

WNO.2018.1 / sr / wm

Art. 158

**Urteil vom 5. Dezember 2018**

Besetzung Verwaltungsrichter Michel, Vorsitz  
Verwaltungsrichter Brandner  
Verwaltungsrichterin Merki Frey  
Verwaltungsrichter Winkler  
Verwaltungsrichter Oetiker  
Gerichtsschreiberin Ruchti  
Rechtspraktikantin Niedermann

Gesuchstellerin 1 A. \_\_\_\_\_

Gesuchsteller 2 B. \_\_\_\_\_

beide vertreten durch Daniel Staffelbach und/oder Regula Fellner,  
Rechtsanwälte, Walder Wyss AG, Seefeldstrasse 123, Postfach 1236,  
8034 Zürich

Gesuchsgegner **Kanton Aargau,**  
handelnd durch den Regierungsrat des Kantons Aargau,  
Regierungsgebäude, 5000 Aarau

Gegenstand Normenkontrollbegehren betreffend § 7a, 14c und Anhang 1 der  
Spitalverordnung vom 2. November 2011 (Stand 1. Januar 2018)

---

## **Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:**

### **A.**

Mit Beschluss vom 6. Dezember 2017 fügte der Regierungsrat des Kantons Aargau § 7a, § 14c (Übergangsrecht zur Änderung vom 6. Dezember 2017) sowie Anhang 1 in die Spitalverordnung vom 2. November 2011 (SpiV; SAR 331.212) ein (AGS 2017/9-28; Beilage 1 zum Normenkontrollbegehren). Der Erlass dieser Bestimmungen wurde im Amtsblatt des Kantons Aargau vom 22. Dezember 2017, Nr. 51-52 (Beilage 2 zum Normenkontrollbegehren), publiziert. Die Bestimmungen traten per 1. Januar 2018 in Kraft.

### **B.**

#### **1.**

A. und B. reichten am 1. Februar 2018 beim Verwaltungsgericht ein Normenkontrollbegehren ein, mit den Anträgen:

1. §§ 7a, 14c und Anhang 1 der Spitalverordnung seien aufzuheben.
2. Es sei dem Normenkontrollbegehren bis zur rechtskräftigen Erledigung des vorliegenden Verfahrens die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Es sei der Gesuchsgegner anzuweisen, dem Departement für Gesundheit und Soziales des Kantons Aargau sowie den von der Spitalverordnung betroffenen Spitälern unverzüglich mitzuteilen, dass die angefochtenen Bestimmungen bis zur rechtskräftigen Erledigung des vorliegenden Verfahrens nicht anzuwenden sind.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners.

#### **2.**

Mit Stellungnahme vom 4. April 2018 beantragte der Regierungsrat die Abweisung des Normenkontrollbegehrens.

#### **3.**

Im zweiten Schriftenwechsel (Replik vom 7. Juni 2018; Duplik vom 4. Juli 2018) hielten die Parteien an ihren Anträgen fest.

#### **4.**

Am 13. Juli 2018 reichten die Gesuchsteller eine Triplik ein, die dem Gesuchsgegner zur Kenntnisnahme zugestellt wurde.

### **C.**

Das Verwaltungsgericht hat den Fall am 5. Dezember 2018 beraten und entschieden.

---

## **Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **I.**

#### **1.**

##### **1.1.**

Gemäss § 70 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Dezember 2007 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG; SAR 271.200) können Vorschriften verwaltungsrechtlicher Natur in kantonalen Gesetzen, Dekreten und Verordnungen sowie in Erlassen von Gemeinden, öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten dem Verwaltungsgericht jederzeit zur Prüfung auf ihre Übereinstimmung mit übergeordnetem Recht unterbreitet werden.

##### **1.2.**

Gegenstand des vorliegenden Begehrens sind kantonale Verordnungsbestimmungen, die ein zulässiges Anfechtungsobjekt der prinzipalen bzw. abstrakten Normenkontrolle bilden.

##### **1.3.**

In inhaltlicher Hinsicht ist die Überprüfbarkeit im Rahmen der prinzipalen Normenkontrolle auf Normen "verwaltungsrechtlicher Natur" beschränkt. Nach der einschlägigen Rechtsprechung wird dabei vorausgesetzt, dass die Rechtssätze von Verwaltungsbehörden (und nicht von zivil- oder strafrichterliche Behörden) unter Begründung eines Verwaltungsrechtspflegeverhältnisses angewandt werden oder das Verwaltungsgericht im Klageverfahren gemäss §§ 60 ff. VRPG zuständig ist (Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2004, S. 102 f.; 1996, S. 155 f.; Verwaltungsgerichtsentscheid [VGE] vom 19. Februar 2014 [WNO.2012.3], Erw. I/1.3).

Die angefochtenen Verordnungsbestimmungen sind verwaltungsrechtlicher Natur. Für deren Vollzug (inklusive Überprüfung der Einhaltung des Prozentsatzes an zulässigen stationären Eingriffen und die Rückforderung der Behandlungskosten, wenn dieser Prozentsatz überschritten wird) ist das Departement Gesundheit und Soziales (DGS) zuständig (§§ 1 und 7a Abs. 4 und 5 SpiV). Im Streitfall (zwischen dem Kanton einerseits und den Spitälern oder Patienten andererseits) müsste das Verwaltungsgericht im Klageverfahren (vgl. § 60 VRPG) über die Beteiligung des Kantons an den Untersuchungs- und Behandlungskosten entscheiden.

### **2.**

#### **2.1.**

Zum Antrag (auf prinzipale Normenkontrolle) ist befugt, wer durch die Anwendung dieser Vorschriften in absehbarer Zeit in seinen schutzwürdigen eigenen Interessen verletzt werden könnte (§ 71 VRPG). Schutzwürdig ist

ein Interesse, wenn der Antragsteller eine beachtenswerte Beziehung zur Streitsache hat, so dass er durch eine möglicherweise falsche Rechtsanwendung in seiner Interessensphäre in höherem Masse als jedermann betroffen wird. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Antragsbefugnis entfällt, wenn von einem Erlass eine Vielzahl Kantonsbewohner in gleichem Masse betroffen sind. Am schutzwürdigen Interesse fehlt es, wenn die Aufhebung der Norm dem Antragsteller keinerlei nennenswerte Vorteile bringen oder keinen Nachteil von ihm abwenden kann. Im Gegensatz zum Beschwerdeverfahren genügt eine virtuelle Betroffenheit. Verlangt ist lediglich, dass die Anwendung der Norm in absehbarer Zeit schutzwürdige Interessen des Antragstellers berühren könnte. Eine gewisse Wahrscheinlichkeit hierfür reicht aus (MICHAEL MERKER, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. Juli 1968 [Kommentar zu den §§ 38–72 aVRPG], Diss. Zürich 1998, § 69 N 9 ff.). Eine Vorschrift kann die schutzwürdigen Interessen des Antragstellers auch dann berühren, wenn sie nicht eine Regelung über ein ihm selber eingeräumtes Recht oder eine ihm auferlegte Pflicht trifft, sondern nur indirekt über den Umweg der Anwendung auf eine andere Person auf ihn wirkt, sei dies wegen vertraglicher Beziehungen zu künftigen Verfügungsadressaten oder aus anderen faktischen Gründen (MONIKA FEHLMANN-LEUTWYLER, Die prinzipale Normenkontrolle nach aargauischem Recht, Aarau und Frankfurt am Main 1988, S. 164 f.).

## **2.2.**

Die Gesuchsteller sind beide im Kanton Aargau wohnhaft. Es lässt sich nicht ausschliessen, dass sie dereinst eine der in Anhang 1 zur Spitalverordnung aufgeführten Untersuchungen und Behandlungen in Anspruch nehmen müssen und eine stationäre Behandlung auf der Grundlage von § 7a SpiV vom Spital abgelehnt oder vom Kanton nicht vergütet wird, was für sie mit Nachteilen verbunden wäre. Immerhin handelt es sich teilweise um Eingriffe, die recht häufig durchgeführt werden, was die Wahrscheinlichkeit für eine künftige Betroffenheit der Gesuchsteller erhöht. Auch könnte der Kanton gegebenenfalls Einsicht in ihre Patientenunterlagen verlangen. Die Legitimation der Gesuchsteller ist damit hinreichend ausgewiesen. Der Argumentation des Gesuchsgegners, für die Patienten ändere sich durch die angefochtene Norm nichts (Beschwerdeantwort, S. 2 unten), kann nicht gefolgt werden. Die Bestimmung zielt darauf ab, dass die stationären Behandlungen (aus Kostengründen) zugunsten ambulanter Eingriffe abnehmen. Für Patienten birgt das zunächst den finanziellen Nachteil, dass sich ihr eigener Anteil an den Behandlungs- oder Untersuchungskosten (Selbstbehalt) bei einem ambulanten Eingriff vergrössert. Für Patienten, die eine stationäre Behandlung favorisieren, stellen ambulante Eingriffe insofern einen ideellen Nachteil dar, als sie nicht die gewünschte Behandlung erhalten. Gesundheitliche Nachteile sind dabei nicht auszuschliessen. Beharren sie auf einem stationären Eingriff, müs-

sen sie ebenfalls mit finanziellen Nachteilen rechnen, indem sie die vom Kanton nicht gedeckten Behandlungskosten selber übernehmen müssen.

**3.**

Im Unterschied zur Verfahrensordnung vor dem Bundesgericht (vgl. Art. 101 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]) ist das kantonale Normenkontrollverfahren an keine Frist gebunden. Vorausgesetzt ist indessen, dass das Rechtssetzungsverfahren materiell abgeschlossen ist. Dieses Kriterium ist mit der Inkraftsetzung der angefochtenen Verordnungsbestimmungen per 1. Januar 2018 erfüllt (MERKER, a.a.O., § 68 N 46).

**4.**

Die übrigen Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf das Normenkontrollbegehren ist einzutreten.

**5.**

Die Anträge auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung des Normenkontrollbegehrens (Antrag 2) und Erlass eines vorsorglichen Anwendungsverbots der angefochtenen Bestimmungen (Antrag 3) werden mit dem vorliegenden Endentscheid gegenstandslos.

**6.**

Aufgrund der Bedeutung des vorliegenden Falls urteilt das Verwaltungsgericht in der Besetzung mit fünf Richtern (§ 3 Abs. 6 lit. c des Gerichtsorganisationsgesetzes vom 6. Dezember 2011 [GOG; SAR 155.200]).

**II.**

**1.**

Im prinzipialen Normenkontrollverfahren sind die anfechtbaren Normen gemäss § 70 Abs. 1 VRPG auf ihre Verfassungs- und Gesetzmässigkeit hin zu prüfen (AGVE 1992, S. 168; Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 14. Februar 2007 zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG]), 07.27 [nachfolgend: Botschaft VRPG], S. 81). Mit der Revision des VRPG änderte sich die abstrakte Normenkontrolle dahingehend, dass die Überprüfung auf kantonale Gesetze ausgedehnt wurde und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung durch den Spruchkörper des Verwaltungsgerichts und nicht mehr durch den Präsidenten allein zu erfolgen hat (Botschaft VRPG, S. 81 und 83). Im Übrigen blieben die Bestimmungen über die Normenkontrolle unverändert, weshalb Lehre und Rechtsprechung zu den §§ 68 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 9. Juli 1968 (aVRPG; SAR 271.100) übernommen werden können.

**2.**

Im Gesuch um Normenkontrolle ist im Einzelnen darzulegen, welche konkrete Bestimmung überprüft werden soll und inwiefern übergeordnete Gesetzes- oder Verfassungsbestimmungen verletzt sind. Im Verfahren um prinzipale Normenkontrolle muss sich das Verwaltungsgericht darauf beschränken, angefochtene Bestimmungen hinsichtlich der vom Gesuchsteller ausdrücklich gerügten rechtlichen Mängel zu untersuchen. Zusätzlich ist es nur verpflichtet, damit aus der Natur der Sache unmittelbar zusammenhängende sowie offensichtliche, ins Auge springende Verfassungs- oder Gesetzeswidrigkeiten zu berücksichtigen (AGVE 1988, S. 108 ff.; 1986, S. 109; VGE vom 7. Dezember 2007 [WNO.2005.1–4], Erw. I/2). Die Prüfung der Verfassungs- und Gesetzmässigkeit von kantonalen Verordnungsbestimmungen umfasst alle funktional übergeordneten kantonalen und bundesrechtlichen Regelungen, einschliesslich die Verordnungen des Bundesrates (FEHLMANN-LEUTWYLER, a.a.O., S. 120 f.).

**3.**

Bei der Normenkontrolle wird ein Rechtssatz mit einem andern Rechtssatz verglichen; geprüft wird, ob der zu kontrollierende Rechtssatz der Massstabsnorm entspricht (FEHLMANN-LEUTWYLER, a.a.O., S. 85 ff.), d.h. ob übergeordnete Bestimmungen verletzt sind (AGVE 1992, S. 168; 1988, S. 110). Bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit eines Erlasses im Rahmen der abstrakten Normkontrolle ist massgebend, ob der angefochtenen Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn zugemessen werden kann, der sie mit dem angerufenen übergeordneten Recht vereinbar erscheinen lässt. Das Verwaltungsgericht hebt eine kantonale Norm nur auf, sofern sie sich jeglicher verfassungs- und gesetzeskonformen Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich bleibt. Dass ausnahmsweise mit rechtswidrigen Anwendungsfällen gerechnet werden muss, rechtfertigt eine Aufhebung nicht; solche können sich immer ereignen. Zudem steht hier der Weg der vorfrageweisen Überprüfung im jeweiligen Einzelfall zur Verfügung (AGVE 2004, S. 257; 2002, S. 165; BGE 143 I 137, Erw. 2.2; 140 I 2, Erw. 4; 137 I 31, Erw. 2 mit Hinweisen; Urteile des Bundesgerichts vom 3. Juli 2018 [2C\_109/2017], Erw. 3.3, und vom 18. Januar 2017 [1C\_502/2015], Erw. 2; MERKER, a.a.O., § 68 N 67 und 76 mit Hinweisen). Eine weitergehende Prüfung im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle kann dann angebracht sein, wenn die Möglichkeit der inzidenten Prüfung einem Betroffenen den erforderlichen Schutz nicht zu gewährleisten vermag (BGE 111 Ia 23, Erw. 2; zum Ganzen: VGE vom 13. August 2004 [NO.2003.00002], S. 5).

Es ist grundsätzlich vom Wortlaut der Gesetzesbestimmung auszugehen und der Sinn nach den tradierten Auslegungsmethoden zu bestimmen. Eine verfassungskonforme Auslegung ist namentlich zulässig, wenn der Normtext lückenhaft, zweideutig oder unklar ist. Der klare und eindeutige

Wortsinn darf indes nicht durch eine verfassungskonforme Interpretation beiseitegeschoben werden (BGE 131 II 697, Erw. 4.1; Urteil des Bundesgerichts vom 3. Juli 2018 [2C\_109/2017], Erw. 3.3; FEHLMANN-LEUTWYLER, a.a.O., S. 193).

#### 4.

Im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle überprüft das Verwaltungsgericht die Rechtmässigkeit eines kantonalen Erlasses mit uneingeschränkter ("voller") Kognition. Zurückhaltung übt das Gericht bei der Aufhebung einer Norm (vgl. zur beschränkten Aufhebungspflicht MERKER, a.a.O., § 49 N 5 und § 68 N 76). Diese institutionelle Zurückhaltung beruht nicht wie beim Bundesgericht auf einer föderalistischen Rücksichtnahme (vgl. dazu BGE 135 II 243, Erw. 2; 130 I 82, Erw. 2.1), sondern erfolgt aus Gründen der Gewaltenteilung und der Verhältnismässigkeit (vgl. dazu AGVE 1986, S. 106 ff., Erw. 4b).

#### 5.

##### 5.1.

Die von den Gesuchstellern angefochtenen Bestimmungen der Spitalverordnung lauten wie folgt:

##### § 7a (Förderung von ambulanten Eingriffen in der Akutsomatik)

<sup>1</sup> Sofern die ambulante Durchführung von Untersuchungen und Behandlungen in der Regel zweckmässiger und wirtschaftlicher ist als die stationäre Durchführung (siehe Eingriffsliste in Anhang 1), beteiligt sich der Kanton nicht an den entsprechenden Kosten. Das Departement teilt den Spitälern jeweils Ende des Vorjahres die im Anwendungsjahr betroffenen CHOP-Codes mit Bezeichnung und alphanumerischem Kürzel mit.

<sup>2</sup> Der Kanton beteiligt sich nur dann an den Kosten von Eingriffen gemäss Anhang 1, wenn besondere Umstände eine stationäre Durchführung erfordern. Besondere Umstände liegen vor, wenn die Patientin oder der Patient

- a) besonders schwer erkrankt ist,
- b) an schweren Begleiterkrankungen beziehungsweise einer ausgeprägten Multimorbidität leidet,
- c) einer besonderen Behandlung oder Betreuung bedarf oder
- d) wenn besondere soziale Umstände vorliegen.

<sup>3</sup> Der Prozentsatz an zulässigen stationären Eingriffen im Verhältnis zur Gesamtzahl der Eingriffe richtet sich nach Anhang 1.

<sup>4</sup> Überschreitet ein Spital den Prozentsatz, sind dem Kanton die entsprechenden Behandlungskosten in der Regel zurückzuerstatten. Das Departement macht die Rückforderung geltend. Es werden keine Verzugszinsen verlangt.

<sup>5</sup> Die Einhaltung des Prozentsatzes wird vom Departement im Nachhinein überprüft. Die Spitälern sind verpflichtet, dem Departement auf Anforderung hin entsprechende Unterlagen zur Verfügung zu stellen und umfassende Einsicht in die Patientenunterlagen zu gewähren.

§ 14c (Übergangsrecht zur Änderung vom 6. Dezember 2017)

<sup>1</sup> Für die Jahre 2018 und 2019 kann das Departement mit den Regionalspitälern nach Massgabe der spitalspezifischen Rahmenbedingungen und abweichend von Anhang 1 einen höheren Prozentsatz an stationären Eingriffen vereinbaren.

Anhang 1

**Förderung von ambulanten Eingriffen in der Akutsomatik (§ 7a Spitalverordnung)**

Bei den unten aufgeführten Eingriffen (Untersuchungen und Behandlungen) ist die ambulante Durchführung in der Regel zweckmässiger und wirtschaftlicher als die stationäre Durchführung. Der stationäre Prozentsatz (Anteil der stationären Eingriffe) darf nicht überschritten werden.

<b>Untersuchungen und Behandlungen</b>	<b>Stationärer Prozentsatz</b>
Operation grauer Star	2 %
Teilgebiete der Handchirurgie (Dekompression bei Karpaltunnelsyndrom und weitere kleine Eingriffe an der Hand)	4 %
Rekonstruktion und Resektionen bei Deformitäten der Kleinzehen (ohne Hallux)	7 %
Periphere Osteosynthesematerial-Entfernungen	6 %
Kniearthroskopien inkl. Eingriffe am Meniskus	10 %
Diagnostische Herzuntersuchungen [Herzkatheteruntersuchung / PTCA (perkutane transluminale coronare Angioplastie; Erweiterung der Herzkranzgefässe)]	10 %
Herzschrittmacherimplantation	40 %
Perkutane transluminale Angioplastik inkl. Ballondilatation (Gefässuntersuchungen)	15 %
Einseitige Krampfaderoperation der unteren Extremität	40 %
Hämorrhoideneingriffe	25 %
Zirkumzision	2 %
Untersuchungen / Eingriffe am Gebärmutterhals oder der Gebärmutter	10 %
Nierensteinzertrümmerung / extrakorporale Stosswellenlithotripsie (ESWL) [nichtinvasive mechanische Zertrümmerung von Präzipitaten (vor allem Nierensteinen und Harnleitersteinen, aber auch z.B. Gallensteinen)]	5 %

**5.2.**

Die Gesuchsteller rügen die Unvereinbarkeit der zitierten kantonalen Verordnungsbestimmungen mit diversen Bestimmungen im Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG; SR 832.10), in der dazugehörigen Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (KVV; SR 832.102) und in der Verordnung des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV; SR 832.112.31) sowie mit dem Datenschutzrecht des Bundes (Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 [DSG; SR 235.1]) und des Kantons Aargau (Gesetz über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und das Archivwesen vom 24. Oktober 2006 [IDAG; SAR 150.700]). Sie entzögen sich jeglicher

verfassungs- und gesetzeskonformer Auslegung und seien daher aufzuheben.

## **6.**

### **6.1.**

Die Gesuchsteller argumentieren, mit Art. 24 (i.V.m. den Art. 25–31) enthalte das KVG einen abschliessenden Leistungskatalog, der unter anderem die in einem Spital stationär durchgeführten Untersuchungen und Behandlungen beinhalte (Art. 25 Abs. 2 lit. a KVG). Der Bundesrat könne gemäss Art. 33 Abs. 1 KVG die von Ärzten und Ärztinnen oder von Chiropraktoren und Chiropraktorerinnen erbrachten Leistungen bezeichnen, deren Kosten von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen übernommen werden. Diese Aufgabe habe er mit Art. 33 KVV an das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) delegiert. Das EDI führe gemäss Art. 1 KLV in Anhang 1 zur KLV die ärztlichen Leistungen auf, die vorbehaltlos, unter gewissen Voraussetzungen oder überhaupt nicht zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gehen. Die Normierung der Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung sei allein Sache der Bundesgesetzgebung. Es stehe den Kantonen nicht zu, entgegen der bundesgesetzlichen Regelung oder ergänzend Eingriffe, die nur ambulant durchgeführt werden dürfen, bzw. Prozentsätze an zulässigen stationären Eingriffen festzulegen. Bei stationären Behandlungen in einem Listenspital oder bei ausserkantonalen Hospitalisationen aus persönlichen Gründen übernehmen der Wohnkanton und der Versicherer die Vergütung anteilmässig nach Art. 49a KVG (Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> Satz 2 und Abs. 3 KVG), wobei der kantonale Anteil mindestens 55 % betrage (Art. 49a Abs. 2 KVG). Es bestehe von Gesetzes wegen eine Kostenübernahmepflicht des Wohnkantons bei stationären Behandlungen. Art. 41 KVG regle die Kostenübernahme für Leistungen aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abschliessend. Der Kanton dürfe in diesem Bereich nicht legiferieren. Dem Kanton stehe es im Übrigen auch nicht zu, in die medizinische Selbstbestimmung des Patienten und des Leistungserbringers einzugreifen und zu bestimmen, wie der Patient im Spital zu behandeln sei. Keinem Spitalmanagement würde man es durchgehen lassen, wenn es den verantwortlichen Ärztinnen und Ärzten vorschreiben würde, ob ein Patient stationär oder ambulant zu behandeln sei.

### **6.2.**

#### **6.2.1.**

Der in Art. 49 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) verankerte Grundsatz des Vorrangs von Bundesrecht (gegenüber kantonalem Recht) schliesst in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend regelt, eine Rechtssetzung durch die Kantone aus. In Sachgebieten, die das Bundesrecht nicht abschliessend ordnet, dürfen die Kantone nur solche

Vorschriften erlassen, die nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln (BGE 138 I 356, Erw. 5.4.2; 137 I 31, Erw. 4.1; 134 I 125, Erw. 2.1). Eine abschliessende Regelung des Bundes liegt zunächst vor, wo bereits die Bundesverfassung dem Bund eine ausschliessliche (und damit ursprünglich derogatorische) Rechtssetzungskompetenz einräumt. Bei konkurrierenden Bundeskompetenzen wird die Rechtssetzung durch die Kantone hingegen erst ausgeschlossen, sobald und soweit der Bund die entsprechende Materie reguliert hat (nachträglich derogatorische Bundeskompetenz). Ob eine Regelung des Bundes abschliessenden Charakter hat oder Raum für kantonales Recht belässt, bedarf stets einer Auslegung der entsprechenden Zuständigkeitsbestimmungen und der darauf gestützten Bestimmungen (BERNHARD WALDMANN, in: BERNHARD WALDMANN/EVA MARIA BELSER/ASTRID EPINEY [HRSG.], Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 49 N 15 und 19). Doch selbst wenn eine Bundesregelung in einem bestimmten Bereich als abschliessend zu gelten hat, bleibt kantonales Recht in demselben Bereich zulässig, wenn es nachweislich andere Ziele als die bundesrechtliche Regelung verfolgt und die Regelungsziele des Bundes durch die kantonale Regelung nicht vereitelt oder unterlaufen werden (BGE 142 II 369, Erw. 5.2; 140 I 218, Erw. 5.1). Ebenfalls nicht verletzt wird Art. 49 Abs. 1 BV nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann, wenn das kantonale Recht die Wirksamkeit der Bundesregelung ergänzen und verstärken will (BGE 130 I 82, Erw. 2.2 mit Hinweisen). Nur wenn die Bundesgesetzgebung für einen bestimmten Bereich sowohl umfassenden als auch ausschliesslichen Charakter hat, indem sie in diesem Bereich kantonales Recht insgesamt untersagt, entfallen die kantonalen Kompetenzen zu ergänzender Rechtssetzung vollständig, und zwar selbst zum Erlass von Vorschriften, die im Einklang mit der Bundesregelung stehen (BGE 137 I 167, Erw. 3.4; 130 I 82, Erw. 2.2; 128 I 295, Erw. 3b; Urteil des Bundesgerichts vom 5. November 2012 [2C\_333/2012], Erw. 5.1).

### **6.2.2.**

Gemäss Art. 117 BV erlässt der Bund Vorschriften über die Kranken- und Unfallversicherung (Abs. 1). Er kann die Kranken- und die Unfallversicherung allgemein oder für einzelne Bevölkerungsgruppen obligatorisch erklären (Abs. 2). Art. 117 Abs. 1 BV verleiht dem Bund eine umfassende, nachträglich derogatorische, nicht auf die Festlegung von Grundsätzen beschränkte Kompetenz auf dem Gebiet der Krankenversicherung, die nicht als blosser Ermächtigung, sondern als klarer Gesetzgebungsauftrag zu verstehen ist. Diesem Verfassungsauftrag ist der Bund unter anderem durch den Erlass des KVG nachgekommen (TOMAS POLEDNA, in: BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER, St. Galler Kommentar schweizerische Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 117 N 6). Kantonale Kompetenzen bleiben in der sozialen Krankenversicherung dort bestehen, wo der Bund

seine Gesetzgebungskompetenz nicht ausgeschöpft hat. Dies ist etwa der Fall bei den Aufenthaltskosten für die Unterbringung in einem Pflegeheim, wo der Tarifschutz nach Art. 44 KVG nicht greift und der Kanton die ihm angemessen scheinende Kostentragungsregelung treffen kann (BGE 129 I 346, Erw. 3.2). Der Bund wiederum ist nicht für das ganze Gesundheits- und Sozialwesen zuständig, sondern nur für die Versicherung, d.h. das Verhältnis zwischen Versicherer und Versichertem. Auf das Verhältnis zwischen Patient und Leistungserbringer erstreckt sich seine Gesetzgebungskompetenz insoweit, als sich dieses auf das öffentlich-rechtlich geregelte Versicherungsverhältnis auswirkt (BGE 135 V 443, Erw. 3.5). Diese Einschränkung darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass über die Versicherung auch weite Teile des (kantonalen) Gesundheitswesens vorweg und entscheidend geregelt werden und zwischen der sozialen Krankenversicherung und der kantonalen Gesundheitsversorgung hoher und mitunter verfassungsrechtlich heikler Koordinationsbedarf besteht. Mit der seit 1. Januar 2009 in Kraft stehenden KVG-Revision vom 21. Dezember 2007 (AS 2008 2049; BBl 2004 5551; Spitalfinanzierung) hat der Bundesgesetzgeber die kantonalen Planungspflichten akzentuiert und die Finanzierung der Listenspitäler durch die Kantone abschliessend geregelt. Damit ritzt der Bund die Kompetenzen im stationären Bereich nicht nur, er greift tiefergehend in die kantonale Zuständigkeit zur Regelung der kantonalen stationären Leistungserbringung ein. Die Regelung der stationären Leistungsbereitstellung und deren Finanzierung obliegt – im Rahmen der verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung – den Kantonen (POLEDNA, a.a.O., Art. 117 N 9 f.). Doch auch bei fehlender Bundeskompetenz haben Bundesgesetze aufgrund der ausdrücklichen Anordnung in Art. 190 BV Vorrang vor (kompetenzmässigem) kantonalem Recht (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 1180 f.).

### **6.2.3.**

Im Zentrum der mit der KVG-Revision vom 21. Dezember 2007 eingeführten Spitalfinanzierung stehen die Art. 49 und 49a KVG. Die Vergütungen nach Art. 49 Abs. 1 (Vergütung der stationären Behandlung einschliesslich Aufenthalt und Pflegeleistungen in einem Spital oder einem Geburtshaus, bestehend in der Regel aus einer leistungsbezogenen Fallpauschale, in Ausnahmefällen ergänzt um eine separat abrechenbare besondere diagnostische oder therapeutische Leistung) werden vom Kanton und den Versicherern anteilmässig übernommen (Art. 49a Abs. 1 KVG). Der kantonale Anteil beträgt mindestens 55 % (Art. 49a Abs. 2 Satz 2 KVG). Die Beteiligungspflicht der Kantone wird im Gesetz abschliessend geregelt und kann nicht mittels tarifvertraglicher Vereinbarung zwischen Leistungserbringer und Krankenversicherer abgeändert werden, insbesondere kann auf tarifvertraglichem Weg keine über Art. 49a Abs. 1 KVG hinausgehende Pflicht der Kantone, sich an Behandlungskosten zu beteiligen,

eingeführt werden (BVGE 2016/7, Erw. 8.3; GERHARD EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG [nachfolgend: Rechtsprechung KVG], 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2018, Art. 49a N 2). Ebenso wenig kann ein Kanton seine Beteiligungsquote unter 55 % senken. Nicht unter "Vergütungen nach Art. 49 Abs. 1 KVG" fallen Vergütungen von ambulanten Leistungen, an deren Finanzierung sich die Kantone nicht zu beteiligen haben (BVGE 2016/7, Erw. 8.1).

Eine kantonale Bestimmung, wonach ein Kanton die Kosten von (ausgesuchten) stationären Untersuchungen und Behandlungen nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen und nur bis zu einem gewissen Grad übernimmt, wäre nicht mit der Kostenbeteiligungspflicht der öffentlichen Hand in den oben zitierten Art. 49 und 49a KVG vereinbar, soweit es sich dabei um Leistungen handelt, die gemäss Art. 24 ff. KVG von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gedeckt sind.

Der Gesuchsgegner stellt sich indessen auf den Standpunkt, er schränke seine Kostenbeteiligung mit seiner Liste an grundsätzlich ambulant durchzuführenden Massnahmen nur dort ein, wo eine Vergütungspflicht nach KVG ohnehin entfalle, weil die in Art. 32 KVG verankerten Kriterien der Zweckmässigkeit und der Wirtschaftlichkeit der Behandlung bei einem stationär durchgeführten Eingriff nicht erfüllt seien. Die angefochtenen Bestimmungen (der Spitalverordnung) würden auch in Zukunft stationäre Behandlungen ermöglichen, wenn dafür entsprechende (medizinische) Indikationen vorlägen. Der in Anhang 1 zur Spitalverordnung definierte Prozentsatz, der besage, wie hoch der Anteil stationärer Behandlungen in der jeweiligen Behandlungskategorie maximal ausfallen dürfe, erlaube es den Spitälern, Patientinnen und Patienten stationär zu behandeln, bei denen es aufgrund besonderer Umstände angezeigt erscheine. Umgekehrt solle eine Hospitalisierung nicht mehr finanziert werden, wenn aufgrund der Gegebenheiten gar kein Bedarf an einer Spitalbehandlung bestehe. So gesehen würden mit den strittigen Bestimmungen einzig die Prinzipien der Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit von Leistungen konkretisiert. Die Kosten medizinischer Leistungen seien nicht vorbehaltlos zu übernehmen, sondern nur nach Massgabe der in den Art. 32–34 KVG festgelegten Voraussetzungen.

Damit stellt sich die Anschlussfrage, ob das KVG die Möglichkeit vorsieht, dass die Kantone in Konkretisierung, Präzisierung bzw. Ergänzung des bundesrechtlichen Leistungskatalogs generell-abstrakt regeln, welche stationären Untersuchungen und Behandlungen in der Regel nicht zweckmässig und wirtschaftlich und deshalb nicht zu vergüten sind.

#### **6.2.4.**

Nach Art. 24 Abs. 1 KVG übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten für die Leistungen gemäss den Artikeln 25–31 nach

Massgabe der in den Artikeln 32–34 festgelegten Voraussetzungen. Zu den erwähnten Leistungen gehören namentlich in einem Spital stationär durchgeführte Untersuchungen und Behandlungen, die von Ärzten oder Ärztinnen, Chiropraktoren oder Chiropraktorinnen und anderen Personen auf deren Anordnungen oder in deren Auftrag erbracht werden (Art. 25 Abs. 2 lit. a KVG) und die zudem wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein müssen (Art. 32 Abs. 1 KVG). Art. 24 Abs. 1 KVG statuiert mit den dort angeführten Artikeln einen abschliessenden Leistungskatalog, was durch die Handlungsanweisung von Art. 33 Abs. 1 KVG bestätigt und unterstrichen wird (EUGSTER, Rechtsprechung KVG, Art. 24 N 1). Danach kann der Bundesrat die von Ärzten und Ärztinnen oder von Chiropraktoren und Chiropraktorinnen erbrachten Leistungen bezeichnen, deren Kosten von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen übernommen werden. Im Bereich der ärztlichen und chiropraktischen Leistungen besteht mithin eine gesetzliche Pflichtleistungsvermutung: Das Konzept von Art. 33 Abs. 1 KVG beruht auf der im einzelnen Behandlungsfall widerlegbaren Vermutung, dass Ärzte und Ärztinnen wirksame und zweckmässige Behandlungsmethoden anwenden. Der Verordnungsgeber hat daher nur Applikationen aufzulisten, welche Art. 32 Abs. 1 KVG nicht genügen. Die entsprechende Negativ- oder Ausschlussliste, mit deren Erstellung der Bundesrat das EDI beauftragt hat (Art. 33 Abs. 1 lit. a KVV), ist in Anhang 1 KLV integriert. Diese umfasst nur Leistungen, zu denen die Leistungskommission Stellung genommen hat. Bis zum Nachweis des Gegenteils enthält Anhang 1 ein vollständiges Verzeichnis der ärztlichen Nichtpflichtleistungen. Fehlt darin die Nennung einer Behandlungsmethode, greift die Pflichtleistungsvermutung (EUGSTER, Rechtsprechung KVG, Art. 33 N 7 f. mit zahlreichen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung), die in einem konkreten Anwendungsfall widerlegt werden kann.

Raum für ergänzende Negativ- oder Ausschlusslisten seitens der Kantone, die bestimmte stationäre Untersuchungs- und Behandlungsmethoden über Anhang 1 KLV hinaus auch bloss teilweise (bis zu einem pro Behandlungskategorie definierten Prozentsatz) vom Pflichtleistungskatalog ausnehmen, besteht folglich nicht. Daran ändert nichts, dass die Kantone analog den Krankenversicherern befugt sind, Zweckmässigkeits- und Wirtschaftlichkeitskontrollen durchzuführen (vgl. dazu GERHARD EUGSTER, Bundesgesetz über die Krankenversicherung [KVG], Zürich 2010, Art. 49a N 3). Die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit (sog. WZW-Kriterien) sind ausserhalb des Tarifrechts auf zwei Ebenen zu beachten: einerseits bei der Bezeichnung der Leistungen, wo sie die allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen einschränken, andererseits bei der Anwendung einer zugelassenen Applikation im konkreten Behandlungsfall (EUGSTER, Rechtsprechung KVG, Art. 32 N 1). Die Kontrollinstrumente der Versicherer bzw. der Kantone beschränken sich – wiederum ausserhalb des Tarifrechts – auf den

konkreten Behandlungsfall. Das gilt sowohl für die Einzelfallkontrolle, die prospektiv durch eine vorgängige Kostengutsprache, während laufender Behandlung oder retrospektiv, beispielsweise mittels systematischer Kontrollen des Behandlungsverhaltens eines Leistungserbringers während einer bestimmten Periode (analytische Prüfmethode), erfolgen kann (vgl. dazu EUGSTER, Rechtsprechung KVG, Art. 56 N 5 ff.), als auch für die statistischen Wirtschaftlichkeitskontrollen, die beide von Art. 56 KVG erfasst sind. Das Verfahren der statistischen Wirtschaftlichkeitskontrolle besteht darin, dass die Kosten pro statistischem Behandlungsfall eines bestimmten Arztes (individueller Fallwert) mit den Kosten pro statistischem Behandlungsfall von Ärzten des gleichen medizinischen Fachgebiets verglichen werden (Gruppenfallwert). Dieser Durchschnittskostenvergleich ist eine Beweismethode, die nicht die Schaffung einer Art von Wirtschaftlichkeitsdefinition bezweckt (EUGSTER, Rechtsprechung KVG, Art. 56 N 8). Mit anderen Worten dürfen die Versicherer bzw. Kantone zwar systematisch prüfen, ob angewandte Behandlungsmethoden dem Wirtschaftlichkeitsgebot genügen, was aber nicht die Befugnis beinhaltet, bestimmte Behandlungsmethoden per definitionem von der Versicherungsdeckung ganz oder teilweise (ab einem bestimmten Prozentsatz) auszuschliessen, selbst wenn die fehlende Wirtschaftlichkeit durch entsprechende Untersuchungen erhärtet ist. Diese Art von Wirtschaftlichkeitsprüfung, bei der es um die Zulassung als Pflichtleistung der obligatorischen Krankenversicherung geht, ist dem Bundesgesetzgeber respektive dem Bundesverordnungsgeber vorbehalten, der mit Art. 32 Abs. 2 KVG zur periodischen Überprüfung der Wirtschaftlichkeit der Leistungen angehalten wird. Überholte Leistungen sind aus dem (bundesrechtlichen) Pflichtleistungskatalog auszumustern (EUGSTER, Rechtsprechung KVG, Art. 32 N 18). Dafür sind jedoch nicht die Versicherer oder die Kantone zuständig, sondern gestützt auf Art. 33 Abs. 1 KVG und Art. 33 Abs. 1 lit. a KVV das EDI als Verordnungsgeber, wobei die Federführung beim Bundesamt für Gesundheit (BAG) liegt, dessen Abteilung Leistungen den Entscheidungsprozess fachlich und administrativ betreut und die Sekretariate der beratenden Kommissionen, insbesondere der Eidgenössischen Leistungs- und Grundsatzkommission, führt (Inspektion "Bestimmung und Überprüfung ärztlicher Leistungen in der obligatorischen Krankenversicherung"; Stellungnahme des Bundesrates vom 24. Juni 2009 zum Schreiben der GPK-N vom 26. Januar 2009 [nachfolgend: Stellungnahme OKP-Leistungen], in: BBl 2009, S. 5649 ff.; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts vom 11. September 2009 [9C\_224/2009], Erw. 2.2). Das Konzept, wonach grundsätzlich alle ärztlichen Leistungen vergütet werden, wenn nicht etwas anderes bestimmt ist (vgl. Stellungnahme OKP-Leistungen, S. 5650), könnte nicht mehr schweizweit einheitlich gewährleistet werden, wenn die Kantone ihre eigenen Listen mit Nichtpflichtleistungen bzw. Leistungen, die von ihnen nicht oder nur begrenzt anteilmässig vergütet werden, erstellen dürften. Die Pflichtleistungsvermutung käme dadurch nicht mehr ungehindert zum Tragen. Aufgrund dessen ist anzunehmen, dass der

Bundesgesetzgeber mit dem Pflichtleistungskatalog gemäss KVG und den dazugehörigen Verordnungsbestimmungen bzw. mit allen darin vorgesehenen Negativ- und Positivlisten eine abschliessende Ordnung schaffen wollte. Diese lässt keine ergänzende kantonale Rechtssetzung in diesem Bereich zu, selbst wenn damit Gesundheitskosten eingedämmt werden können, was der Zielsetzung des KVG samt Ausführungsbestimmungen grundsätzlich entspricht.

Mit der Argumentation, bei der Vergütung stationärer Leistungen seien interkantonale Rechtsungleichheiten hinzunehmen, weil der Vollzug des Bundesrechts in diesem Bereich den Kantonen übertragen sei und verschiedene Behörden das Recht unterschiedlich anwenden würden (Gesuchantwort, S. 6, "Zu Rz. 61"), übersieht der Gesuchsgegner, dass es hier nicht um eine Vollzugsproblematik geht. Mit den angefochtenen Bestimmungen wird Bundesrecht (mit Blick auf den Pflichtleistungskatalog) materiell ergänzt, nicht (durch rechtsanwendende Behörden) vollzogen.

Die Kostenbeteiligung der Kantone an den auf Bundesebene abschliessend geregelten Pflichtleistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung bewirkt bis zu einem gewissen Grad einen Einschnitt in ihre Kompetenz zur Regelung der stationären Leistungserbringung und deren Finanzierung. Sie können nur im Rahmen der Wirtschaftlichkeitskontrolle konkreter Behandlungsfälle, nicht aber mit eigenen Negativ- oder Ausschlusslisten auf die Entwicklung stationärer Behandlungskosten Einfluss nehmen. Das ist von den Kantonen mangels Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze (Art. 190 BV) hinzunehmen (vgl. Erw. 6.2.2 vorne). Das EDI seinerseits wird Anhang 1 KLV mit Wirkung ab 1. Januar 2019 dahingehend revidieren, dass sechs Gruppen von operativen Eingriffen, die sich teilweise mit den ambulant durchzuführenden Untersuchungen und Behandlungen gemäss Anhang 1 zur Spitalverordnung überschneiden (Kniearthroskopien inkl. Eingriffe am Meniskus, einseitige Krampfadoperation der unteren Extremität, Hämorrhoideneingriffe, Untersuchungen/Eingriffe am Gebärmutterhals oder an der Gebärmutter), nur noch bei ambulanter Durchführung von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vergütet werden (vgl. dazu die Medienmitteilung des BAG "Ambulant vor stationär – Liste mit Eingriffen verabschiedet" vom 20. Februar 2018, publiziert auf <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-69835.html>). Diese Aktivitäten belegen zusätzlich, dass die Kompetenz zum Erlass von Negativ- und Ausschlusslisten zu den von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gedeckten ärztlichen Leistungen beim Bund liegt, nicht bei den Kantonen. Die in der gleichen Medienmitteilung zum Ausdruck kommende gegenteilige Haltung des BAG, die von einigen Kantonen (AG, LU, BS, ZG, ZH) beschlossenen eigenen Listen, die zum Teil über die sechs vom EDI definierten Gruppen von Eingriffen hinausgehen, seien weiterhin möglich, findet in den gesetzlichen Grundlagen der obligatorischen Krankenpflege-

versicherung keinerlei Stütze. Den Kantonen wird im KVG oder in der KVV nicht nur keine entsprechende Kompetenz eingeräumt. Vielmehr wird mit Negativ- und Ausschlusslisten der Kantone – wie gesehen – der im KVG implizit vermutete Pflichtleistungscharakter von diagnostischen und therapeutischen Arztleistungen (sog. Vertrauensprinzip; vgl. Stellungnahme OKP-Leistungen, S. 5650) unterminiert. In der Fragestunde des Nationalrats vom 13. März 2017 äusserte sich der Bundesrat bei der Beantwortung der Frage von Nationalrat Sebastian Frehner (SVP BS), ob die vom Kanton Luzern publizierte Liste mit zukünftig ambulant durchzuführenden Eingriffen bundesrechtskompatibel sei (Frage 17.5168), sehr viel zurückhaltender zur Kompetenz der Kantone als das BAG in der vorerwähnten Medienmitteilung. Er verwies auf die Befugnis der Kantone zur Wirtschaftlichkeitskontrolle im Einzelfall (siehe dazu den eingereichten Text und die dazugehörige Antwort des Bundesrats auf <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20175168>).

Hinzu käme der unerwünschte Effekt einer Ungleichbehandlung der Versicherten, welche je nach Wohnsitzkanton in unterschiedlichem Masse Anspruch auf Vergütung der Kosten stationär durchgeführter Untersuchungen und Behandlungen durch die öffentliche Hand hätten. Zu dieser Problematik hielt der Bundesrat in der Fragestunde vom 13. März 2017 fest (Antwort auf die Frage 17.5168), dass die obligatorische Krankenpflegeversicherung mit Blick auf die Rechtsgleichheit allen Versicherten denselben Leistungsumfang garantiere. Exakt diese Gleichbehandlung wäre mit kantonal variablen Listen von Untersuchungen und Behandlungen, deren Kosten die Kantone bei stationär durchgeführten Eingriffen nicht oder nur in Ausnahmefällen übernehmen, gefährdet. Eine schweizweite Gleichbehandlung kann nur mit einer erschöpfenden Bundeskompetenz bei der Definition der Pflichtleistungen erreicht werden. Das hält die Kantone nicht davon ab, die Wirtschaftlichkeit der Leistungen im stationären Bereich, die sie zu 55 % mitfinanzieren müssen, im Einzelfall zu prüfen. Deswegen kann auch nicht gesagt werden, die Kantone müssten stationär durchgeführte Eingriffe voraussetzungslos mitfinanzieren. Aus Art. 33 Abs. 1 lit. a KVG kann richtigerweise nicht der Umkehrschluss gezogen werden, die Kosten für alle anderen Behandlungen seien voraussetzungslos zu übernehmen. Die Vermutung der Wirtschaftlichkeit dieser Behandlungen kann im konkreten Anwendungsfall widerlegt werden.

#### **6.2.5.**

Zusammenfassend regeln die Art. 24 ff. KVG und die dazugehörigen Ausführungsbestimmungen in der KVV (Art. 33 Abs. 1 lit. a) und der KLV abschliessend, welche Leistungen von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gedeckt sind. Figuriert eine Untersuchung oder Behandlung nicht als Leistung in Anhang 1 KLV, deren Kosten (nach Prüfung durch die Leistungs- und Grundsatzkommission) nicht oder nur unter bestimm-

ten Voraussetzungen übernommen werden, gilt dafür die Pflichtleistungs-  
vermutung, die durch eine Wirtschaftlichkeitskontrolle im konkreten An-  
wendungsfall widerlegt werden kann. Den Kantonen steht es hingegen  
nicht zu, Anhang 1 KLV mit eigenen Listen von Leistungen, deren Kosten  
nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen übernommen werden,  
zu ergänzen und die bundesrechtliche Pflichtleistungsvermutung im Hin-  
blick auf den von ihnen gemäss Art. 49 Abs. 1 und 49a KVG zu tragenden  
Kostenanteil mit einer generell-abstrakten Bezeichnung von in der Regel  
nicht vergütungspflichtigen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden  
umzustossen. Insofern lässt sich die Regelung in § 7a SpiV, wonach sich  
der Kanton nur ausnahmsweise, unter den in Abs. 2 genannten Voraus-  
setzungen und bis zu einem bestimmten Prozentsatz, an den Kosten von  
stationär durchgeführten Eingriffen der in Anhang 1 aufgelisteten Untersu-  
chungen und Behandlungen beteiligt, nicht mit den Art. 24 ff. KVG samt  
Ausführungsbestimmungen i.V.m. Art. 49 Abs. 1 und 49a KVG vereinba-  
ren. Die Bestimmung bewirkt einen unzulässigen Eingriff in eine aus-  
schliessliche Bundeskompetenz und ist schon aus diesem Grund integral  
aufzuheben, unabhängig davon, ob mit deren Anwendung zusätzlich ge-  
gen weitere Vorschriften der obligatorischen Krankenpflegeversicherung  
oder gegen Datenschutzrecht des Bundes und des Kantons Aargau  
verstossen würde. Werden § 7a und Anhang 1 SpiV wegen Bundes-  
rechtswidrigkeit aufgehoben, verliert auch die Übergangsregelung in  
§ 14c SpiV, der keine selbständige Bedeutung zukommt, ihren Sinn; sie  
ist gleichermassen aufzuheben.

## **7.**

In Gutheissung des vorliegenden Normenkontrollbegehrens sind die damit  
angefochtenen §§ 7a, 14c und Anhang 1 SpiV aufzuheben. Die Aufhe-  
bung dieser Bestimmungen hat aufgrund des auf Bundesebene umfas-  
send geregelten Leistungskatalogs im Bereich der obligatorischen Kran-  
kenpflegeversicherung, der eine (ergänzende) kantonale Rechtssetzung  
in diesem Bereich gerade ausschliesst, keine ungerichteten Zustände zur  
Folge. Eine Übergangsordnung oder eine Übergangsfrist (vgl. § 73 Abs. 2  
VRPG) sind vor diesem Hintergrund entbehrlich.

Der Entscheid des Verwaltungsgerichts ist zu veröffentlichen (§ 73 Abs. 3  
VRPG). Massgebend dafür sind § 2 und § 3 Abs. 2 lit. c des Gesetzes  
über die amtlichen Publikationsorgane vom 3. Mai 2011 (Publikationsge-  
setz, PuG; SAR 150.600).

## **III.**

### **1.**

In Normenkontrollverfahren sind die Kostenbestimmungen des Beschwer-  
deverfahrens analog anwendbar (§ 75 VRPG). Die Gesuchsteller obsie-  
gen, weshalb die Verfahrenskosten auf die Staatskasse zu nehmen sind

und der Regierungsrat ihnen die Parteikosten zu ersetzen hat (§ 31 Abs. 2 und § 32 Abs. 2 VRPG).

**2.**

Die Gesuchsteller haben zum Streitwert keine Angaben gemacht und es fehlt ihnen ein aktuelles vermögenswertes Interesse. Ein Streitwert kann unter diesen Umständen nicht gerichtlich geschätzt und festgesetzt werden.

Gemäss § 8a Abs. 3 des Dekrets über die Entschädigung der Anwälte vom 10. November 1987 [Anwaltstarif; SAR 291.150] ist in diesen Fällen der Parteikostenersatz gemäss den §§ 3 Abs. 1 lit. b und 6 ff. des Anwaltstarifs zu bestimmen. Der mutmassliche Aufwand, die Schwierigkeit und Bedeutung des Verfahrens rechtfertigen einen Grundansatz über dem Mittelwert im Betrag von Fr. 10'800.00. Die Zuschläge für die zusätzlichen Rechtsschriften (§ 6 Anwaltstarif) und für die Vertretung mehrerer Parteien (§ 7 Anwaltstarif) im Umfang von insgesamt 20% werden durch den Abzug für die fehlende Verhandlung (20%) kompensiert. Mit Auslagen und der Mehrwertsteuer ist ein Parteikostenersatz von Fr. 12'000.00 angemessen.

---

**Das Verwaltungsgericht erkennt:**

**1.**

In Gutheissung des Normenkontrollbegehrens werden die §§ 7a, 14c und Anhang 1 der Spitalverordnung (SpiV) vom 2. November 2011 aufgehoben.

**2.**

Der Regierungsrat wird angewiesen, innert 30 Tagen seit der Zustellung des vorliegenden Entscheids Ziffer 1 des Urteilsdispositivs im Amtsblatt des Kantons Aargau und in der AGS zu veröffentlichen und dem Verwaltungsgericht die Publikation zukommen zu lassen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**4.**

Der Regierungsrat wird verpflichtet, den Gesuchstellern die vor Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten in Höhe von Fr. 12'000.00 zu ersetzen.

---

Zustellung an:  
die Gesuchsteller (Vertreter)  
den Regierungsrat

---

**Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten**

Dieser Entscheid kann wegen Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht, kantonalen verfassungsmässigen Rechten sowie interkantonalem Recht innert **30 Tagen** seit der Zustellung mit **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die Frist steht still vom 7. Tag vor bis und mit 7. Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar. Die unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie der Entscheid zu ändern sei, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt, mit Angabe der Beweismittel enthalten. Der angefochtene Entscheid und als Beweismittel angerufene Urkunden sind beizulegen (Art. 82 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110] vom 17. Juni 2005).

---

Aarau, 5. Dezember 2018

**Verwaltungsgericht des Kantons Aargau**

3. Kammer

Vorsitz:

Gerichtsschreiberin:

Michel

Ruchti