näher zu klären ist bei dieser Ausgangslage, ob es zulässig ist, dass das kantonale Recht eine bevorzugte Behandlung von öffentlichen (innerkantonalen) Anbietern gegenüber privaten Anbietern sowie öffentlichen (ausserkantonalen) Anbietern vorsieht.

b) *Zur Behandlung von privaten Anbietern*

Was das Verhältnis zu privaten Anbietern betrifft, fällt ins Gewicht, dass nach Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG bei der Spitalplanung private Trägerschaften "angemessen in die Planung einzubeziehen sind". Dies zeigt, dass dem Bundesgesetzgeber der "angemessene" Einbezug ein wichtiges Anliegen war. Zugleich steht fest, dass das Bundesrecht zwingend vorgibt, dass die Gestaltung der Spitalliste nach den Kriterien der Wirtschaftlichkeit und der Qualität erfolgen muss.⁹⁸ Sodann muss berücksichtigt werden, dass die Planung für die Behandlung von akut-somatischen Krankheiten zwingend "leistungsorientiert" (und nicht etwa wie bei Pflegeheimen kapazitätsorientiert) zu erfolgen hat.⁹⁹ Diese bundesrechtliche Ausgangslage schliesst aus, bestimmte Einrichtungen systematisch zu bevorzugen, soweit dies nicht mit den Kriterien der Wirtschaftlichkeit und der Qualität begründet wird.¹⁰⁰

Im Antrag Bärlocher-Bütschwil wird bezogen auf die privaten Anbieter zunächst festgehalten, dass diese berücksichtigt werden mit Blick darauf, dass dies "für die flächendeckende Versorgung der St. Galler Bevölkerung notwendig" ist. Damit wird eines der in Art. 58b Abs. 4 KVV genannten Kriterien – dasjenige nach lit. b – herausgegriffen. Insoweit kann offensichtlich nicht sogleich angenommen werden, es liege

⁹⁶ Vgl. die Randtitel der Art. 58a bis Art. 58e KVV.

⁹⁷ Dies entspricht auch der Auffassung der Lehre; vgl. dazu RÜTSCHÉ, Spitalfinanzierung und Spitalplanung, 30: Konkretisierung durch Art. 58b KVV "in nicht abschliessender Weise".

⁹⁸ Vgl. Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG, Art. 58b Abs. 4 lit. a sowie Abs. 5 KVV.

⁹⁹ Vgl. Art. 58c lit. a KVV.

¹⁰⁰ So auch RÜTSCHÉ, Spitalfinanzierung und Spitalplanung, 30 (bezogen auf die systematische Bevorzugung von innerkantonalen Einrichtungen).

eine bundesrechtswidrige Regelung vor. Wenn aber der Antrag so verstanden wird, dass die privaten Anbieter nur berücksichtigt werden, wenn dies für die flächendeckende Versorgung notwendig ist, würde er gegen bundesrechtliche Planungskriterien verstossen; denn das Bundesrecht nennt neben dem Kriterium der Zugangsmöglichkeit die weiteren (zwingenden) Kriterien der Wirtschaftlichkeit, der Qualität und der Bereitschaft bzw. Fähigkeit der Einrichtung zur Erfüllung des Leistungsauftrags.¹⁰¹ Insoweit liegt ein entweder unnötiger Antrag (indem er ein bundesrechtliches Kriterium wiederholt) oder unzulässiger Antrag (wenn er die anderen bundesrechtlich zwingend zu berücksichtigenden Kriterien ausschalten will) vor.

In einem zweiten Punkt zielt der Antrag darauf ab, private Anbieter zu berücksichtigen, wenn Pflichtleistungen von öffentlichen Anbietern nicht abgedeckt werden. Hier gilt das vorstehend zur flächendeckenden Versorgung Ausgeführte in analoger Weise. Dass die gesetzlichen Pflichtleistungen erfüllt werden müssen, stellt ein Planungskriterium dar.¹⁰² Insoweit ist es zutreffend, die privaten Anbieter einzubeziehen, wenn anders die Pflichtleistungen nicht abgedeckt sind. Weil aber das Bundesrecht zugleich weitere Planungskriterien – v.a. diejenigen der Qualität und der Wirtschaftlichkeit – vorgibt, kann nicht einzig auf die Versorgungssicherheit abgestellt werden. Diese muss – ebenso wie die Qualität und Sicherheit – jedenfalls gewährleistet werden, doch darf die Spitalliste nicht einzig nach diesem Kriterium ausgerichtet werden.

c) *Zur Behandlung von ausserkantonalen öffentlichen Anbietern*

Der Antrag Bärlocher-Bütschwil zielt darauf ab, ausserkantonale öffentliche Anbieter gegenüber den öffentlichen (innerkantonalen) Anbietern nachrangig zu behandeln. Beizufügen ist dabei, dass der Antrag offen lässt, wie das Verhältnis zu den – ebenfalls nachrangig zu behandelnden – privaten Anbietern sein soll.

Mit der KVG-Revision 2007 werden – wie ausgeführt – durch das Bundesrecht bestimmte Planungskriterien aufgestellt, ohne dabei aber eine abschliessende Ordnung einzuführen. Es geht insbesondere um die zwingend zu berücksichtigenden Kriterien der Qualität und der Wirtschaftlichkeit.¹⁰³ Die Literatur versteht dies so, dass eine systematische Benachteiligung von ausserkantonalen Anbietern durch das Bundesrecht ausgeschlossen wird; ergänzend wird dazu folgendes festgehalten: "Das bedeutet keineswegs, dass die Kantone die Angebote in der ganzen Schweiz evaluieren müssen und die geographische Nähe der Spitäler zur Bevölkerung keine Rolle spielen darf. Vielmehr ist es den Kantonen ausdrücklich erlaubt, den Zugang ihrer Einwohnerinnen und Einwohner zu den stationären Leistungen zu berücksichtigen (Art. 58b Abs. 4 lit. b KVV) und damit in überkantonalen Versorgungsregionen zu planen. Dieses Kriterium der geographischen Nähe deckt sich aber nicht nahtlos mit dem Kriterium der Lage von Spitätern im eigenen Kanton."¹⁰⁴

¹⁰¹ Vgl. Art. 58b Abs. 4 lit. a und lit. c KVV.

¹⁰² Dazu v.a. Art. 58b Abs. 4 lit. b KVV, wonach der Zugang der Patientinnen und Patienten zur Behandlung innert nützlicher Frist gesichert sein muss.

¹⁰³ Vgl. dazu vorstehend S. 27 f.

¹⁰⁴ Vgl. RÜTSCHÉ, Spitalfinanzierung und Spitalplanung, 30 f.

4. Ergebnisse

Der Antrag Bärlocher-Bütschwil greift zur Gestaltung der Spitalliste zwei Kriterien auf, welche auch im Bundesrecht angelegt sind. Er lässt aber ausser Acht, dass das Bundesrecht zwingend vorgibt, auf weitere Kriterien – insbesondere auf die Qualität und die Wirtschaftlichkeit – abzustellen. Wenn der Antrag so verstanden wird, dass damit die weiteren bundesrechtlichen Kriterien nicht massgebend sein sollen, ist der Antrag bundesrechtswidrig und stellt damit eine Rechtsverletzung dar, die im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht gerügt werden könnte. Soweit der Antrag sich darauf beschränkt, (Bundesrechts-)Kriterien zu nennen, ohne damit eine abschliessende Nennung zu beinhalten, ist der Antrag nicht notwendig, weil die entsprechenden Kriterien ohnehin gelten.

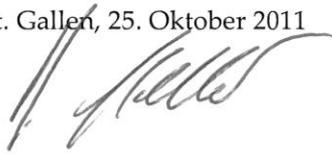
V. Zusammenfassende Beantwortung der Gutachterfragen

Die von Ihnen gestellten Fragen können wir kurz wie folgt beantworten:

1. Gemäss bundesgesetzlicher Grundlagen ist allgemein "der Kanton" zuständig zum Erlass der Spitalplanung und der Spitalliste.
2. Die Regelung, dass die Kantonsregierung die Spitalplanung und die Spitalliste erlässt und das Kantonsparlament die von der Regierung erlassene Spitalplanung und die von der Regierung erlassene Spitalliste genehmigt, verstösst nicht gegen das Bundesrecht.
 - 3.1.1. Der allfällige Einbezug des Kantonsrates in das Verfahren zum Erlass der Spitalplanung bzw. Spitalliste ist ein Entscheid im Rahmen der kantonalen Organisationsautonomie und richtet sich nach kantonalem Recht. Es handelt sich um ein Verfahren zwischen Kantonsrat und Regierung. Ein Einbezug des Kantonsrates in das Vorverfahren des Erlasses ist nicht zwingend. Die Regierung ist diesbezüglich frei, da der Beschluss über die Spitalplanung und die Spitalliste von ihr zu erlassen ist. Die eigentliche parlamentarische Mitwirkung besteht nach Ergehen des Beschlusses der Regierung in Form der Genehmigung oder Nichtgenehmigung.
 - 3.1.2. Der Kantonsrat ist nicht in ein Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht einzubeziehen. Dies ist Aufgabe der Regierung, da sie den Beschluss über die Spitalplanung und die Spitalliste erlassen hat.
 - 3.2.1. Das erstinstanzliche Verfahren zum Erlass der Spitalplanung und der Spitalliste (Beschluss der Regierung) richtet sich nach dem VwVG des Bundes, die Genehmigung durch den Kantonsrat nach dem allgemeinen Parlamentsrecht des Kantons St. Gallen.
 - 3.2.2. Das Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VGG, dem VwVG und Art. 53 KVG.
- 3.3. Anfechtungsobjekt und Gegenstand der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist der den Parteien eröffnete Beschluss der Regierung über die Spitalplanung und die Spitalliste.
- 3.4. Den Spitälern kommen gegenüber dem Kantonsrat keine Verfahrensrechte zu.
- 3.5. Die einzelnen Mitglieder des Kantonsrates haben kein Auskunfts- und Einsichtsrecht. Das Auskunftsrecht steht den Mitgliedern einer Vorberatenden Kommission zu, falls eine solche eingesetzt wird. Einsicht in die Entscheidungsgrundlagen der Regierung kann durch einen Ausschuss dieser Kommission genommen werden.
- 3.6. Der Kantonsrat ist im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht nicht involviert. Für die Verfahrensrechte der Adressaten ergeben sich daher keine Besonderheiten.
- 3.7. Aus Sicht der Gutachter ist aus verfahrensrechtlicher Sicht nicht mit Schwierigkeiten zu rechnen.

4. Wenn der Antrag Bärlocher-Bütschwil so verstanden wird, dass damit die weiteren bundesrechtlichen Kriterien nicht massgebend sein sollen, ist der Antrag bundesrechtswidrig. Soweit der Antrag sich darauf beschränkt, (Bundesrechts-)Kriterien zu nennen, ohne damit eine abschliessende Nennung zu beinhalten, ist der Antrag nicht notwendig, weil die entsprechenden Kriterien ohnehin gelten.

St. Gallen, 25. Oktober 2011



Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller



PD Dr. Ueli Kieser

Literaturverzeichnis

- AUER CHRISTOPH/MÜLLER MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008
- AYER ARIANE/DESPLAND BÉATRICE, *Loi fédérale sur l'assurance-maladie*, Edition anntée, Genève 2004
- BIERSACK ORTRUD, *Die Planungsmethoden der Kantone*, Basel 2000
- EUGSTER GEBHARD, *Krankenversicherungsrecht*, in: *Soziale Sicherheit*, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Band XIV, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2007, 337 ff.
- EUGSTER GEBHARD, *Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG*, Zürich/Basel/Genf 2001
- GÄCHTER THOMAS (Hrsg.), *Spitalfinanzierung, Spitäler im Spannungsfeld zwischen Grund- und Zusatzversicherung*, Luzern 2005
- GÄCHTER THOMAS/VOLLENWEIDER IRÈNE, *Gesundheitsrecht*, 2. Aufl., Basel 2010
- GADOLA ATTILIO R., *Der Genehmigungsentscheid als Anfechtungsobjekt in der Staats- und Verwaltungsrechtspflege*, AJP 3/1993, 290 ff.
- KIESER UELI, *Schweizerisches Sozialversicherungsrecht*, Zürich/St. Gallen 2008
- KIESER UELI, *Spitalliste und Spitalfinanzierung – Auswirkungen der Änderung des Krankenversicherungsgesetzes vom 21. Dezember 2007*, AJP 2010, 61 ff.
- KÖLZ ALFRED/BOSSHART JÜRIG/RÖHL MARTIN, *Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich*, 2. Aufl., Zürich 1999
- MATTIG THOMAS, *Grenzen der Spitalplanung aus verfassungsrechtlicher Sicht*, Diss. Basel 2003
- MAURER ALFRED, *Das neue Krankenversicherungsrecht*, Basel/Frankfurt a.M. 1996
- MAURER ALFRED/SCARTAZZINI GUSTAVO/HÜRZELER MARC, *Bundessozialversicherungsrecht*, 3. Aufl., Basel 2009
- MERKER MICHAEL, *Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) vom 9. Juli 1968*, Diss. Zürich 1997
- MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, *Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern (VRPG; BSG 15.21)*, Bern 1997
- MOOR PIERRE, *Droit administratif, Volume II, Les actes administratifs et leur contrôle*, 3. Aufl., Bern 2011
- MOOR PIERRE, *Droit administratif, Volume III, L'organisation des activités administratives, Les biens de l'Etat*, Bern 1992
- MOSER ANDRÉ/BEUSCH MICHAEL/KNEUBÜHLER LORENZ, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Basel 2008
- MÜLLER KLAUS, *Grundlagen für die KVG-konforme Zulassung von Rehabilitationseinrichtungen*, CHSS 1998, 337 ff.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011

POLEDNA TOMAS, Gesundheitsrecht, in: Aktuelle Anwaltspraxis, Bern 2009, 959 ff.

RICHLI PAUL, Die Spitalliste – Ein Planungsinstrument mit staats- und verwaltungsrechtlichen Geburtsgebühren?, in: Das Recht in Raum und Zeit, Festschrift für Martin Lendi, Zürich 1998, 407 ff.

ROGGO ANTON/STAFFELBACH DANIEL, Interkantonale Spitalplanung und Kostentragung, AJP 2006, 267 ff.

RÜTSCHKE BERNHARD, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, insbesondere zur Steuerung der Leistungsmenge im stationären Bereich, Bern 2011

SPIRA RAYMOND, Les compétences des cantons en matière d'assurance obligatoire des soins, in: LAMal-KVG, Lausanne 1997, 63 ff.