

Newsletter Nr.

158

---

## Bundesverwaltungsgericht zeigt Kantonen Grenzen auf:

Diese Woche wurde bekannt, dass die Spitalgruppe Swiss Medical Network vor Bundesverwaltungsgericht gegen den Kanton Neuenburg im Rahmen der Spitalplanung «2016 – 2022» obsiegt hat ([siehe hier](#)). Selten genug hebt das Bundesverwaltungsgericht Spitalplanungsentscheide der Kantone auf, weshalb sich ein näherer Blick auf dieses umfassende und spannende Urteil lohnt.

---

walderwyss rechtsanwälte

## Urteil des BVGer C-7017/2015 vom 17. September 2021



Von **Daniel Staffelbach**  
Rechtsanwalt  
Partner  
Telefon direkt: +41 58 658 56 50  
daniel.staffelbach@walderwyss.com



und **Daniel Zimmerli**  
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt  
Counsel  
Telefon direkt: +41 58 658 55 33  
daniel.zimmerli@walderwyss.com



und **Martin Zobl**  
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt  
Managing Associate  
Telefon direkt: +41 58 658 55 35  
martin.zobl@walderwyss.com

Die Privatspitalgruppe Swiss Medical Network (SMN) hatte Beschwerde gegen die Spitalliste des Kantons Neuenburg im Rahmen der Spitalplanung «2016 – 2022» eingelegt. Nun hiess das Bundesverwaltungsgericht diese gut.

### In folgenden Punkten befand das Gericht die Spitalplanung des Kantons Neuenburg für bundesrechtswidrig:

- Der Regierungsrat erhöhte ohne sachliche Begründung den errechneten innerkantonalen Bedarf um zwei Drittel der Zahl der ausserkantonal behandelten Patienten. Dies mit der Begründung, der Kanton erwarte von den innerkantonalen Leistungserbringern, dass sie in diesem Ausmass Patienten von den ausserkantonalen Leistungserbringern zurückgewinnen würden. Dieses Vorgehen ist bundesrechtswidrig (E. 6.6.1.).
- Die Beschränkung der kantonalen Bedarfsplanung auf die innerkantonale Nachfrage verstösst gegen die gesetzliche interkantonale Koordinationspflicht und verletzt auch die freie Spitalwahl der Versicherten. Eine Spitalplanung, die ausserkantonale Patientenströme nicht berücksichtigt, ist nicht bedarfsgerecht im Sinne von Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG. Die ausserkantonalen Patientenströme sind zwingend mitzubehringenden (E. 6.6.2.).
- Art. 58b KVV räumt den Kantonen keinen Ermessensspielraum ein. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung müssen die darin genannten Kriterien (Wirtschaftlichkeit, Qualität, Verfügbarkeit und Kapazität der Einrichtungen usw.) gleichwertig für die Bewertung und Auswahl der Dienstleistungen herangezogen werden. Den Kantonen steht es ausdrücklich nicht frei, eine Rangfolge zwischen diesen Kriterien festzulegen (E. 7.1.3.4.).
- Eine Ausnahmeklausel, die es erlaubt, einem Spital Leistungsaufträge zu erteilen, auch wenn es nicht alle festgelegten Kriterien und Bedingungen erfüllt, ist nicht gesetzeskonform (E. 7.2.3.5.).
- Auferlegt der Kanton einem Spital Bedingungen für die Erteilung des Leistungsauftrags, die das Spital nicht erfüllen kann, ist das Vorgehen des Kantons willkürlich (E. 7.2.4.).
- Es sei zwar nicht Sache des Gerichts, die Entscheidung des Kantons, keine weitere Notfallabteilung im Kanton zu benötigen, zu beurteilen. Wenn der Kanton aber keine weitere Notfallabteilung mehr wolle, verstösst er gegen Bundesrecht, wenn er mit der Begründung, dem Spital fehle die Notfallabteilung, das Basispaket BP verweigert (E. 8.3.1.).
- Der Regierungsrat erteilte die Leistungsaufträge nicht an Standorte von einzelnen Bewerberinnen, sondern an die Bewerberinnen mit der Auflage selbst zu entscheiden, wo diese ihre Leistungen erbringen wollten. Das Gericht störte sich nicht daran. Seiner Meinung nach werde eine Einrichtung mit mehreren Standorten, die die erforderliche Mindestfallzahl gesamthaft erreicht, besser in der Lage sein, die in der Planung angestrebten Qualitäts- und Konzentrationsziele zu gewährleisten als eine Einrichtung mit mehreren Standorten, die die kritische Menge über das Gesamte nicht erreichte (E. 9.2.7.).
- Indem der Regierungsrat die «kritische Menge» (mehr als 5% Marktanteil)

teil) zu einem zwingenden Kriterium macht, stellt er eine Hierarchie, eine Rangfolge zwischen diesen Kriterien auf, überschreitet seinen Ermessensspielraum und verstösst damit gegen Bundesrecht (Rz. 7.1.3.4 und E. 9.2.9.).

- Die Prüfung der Qualität der Bewerberinnen muss umfassend erfolgen (bspw. analog der Empfehlung zur Qualität der GDK [Empfehlung Nr. 5, Erläuterung b) in der Fassung vom 25. Mai 2018]). Der Regierungsrat nahm mit der von ihm vorgenommenen Bewertung des Angebots der sich bewerbenden Einrichtungen keine ausreichende Qualitätsprüfung vor und verstösst damit gegen Bundesrecht (E. 9.3.3.).
- Zwar kann die Formulierung von Anforderungen an die Arbeitsbedingungen in Spitälern und deren Einhaltung eine Voraussetzung für die Erteilung eines Leistungsauftrags sein. Allerdings durfte der Regierungsrat die Erteilung von Leistungsaufträgen an die Spitäler nicht davon abhängig machen, dass sie die Arbeitsbedingungen des Gesamtarbeitsvertrags Santé 21 gesamthaft einhalten (E. 10.7.3.).
- Die quantitative Begrenzung des Leistungsvolumens ist ein KVG-konformes Instrument, solange sie nicht dazu dient, anstelle einer leistungsbezogenen Planung eine mengenbezogene Planung zu erzwingen und den Wettbewerb zwischen den Spitälern zu verhindern (E. 11.4.). Die Neuenburger Regulative erscheinen im Hinblick auf die Anforderungen von Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG und Art. 58b Abs. 1 KVG und den Empfehlungen der GDK (GDK-Empfehlung Nr. 8, S. 16-19, in der Fassung vom 25. Mai 2018) als bundesrechtswidrig, weshalb der Wettbewerb durch die systematische Anwendung von Quoten bundesrechtswidrig behindert wird (E. 11.5.2.).

### Fazit

Das Urteil macht deutlich, dass dem «weiten Ermessensspielraum» der Kantone Grenzen gesetzt sind. Wie sich dieses französischsprachige Urteil auf die Deutschschweizer Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auswirken wird, wird sich weisen. Zum einfacheren Verständnis dieses wichtigen Urteils für die nicht fließend Französisch sprechenden Leserinnen und Leser dieses Newsletters [hier der Link](#) zu unserer eigenen Übersetzung des Urteils. (Bitte beachten Sie, dass es sich um eine inoffizielle, nicht autorisierte Übersetzung handelt.)

Der Walder Wyss Newsletter kommentiert neue Entwicklungen und wichtige Themen des Schweizer Rechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar, und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2021