UNIVERSITÉ DE FRIBOURG
UNIVERSITÄT FREIBURG

Institut für Föderalismus
Institut du Fédéralisme
Institute of Federalism

Prof. Dr. Andreas Stöckli, RA
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht
Institut für Föderalismus
Universität Freiburg
Av. Beauregard 1
1700 Freiburg

andreas.stoeckli@unifr.ch
+41 26 300 81 62

Kurzgutachten

betreffend

Anschluss der Spitäler an eine Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft – Konsequenzen eines nicht fristgerechten Anschlusses

erstellt im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit (BAG)

Freiburg, 2. April 2019

Prof. Dr. Andreas Stöckli, Universität Freiburg

Miro Barukčić, lic. iur. utr., LL.M.

Inhaltsverzeichnis

A. Ausgangslage und Fragestellung 3

B. Frage 1: Folgen des Nichtanschlusses? 4

I. Anschluss an eine zertifizierte Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft gemäss EPDG als sozialversicherungsrechtliche Zulassungsvoraussetzung 4

1. Sozialversicherungsrechtliche Zulassung für Spitäler gemäss KVG 4
2. Anschluss an eine zertifizierte Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft gemäss EPDG als sozialversicherungsrechtliche Zulassungsvoraussetzung 6

II. Folgen des Nichtanschlusses innerhalb der gesetzlichen Übergangsfrist 8

1. Allgemeines; Unterscheidung zwischen Listen- und Vertragsspitälern 8
2. Was sagen die Materialien und die Literatur? 10
3. Streichung von der Spitalliste? 10
   a) Allgemeines 10
   b) Voraussetzungen des Widerrufs von Verfügungen 11
   c) Interessenabwägung im vorliegenden Fall 13
4. Prüfung einer Leistungsverweigerung durch das Schiedsgericht 15
5. Besondere Konstellation: Befristete Zulassung 16

III. Bedeutung von Art. 190 BV 17

IV. Fazit 17

C. Frage 2: Andere Zulassungsmöglichkeiten bei Nichtanschluss? 19

D. Frage 3: Zuständigkeit des Schiedsgerichts? 20

I. Sachliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts: «Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern» (Art. 89 Abs. 1 KVG) 20

II. Verfahrensrechtliche Besonderheiten bei der Zulassung von Spitälern 22

III. Schiedsgerichtliche Zuständigkeit bezüglich der Zulassung von *Listenspitälern*? . 24

IV. Schiedsgerichtliche Zuständigkeit bezüglich der Zulassung von *Vertragsspitälern*? 26

V. Fazit 26

E. Zusammenfassung 28

Literatur / Materialien 33

A. Ausgangslage und Fragestellung

Am 15. April 2017 ist das Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier (EPDG; SR 816.1) in Kraft getreten. Mit dem EPDG wurde auch eine Verpflichtung im KVG aufgenommen, nach der sich Spitäler innerhalb von drei Jahren – d.h. per 14. April 2020 – einer sog. Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anschliessen und damit das elektronische Patientendossier (EPD) betreiben müssen (Art. 39 Abs. 1 lit. f sowie Art. 49a Abs. 4 erster Satz KVG i.V.m. der Übergangsbestimmung zur Änderung vom 19. Juni 2015).

Das Gutachten soll aufzeigen, welches die Konsequenzen für die Spitäler sind, wenn sie sich nicht fristgerecht einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anschliessen und welche Massnahmen ergriffen werden können, um sicherzustellen, dass Spitäler weiterhin Leistungen zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung abrechnen können.

Zu klären sind im Einzelnen die folgenden Fragen:

1. Gemäss dem Massgeblichkeitsgebot von Art. 190 BV sind Bundesgesetze für die Gerichte massgeblich. Kann in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips resp. aufgrund einer Interessenabwägung dennoch auf die Einhaltung eines Bundesgesetzes verzichtet werden? D.h. könnten die Spitäler weiterhin Leistungen zu Lasten der OKP abrechnen, obwohl sie nach Ablauf der Übergangsfrist des KVG zur Änderung vom 19. Juni 2015 nicht alle Voraussetzungen von Artikel 39 Absatz 1 KVG einhalten?
2. Gibt es allenfalls eine weitere Möglichkeit, wie ein Spital Leistungen zu Lasten der OKP abrechnen kann, obwohl es sich keiner Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anschliesst und somit nicht alle Anforderungen von Artikel 39 Absatz 1 KVG erfüllt?
3. Haben die Versicherer ein Klagerecht, mit welchem sie die Verweigerung der Vergütung von Leistungen geltend machen können, wenn sich ein Spital nicht rechtzeitig einer Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anschliesst?

Es wurde vereinbart, dass bis zum 25. Januar 2019 die Frage 3 zu klären ist, wobei der Auftragnehmer das Ergebnis entweder anlässlich einer gemeinsamen Besprechung darlegen (inkl. kurze schriftliche Zusammenfassung) oder in einem Entwurf des Gutachtens festhalten darf. Dieses Ergebnis muss mit der Schlussfassung des Kurzgutachtens übereinstimmen. Die Schlussfassung des Gutachtens mit der Beantwortung sämtlicher Fragen sollte bis Mitte März 2019 vorliegen. Vereinbarungsgemäss sind die Gutachter der Pflicht nachgekommen, bis zum 25. Januar 2019 die Beantwortung von Frage 3 vorzulegen. Anlässlich einer Besprechung vom 11. Februar 2019 in Bern zwischen Vertreterinnen und Vertretern des BAG und den Gutachern wurden diese Ergebnisse besprochen. Es wurde vereinbart, die Schlussfassung des Gutachtens bis zum 10. März 2019 vorzulegen. Nach Abgabe des vollumfänglichen Gutachtens wurden von Seiten des Auftraggebers noch einige Fragen aufgeworfen, die im vorliegenden, definitiven Gutachten berücksichtigt worden sind.

Nachfolgend werden die Fragen der Reihe nach beantwortet. Eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse rundet das Gutachten ab. Das Gutachten beruht auf einer Analyse der einschlägigen rechtlichen Grundlagen und setzt sich mit der Rechtslehre und der Gerichtspraxis auseinander. Es ist in völliger Unabhängigkeit, nach bestem Wissen und Gewissen verfasst.

B. Frage 1: Folgen des Nichtanschlusses?

Bei Frage 1 geht es um die Rechtsfolgen des Nichtanschlusses von Spitälern an zertifizierte Gemeinschaften oder Stammgemeinschaften gemäss EPDG innerhalb der Übergangsfrist von drei Jahren. Konkret ist die folgende Frage zu beantworten: «Gemäss dem Massgeblichkeitsgebot von Art. 190 BV sind Bundesgesetze für die Gerichte massgeblich. Kann in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips resp. aufgrund einer Interessenabwägung dennoch auf die Einhaltung eines Bundesgesetzes verzichtet werden? D.h. könnten die Spitäler weiterhin Leistungen zu Lasten der OKP abrechnen, obwohl sie nach Ablauf der Übergangsfrist des KVG zur Änderung vom 19. Juni 2015 nicht alle Voraussetzungen von Artikel 39 Absatz 1 KVG einhalten?»

I. Anschluss an eine zertifizierte Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft gemäss EPDG als sozialversicherungsrechtliche Zulassungsvoraussetzung

1. Sozialversicherungsrechtliche Zulassung für Spitäler gemäss KVG

Für Spitäler sieht das KVG (mit der Spitalliste) ein besonderes, behördliches (sozialversicherungsrechtliches) Zulassungsverfahren vor, das *neben* das polizeilich motivierte und kantonal geregelte Betriebsbewilligungsverfahren tritt und diesem zeitlich nachfolgt. Zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung sind Spitäler zugelassen, wenn sie die Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 KVG erfüllen (vgl. Art. 35 Abs. 1 KVG).

Gesetzliche Zulassungsvoraussetzungen sind bestimmte Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen (Art. 39 Abs. 1 lit. a–c). Die Spitäler haben weiter bestimmte Bedarfsdeckungs- und Koordinationsvoraussetzungen zu erfüllen, indem sie der von einem oder mehreren Kantonen gemeinsam aufgestellten Spitalplanung entsprechen (Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG). Ferner gilt eine Publizitäts- und Transparenzvoraussetzung, die verlangt, dass die zugelassenen Spitäler auf der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons aufgeführt sind (Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG). Schliesslich müssen sich Spitäler – seit der Inkraftsetzung der EPDG-Vorlage – innerhalb von drei Jahren – d.h. per 14. April 2020 – einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft nach Art. 11 lit. a EPDG anschliessen (Art. 39 Abs. 1 lit. f i.V.m. der Übergangbestimmung zur Änderung vom 19. Juni 2015) (vgl. zu den Zulassungsvoraussetzungen im Einzelnen SBVR-EUGSTER, Rz. 788 ff.; vgl. auch BVGE 2010/15 E. 4.1).

> Damit ein Leistungserbringer die Tätigkeit für die obligatorische Krankenversicherung aufnehmen kann, ist – allerdings nicht als Zulassungserfordernis, sondern um abrechnungsfähig fakturieren zu können – zusätzlich erforderlich, dass er mit den Versicherern einen *Tarifvertrag* abgeschlossen hat, einem solchen beigetreten oder einem behördlichen Ersatztarif unterstellt ist (BGE 132 V 303 E. 4). Kommt ein Tarifvertrag nicht zustande, so hat die Kantonsregierung nach Art. 47 Abs. 1 KVG einen Tarif zu bestimmen. Ein Tarifvertrag ist aber keine Voraussetzung für den Leistungsanspruch des Versicherten (vgl. zum Ganzen SBVR-EUGSTER, Rz. 745, m.w.H.).

In Bezug auf die Frage, ob die Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 KVG im *Betriebsbewilligungsverfahren* oder im *Spitallistenverfahren* geprüft werden, verfügen die Kantone über eine gewisse Autonomie. Die Kantone wären von Bundesrechts wegen auch nicht verpflichtet, ein Bewilligungsregime für Spitäler vorzusehen. In der Literatur wird vorgebracht, dass die (polizeilichen) Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 lit. a–c regelmässig bereits im Betriebsbewilligungsverfahren geprüft werden, während die Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 lit. d und e KVG die Spitalplanung und die Spitalliste betreffen (vgl. KIESER, Sozialversicherungsrecht, S. 650 ff.). Die neue Voraussetzung gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG dürfte der ersten Kategorie zuzuordnen und wohl regelmässig im Rahmen des Betriebsbewilligungsverfahrens zu prüfen sein. Da der Spitalliste die Aufgabe zukommt, Transparenz und Publizität und damit Rechtssicherheit in der Frage zu schaffen, welche Einrichtungen zu den (auch sozialversicherungsrechtlich) zugelassenen Spitälern gehören und welches deren Leistungsaufträge sind (SBVR-EUGSTER, Rz. 831), und da mit der Zulassung in der Spitalliste der Leistungsanspruch des Versicherten verknüpft ist (SBVR-EUGSTER, Rz. 840), muss aber spätestens im Rahmen des Spitallistenentscheids Gewähr dafür bestehen, dass das auf der Spitalliste aufgeführte Spital sämtliche Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 KVG erfüllt. Insofern muss die für den Spitallistenentscheid zuständige Behörde prüfen, ob sämtliche Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 KVG gegeben sind. Kann ein Leistungserbringer eine der Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 KVG nicht mehr erfüllen, stellt sich demnach die Frage, ob eine Streichung von der Spitalliste in Frage kommt, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Voraussetzung handelt, die grundsätzlich im Betriebsbewilligungsverfahren zu prüfen ist.

Im Rahmen der Gesetzgebung zur neuen Spitalfinanzierung ist die Voraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG insofern relativiert worden, als auch die nicht auf einer Spitalliste stehenden Vertragsspitäler nach Art. 49a Abs. 4 KVG KVG-Leistungen erbringen können (vgl. SBVR-EUGSTER, Rz. 788). Zu unterscheiden ist demnach zwischen sog. *Listenspitälern*, die auf einer Spitalliste des Kantons aufgeführt sind und einen kantonalen Leistungsauftrag zu erfüllen haben (Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG), und sog. *Vertragsspitälern* nach Art. 49a Abs. 4 KVG, die nicht auf einer kantonalen Spitalliste figurieren und keinen kantonalen Leistungsauftrag zu erfüllen haben. Vertragsspitäler haben nur dann die Möglichkeit zur Abrechnung der Leistungen zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, sofern sie mit der

betreffenden Krankenversicherung einen Vertrag nach Art. 49a Abs. 4 KVG abgeschlossen haben, wobei die sozialversicherungsrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 lit. a–c und f KVG erfüllt sein müssen. Nach Art. 49a Abs. 1 KVG werden die stationären Leistungen von Listenspitälern vom Kanton und von den Versicherern anteilsmässig vergütet. Bei Vertragsspitälern erfolgt keine Subventionierung durch die Kantone (BVGE 2012/30 E. 4.6). Im Gegensatz zu den Listenspitälern sind Vertragsspitäler nicht zur Patientenaufnahme nach Art. 41a KVG verpflichtet und stehen nicht in der gesetzlich freien Wahl der Versicherten nach Art. 41 Abs. 1bis KVG (vgl. zu den Vertragsspitälern ausführlich SBVR-EUGSTER, Rz. 854 ff.).

2. Anschluss an eine zertifizierte Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft gemäss EPDG als sozialversicherungsrechtliche Zulassungsvoraussetzung

Mit dem Erlass des Bundesgesetzes über das elektronische Patientendossier (EPDG) vom 19. Juni 2015, das am 15. April 2017 in Kraft getreten ist, wurden die krankenkassenversicherungsrechtlichen *Zulassungsvoraussetzungen* für Spitäler (und gewisse andere Einrichtungen) nach Art. 39 Abs. 1 KVG (vgl. auch Art. 49a Abs. 4 KVG betreffend Vertragsspitäler) erweitert. Neu müssen sich Spitäler (sowohl Listen- als auch Vertragsspitäler) nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG bzw. Art. 49a Abs. 4 KVG einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft nach Art. 11 lit. a EPDG anschliessen. Nach der Übergangsbestimmung im KVG zur Änderung vom 19. Juni 2015 (Elektronisches Patientendossier) müssen sowohl Listen- als auch Vertragsspitäler diese Voraussetzung nach einer Übergangsfrist von drei Jahren nach Inkrafttreten der Änderung vom 19. Juni 2015, d.h. bis am 14. April 2020, erfüllen (Abs. 1 der Übergangsbestimmung). Für Geburtshäuser und Pflegeheime gilt eine Übergangsfrist von fünf Jahren (Abs. 2 der Übergangsbestimmung).

Das EPDG regelt die Voraussetzungen für die Bearbeitung der Daten des elektronischen Patientendossiers und legt die Massnahmen fest, welche die Einführung, Verbreitung und Weiterentwicklung des elektronischen Patientendossiers unterstützen (Art. 1 Abs. 1 und 2 EPDG). Mit dem *elektronischen Patientendossier* sollen die Qualität der medizinischen Behandlung gestärkt, die Behandlungsprozesse verbessert, die Patientensicherheit erhöht und die Effizienz des Gesundheitssystems gesteigert sowie die Gesundheitskompetenz der Patientinnen und Patienten gefördert werden (Art. 1 Abs. 3 EPDG). Beim elektronischen Patientendossier handelt es sich um ein virtuelles Dossier, über das dezentral abgelegte behandlungsrelevante Daten aus der Krankengeschichte einer Patientin oder eines Patienten oder ihre oder seine selber erfassten Daten in einem Abrufverfahren in einem konkreten Behandlungsfall zugänglich gemacht werden können (Art. 2 lit. a EPDG). Für die Erstellung eines elektronischen Patientendossiers ist die schriftliche Einwilligung der Patientin oder des Patienten erforderlich (Art. 3 Abs. 1 EPDG; zum Prinzip der Freiwilligkeit vgl. Botschaft EPDG, BBl 2013, S. 5349). Mit der Einwilligung wird im Behandlungsfall vermutet, dass die betroffene Person

damit einverstanden ist, dass die Gesundheitsfachpersonen Daten im elektronischen Patientendossier erfassen (Art. 3 Abs. 1 EPDG). Bezüglich des Zugangs von Gesundheitsfachpersonen auf die Daten von Patientinnen und Patienten erteilen Letztere entsprechende Zugriffsrechte (vgl. Art. 9 EPDG).

Das elektronische Patientendossier ermöglicht es Gesundheitsfachpersonen, auf behandlungsrelevante Daten ihrer Patientinnen und Patienten, die von anderen am Behandlungsprozess beteiligten Gesundheitsfachpersonen erstellt wurden, zuzugreifen (vgl. auch Art. 9 EPDG). Dazu müssen sie sich einer zertifizierten *Gemeinschaft* oder *Stammgemeinschaft* anschliessen (Botschaft EPDG, BBl 2013, S. 5410). Bei einer Gemeinschaft handelt es sich um eine organisatorische Einrichtung von Gesundheitsfachpersonen und deren Einrichtungen (Art. 2 lit. d EPDG), bei einer Stammgemeinschaft um eine Gemeinschaft, die zusätzliche Aufgaben nach Art. 10 Abs. 2 EPDG wahrnimmt (Art. 2 lit. e EPDG). Gemeinschaften müssen sicherstellen, dass Daten nach Art. 3 Abs. 2 EPDG über das elektronische Patientendossier zugänglich sind und jede Bearbeitung von Daten protokolliert wird (Art. 10 Abs. 1 EPDG; vgl. zu den Aufgaben der Gemeinschaften auch Art. 9 ff. EPDV). Stammgemeinschaften müssen gemäss Art. 10 Abs. 2 EPDG zusätzliche Aufgaben erfüllen, so müssen sie die Einwilligungen und Widerrufserklärungen nach Art. 3 EPDG verwalten und den Patientinnen und Patienten die Möglichkeit geben, die Zugriffsrechte für Gesundheitsfachpersonen nach Art. 9 EPDG zu vergeben und anzupassen, auf ihre Daten zuzugreifen sowie selber eigene Daten im elektronischen Patientendossier zu erfassen. Die Zusammenarbeit der verschiedenen Gesundheitsfachpersonen oder deren Einrichtungen innerhalb einer Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft ist durch diese vertraglich zu regeln. Die Zusammenarbeit beschränkt sich dabei auf die gemeinsame Nutzung der für das elektronische Patientendossier notwendigen Informatikinfrastruktur. Eine Gesundheitsfachperson kann verschiedenen Gemeinschaften oder Stammgemeinschaften angehören (Botschaft EPDG, BBl 2013, S. 5337). Eine Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft kann erst dann anderen Gemeinschaften oder Stammgemeinschaften Daten und Dokumente zugänglich machen oder von ihnen abrufen, wenn sie den im EPDG festgelegten Zertifizierungsprozess durchlaufen hat (vgl. Art. 11 ff. EPDG). Innerhalb jeder Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft muss eine Informatikinfrastruktur aufgebaut und betrieben werden (vgl. Botschaft EPDG, BBl 2013, S. 5338). Für die Schaffung der organisatorischen und rechtlichen Voraussetzungen für den Aufbau einer Gemeinschaft oder einer Stammgemeinschaft, für den Aufbau der Informatikinfrastruktur sowie für die Zertifizierung von Gemeinschaften und Stammgemeinschaften werden (während drei Jahren seit Inkrafttreten des Gesetzes) Finanzhilfen gewährt (vgl. Art. 20 ff., Art. 27 Abs. 3 EPDG).

Grundsätzlich sind Gesundheitsfachpersonen nicht verpflichtet, sich einer Gemeinschaft oder einer Stammgemeinschaft anzuschliessen, um behandlungsrelevante Daten ihrer Patientinnen oder Patienten in elektronischer Form anderen Gesundheitsfachpersonen zugänglich zu ma-

chen (sog. doppelte Freiwilligkeit) (vgl. auch JENNI/BOLDI, S. 105). Eine Ausnahme besteht diesbezüglich für «Spitäler und andere Einrichtungen» nach Art. 39 und Art. 49a Abs. 4 KVG, indem diese – wie bereits gesagt – die sozialversicherungsrechtliche Zulassung nur erhalten, wenn sie sich einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft angeschlossen haben. Die *«Verpflichtung» von Spitälern* (und weiteren Einrichtungen) nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG bzw. Art. 49a Abs. 4 KVG, sich einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anzuschliessen, *zielt darauf ab*, «von Anfang an eine kritische Masse von Nutzerinnen und Nutzern zu erreichen, um eine rasche Etablierung des elektronischen Patientendossiers zu ermöglichen» (Botschaft EPDG, BBl 2013, S. 5397). Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen des EPDG wurde ein Antrag der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates abgelehnt (neuer Art. 59a KVG), der eine Verpflichtung zum Anschluss an eine zertifizierte Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft für Leistungserbringer nach Art. 35 Abs. 2 lit. a–g und lit. i–n vorsah und damit die sog. doppelte Freiwilligkeit für diese Leistungserbringer hätte aufheben wollen. Diese Verpflichtung wurde im (abgelehnten) Vorschlag verknüpft mit einer Sanktionsmöglichkeit des Schiedsgerichts (Art. 89 KVG) für den Fall, dass gegen diese Verpflichtung durch Leistungserbringer verstossen worden wäre (Verwarnung, Busse, vorübergehender oder definitiver Ausschluss von der Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung) (der Vorschlag ist abgedruckt in AB 2015 N 442; vgl. dazu auch Bericht Expertengruppe Kostendämpfungsmassnahmen, S. 93 ff.).

II. Folgen des Nichtanschlusses innerhalb der gesetzlichen Übergangsfrist

1. Allgemeines; Unterscheidung zwischen Listen- und Vertragsspitälern

Es stellt sich die Frage, welche *Rechtsfolgen* eintreten, wenn ein Spital sich nicht innerhalb einer Übergangsfrist von drei Jahren nach Inkrafttreten der Änderung vom 19. Juni 2015, d.h. bis am 14. April 2020, einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anschliesst.

Hinsichtlich *Spitälern, die noch nicht zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen sind*, liegt die Antwort auf der Hand: Da (zumindest) eine Zulassungsvoraussetzung nicht erfüllt ist, darf dieses Spital nicht zugelassen werden, d.h. es dürfte weder auf eine Spitalliste aufgenommen, noch dürfte mit diesem Spital ein Vertrag nach Art. 49a Abs. 4 KVG abgeschlossen werden.

Schwieriger präsentiert sich die Rechtslage in Bezug auf Spitäler, die bereits sozialversicherungsrechtlich zugelassen sind. Zu unterscheiden ist hierbei zunächst zwischen Listen- und Vertragsspitälern. Während bei Listenspitälern (mit der Spitalliste) ein formelles Zulassungsverfahren vorgesehen ist (vgl. auch oben B./I./1.), hat die Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen bei Vertragsspitälern durch den entsprechenden Krankenversicherer zu erfolgen (vgl. auch SBVR-EUGSTER, Rz. 858).

Sollte ein *Vertragsspital* die sozialversicherungsrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllen, kann dies unter Umständen zu einer Auflösung des Vertrags, der dem öffentlichen Recht untersteht (vgl. SBVR-EUGSTER, Rz. 866 ff.), oder zu einer Leistungsverweigerung führen. Dabei ist in erster Linie auf die Ausgestaltung des Vertrags zwischen Krankenversicherer und Vertragsspital abzustellen. Sieht dieser die Möglichkeit der einseitigen Auflösung oder der Leistungsverweigerung bei Wegfall von Zulassungsvoraussetzungen vor, so darf der Vertrag aufgelöst bzw. die Leistung verweigert werden (vgl. dazu WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 3023). Eine Verpflichtung des Krankenversicherers zur Kündigung des Vertrags könnte jedenfalls nach einer gewissen Zeit der Nichtumsetzung von Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG bestehen, zumal die Krankenversicherer verpflichtet sind, die Zulassungsvoraussetzungen durchzusetzen. Aber auch wenn eine solche Kündigungsmöglichkeit im Vertrag nicht vorgesehen wäre, käme unter Umständen eine Vertragsaufhebung wegen nachträglicher Rechtsfehlerhaftigkeit in Frage (vgl. dazu WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 3011 ff., 3017). Da das Rechtsverhältnis zwischen Leistungserbringern und Krankenversicherern öffentlich-rechtlicher Natur und der Krankenversicherer gegenüber dem Leistungserbringer an die rechtsstaatlichen Grundsätze gebunden ist, müssten diesfalls allerdings Verhältnismässigkeitsüberlegungen angestellt werden. Eine Aufhebung des Vertrags wäre nur möglich, wenn der Gesetzesverstoss so gravierend ist, dass das Interesse an der Durchführung des objektiven Rechts das Interesse an der Rechtssicherheit (Festhalten am Vertrag) überwiegt (vgl. WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 3017). In der Interessenabwägung fällt die Position des Vertragsspitals im Vergleich zu den Listenspitälern (vgl. B./II./3./c.) weniger stark ins Gewicht. Vertragsspitäler haben keinen Leistungsauftrag wahrzunehmen und tragen nach der gesetzgeberischen Konzeption nicht zur Grundversorgung mit Spitaldienstleistungen bei. Sie stellen vielmehr ein zusätzliches «Wettbewerbselement» dar, indem sie Druck auf die Kostenstruktur der Listenspitäler ausüben sollen (vgl. SBVR-EUGSTER, Rz. 854 ff.). Das Interesse, Vertragsspitäler trotz Nichteinhaltens von Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG weiterhin zuzulassen, ist demnach deutlich weniger stark ausgeprägt als bei Listenspitälern. Dies kommt auch darin zum Ausdruck, dass Krankenversicherer nicht verpflichtet sind, mit «Nicht-Listenspitälern» Verträge nach Art. 49a Abs. 4 KVG abzuschliessen (Art. 49a Abs. 4 KVG ist eine «kann»-Bestimmung). Trotzdem ist zweifelhaft, ob bei Fehlen der Voraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG ein so gravierender Mangel vorliegt, der eine vorzeitige, einseitige Auflösung des Vertrags rechtfertigen würde. Eine Vertragsauflösung käme wohl nur in Frage, wenn sich das Vertragsspital trotz Abmahnung weigern würde, sich einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anzuschliessen. Vergleichbare Überlegungen müssten auch in Bezug auf die Leistungsverweigerung angestellt werden.

Die *nachfolgenden Ausführungen* (Ziff. 2–4) beziehen sich in erster Linie auf Listenspitäler. Unter Ziff. 5 ist im Übrigen auf die Konstellation einzugehen, in der die Spitallisten-Verfügung bzw. der Vertrag nach Art. 49a Abs. 4 KVG befristet ist und das betreffende, einst

zugelassene Spital nach Ablauf der Laufzeit der Verfügung bzw. des Vertrags (nach Ablauf der gesetzlichen Übergangsfrist) die Voraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG nicht erfüllt.

2. Was sagen die Materialien und die Literatur?

Der *Text des KVG* äussert sich nicht ausdrücklich zur Frage, was mit Spitälern zu geschehen hat, welche die sozialversicherungsrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllen; er bestimmt lediglich, unter welchen Voraussetzungen eine Zulassung zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erfolgen darf. Weiter ist festzuhalten, dass sich der *Bundesrat* in der Botschaft zum EPDG zur Frage, was mit zugelassenen Spitälern zu geschehen hat, die sich nicht innerhalb der Übergangsfrist einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anschliessen, nicht geäussert hat. Auch eine Analyse der Protokolle der *parlamentarischen Beratung* fördert keine Antwort zu Tage: Im Parlament wurde zwar über die Dauer der Übergangsfrist gestritten; so wurde die vom Bundesrat in seinem Entwurf vorgeschlagene 5-Jahres-Frist betreffend Spitäler auf drei Jahre gekürzt, wobei dieser Punkt im Parlament lange Zeit umstritten war. Diese Kürzung wurde vorwiegend damit begründet, die Einführung des elektronischen Patientendossiers in zeitlicher Hinsicht zu forcieren, wobei dieser Vorschlag – nach Aussagen in der Parlamentsdebatte – von Vertretern der Gesundheitsdirektorenkonferenz für realisierbar eingestuft wurde (vgl. z.B. Votum GILLI, AB 2015 N 446). Zur Frage, was mit zugelassenen Spitälern nach unbenütztem Verstreichen der Übergangsfrist zu geschehen hat, lassen sich aber der parlamentarischen Debatte – soweit ersichtlich – keine Stellungnahmen finden. In der *Literatur* findet sich bei JENNI/BOLDI eine Stellungnahme, die relativ klar – aber ohne nähere Begründung – ausführen, dass Spitäler, die der entsprechenden Verpflichtung nicht nachkommen, «vom zuständigen Kanton von der Spitalliste zu streichen» seien (JENNI/BOLDI, S. 105).

3. Streichung von der Spitalliste?

a) Allgemeines

Vor diesem Hintergrund ist auf allgemeine verwaltungsrechtliche Überlegungen abzustellen. Da über die Zulassung bzw. Nicht-Zulassung von Spitälern (mit Ausnahme von Vertragsspitälern) letztlich im Rahmen der Spitalliste entschieden wird (vgl. auch oben B./I./1.), steht die Frage einer *Streichung von der Spitalliste* im Vordergrund, die zur Folge hätte, dass die Spitäler nicht mehr zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen wären. Angesprochen ist demnach die Frage der Abänderbarkeit der Spitalliste.

Die Kantone sind verpflichtet, ihre Spitalplanung *periodisch zu überprüfen* (Art. 58a Abs. 2 KVV) und allenfalls dem veränderten Bedarf anzupassen (BVGE 2010/15 E. 4.2; BVGer C-325/2010 E. 4.5.5; vgl. auch SBVR-EUGSTER, Rz. 838). Das Spital erlangt mithin, wenn es in der Spitalliste figuriert, nie eine unwiderruflich gesicherte Rechtsposition (SBVR-EUGSTER,

Rz. 838). Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts ist es nicht bundesrechtswidrig, wenn ein Leistungsauftrag nur befristet erteilt wird, um eine spätere Überprüfung des Bedarfs sicherzustellen (BVGer C-490/2016 E. 7.2). Der Erlass einer neuen Spitalliste setzt grundsätzlich eine neue, bundesrechtskonforme Spitalplanung voraus (BVGer C-6266/2013 E. 5.2).

Welche Änderungen an einer Spitalliste *ausserhalb eines umfassenden Spitalplanungsverfahrens* zulässig sind, hat das Bundesverwaltungsgericht bisher nicht abschliessend geklärt. Bei einem klar ausgewiesenen Versorgungsbedarf oder Unterangebot sind Anpassungen bei den Leistungsaufträgen jedenfalls möglich. Problematisch wäre hingegen die Vergabe von zusätzlichen Leistungsaufträgen ohne umfassende Planung und Neuevaluation (BVGer C-6007/2016 E. 8.5; FANKHAUSER/RUTZ, Spitalplanung und Spitalfinanzierung, SZS 2018, S. 291). Sollte ein Spital während der Geltung eines Leistungsauftrags die Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 KVG nicht mehr erfüllen, kommt eine Streichung von der Spitalliste (und damit verbunden der Entzug des Leistungsauftrags) in Frage. Das Bundesverwaltungsgericht musste sich mit einer solchen Konstellation – soweit ersichtlich – bisher noch nicht beschäftigen (siehe aber immerhin BVGE 2010/15, in dem es um die Streichung eines ausserkantonalen Spitals von der Spitalliste im Rahmen einer Neuüberprüfung der Spitalliste ging). Eine Streichung von der Spitalliste folgt den Regeln über den Widerruf von Verfügungen (vgl. RÜTSCHE, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, Bern 2011, Rz. 19; vgl. auch GDK, Bundesratspraxis, S. 9), zumal die Spitalliste in erster Linie aus einem Bündel von Einzelverfügungen besteht (BVGE 2013/46 E. 1.1.1; BVGE 2012/9 E. 3.2; vgl. auch SBVR-EUGSTER, Rz. 833). Da Versicherer oder ein Verband von Krankenversicherern nicht legitimiert sind, gegen einen Spitallistenbeschluss Beschwerde zu führen (BVGE 2010/51 E. 6.6.3; siehe auch unten D./II.), dürften sie auch kein schutzwürdiges Interesse haben, einen Spitallistenbeschluss von der zuständigen Behörde in Wiedererwägung ziehen zu lassen. Der Anstoss hierzu hat vielmehr grundsätzlich von der zuständigen Behörde auszugehen.

An dieser Stelle ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass nach der Gerichtspraxis einem Spital, das nicht mehr in die Spitalliste aufgenommen wurde oder dessen Leistungsaufträge reduziert wurden, eine *Übergangsfrist* eingeräumt werden kann. Diese soll einerseits dazu dienen, die Behandlung bereits aufgenommener Patientinnen und Patienten abschliessen zu können, und es andererseits dem betroffenen Spital ermöglichen, allenfalls erforderliche Anpassungen in betrieblicher Hinsicht vorzunehmen. Die Dauer der Übergangsfrist ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände festzusetzen, wobei sechs Monate den maximalen Rahmen bilden (BVGer C-220/2012 E. 2.3.2; BVGE 2010/15 E. 8.2; vgl. auch FANKHAUSER/RUTZ, Spitalplanung und Spitalfinanzierung, SZS 2018, S. 290).

b) Voraussetzungen des Widerrufs von Verfügungen

Die Frage, ob eine *formell rechtskräftige Verwaltungsverfügung geändert* werden kann, ist nach der Rechtsprechung – sofern keine spezialgesetzlichen Bestimmungen bestehen – grund-

sätzlich in zwei gedanklich zu trennenden Schritten zu beantworten: In einem ersten (verfahrensrechtlichen) Schritt ist zu prüfen, ob ausreichende Gründe vorliegen, auf die formell rechtskräftige Verfügung überhaupt zurückzukommen. Mit dem Entscheid der Behörde, auf Gesuch hin oder von Amtes wegen auf die Angelegenheit zurückzukommen, wird die formelle Rechtskraft der ursprünglichen Verfügung beseitigt und es kommt zu einem neuen Verwaltungsverfahren in der Sache. In einem zweiten (materiell-rechtlichen Schritt) prüft die Behörde, ob ausreichende Gründe vorliegen, die – der formellen Rechtskraft nunmehr entkleidete – Verfügung in der Sache zu ändern (vgl. zum Ganzen BGE 138 I 61 E. 4.5; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 Rz. 29 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 2644 ff.).

Da vorliegend das Spezialgesetz zu den *Rückkommensgründen* schweigt (Art. 53 ATSG ist vorliegend nicht einschlägig), gelten die Grundsätze der Rechtsprechung (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 Rz. 36 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 2649 ff.). Zu den Rückkommensgründen zählt auch die nachträgliche Änderung der Rechtslage, die sich insbesondere als Folge neuer Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen ergeben kann, die sich auf die Verfügungsgrundlage auswirken (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 Rz. 45; WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 2671 ff.; je m.H. auf die Rechtsprechung). Da vorliegend die Voraussetzungen für Spitäler für die Zulassung zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erweitert worden sind (neuer Art. 39 Abs. 1 lit. f i.V.m. der Übergangbestimmung zur Änderung vom 19. Juni 2015), liegt grundsätzlich ein Rückkommensgrund vor.

Unter dem sog. *Widerruf* ist die Frage zu prüfen, unter welchen materiellen Voraussetzungen eine Verfügung bei Vorliegen von Rückkommensgründen abgeändert oder aufgehoben werden darf. Fehlen – wie hier (Art. 53 ATSG ist vorliegend nicht einschlägig) – positivrechtliche Bestimmungen über die Möglichkeit der Änderung einer Verfügung, so ist über diese anhand einer Interessenabwägung zu befinden, bei der das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts dem Interesse an Rechtssicherheit bzw. dem Vertrauensschutz gegenüberzustellen ist (vgl. BGE 137 I 69 E. 2.3; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 Rz. 49 f.; WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 2712; je m.H. auf die Rechtsprechung). Zu prüfen ist ferner, ob der Widerruf verhältnismässig ist (WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 2712). Vertrauensschutzinteressen überwiegen regelmässig in Fällen, in denen durch eine Verfügung ein wohlerworbenes oder subjektives Recht begründet worden ist, die Verfügung auf einer umfassenden Interessenabwägung beruht oder der Verfügungsadressat von einer ihm durch Verfügung eingeräumten Befugnis bereits Gebrauch gemacht hat. Auch in diesen Fällen kann aber ein Widerruf in Frage kommen, wenn er durch ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse geboten ist, auf die Verfügung durch unrichtige oder unvollständige Angaben eingewirkt wurde oder der rechtswidrige Zustand lange fortdauern würde (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 17 Rz. 1226 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 Rz. 56 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 2713; je m.H. auf die Rechtsprechung).

Nach Rechtsprechung und Lehre zur Frage des *Entzugs einer (Berufsausübungs-)Bewilligung*, der in seinen faktischen Auswirkungen mit der Streichung von der Spitalliste vergleichbar ist, führt der Umstand, dass sich die Rechtslage geändert hat, nicht notwendigerweise zu einem (sofortigen) definitiven Bewilligungsentzug (vgl. BGE 139 II 185 E. 10.2; BGE 93 I 90 E. 3; WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 2671). Der Bewilligungsentzug darf aus Gründen der Verhältnismässigkeit nur angeordnet werden, wenn er zur Erreichung der öffentlichen Interessen geeignet, erforderlich und mit Blick auf die Rechtsstellung des Privaten auch zumutbar ist. Unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit sind jeweils – aus der Sicht des von einem allfälligen Entzug Betroffenen – mildere Mittel zu prüfen, die allerdings in gleicher Weise geeignet sein müssen wie der Entzug. Zu denken ist etwa an Massnahmen wie eine Verwarnung, eine Busse oder der vorübergehende Bewilligungsentzug. Wurden die Bewilligungsvoraussetzungen verschärft, darf die Bewilligung grundsätzlich nicht sofort entzogen werden, sondern es ist dem Bewilligungsinhaber Gelegenheit zu geben, sich an die neuen, veränderten Bewilligungsvoraussetzungen anzupassen (vgl. z.B. BGE 139 II 185 E. 10.2).

c) Interessenabwägung im vorliegenden Fall

Hinsichtlich der Frage, ob ein Spital von der Spitalliste zu streichen ist, wenn es sich nicht innerhalb der Übergangsfrist von drei Jahren einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG angeschlossen hat, sind im Rahmen der Interessenabwägung *verschiedene Gesichtspunkte* zu berücksichtigen.

Zunächst muss festgehalten werden, dass der Gesetzgeber *bereits eine Übergangsfrist* von drei Jahren vorgesehen hat, um es den Spitälern zu ermöglichen, sich an diese neue Zulassungsvoraussetzung anzupassen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob es gute Gründe gibt, diese Frist – durch einen vorübergehenden Verzicht auf eine Streichung von der Spitalliste – zu verlängern. Dabei ist einerseits zu berücksichtigen, welche Bedeutung dieser Zulassungsvoraussetzung zukommt, andererseits ist aber auch in Rechnung zu stellen, welches die negativen Folgen einer Streichung von der Spitalliste wären.

Mit dem elektronischen Patientendossier werden *verschiedene (bedeutende) gesundheitspolitische Ziele* verfolgt, namentlich sollen die Qualität der medizinischen Behandlung gestärkt, die Behandlungsprozesse verbessert, die Patientensicherheit erhöht und die Effizienz des Gesundheitssystems gesteigert sowie die Gesundheitskompetenz der Patientinnen und Patienten gefördert werden (Art. 1 Abs. 3 EPDG). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Nutzen des elektronischen Patientendossiers mit der Anzahl der in zertifizierten Gemeinschaften oder Stammgemeinschaften zusammengeschlossenen Gesundheitsfachpersonen bzw. deren Einrichtungen gesteigert werden kann (Botschaft EDBG, BBl 2013, S. 5404). Dies war auch der Grund, weshalb die Spitäler (und gewisse weitere [wenn auch nicht alle] Einrichtungen) einer Verpflichtung zum Anschluss an eine zertifizierte Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft unterstellt worden sind (vgl. auch oben B./I./2.). Allerdings hängen die Realisierung, die Ver-

breitung und der Erfolg des elektronischen Patientendossiers nicht allein davon ab, wie viele Leistungserbringer sich solchen Gemeinschaften anschliessen, sondern auch davon, ob die Patientinnen und Patienten vom elektronischen Patientendossier Gebrauch machen, zumal diesbezüglich Freiwilligkeit besteht (vgl. dazu oben B./I./2.).

Wenngleich mit dem elektronischen Patientendossier bedeutende öffentliche Interessen verfolgt werden, stellt sich die Frage, ob eine Streichung von der Spitalliste eine verhältnismässige Massnahme wäre. Bereits bezüglich der *Eignung und Erforderlichkeit* einer solchen Massnahme sind erhebliche Fragezeichen anzubringen. Mit der Streichung eines Spitals von der Spitalliste wäre mit Blick auf die wirkungsvolle Einführung und Verbreitung des elektronischen Patientendossiers in den meisten Fällen nicht viel gewonnen. Um die Grundversorgung mit Spitaldienstleistungen in einem Kanton weiterhin sicherzustellen, müsste vielfach anstelle des von der Spitalliste gestrichenen Spitals ein anderes Spital mit einem Leistungsauftrag versehen werden, wobei unklar ist, ob ein solches auf die Schnelle überhaupt zu finden wäre und ob man ein Spital finden würde, das die Voraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG bereits erfüllt. In solchen Fällen dürfte eine Verwarnung eines Listenspitals verbunden mit einer Fristerstreckung im Sinne einer gegenüber dem Entzug milderen Massnahme das Ziel, das elektronische Patientendossier wirkungsvoll einzuführen, in gleicher Weise geeignet sein.

Zu diesen Überlegungen kommt hinzu, dass es sich bei der Voraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG lediglich um eine von mehreren Zulassungsvoraussetzungen handelt und insofern *keine erhebliche Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften* besteht, sollte sich ein Spital nicht rechtzeitig einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anschliessen. Des Weiteren dürften mit dem Nichtanschluss zwar die mit dem EPDG verfolgten Ziele, die insbesondere auf eine «Verbesserung» des Gesundheitssystems abzielen, nicht genügend schnell erreicht werden. Das heute grundsätzlich gut *funktionierende Gesundheitssystem* würde dadurch aber *nicht in Frage gestellt* werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Gesundheitsversorgung durch die Streichung von (bedeutenden) Spitälern von der Spitalliste, die sich nicht rechtzeitig einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anschliessen, in Mitleidenschaft gezogen werden könnte. Für Spitäler dürfte die Streichung von der Spitalliste regelmässig mit *drastischen Folgen* verbunden sein, da sie nicht mehr zur Abrechnung ihrer Leistungen über das System der obligatorischen Krankenpflegeversicherung berechtigt wären, was unter Umständen zu einer Schliessung des Spitals führen könnte.

Im Rahmen der Interessenabwägung ist weiter auch zu berücksichtigen, dass der Nichtanschluss eines Spitals an eine zertifizierte Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft unter Umständen nicht auf ein *Verschulden* dieses Spitals zurückzuführen ist. Dies könnte etwa der Fall sein, wenn das Spital selber nicht in der Lage ist, eine solche Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft zu bilden, und keine zertifizierte Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft besteht, die bereit wäre, das Spital aufzunehmen. Auch ist der Fall denkbar, dass ein Spital begonnen

hat, eine Gemeinschaft zu bilden oder sich einer solchen anzuschliessen, dieser Prozess aber im Zeitpunkt des Ablaufs der Übergangsfrist noch nicht abgeschlossen ist.

Vor diesem Hintergrund erscheint eine Streichung eines Spitals von der Spitalliste, das die Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG im Zeitpunkt des Ablaufs der Übergangsfrist noch nicht erfüllt, *kaum als verhältnismässig*. Dies dürfte unseres Erachtens unter Umständen selbst für Spitäler gelten, die sich im Zeitpunkt des Ablaufs der Übergangsfrist offensichtlich weigern, sich einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anzuschliessen. Vielmehr dürfte die sachgerechte Reaktion der zuständigen Behörde in einem behutsameren Vorgehen bestehen. Eine verhältnismässige Massnahme dürfte darin liegen, den Spitälern, welche die Voraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG (noch) nicht erfüllen, eine Verwarnung auszusprechen und eine *angemessene Nachfrist* für den Anschluss anzusetzen. In diesem Zusammenhang ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass in der parlamentarischen Beratung des EPDG im Zusammenhang mit der (schliesslich abgelehnten) Einführung eine Verpflichtung zum Anschluss an eine zertifizierte Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft für Leistungserbringer nach Art. 35 Abs. 2 lit. a–g und lit. i–n eine Sanktionsbestimmung diskutiert worden ist, die bei Nichteinhaltung der Verpflichtung (nach Ablauf der Übergangsfrist) dem Schiedsgericht nach Art. 89 KVG die Möglichkeit eingeräumt hätte, im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips eine Verwarnung, eine Busse oder – als ultima ratio – einen vorübergehenden oder definitiven Ausschluss von der Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung anzuordnen (der Vorschlag ist abgedruckt in AB 2015 N 442; vgl. dazu auch oben B./I./2.).

4. Prüfung einer Leistungsverweigerung durch das Schiedsgericht

Geht man davon aus, dass dem Schiedsgericht gemäss Art. 89 KVG die Zuständigkeit zukommt, über die Leistungsverweigerung von Krankenversicherern im Einzelfall bei Nichteinhaltung der Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 KVG durch Leistungserbringer zu befinden (vgl. dazu unten D.), ist das Schiedsgericht in gleicher Weise wie die für die Spitalliste zuständige Behörde verpflichtet, bei seinem Entscheid Verhältnismässigkeitsüberlegungen anzustellen. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil die Krankenversicherer im Bereich der sozialen Krankenversicherung auch gegenüber Leistungserbringern als Organe einer Bundessozialversicherung und somit als Träger öffentlicher Aufgaben agieren. Sie müssen daher die obligatorische Krankenversicherung auch im Verhältnis zu Leistungserbringern nach rechtsstaatlichen Grundsätzen durchführen. Ihr Handeln ist im Verhältnis zu den Leistungserbringern der Verfassung und dem Gesetz verpflichtete Verwaltungstätigkeit (SBVR-EUGSTER, Rz. 868). Eine Leistungsverweigerung durch Krankenversicherer bei Nichteinhaltung der Voraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG nach Ablauf der gesetzlichen Übergangsfrist durch ein Spital dürfte deshalb durch das Schiedsgericht nur als *ultima ratio* in Betracht gezogen

werden. Bei Vertragsspitälern wäre diesbezüglich in erster Linie auf die vertragliche Regelung abzustellen (vgl. dazu oben B./II./1.).

Allerdings ist auch diese Schlussfolgerung mit gewissen *Unsicherheiten* behaftet, zumal zur Frage, inwiefern rechtsstaatliche Grundsätze bei Zulassungsfragen, die vor das Schiedsgericht getragen worden sind, zu berücksichtigen sind, – soweit ersichtlich – keine Urteile des Bundesgerichts vorliegen (in BGE 132 V 303 ging es lediglich um die Frage der Zuständigkeit des Schiedsgerichts bei Zulassungsfragen).

5. Besondere Konstellation: Befristete Zulassung

Nicht ausgeschlossen ist es, dass Spitäler lediglich aufgrund einer *befristeten Spitallisten-Verfügung* (bzw. eines befristeten Leistungsauftrags) oder eines *befristeten Vertrags* nach Art. 49a Abs. 4 KVG zur Abrechnung zulasten der obligatorischen Krankenversicherung zugelassen sind (vgl. zur Zulässigkeit der Befristung von Leistungsaufträgen BVGer C-490/2016 E. 7). Es stellt sich die Frage, was zu geschehen hat, wenn die Laufzeit der Verfügung bzw. des Vertrags (d.h. der formellen Zulassung) abläuft und das entsprechende Spital nach Ablauf der Übergangsfrist von drei Jahren die Zulassungsvoraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG noch nicht erfüllt.

Bei *Vertragsspitälern* liegt die Antwort auf der Hand: Da es im freien Belieben des Krankenversicherers steht, Verträge nach Art. 49a Abs. 4 KVG abzuschliessen, müsste nach Ablauf der Vertragsdauer kein Vertrag mit dem ehemaligen Vertragspartner abgeschlossen werden. Es ist weiter davon auszugehen, dass der Krankenversicherer gar nicht befugt wäre, mit einem solchen Spital einen neuen Vertrag abzuschliessen, da Art. 49a Abs. 4 KVG für den Vertragsabschluss das Vorliegen der Voraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG verlangt. Ein solcher Vertrag dürfte erst abgeschlossen werden, wenn ein Anschluss an eine Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft erfolgt wäre und die weiteren Zulassungsvoraussetzungen nach wie vor gegeben wären.

Ähnlich präsentiert sich die Rechtslage in Bezug auf *Listenspitäler*: Läuft die Laufzeit der befristeten Spitallisten-Verfügung aus, kommt es zu einer Neuvergabe des entsprechenden Leistungsauftrags, sofern dieser von den zuständigen Behörden nach wie vor als erforderlich angesehen wird. Da kein Anspruch auf Aufnahme in die Spitalliste besteht und die befristete Spitallisten-Verfügung keinen Anspruch auf Erneuerung gibt (vgl. BGE 133 V 123 E. 3.3; BVGE 2013/46 E. 6.3.3), hätte das bisher zugelassene Listenspital keinen Anspruch darauf, weiterhin auf die Spitalliste gesetzt zu werden und zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung abzurechnen. Es stellt sich weiter die Frage, ob die zuständige Behörde die Möglichkeit hätte, das entsprechende Spital weiterhin auf die Spitalliste zu setzen und mit einem Leistungsauftrag zu betrauen. Handelte es sich um ein Spital, das zu diesem Zeitpunkt (nach Ablauf der dreijährigen Übergangsfrist) die Voraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG nicht erfüllen würde, müsste die zuständige Behörde grundsätzlich davon absehen, das Spital

auf die Liste zu nehmen; es dürfte es grundsätzlich erst dann wieder mit einem Leistungsauftrag betrauen, wenn auch die Voraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG erfüllt wäre. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit dürfte u.E. (vorübergehend) eine Ausnahme davon gemacht werden, wenn ohne Aufnahme des entsprechenden Spitals die Grundversorgung mit Spitaldienstleistungen im entsprechenden Kanton nicht mehr gewährleistet werden könnte.

III. Bedeutung von Art. 190 BV

In der Fragestellung 1 wird die Frage aufgeworfen, welche Bedeutung Art. 190 BV bezüglich der Frage der Nichtzulassung zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung zukommt. Art. 190 BV gebietet dem Bundesgericht und den anderen rechtsanwendenden Behörden, Bundesgesetze und Völkerrecht unabhängig von einer allfälligen Verfassungswidrigkeit anzuwenden. Da sich das KVG zur Rechtsfolge einer Nichteinhaltung der Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 KVG durch ein zugelassenes Spital nicht äussert, liegt in der Schlussfolgerung, dass die Nichteinhaltung von Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG nach Ablauf der Übergangsfrist grundsätzlich nicht zur Streichung von der Spitalliste bzw. zu einer Verweigerung der Leistung durch die Krankenversicherer führen darf, keine Verletzung von Art. 190 BV. Vielmehr handelt es sich um eine verfassungskonforme Auslegung von Art. 39 Abs. 1 KVG in Bezug auf die Rechtsfolgen der Nichteinhaltung der entsprechenden Voraussetzungen, die Art. 190 BV nicht ausschliesst (vgl. OFK BV-BIAGGINI, Art. 190 BV Rz. 9; BGE 129 II 249 E. 5.4).

IV. Fazit

Hinsichtlich der Beantwortung der Frage 1 sind *verschiedene Konstellationen* auseinanderzuhalten:

- *Spitäler, die noch nicht zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenversicherung zugelassen sind* und sich noch nicht einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft angeschlossen haben, erfüllen die Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 KVG nicht, weshalb sie nicht zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenversicherung zugelassen werden dürften. Sie dürften weder auf eine Spitalliste aufgenommen werden, noch dürfte mit ihnen ein Vertrag nach Art. 49a Abs. 4 KVG abgeschlossen werden.
- *Bei Spitälern, die auf der Spitalliste figurieren*, nach Ablauf der gesetzlichen Übergangsfrist von drei Jahren die Voraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG aber noch nicht erfüllen, stellt sich die Frage einer Streichung von der Spitalliste, die den Regeln über die Wiedererwägung und den Widerruf von Verfügungen folgt. Eine umfassende Interessenabwägung führt zum Ergebnis, dass sich eine Streichung eines Spitals von der Spitalliste kaum als verhältnismässig erweist. Die sachgerechte Reak-

tion der zuständigen Behörden dürfte darin bestehen, den betreffenden Listenspitälern eine Verwarnung auszusprechen und eine angemessene Nachfrist anzusetzen.

- Bei *Vertragsspitälern* nach Art. 49a Abs. 4 KVG kann die Nichteinhaltung von Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG – je nach Ausgestaltung des Vertrags zwischen Krankenversicherer und Vertragsspital – zu einer Auflösung des Vertrags bzw. zu einer Leistungsverweigerung führen. Eine Aufhebung des Vertrags oder eine Leistungsverweigerung kommt insbesondere in Betracht, wenn entsprechende Möglichkeiten im Vertrag vorgesehen sind. Zweifelhaft ist, ob eine einseitige, vorzeitige Vertragsauflösung (bzw. eine Leistungsverweigerung) wegen nachträglicher Fehlerhaftigkeit gerechtfertigt wäre, wenn der Vertrag diese Möglichkeiten nicht vorsehen würde.
- Ist die Zulassung zur Abrechnung zulasten der obligatorischen Krankenversicherung *befristet* (befristeter Leistungsauftrag bei Listenspitälern; befristeter Vertrag nach Art. 49a Abs. 4 KVG), besteht nach Ablauf der Befristung kein Anspruch darauf, erneut mit einem Leistungsauftrag betraut zu werden bzw. einen Vertrag nach Art. 49a Abs. 4 KVG abzuschliessen. Eine Wiederaufnahme auf die Spitalliste bzw. eine Verlängerung eines Vertrags nach Art. 49a Abs. 4 KVG dürfte (nach Ablauf der dreijährigen Übergangsfrist) nur in Betracht gezogen werden, wenn das betreffende Spital auch die Voraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG erfüllen würde. Solange diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, darf die zuständige Behörde das Spital nicht auf die Spitalliste nehmen und darf ein Krankenversicherer keinen Vertrag nach Art. 49a Abs. 4 KVG abschliessen. Mit Blick auf Listenspitäler dürfte aus Gründen der Verhältnismässigkeit (vorübergehend) eine Ausnahme davon gemacht werden, wenn ohne Aufnahme des entsprechenden Spitals die Grundversorgung mit Spitaldienstleistungen im entsprechenden Kanton nicht mehr gewährleistet werden könnte.
- Geht man davon aus, dass dem *Schiedsgericht* gemäss Art. 89 KVG im Einzelfall die Zuständigkeit zukommt, über die Leistungsverweigerung von Krankenversicherern bei Nichteinhaltung der Voraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG zu befinden (vgl. dazu auch unten D.), so dürfte eine solche gegenüber Listenspitälern aus Gründen der Verhältnismässigkeit nur als ultima ratio in Betracht kommen. Bei Vertragsspitälern wäre diesbezüglich in erster Linie auf die vertragliche Regelung abzustellen.

Es muss allerdings darauf hingewiesen werden, dass in der Beurteilung der einzelnen Konstellationen eine gewisse *Unsicherheit* besteht, zumal sich die Gerichte zu diesen (und vergleichbaren) Konstellationen – soweit ersichtlich – noch nicht geäussert haben. So liegen etwa keine Urteile des Bundesverwaltungsgerichts zur Frage vor, ob ein Spital wegen Nichteinhaltens der Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 KVG von der Spitalliste zu streichen ist. Auch liegen keine Urteile des Bundesgerichts zur Frage vor, inwiefern das Schiedsgericht

nach Art. 89 KVG bei Leistungsverweigerungen wegen Nichteinhaltens der Zulassungsvoraussetzungen rechtsstaatliche Grundsätze zu beachten hat. Um das (Rest-)Risiko auszuschliessen, dass bei Nichteinhalten der Voraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG nach Ablauf der gesetzlichen Übergangsfrist Spitäler von der Spitalliste gestrichen werden oder das Schiedsgericht eine Leistungsverweigerung im Einzelfall anordnet, müsste die gesetzliche Übergangsfrist im Sinne des Grundsatzes der Parallelität der Formen auf formell-gesetzlicher Ebene, d.h. im Rahmen einer Revision des KVG, verlängert werden.

Schliesslich bleibt festzuhalten, dass in der Schlussfolgerung, dass die Nichteinhaltung von Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG nach Ablauf der Übergangsfrist grundsätzlich nicht zu einer Streichung von der Spitalliste bzw. zu einer Verweigerung der Leistung durch die Krankenversicherer führen darf, *keine Verletzung von Art. 190 BV* zu erblicken ist. Dies liegt darin begründet, dass sich das KVG zur Rechtsfolge einer Nichteinhaltung der Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 KVG durch ein zugelassenes Spital nicht ausdrücklich äussert und Art. 190 BV es dem Bundesgericht und den rechtsanwendenden Behörden nicht verbietet, Gesetzesbestimmungen verfassungskonform auszulegen.

C. Frage 2: Andere Zulassungsmöglichkeiten bei Nichtanschluss?

Weiter ist Frage 2 zu beantworten, ob es allenfalls eine *weitere Möglichkeit* gibt, wie ein Spital Leistungen zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung abrechnen kann, obwohl es sich innerhalb der Übergangsfrist keiner zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft gemäss EPDG anschliesst und somit nicht alle Anforderungen von Artikel 39 Absatz 1 KVG erfüllt.

Nach der Konzeption des KVG bedürfen grundsätzlich alle Leistungserbringer einer *Zulassung nach KVG* (BGE 126 V 330 E. 1c) und müssen sich diese einem mehr oder weniger förmlichen Zulassungs- und Bestätigungsverfahren unterziehen, wenn sie für die obligatorische Krankenversicherung tätig werden wollen. Ein Leistungserbringer ohne krankenversicherungsrechtliche Zulassung kann grundsätzlich keine Leistungen der obligatorischen Krankenversicherung auslösen und ist auch nicht tarifvertragsfähig und tarifvertragslegitimiert (BVGer C-7498/2008 E. 5.4; SBVR-EUGSTER, Rz. 744). Werden Leistungen von einem Leistungserbringer ohne Zulassung erbracht, kann deren Fehlen nicht dadurch ersetzt werden, dass sie über einen zugelassenen Leistungserbringer abgerechnet werden (BGE 126 V 334 E. 3c). Umgekehrt ist kein Leistungserbringer nach dem KVG verpflichtet, für die obligatorische Krankenversicherung tätig zu sein bzw. um Zulassung zu ersuchen (BGE 133 V 218 E. 7.1; SBVR-EUGSTER, Rz. 744; vorbehalten sind Massnahmen zur Sicherung der medizinischen Versorgung gemäss Art. 45 KVG).

> Die fehlende Zulassung in der schweizerischen obligatorischen Krankenversicherung ist ausnahmsweise unbeachtlich bei *Behandlungen im Ausland* gemäss Art. 34 Abs. 2 KVG

bzw. Art. 36 ff. KVV. Gleiches muss aber auch gelten, wenn eine versicherte Person in der Schweiz in *Notfällen* die Hilfe eines nicht zugelassenen Leistungserbringers in Anspruch nehmen muss. Ansonsten würde die unhaltbare Konsequenz entstehen, dass beispielsweise Notfälle im Ausland gegenüber dem gleichen Sachverhalt in der Schweiz leistungsrechtlich privilegiert würden. Dies schafft allerdings für den im Notfall handelnden, nicht zugelassenen Arzt keine Tarifbindung. Art. 41 Abs. 3 KVG bezieht sich im Übrigen nur auf zugelassene inländische Spitäler (BGE 140 V 277 E. 4.2) (zum Ganzen SBVR-EUGSTER, Rz. 747).

Wie bereits weiter oben ausgeführt, sind die Zulassungsvoraussetzungen für Spitäler in Art. 39 Abs. 1 KVG geregelt, wobei Art. 49a Abs. 4 KVG in Abweichung von Art. 39 Abs. 1 lit. d und e KVG auch Vertragsspitäler zulässt (vgl. ausführlich oben B./I./1.). Weitere Zulassungsmöglichkeiten sieht das KVG für Spitäler nicht vor. In diesem Sinne sind die gesetzlichen Vorgaben, die in Art. 39 Abs. 1 KVG bzw. Art. 49a Abs. 4 KVG statuiert wurden, unerlässlich, um als Spital Tätigkeiten zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung erbringen zu können. Es bestehen diesbezüglich *keine anderen Möglichkeiten*.

D. Frage 3: Zuständigkeit des Schiedsgerichts?

Frage 3 lautet, ob *Versicherer ein Klagerecht* haben, mit welchem sie die Verweigerung der Vergütung von Leistungen geltend machen können, wenn sich ein Spital nicht rechtzeitig einer Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anschliesst. Im Vordergrund steht deshalb die Frage, ob eine schiedsgerichtliche Zuständigkeit nach Art. 89 KVG begründet werden kann.

I. Sachliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts: «Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern» (Art. 89 Abs. 1 KVG)

Nach Art. 89 Abs. 1 KVG entscheidet über Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern ein Schiedsgericht (vgl. dazu eingehend SBVR-EUGSTER, Rz. 1557 ff.). Zur Anwendung gelangt ein *originäres Klageverfahren* ohne vorgängiges Verwaltungsverfahren (KIESER/GEHRING/BOLLINGER, KVG-Kommentar, Art. 89 N 17). Das Schiedsgericht ist sowohl zur Beurteilungen von Streitigkeiten im System des Tiers payant (Art. 42 Abs. 2 KVG) als auch im System des Tiers garant (Art. 42 Abs. 1 KVG) zuständig; in letzterem Fall vertritt die Versicherung die versicherte Person auf eigene Kosten (Art. 89 Abs. 3 KVG).

Für die vorliegende Fragestellung ist die sachliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts («Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern») zu beurteilen. Gesetz und Verordnung umschreiben nicht näher, was unter *«Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern»* im Sinne von Art. 89 Abs. 1 KVG zu verstehen ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist von einer weiten Begriffsumschreibung auszugehen, indem das Schiedsgericht für alle Streitigkeiten zwischen Krankenversicherern und Leistungserbringern zuständig ist, wenn und soweit die Streitigkeiten Rechtsbeziehungen zum Gegenstand haben,

die sich aus dem KVG ergeben oder aufgrund des KVG eingegangen worden sind (vgl. BGE 132 V 303 E. 4.1; SBVR-EUGSTER, Rz. 1559). Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts hängt davon ab, welche Parteien in Wirklichkeit einander im Streite gegenüberstehen. Es muss geprüft werden, welche Parteien in materieller Hinsicht vom Prozessausgang unmittelbar betroffen sind. Der Streitgegenstand muss die besondere Stellung der Versicherer oder Leistungserbringer im Rahmen des KVG betreffen (vgl. BGE 132 V 303 E. 4.1; SBVR-EUGSTER, Rz. 1559). Liegen der Streitigkeit keine solchen Rechtsbeziehungen zu Grunde, sind nicht die Schiedsgerichte, sondern allenfalls die Zivilgerichte oder Instanzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit zum Entscheid zuständig (SBVR-EUGSTER, Rz. 1559).

Gegenstände des schiedsgerichtlichen Verfahrens können beispielsweise Fragen der Tarifanwendung und des Tarifschutzes, die Rechtmässigkeit von Leistungsbezügen und allfällige Rückforderungen (Art. 56 KVG) oder die Verhängung von Sanktionen gegenüber Leistungserbringern (Art. 59 KVG) sein (vgl. die Übersicht der Kasuistik bei SBVR-EUGSTER, Rz. 1563).

Vorliegend stellt sich die Frage, ob auch eine Streitigkeit über die Frage der Einhaltung der Voraussetzungen für die Zulassung zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung vor das Schiedsgericht nach Art. 89 KVG gebracht werden kann, zumal es sich beim Anschluss an eine zertifizierte Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft um eine Zulassungsvoraussetzung für Spitäler handelt (Art. 39 Abs. 1 lit. f, Art. 49a Abs. 4 KVG). Nach EUGSTER kommt es nicht darauf an, ob eine Partei die Eigenschaft eines zur Kassenpraxis zugelassenen Leistungserbringers hat. Die Streitigkeit kann ihm zufolge gerade auch die Zulassung zur Praxis für die soziale Krankenversicherung betreffen (SBVR-EUGSTER, Rz. 1560). Das *Bundesgericht* hat in Bezug auf Organisationen der spitalexternen Krankenpflege, für die kein förmliches Zulassungsverfahren nach KVG vorgesehen ist und bei denen die Kontrolle der sozialversicherungsrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen grundsätzlich den Versicherern obliegt, entschieden, dass die Frage der Zulassung vor das Schiedsgericht getragen werden kann. Das Bundesgericht führte Folgendes aus:

> «Das KVG bezeichnet zwar die materiellen Voraussetzungen der Zulassung von Organisationen der spitalexternen Krankenpflege – um eine solche handelt es sich bei der Beschwerdeführerin – zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung (Art. 35 Abs. 2 lit. e und Art. 38 KVG in Verbindung mit Art. 51 KVV), kennt hingegen für diese (wie auch andere) Leistungserbringer kein formelles Zulassungsverfahren. Die Kontrolle der gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen – zu unterscheiden von der in den Gesundheitsgesetzgebungen der Kantone vorgesehenen, polizeilich motivierten Berufsausübungsbewilligung – obliegt hier grundsätzlich den Versicherern. Verweigern diese eine konkrete Kostenvergütung mit dem Argument, ein bestimmter Leistungserbringer erfülle die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung nicht, kann der Leistungserbringer diese Streitigkeit vor das Schiedsgericht nach Art. 89 KVG bringen […].» (BGE 132 V 303 E. 4.3.1)

Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden, können diese Überlegungen *nicht ohne Weiteres auf Listenspitäler übertragen* werden, da für diese im KVG ein förmliches Zulassungsverfahren durch die Kantone vorgesehen ist. Sowohl das Bundesgericht als auch die Lehre scheinen diese Ansicht zu bestätigen: Das Bundesgericht äussert sich im soeben zitierten Entscheid lediglich zu einem bestimmten Leistungserbringer (Organisationen der spitalexternen Krankenpflege), nicht aber zu den Spitälern. Andere Urteile zu den Spitälern liegen – soweit ersichtlich – nicht vor. Die Ausführungen des Bundesgerichts im soeben dargelegten Entscheid deuten darauf hin, dass für die Annahme einer schiedsgerichtlichen Zuständigkeit relevant ist, dass für Organisationen der spitalexternen Krankenpflege kein kantonales Zulassungsverfahren besteht und die Kontrolle der Zulassung bei den Versicherern liegt; dies wird in der Begründung jedenfalls besonders betont. Und auch EUGSTER scheint diesen Unterschied zu machen, wenn er hinsichtlich der Zulassung von Medizinalpersonen, deren Kontrolle durch die Versicherer erfolgt, eine schiedsgerichtliche Zulassung bejaht, in diesem Zusammenhang aber auch betont, dass es für Spitäler und Pflegeheime «ein besonderes Zulassungsverfahren mit anderem Rechtsweg» gebe (SBVR-EUGSTER, Rz. 781).

Zwischenfazit: Nach der Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann die Frage der Zulassung zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung in die schiedsgerichtliche Zuständigkeit fallen. Dies dürfte aber grundsätzlich nur bezogen auf Leistungserbringer gelten, bei welchen die Kontrolle der Zulassungsvoraussetzungen beim Versicherer liegt. Bei Leistungserbringern, wie etwa bei Listenspitälern, bei welchen die Zulassung im Rahmen eines förmlichen Zulassungsverfahrens durch die Kantone erfolgt, dürfte die sachliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts hingegen grundsätzlich zu verneinen sein. Dies dürfte insbesondere bezogen auf die *grundsätzliche Frage der Zulassung* gelten. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass ein Schiedsgericht eine Leistungsverweigerung *im Einzelfall* durch einen Versicherer wegen Nichteinhaltens der Zulassungsvoraussetzungen durch einen Leistungserbringer, selbst wenn ein förmliches kantonales Zulassungsverfahren vorgesehen wäre, prüfen würde. Dies wird im Folgenden noch etwas ausführlicher begründet. Zunächst ist auf die verfahrensrechtlichen Besonderheiten bei der Zulassung von Spitälern einzugehen (D./II.). Anschliessend ist bezüglich der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit zu unterscheiden zwischen Listenspitälern einerseits (D./III.) und Vertragsspitälern andererseits (D./IV.).

II. Verfahrensrechtliche Besonderheiten bei der Zulassung von Spitälern

Wie bereits oben ausgeführt, sieht das KVG für Spitäler (mit der Spitalliste) ein *besonderes, behördliches (sozialversicherungsrechtliches) Zulassungsverfahren* vor, das neben das polizeilich motivierte und kantonal geregelte Betriebsbewilligungsverfahren tritt (vgl. oben B./I./1.). Im Rahmen der Gesetzgebung zur neuen Spitalfinanzierung ist die Voraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG insofern relativiert worden, als auch die nicht auf einer Spitalliste stehenden Vertragsspitäler nach Art. 49a Abs. 4 KVG KVG-Leistungen erbringen kön-

nen. Zu unterscheiden ist demnach zwischen sog. Listenspitälern, die auf einer Spitalliste des Kantons aufgeführt sind und einen kantonalen Leistungsauftrag zu erfüllen haben (Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG), und sog. Vertragsspitälern nach Art. 49a Abs. 4 KVG, die nicht auf einer kantonalen Spitalliste figurieren und keinen kantonalen Leistungsauftrag zu erfüllen haben. Vertragsspitäler haben nur dann die Möglichkeit zur Abrechnung der Leistungen zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, sofern sie mit der betreffenden Krankenversicherung einen Vertrag nach Art. 49a Abs. 4 KVG abgeschlossen haben, wobei die sozialversicherungsrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 lit. a–c und f KVG erfüllt sein müssen (vgl. oben B./I./1.).

Die Zulassung als Spital setzt nach Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG – neben anderen Voraussetzungen – voraus, dass dieses auf der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten *Spitalliste* des Kantons aufgeführt ist. Die Spitalliste hat die Aufgabe, Transparenz und Publizität und damit Rechtssicherheit in der Frage zu schaffen, welche Einrichtungen zu den (auch sozialversicherungsrechtlich) zugelassenen Spitälern gehören und welches deren Leistungsaufträge sind (SBVR-EUGSTER, Rz. 831). Von den Vertragsspitälern nach Art. 49a Abs. 4 KVG abgesehen, dürfen ausschliesslich Spitäler, die auf der Spitalliste aufgeführt sind, für die obligatorische Krankenpflegeversicherung tätig sein (SBVR-EUGSTER, Rz. 831). Listenspitäler haben im Umfang des Leistungsauftrags eine Leistungsverpflichtung und einen gesetzlichen Anspruch gegenüber dem Versicherer und dem Kanton auf Vergütung nach Art. 49a Abs. 1 KVG. Mit der Zulassung in der Spitalliste ist auch der Leistungsanspruch der Versicherten bzw. die Leistungspflicht der Versicherer verbunden (SBVR-EUGSTER, Rz. 840).

Das Bundesverwaltungsgericht qualifiziert die Spitalliste als *Rechtsinstitut sui generis*, da sie sowohl Elemente eines Rechtssatzes als auch Elemente einer Verfügung enthalte. Sie bestehe jedoch in erster Linie aus einem *Bündel von Einzelverfügungen* (BVGE 2013/46 E. 1.1.1; BVGE 2012/9 E. 3.2; vgl. auch SBVR-EUGSTER, Rz. 833). Sie erschöpft sich laut Bundesverwaltungsgericht allerdings nicht darin, weil sie auch Publizitäts- und Transparenzfunktionen erfüllt (BVGE 2012/9 E. 3.2.6). Für die nicht berücksichtigten Spitäler ist die Spitalliste eine Negativverfügung, die diesen mit der Veröffentlichung im Amtsblatt entgegengehalten werden kann (BVGer C-401/2012 E. 1.3.1 f.; BGer 2C_104/2012 E. 1.2; vgl. auch SBVR-EUGSTER, Rz. 833).

Nach Art. 53 und 90a Abs. 2 KVG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht *Beschwerden* gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG betreffend die Spitalliste, wobei sich die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nicht danach richtet, welche kantonale Behörde die Spitalliste erlassen hat (BVGE 2012/9 E. 1.2.3.2). Auch Beschlüsse des HSM-Beschlussorgans können beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (BVGE 2012/9 E. 1). Art. 53 KVG i.V.m. Art. 83 lit. r BGG regeln den Rechtsmittelweg gegenüber kantonalen Spitallistenbeschlüssen abschliessend; gegen einen Zulassungsentscheid gemäss Art. 39 KVG steht den Betroffenen ausschliesslich die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht

offen; eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht fällt ausser Betracht (BGE 141 V 361 E. 1.4; SBVR-EUGSTER, Rz. 862). Der in Art. 83 lit. r BGG ausgeschlossene Beschwerdeweg an das Bundesgericht kann auch dann nicht über Art. 120 Abs. 1 lit. b BGG wieder offenstehen, wenn zwei Kantone am Recht stehen (BGE 141 V 361 E. 1.4). Eine kantonale Regelung, die gegen Entscheide über die Spitalliste parallel zur bundesrechtlich vorgesehenen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht eine Rechtsmittelmöglichkeit an ein kantonales Gericht vorsähe, wäre bundesrechtswidrig (BGer 2C_399/2012 E. 2.5; SBVR-EUGSTER, Rz. 862).

Anfechtungsgegenstand im Beschwerdeverfahren betreffend Spitallisten ist grundsätzlich nur die Verfügung, die das die Beschwerde führende Spital betreffende Rechtsverhältnis regelt. Die übrigen, nicht angefochtenen Verfügungen einer Spitalliste erwachsen in Rechtskraft (BVGE 2012/9 E. 3; BVGE 2013/45 E. 1.1.1; SBVR-EUGSTER, Rz. 864). Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses als Voraussetzung für die *Beschwerdelegitimation* von Dritten (nicht betroffene Spitäler) nach einem strengen Massstab. Ein Spital hat beispielsweise kein schutzwürdiges Interesse daran, dass ein anderes Spital von der Spitalliste gestrichen oder dessen Leistungsauftrag reduziert wird, und ist deshalb nicht legitimiert, eine einen anderen Leistungserbringer betreffende begünstigende Verfügung anzufechten (BVGE 2012/9 E. 4.3.2). Gleiches gilt für ein Vertragsspital im Sinne von Art. 49a Abs. 4 KVG, das mit seiner Beschwerde eine mengenmässige Begrenzung der Leistungsaufträge an die Listenspitäler (im Zusatzversicherungsbereich) erwirken will. Zur Beschwerde gegen einen Spitallistenbeschluss nicht legitimiert sind sodann etwa auch ein Verband von Krankenversicherern, zumal auch die Versicherer nicht legitimiert wären (BVGE 2010/51), sowie die Versicherten (BVGE 2010/51 E. 6.6.3; BVGE 2014/4 E. 3.2.2.1) (vgl. zum Ganzen auch SBVR-EUGSTER, Rz. 865; FANKHAUSER/RUTZ, Spitalplanung und Spitalfinanzierung, SZS 2018, S. 319).

Vgl. zur *Abänderbarkeit* der Spitalliste die Ausführungen oben B./II./3./a.

III. Schiedsgerichtliche Zuständigkeit bezüglich der Zulassung von *Listenspitälern*?

Diese Ausführungen zeigen auf, dass für die Zulassung von Listenspitälern ein *förmliches Zulassungsverfahren* vorgesehen ist, die Zuständigkeit hierfür bei den kantonalen Behörden liegt und die Zulassung durch den Beschluss über die Spitalliste erfolgt. Es sind demnach (im Gegensatz zur Zulassung gewisser anderer Leistungserbringer) nicht die Versicherer, welche für die sozialversicherungsrechtliche Zulassung zuständig sind.

Neben diesem kantonalen Zulassungsverfahren und dem entsprechenden Rechtsmittelverfahren vor Bundesverwaltungsgericht kann es unseres Erachtens keine Zuständigkeit des Schiedsgerichts gemäss Art. 89 KVG in Bezug auf die *grundsätzliche Frage der Zulassung* geben. Man muss sich vergegenwärtigen, was für ein Zustand eintreten würde, wenn das Schiedsgericht (auf Klage eines Versicherers) die Kompetenz hätte, festzustellen, dass ein

bestimmtes Listenspital nicht mehr zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankversicherung zugelassen wäre (und die Versicherer gegenüber dem betreffenden Spital deshalb keine Leistungspflicht mehr träfe). Einerseits wäre das betreffende Spital nach wie vor auf der Spitalliste aufgeführt und somit jedenfalls formell zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung zugelassen, andererseits könnten die Versicherer gemäss Schiedsgerichtsurteil ihre Leistungen wegen Nichteinhaltens der Zulassungsvoraussetzungen verweigern. Dadurch würde gerade auch für die Versicherten ein problematischer Zustand eintreten, ist es doch Aufgabe der Spitalliste, Transparenz und Publizität in der Frage zu schaffen, welche Einrichtungen zu den zugelassenen Spitälern gehören (vgl. auch D./II.). In der Zuständigkeit des Schiedsgerichts kann es auch nicht liegen, den Kanton anzuweisen, ein bestimmtes Spital, das die Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 KVG nicht mehr erfüllt, von der Spitalliste zu streichen. Hinsichtlich der sozialversicherungsrechtlichen Zulassung (und den damit einhergehenden Rechten und Pflichten) dürfte deshalb einzig massgebend sein, ob ein Spital auf der Spitalliste aufgeführt ist. Wenn ein Listenspital die Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 KVG nicht mehr erfüllt, ist es an der für die Erstellung der Spitalliste zuständigen Behörde zu prüfen, ob eine Streichung von der Liste erfolgen soll (vgl. dazu B./II./3.). Die Möglichkeit, im Rahmen des schiedsgerichtlichen Verfahrens eine sozialversicherungsrechtliche Zulassung von Listenspitälern überprüfen zu lassen, würde das Spitallistenverfahren in Frage stellen. Da die Frage der sozialversicherungsrechtlichen Zulassung von Listenspitälern den Versicherern entzogen ist, kann es sich hierbei nicht um «Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern» im Sinne von Art. 89 Abs. 1 KVG handeln. Insofern liegt diese Frage nicht in der sachlichen Zuständigkeit des Schiedsgerichts nach Art. 89 KVG; ein Klagerecht der Versicherer fällt in Bezug auf die grundsätzliche Frage der Zulassung ausser Betracht.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob eine schiedsgerichtliche Zuständigkeit zu bejahen ist, wenn es um eine Leistungsverweigerung eines Versicherers *im Einzelfall* wegen Nichteinhaltens der sozialversicherungsrechtlichen Zulassungsvoraussetzung durch ein Listenspital geht. In diesem Fall scheint eine schiedsgerichtliche Zuständigkeit nicht von vornherein ausgeschlossen zu sein. Allerdings können durch die Annahme einer schiedsgerichtlichen Zuständigkeit für die Beurteilung der Leistungsverweigerung im Einzelfall ebenfalls problematische Zustände eintreten. Würde nämlich das Schiedsgericht eine Leistungsverweigerung im Einzelfall durch den (klagenden) Versicherer bejahen, könnte dies, insbesondere dann, wenn sich Klagen von Versicherern gegen das betreffende Listenspital häufen sollten, zu einem (faktischen) Ausschluss des betreffenden Spitals von der Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenversicherung führen, obwohl das betreffende Spital auf der Spitalliste figurieren würde. Die Bejahung einer Leistungsverweigerung im Einzelfall wegen Nichteinhaltens der Zulassungsvoraussetzungen würde demnach auch die Funktion der Spitalliste unterlaufen. Deshalb erscheint eine schiedsgerichtliche Zuständigkeit auch in diesem Fall als problematisch.

Schliesslich ist der Fall denkbar, dass ein *Krankversicherer* die Leistungen gegenüber einem Listenspital, das sich nicht innerhalb der gesetzlichen Übergangsfrist einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anschliesst, *verweigert*. Diesfalls stellt sich die Frage, ob das betreffende Spital beim Schiedsgericht gegen den die Leistung verweigernden Krankenversicherer auf Leistung klagen könnte. Dies scheint ebenfalls nicht ausgeschlossen zu sein. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob das Schiedsgericht an die Spitalliste gebunden wäre, wofür die soeben angesprochenen Gründe sprechen würden. Für den Fall, dass ein Krankenversicherer die Leistungen gegenüber einem Listenspital wegen Nichteinhaltens von Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG einstellen sollte, obwohl das betreffende Listenspital auf der Spitalliste figurieren würde, kommen im Übrigen auch aufsichtsrechtliche Massnahmen nach Art. 34 ff. KVAG in Frage, zumal die Aufsichtsbehörde auch die Einhaltung der Bestimmungen des KVG zu überwachen hat (Art. 34 Abs. 1 lit. a KVAG).

IV. Schiedsgerichtliche Zuständigkeit bezüglich der Zulassung von *Vertragsspitälern*?

Die Rechtslage präsentiert sich anders, wenn es um die Einhaltung der Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 KVG durch Vertragsspitäler (Art. 49a Abs. 4 KVG) geht. Die Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 lit. a–c und f KVG gelten auch für Vertragsspitäler. Das KVG schreibt jedoch – anders als bei Listenspitälern – in Bezug auf diese Zulassungsvoraussetzungen *kein förmliches, behördliches KVG-Zulassungsverfahren* vor. Die Prüfung hat daher durch die Versicherer, die mit den Leistungserbringern Verträge abschliessen, zu erfolgen (SBVR-EUGSTER, Rz. 858). Allerdings sind weder die Leistungserbringer noch die Versicherer verpflichtet, einen entsprechenden Vertrag abzuschliessen. Eine Klage vor dem Schiedsgericht nach Art. 89 Abs. 1 KVG auf Abschluss des Vertrags kommt deshalb nicht in Betracht. Besteht ein Vertrag zwischen einem bestimmten Leistungserbringer und einem bestimmten Versicherer nach Art. 49a Abs. 4 KVG und verweigert der Versicherer Leistungen mit dem Argument, dass das betreffende Vertragsspital die Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 lit. a–c oder f KVG nicht einhält, so handelt es sich hierbei um «Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern» im Sinne von Art. 89 Abs. 1 KVG (siehe auch oben D./I.), weshalb die *sachliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu bejahen* ist.

V. Fazit

Die Frage, ob die Versicherer ein Klagerecht haben, mit dem sie die Verweigerung der Vergütung von Leistungen geltend machen können, wenn sich ein Spital nicht rechtzeitig einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anschliesst, ist für *Listen- und Vertragsspitäler unterschiedlich zu beantworten*:

– ***Listenspitäler***

Da bei Listenspitälern (Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG) ein förmliches Zulassungsverfahren, das zum Spitallistenbeschluss führt, vorgesehen ist, und insofern die *grundsätzliche Frage der Zulassung* der Zuständigkeit der Versicherer entzogen ist, kann es sich hierbei nicht um «Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern» im Sinne von Art. 89 Abs. 1 KVG handeln; die sachliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts nach Art. 89 KVG ist diesbezüglich zu verneinen. Art. 53 KVG i.V.m. Art. 83 lit. r BGG regeln den Rechtsmittelweg gegenüber kantonalen Spitallistenbeschlüssen abschliessend; gegen einen Zulassungsentscheid gemäss Art. 39 KVG steht den Betroffenen ausschliesslich die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen. Während der Gültigkeitsdauer der Spitalliste und der Leistungsaufträge hat eine Streichung eines Spitals von der Spitalliste nach den Regeln über die Wiedererwägung bzw. den Widerruf von Verfügungen zu erfolgen. Da Versicherer bzw. ein Verband von Krankenversicherern nicht legitimiert sind, gegen einen Spitallistenbeschluss Beschwerde zu führen, dürften sie auch kein schutzwürdiges Interesse haben, einen Spitallistenbeschluss von der zuständigen Behörde in Wiedererwägung ziehen zu lassen (vgl. dazu auch oben B./II./3.).

Eine schiedsgerichtliche Zuständigkeit scheint aber nicht von vornherein ausgeschlossen zu sein, wenn es um die Frage der Leistungsverweigerung *im Einzelfall* wegen Nichteinhaltens der sozialversicherungsrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen durch ein Listenspital geht. Eine solche schiedsgerichtliche Zuständigkeit ist aber ebenfalls mit Problemen verbunden, da auch in diesem Fall ein Widerspruch zur kantonalen Spitalliste entstehen kann.

Eine schiedsgerichtliche Zuständigkeit ist schliesslich denkbar, wenn ein *Krankenversicherer* die Leistungen gegenüber einem Listenspital, das sich nicht innerhalb der gesetzlichen Übergangsfrist einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anschliesst, *verweigert* und das betreffende Listenspital beim Schiedsgericht gegen den die Leistung verweigernden Krankenversicherer auf Leistung klagt. Es stellt sich diesfalls die Frage, ob das Schiedsgericht an die Spitalliste gebunden wäre, wofür gute Gründe sprechen würden. Für den Fall, dass ein Krankenversicherer die Leistungen gegenüber einem Listenspital wegen Nichteinhaltens von Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG einstellen sollte, obwohl das betreffende Listenspital noch auf der Spitalliste figurieren würde, kommen im Übrigen auch aufsichtsrechtliche Massnahmen nach Art. 34 ff. KVAG in Frage, zumal die Aufsichtsbehörde auch die Einhaltung der Bestimmungen des KVG zu überwachen hat (Art. 34 Abs. 1 lit. a KVAG).

– ***Vertragsspitäler***

Anders präsentiert sich die Rechtslage bei Vertragsspitälern, bei welchen kein förmliches, behördliches Zulassungsverfahren stattfindet, sondern die Versicherer für die Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen zuständig sind. Besteht ein Vertrag zwischen einem bestimmten Leistungserbringer und einem bestimmten Versicherer nach Art. 49a Abs. 4 KVG und ver-

weigert der Versicherer Leistungen mit dem Argument, dass das betreffende Vertragsspital die Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 lit. a–c oder f KVG nicht einhält, so handelt es sich hierbei um «Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern» im Sinne von Art. 89 Abs. 1 KVG, weshalb die *sachliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu bejahen* ist.

Die *unterschiedliche Behandlung* von Listenspitälern und Vertragsspitälern mag auf den ersten Blick merkwürdig erscheinen. Bei genauerer Betrachtung erweist sie sich aber durchaus als systemkonform: Listenspitälern kommt mit dem förmlichen kantonalen Zulassungsverfahren ein stärkerer Schutz bzw. eine stabilere Rechtsstellung zu als Vertragsspitälern, bei denen die Zulassung in einem formlosen Verfahren durch die Versicherer erfolgt. Die Spitalliste weist insofern eine höhere Stabilität auf, was sich letztlich auch in der Frage zeigt, ob die Zulassungsfrage zum Verfahrensgegenstand vor dem Schiedsgericht erhoben werden kann oder nicht.

Abschliessend ist zu betonen, dass bezüglich der Frage der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit in Bezug auf Zulassungsfragen gewisse *Unsicherheiten* bestehen, zumal es kaum höchstrichterliche Rechtsprechung dazu gibt. Die Frage, ob ein Schiedsgericht im vorliegenden Zusammenhang auf eine Klage eines Versicherers oder eines Leistungserbringers eintreten würde, kann demnach nicht mit letzter Sicherheit – in bejahender oder verneinender Weise – beantwortet werden.

E. Zusammenfassung

Im Sinne einer Zusammenfassung sind die einzelnen Fragen wie folgt zu beantworten:

1. *Gemäss dem Massgeblichkeitsgebot von Art. 190 BV sind Bundesgesetze für die Gerichte massgeblich. Kann in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips resp. aufgrund einer Interessenabwägung dennoch auf die Einhaltung eines Bundesgesetzes verzichtet werden? D.h. könnten die Spitäler weiterhin Leistungen zu Lasten der OKP abrechnen, obwohl sie nach Ablauf der Übergangsfrist des KVG zur Änderung vom 19. Juni 2015 nicht alle Voraussetzungen von Artikel 39 Absatz 1 KVG einhalten?*

Hinsichtlich der Beantwortung der Frage 1 sind *verschiedene Konstellationen* auseinanderzuhalten:

– *Spitäler, die noch nicht zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenversicherung zugelassen sind* und sich noch nicht einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft angeschlossen haben, erfüllen die Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 KVG nicht, weshalb sie nicht zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenversicherung zugelassen werden dürften. Sie dürften weder auf eine

Spitalliste aufgenommen werden, noch dürfte mit ihnen ein Vertrag nach Art. 49a Abs. 4 KVG abgeschlossen werden.

– *Bei Spitälern, die auf der Spitalliste figurieren*, nach Ablauf der gesetzlichen Übergangsfrist von drei Jahren die Voraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG aber noch nicht erfüllen, stellt sich die Frage einer Streichung von der Spitalliste, die den Regeln über die Wiedererwägung und den Widerruf von Verfügungen folgt. Eine umfassende Interessenabwägung führt zum Ergebnis, dass sich eine Streichung eines Spitals von der Spitalliste kaum als verhältnismässig erweist. Die sachgerechte Reaktion der zuständigen Behörden dürfte darin bestehen, den betreffenden Listenspitälern eine Verwarnung auszusprechen und eine angemessene Nachfrist anzusetzen.

– Bei *Vertragsspitälern* nach Art. 49a Abs. 4 KVG kann die Nichteinhaltung von Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG – je nach Ausgestaltung des Vertrags zwischen Krankenversicherer und Vertragsspital – zu einer Auflösung des Vertrags bzw. zu einer Leistungsverweigerung führen. Eine Aufhebung des Vertrags oder eine Leistungsverweigerung kommt insbesondere in Betracht, wenn entsprechende Möglichkeiten im Vertrag vorgesehen sind. Zweifelhaft ist, ob eine einseitige, vorzeitige Vertragsauflösung (bzw. eine Leistungsverweigerung) wegen nachträglicher Fehlerhaftigkeit gerechtfertigt wäre, wenn der Vertrag diese Möglichkeiten nicht vorsehen würde.

– Ist die Zulassung zur Abrechnung zulasten der obligatorischen Krankenversicherung *befristet* (befristeter Leistungsauftrag bei Listenspitälern; befristeter Vertrag nach Art. 49a Abs. 4 KVG), besteht nach Ablauf der Befristung kein Anspruch darauf, erneut mit einem Leistungsauftrag betraut zu werden bzw. einen Vertrag nach Art. 49a Abs. 4 KVG abzuschliessen. Eine Wiederaufnahme auf die Spitalliste bzw. eine Verlängerung eines Vertrags nach Art. 49a Abs. 4 KVG dürfte (nach Ablauf der dreijährigen Übergangsfrist) nur in Betracht gezogen werden, wenn das betreffende Spital auch die Voraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG erfüllen würde. Solange diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, darf die zuständige Behörde das Spital nicht auf die Spitalliste nehmen und darf ein Krankenversicherer keinen Vertrag nach Art. 49a Abs. 4 KVG abschliessen. Mit Blick auf Listenspitäler dürfte aus Gründen der Verhältnismässigkeit (vorübergehend) eine Ausnahme davon gemacht werden, wenn ohne Aufnahme des entsprechenden Spitals die Grundversorgung mit Spitaldienstleistungen im entsprechenden Kanton nicht mehr gewährleistet werden könnte.

– Geht man davon aus, dass dem *Schiedsgericht* gemäss Art. 89 KVG die Zuständigkeit zukommt, über die Leistungsverweigerung im Einzelfall von Krankenversicherern bei Nichteinhaltung der Voraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG zu befinden (vgl. dazu auch D.), so dürfte eine solche gegenüber Listenspitälern aus Gründen

der Verhältnismässigkeit nur als ultima ratio in Betracht kommen. Bei Vertragsspitälern wäre diesbezüglich in erster Linie auf die vertragliche Regelung abzustellen.

Es muss allerdings darauf hingewiesen werden, dass in der Beurteilung der einzelnen Konstellationen eine gewisse *Unsicherheit* besteht, zumal sich die Gerichte zu diesen (und vergleichbaren) Konstellationen – soweit ersichtlich – noch nicht geäussert haben. So liegen etwa keine Urteile des Bundesverwaltungsgerichts zur Frage vor, ob ein Spital wegen Nichteinhaltens der Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 KVG von der Spitalliste zu streichen ist. Auch liegen keine Urteile des Bundesgerichts zur Frage vor, inwiefern das Schiedsgericht nach Art. 89 KVG bei Leistungsverweigerungen wegen Nichteinhaltens der Zulassungsvoraussetzungen rechtsstaatliche Grundsätze zu beachten hat. Um das (Rest-)Risiko auszuschliessen, dass bei Nichteinhalten der Voraussetzung nach Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG nach Ablauf der gesetzlichen Übergangsfrist Spitäler von der Spitalliste gestrichen werden oder das Schiedsgericht eine Leistungsverweigerung im Einzelfall gutheisst, müsste die gesetzliche Übergangsfrist im Sinne des Grundsatzes der Parallelität der Formen auf formell-gesetzlicher Ebene, d.h. im Rahmen einer Revision des KVG, verlängert werden.

Schliesslich bleibt festzuhalten, dass in der Schlussfolgerung, dass die Nichteinhaltung von Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG nach Ablauf der Übergangsfrist grundsätzlich nicht zu einer Streichung von der Spitalliste bzw. zu einer Verweigerung der Leistung durch die Krankenversicherer führen darf, *keine Verletzung von Art. 190 BV* zu erblicken ist. Dies liegt darin begründet, dass sich das KVG zur Rechtsfolge einer Nichteinhaltung der Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 KVG durch ein zugelassenes Spital nicht ausdrücklich äussert und Art. 190 BV es dem Bundesgericht und den rechtsanwendenden Behörden nicht verbietet, Gesetzesbestimmungen verfassungskonform auszulegen.

2. Gibt es allenfalls eine weitere Möglichkeit, wie ein Spital Leistungen zu Lasten der OKP abrechnen kann, obwohl es sich keiner Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anschliesst und somit nicht alle Anforderungen von Artikel 39 Absatz 1 KVG erfüllt?

Die Zulassungsvoraussetzungen für Spitäler sind in Art. 39 Abs. 1 KVG geregelt, wobei Art. 49a Abs. 4 KVG in Abweichung von Art. 39 Abs. 1 lit. d und e KVG auch Vertragsspitäler zulässt. Weitere Zulassungsmöglichkeiten sieht das KVG für Spitäler nicht vor. In diesem Sinne sind die gesetzlichen Vorgaben, die in Art. 39 Abs. 1 KVG bzw. Art. 49a Abs. 4 KVG statuiert wurden, unerlässlich, um als Spital Tätigkeiten zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung erbringen zu können. Es bestehen diesbezüglich *keine anderen Möglichkeiten*.

3. *Haben die Versicherer ein Klagerecht, mit welchem sie die Verweigerung der Vergütung von Leistungen geltend machen können, wenn sich ein Spital nicht rechtzeitig einer Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anschliesst?*

Die Frage, ob die Versicherer ein Klagerecht haben, mit dem sie die Verweigerung der Vergütung von Leistungen geltend machen können, wenn sich ein Spital nicht rechtzeitig einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anschliesst, ist für *Listen- und Vertragsspitäler unterschiedlich zu beantworten*:

– ***Listenspitäler***

Da bei Listenspitälern (Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG) ein förmliches Zulassungsverfahren, das zum Spitallistenbeschluss führt, vorgesehen ist, und insofern die *grundsätzliche Frage der Zulassung* der Zuständigkeit der Versicherer entzogen ist, kann es sich hierbei nicht um «Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern» im Sinne von Art. 89 Abs. 1 KVG handeln; die sachliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts nach Art. 89 KVG ist diesbezüglich zu verneinen. Art. 53 KVG i.V.m. Art. 83 lit. r BGG regeln den Rechtsmittelweg gegenüber kantonalen Spitallistenbeschlüssen abschliessend; gegen einen Zulassungsentscheid gemäss Art. 39 KVG steht den Betroffenen ausschliesslich die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen. Während der Gültigkeitsdauer der Spitalliste und der Leistungsaufträge hat eine Streichung eines Spitals von der Spitalliste nach den Regeln über die Wiedererwägung bzw. den Widerruf von Verfügungen zu erfolgen. Da Versicherer bzw. ein Verband von Krankenversicherern nicht legitimiert sind, gegen einen Spitallistenbeschluss Beschwerde zu führen, dürften sie auch kein schutzwürdiges Interesse haben, einen Spitallistenbeschluss von der zuständigen Behörde in Wiedererwägung ziehen zu lassen.

Eine schiedsgerichtliche Zuständigkeit scheint aber nicht von vornherein ausgeschlossen zu sein, wenn es um die Frage der Leistungsverweigerung *im Einzelfall* wegen Nichteinhaltens der sozialversicherungsrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen durch ein Listenspital geht. Eine solche schiedsgerichtliche Zuständigkeit ist aber ebenfalls mit Problemen verbunden, da auch in diesem Fall ein Widerspruch zur kantonalen Spitalliste entstehen kann.

Eine schiedsgerichtliche Zuständigkeit ist schliesslich denkbar, wenn ein *Krankenversicherer* die Leistungen gegenüber einem Listenspital, das sich nicht innerhalb der gesetzlichen Übergangsfrist einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anschliesst, *verweigert* und das betreffende Listenspital beim Schiedsgericht gegen den die Leistung verweigernden Krankenversicherer auf Leistung klagt. Es stellt sich diesfalls die Frage, ob das Schiedsgericht an die Spitalliste gebunden wäre, wofür gute Gründe sprechen würden. Für den Fall, dass ein Krankenversicherer die Leistungen gegenüber einem Listenspital wegen Nichteinhaltens von Art. 39 Abs. 1 lit. f KVG einstellen sollte, obwohl das betreffende Listenspital noch auf der Spitalliste figurieren würde, kommen im Übrigen auch aufsichtsrechtliche Massnahmen nach

Art. 34 ff. KVAG in Frage, zumal die Aufsichtsbehörde auch die Einhaltung der Bestimmungen des KVG zu überwachen hat (Art. 34 Abs. 1 lit. a KVAG).

– ***Vertragsspitäler***

Anders präsentiert sich die Rechtslage bei Vertragsspitälern, bei welchen kein förmliches, behördliches Zulassungsverfahren stattfindet, sondern die Versicherer für die Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen zuständig sind. Besteht ein Vertrag zwischen einem bestimmten Leistungserbringer und einem bestimmten Versicherer nach Art. 49a Abs. 4 KVG und verweigert der Versicherer Leistungen mit dem Argument, dass das betreffende Vertragsspital die Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 lit. a–c oder f KVG nicht einhält, so handelt es sich hierbei um «Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern» im Sinne von Art. 89 Abs. 1 KVG, weshalb die *sachliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu bejahen* ist.

Die *unterschiedliche Behandlung* von Listenspitälern und Vertragsspitälern mag auf den ersten Blick merkwürdig erscheinen. Bei genauerer Betrachtung erweist sie sich aber durchaus als systemkonform: Listenspitälern kommt mit dem förmlichen kantonalen Zulassungsverfahren ein stärkerer Schutz bzw. eine stabilere Rechtsstellung zu als Vertragsspitälern, bei denen die Zulassung in einem formlosen Verfahren durch die Versicherer erfolgt. Die Spitalliste weist insofern eine höhere Stabilität auf, was sich letztlich auch in der Frage zeigt, ob die Zulassungsfrage zum Verfahrensgegenstand vor dem Schiedsgericht erhoben werden kann oder nicht.

Abschliessend ist zu betonen, dass bezüglich der Frage der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit in Bezug auf Zulassungsfragen gewisse *Unsicherheiten* bestehen, zumal es kaum höchstrichterliche Rechtsprechung dazu gibt. Die Frage, ob ein Schiedsgericht im vorliegenden Zusammenhang auf eine Klage eines Versicherers oder eines Leistungserbringers eintreten würde, kann demnach nicht mit letzter Sicherheit – in bejahender oder verneinender Weise – beantwortet werden.

* * * * *

Freiburg, 2. April 2019

Prof. Dr. Andreas Stöckli

Miro Barukčić, lic. iur. utr., LL.M.

Literatur / Materialien

GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2018.

GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Ulrich Meyer (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, Basel 2016.

SUSANNE FANKHAUSER/MICHAEL RUTZ, Spitalplanung und Spitalfinanzierung, Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nach Inkrafttreten der KVG-Revision zur neuen Spitalfinanzierung, SZS 2018, S. 282 ff.

ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen.

SANDRA JENNI/CHRISTINE BOLDI, Elektronisches Patientendossier und Datenschutz, in: Christine Boldi/Karin Caviezel (Hrsg.), Gesundheitsrecht im Bereich KVG, Leistungserbringung im Spannungsfeld unterschiedlicher Interessen, Handbuch für Praktiker, Zürich/St. Gallen 2018.

UELI KIESER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017.

UELI KIESER/KASPAR GEHRING/SUSANNE BOLLINGER, Kommentar KVG/UVG, Zürich 2018.

BERNHARD RÜTSCHE, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, Bern 2011.

PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014.

RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band I, Bern 2012.

Botschaft zum Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier (EPDG) vom 29. Mai 2013, BBl 2013, S. 5321 ff.

Schweizerische Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren, Bundesratspraxis zu Spitalplanung und Spitallisten, Dezember 2003.

Kostendämpfungsmassnahmen zur Entlastung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Bericht der Expertengruppe vom 24. August 2017.