

Memorandum

an Basler Privatspitäler-Vereinigung, Basellandschaftlicher
Verband der Privatkliniken
von Daniel Staffelbach, Martin Zobl
Betreff **Gesetzmässigkeit des geplanten Darlehens zu
Bauinvestitionen des Universitätsspitals Basel**
Datum 11. Dezember 2023 DST / MZB

Daniel Staffelbach
Partner
Rechtsanwalt
Direkt +41 58 658 56 50
daniel.staffelbach@walderwyss.com

Martin Zobl
Partner
Dr. iur., LL.M.
Rechtsanwalt
Direkt +41 58 658 55 35
martin.zobl@walderwyss.com

Inhaltsverzeichnis

1. Ausgangslage und Auftrag	3
2. Zur rechtlichen Qualifikation des Darlehens	4
3. Kantonal-rechtliche Aspekte des Darlehens	4
3.1. Rechtliche Rahmenbedingungen des USB und seiner Leistungserbringung	4
3.1. Die basel-städtischen Bestimmungen zur Finanzierung der öffentlichen Spitäler im Besonderen.....	5
3.1.1. Fehlende gesetzliche Grundlage: Das ÖSpG bildet keine ausreichende Grundlage für die Finanzierung der öffentlichen Spitäler mittels hybrider Finanzierungsinstrumente	6
3.1.2. Verletzung von § 16 ÖSpG: Der Kanton Basel-Stadt darf seinen öffentlichen Spitälern keine Darlehen zu Vorzugskonditionen gewähren	6
3.1.3. Erstes Zwischenfazit: Die Gewährung des Darlehens USB widerspricht dem Legalitätsprinzip und ist unzulässig	9
3.2. Eventualiter: Allgemeine Voraussetzungen kantonaler Ausgaben	9
3.3. Qualifikation des Darlehens als Finanzhilfe.....	9
3.4. Unzureichende kantonal-rechtliche Grundlage	10

3.5.	Zwischenfazit	13
4.	Unvereinbarkeit mit übergeordnetem Recht	13
4.1.	Widerspruch zu bundesrechtlichen Regeln der Spitalfinanzierung	13
4.2.	Erfordernis der Wettbewerbs- und Trägerschaftsneutralität	14
4.3.	Ungenügende Berücksichtigung interkantonalen Vorgaben	16
5.	Zusammenfassung und Fazit	17
6.	Ausblick: Handlungsmöglichkeiten	17

1. Ausgangslage und Auftrag

Das Universitätsspital Basel («USB») plant die Realisierung von zwei Neubauten (Klinikum 2 und 3) zu geschätzten Kosten von CHF 1.66 Mia.¹

Ursprünglich war eine Finanzierung der gesamten Bautätigkeit aus eigener Kraft geplant.² Mit Blick auf die finanziellen Risiken durch «Tarifentwicklung, die eingeplanten Effizienzsteigerungen, eine tiefere Entwicklung der stationären Fallzahlen, eine stärkere Verschiebung ambulant vor stationär und höhere Baukosten» haben Verwaltungsrat und Spitalleitung des USB beim Regierungsrat ein Darlehen von CHF 300 Mio. als «Finanzierungsbeitrag» für die anstehenden Investitionen beantragt.³

Mit Ratschlag vom 27. September 2023 beantragt der Regierungsrat dem Grossen Rat, den folgenden Beschluss zu erlassen:

1. Dem Universitätsspital Basel (USB) wird für die Bauvorhaben Neubau Klinikum 2 Phase 1 (Turm) und Klinikum 3 ein verzinsliches und rückzahlbares Darlehen in Höhe von Fr. 300'000'000 gewährt.

2. Der Grosse Rat ermächtigt den Regierungsrat, bei ernsthaften finanziellen Schwierigkeiten des USB das Darlehen teilweise oder ganz in Eigenkapital (Dotationskapital) zu wandeln.

Das Darlehen soll eine Laufzeit von 45 Jahren aufweisen und zum durchschnittlichen Zinssatz der Staatsschulden (für 2024 mutmasslich 0.8%) verzinst werden.⁴ Die Medienmitteilung des Regierungsrates bezeichnet die geplante Finanzierung als «Absicherung für die bauliche Entwicklung des Universitätsspitals Basel».⁵

Die Basler Privatspitäler-Vereinigung und der Basellandschaftlicher Verband der Privatkliniken hat die unterzeichneten, im öffentlichen Recht und Gesundheits- und Versicherungswesen spezialisierten Rechtsanwälte mit der unabhängigen Beurteilung der Gesetzeskonformität dieses Ratschlags und der vom Regierungsrat beabsichtigten Darlehensgewährung beauftragt.

¹ Ratschlag des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt GD/P231367 an den Grossen Rat (Regierungsratsbeschluss vom 26. September 2023; im Folgenden: Ratschlag Darlehen), S. 15 f.

² Antwort zur Schriftlichen Anfrage David Wüest-Rudin betreffend «Auswirkung von Covid-19 auf Eigenfinanzierung des Campus Gesundheit», Regierungsratsbeschluss vom 17. Mai 2022, GD/P225131, S. 3 f., abrufbar unter <https://grosserrat.bs.ch/dokumente/100397/000000397309.pdf>.

³ Ratschlag Darlehen, S. 22 f.

⁴ Ratschlag Darlehen, S. 24, 26.

⁵ <https://www.regierungsrat.bs.ch/nm/2023-absicherung-fuer-die-bauliche-entwicklung-des-universitaetsspitals-basel-rr.html>.

Im Folgenden wird zunächst die Vereinbarkeit des geplanten Beschlusses mit dem einschlägigen kantonalen Recht (Ziff. 2) und so dann mit dem übergeordneten Recht (Ziff. 4) geprüft. Die Beurteilung zeigt, dass das Darlehen nicht im Einklang mit den einschlägigen rechtlichen Anforderungen steht (Ziff. 5).

2. Zur rechtlichen Qualifikation des Darlehens

Das geplante Darlehen zeichnet sich durch folgende Besonderheiten aus:

- tiefer Zinssatz (durchschnittlichen Zinssatz der Staatsschulden)
- ungewöhnlich lange Laufzeit von 45 Jahren
- keine Absicherungen des Darlehens
- Ermächtigung des Regierungsrates, das Darlehen teilweise oder ganz in Eigenkapital (Dotationskapital) umzuwandeln.

Zinssatz und Laufzeit sind offenkundig nicht marktüblich. Ebenfalls nicht marktüblich ist bei der Höhe des Darlehens der vollständige Verzicht auf Sicherheiten.

Anspruchsvoll ist die rechtliche Einordnung der Ermächtigung des Regierungsrates, das Darlehen bei finanziellen Schwierigkeiten teilweise oder ganz in Eigenkapital umzuwandeln. Das Darlehen USB wird damit gleichsam zu einer Art «Wandeldarlehen» (Convertible Loan).

Privatrechtlich würde es sich dabei um ein hybrides Instrument handeln, das sowohl Charakteristika von Fremdkapital als auch von Eigenkapital aufweist.⁶ Klar ist vorliegend einzig, dass es sich um eine ungewöhnliche Finanzierungsform handelt, bei der im Einzelnen zahlreiche rechtliche Fragen offen erscheinen. Umso erstaunter muss man zur Kenntnis nehmen, dass sich der Ratschlag vom 27. September 2023 in keiner Weise mit der rechtlichen Qualifikation und der gesetzlichen Grundlagen des Darlehens auseinandersetzt.

3. Kantonal-rechtliche Aspekte des Darlehens

3.1. Rechtliche Rahmenbedingungen des USB und seiner Leistungserbringung

Der Kanton Basel-Stadt betreibt gemäss § 27 der Kantonsverfassung vom 23. März 2005 (KV; SG 111.100) öffentliche Spitäler und Kliniken (Abs. 1) und sorgt mit den Gemeinden und privaten Trägerschaften sowie in Absprache mit der Region für die Bereitstellung von weiteren notwendigen öffentlichen Spitälern, Kliniken und Einrichtungen (Abs. 2).

⁶ STEFAN OESTERHELT, Wandelanleihen und Wandeldarlehen, in Expert Focus 2020, S. 754 ff.

Das Gesetz über die öffentlichen Spitäler des Kantons Basel-Stadt vom 16. Februar 2011 (Öffentliche Spitäler-Gesetz, OSpG; SG 331.100) regelt die Rechtsstellung, die Organisation und die Aufgaben des Universitätsspitals Basel sowie der weiteren öffentlichen Spitäler des Kantons (§ 1 Abs. 1). Diese Spitäler sind Unternehmen des Kantons in der Form selbstständiger öffentlich-rechtlicher Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit und Sitz in Basel (§ 2 Abs. 1 OSpG). Zur Erfüllung seiner Aufgaben gewährt der Kanton jedem öffentlichen Spital ein Dotationskapital (§ 15 Abs. 1 OSpG).

Die öffentlichen Spitäler sollen dazu beitragen, eine wirksame, zweckmässige und wirtschaftliche Spitalversorgung zu gewährleisten (§ 1 Abs. 1 OSpG). Sie dienen der kantonalen, regionalen und überregionalen medizinischen Versorgung im Rahmen der Leistungsaufträge gemäss dem Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10), tragen im Rahmen von Leistungsvereinbarungen mit Hochschulen zur Forschung und Lehre bei, erbringen bedarfsgerecht gemeinwirtschaftliche Leistungen und können weitere Leistungen erbringen, soweit dadurch die Erfüllung der staatlichen Leistungsaufträge nicht beeinträchtigt wird (§ 3 Abs. 1-4 OSpG).

Dem USB wurden gemäss den gleichlautenden Spitalisten Akutsomatik der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft zahlreiche Leistungsaufträge i.S.v. Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG erteilt.

Gemäss den finanziellen Zielen der Eignerstrategie des Regierungsrats für das Universitätsspital Basel vom 10. Dezember 2019⁷ stellt das USB seine Selbständigkeit und die Werthaltigkeit seines Vermögens sowie das langfristige Überleben wie auch die Kapital- und Kreditmarktfahigkeit aus eigener Kraft sicher und setzt seine Mittel entsprechend ein. Zudem arbeitet es im Grundversicherungsbereich KVG auf eine ausgeglichene Rechnung hin und konsultiert bei Investitionsvorhaben mit einem geplanten Wert von über 10% des Eigenkapitals vorgängig die Eignervertretung und legt u.a. dar, inwiefern die Zielerreichung der Eignerstrategie durch das Vorhaben unterstützt wird, wie das Vorhaben die Gesundheitsversorgung verbessert und wie die Tragbarkeit des Vorhabens sichergestellt wird.

3.2. Die basel-städtischen Bestimmungen zur Finanzierung der öffentlichen Spitäler im Besonderen

Das OSpG äussert sich im Kapitel VII zu den Finanzen der öffentlichen Spitäler. Zur Erfüllung seiner Aufgaben gewährt der Kanton jedem öffentlichen Spital ein Dotationskapital und ist dabei für eine angemessene Eigenkapitalquote besorgt (§ 15 OSpG). Sodann bestimmt § 16 OSpG:

⁷ Abrufbar unter https://www.gd.bs.ch/dam/jcr:816b7ddd-310a-41ba-83f5-1b4c5f4b60a2/2019_Eignerstrategie%20USB.pdf, Ziff. 3.3.

«Die öffentlichen Spitäler können Fremdkapital aufnehmen.»

Diese Bestimmung ist sehr offen formuliert und der Wortlaut könnte zum Schluss verleiten, das Darlehen USB sei im Lichte des Legalitätsprinzips als unproblematisch zu betrachten. Bei richtiger Auslegung der fraglichen Bestimmungen des ÖSpG zeigt sich jedoch, dass für Darlehen USB nicht nur keine ausreichende gesetzliche Grundlage besteht (Grundsatz des Gesetzesvorbehalts), sondern dieses sogar dem geltenden Recht widerspricht (Grundsatz des Gesetzesvorrangs).

3.2.1. Fehlende gesetzliche Grundlage: Das ÖSpG bildet keine ausreichende Grundlage für die Finanzierung der öffentlichen Spitäler mittels hybrider Finanzierungsinstrumente

Das Darlehen USB hat aufgrund der vorgesehenen Ermächtigung des Regierungsrates, den Darlehensbetrag ganz oder teilweise in Dotationskapital umzuwandeln, eine hybride Natur und lässt sich weder dem Eigen- noch dem Fremdkapital eindeutig zuordnen. Ein solches Finanzierungsinstrument ist im ÖSpG indessen nicht vorgesehen. Dieses führt ausschliesslich das Dotationskapital (§ 15) und das Fremdkapital auf (§ 16).

Die Zulassung solcher hybrider Finanzierungsformen ist – wie die jüngste Vergangenheit im Bankensektor drastisch vor Augen geführt hat – von weitreichender Bedeutung und kann keinesfalls praeter legem eingeführt werden. Es braucht dafür eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage, die vorliegend fehlt.

Aus diesem Grund ist dem Grossen Rat die Gewährung dieses Darlehens auf der Basis der geltenden gesetzlichen Grundlagen untersagt.

3.2.2. Verletzung von § 16 ÖSpG: Der Kanton Basel-Stadt darf seinen öffentlichen Spitälern keine Darlehen zu Vorzugskonditionen gewähren

§ 16 ÖSpG war eine der am meisten diskutierten Bestimmungen beim Erlass des ÖSpG.

Im Gesetzesentwurf des Regierungsrates hatte diese Bestimmung folgenden Wortlaut:

«Zusätzlich zum Dotationskapital gemäss § 15 kann der Kanton den öffentlichen Spitälern aus dem Finanzvermögen marktüblich zu verzinsendes Fremdkapital zur Verfügung stellen.»

Gegen diese Bestimmung wandte zunächst die Finanzkommission des Grossen Rates ein⁸:

⁸ Berichte der Gesundheits- und Sozialkommission und dem Mitbericht der Finanzkommission Nr. 10.0228.02 vom 12. Januar 2011 (abrufbar unter: <https://groserrat.bs.ch/dokumente/100371/000000371298.pdf>; «Kommissionsberichte ÖSpG»), S. 65, resp. S. 18 Mitbericht (Hervorhebungen hinzugefügt).

«Das vom Regierungsrat vorgeschlagene ÖSpG erlaubt nicht nur den kantonalen Spitälern, Fremdkapital auf dem freien Markt aufzunehmen, sondern auch dem Kanton, seinen Spitälern solches aus dem kantonalen Finanzvermögen zur Verfügung zu stellen. Eine Mehrheit der Finanzkommission lehnt dies ab und beantragt, den entsprechenden Absatz zu streichen [...] Schliesslich ist es nicht der originäre Zweck des kantonalen Finanzvermögens, den kantonseigenen Anstalten – einer Hausbank gleich – Fremdkapital zur Verfügung zu stellen. **Damit der Kanton seine eigenen gegenüber den privaten Spitälern nicht bevorzugt, was implizit gegen die neue Spitalfinanzierung verstossen würde, müsste dieses Fremdkapital, wie es auch der Regierungsrat grundsätzlich vorschlägt, zu tatsächlich marktüblichen Konditionen vergeben werden.** Es gibt für die Spitäler dann aber keinen Grund, das Fremdkapital beim Eigner statt auf dem Markt aufzunehmen. Bereits beim Messezentrum Basel 2012 sowie beim neuen IWB-Gesetz hat die Finanzkommission ähnliche Bestimmungen kritisiert. Sie wird auf diese Thematik bei der anstehenden Totalrevision des Finanzhaushaltgesetzes zurückkommen.»

Aufgrund dieser Überlegungen schlug die Finanzkommission folgende Neufassung von § 15 vor:

«Die öffentlichen Spitäler können auf dem freien Markt Fremdkapital aufnehmen.»

Die Gesundheits- und Sozialkommission nahm diesen Änderungsvorschlag auf und hielt ihrerseits fest:⁹

Die mitberichtende Finanzkommission hat sich mit der Fremdfinanzierung der Spitäler befasst. Die Mehrheit der Finanzkommission möchte in §16 Absatz 1 keine Erwähnung, dass der Kanton zu marktüblichen Konditionen den Spitälern Fremdkapital gewähren kann. Dies aus grundsätzlichen Überlegungen zur Investitionspolitik des Kantons. Die GSK hat sich zu diesem Thema informieren lassen und ist zum Schluss gekommen, dass dieser Absatz redundant ist und aus diesem Grund

⁹ Kommissionsberichte ÖSpG, S. 20 (Hervorhebungen dazugefügt).

*gestrichen werden kann. Die GSK macht damit keine Aussage zur Investitionspolitik des Kantons. Vielmehr kann der Kanton grundsätzlich immer seinen Spitälern, oder anderen Investitions- bzw. Anlageobjekten, Kapital zu marktüblichen Zinsen überlassen. Das Finanzhaushaltsgesetz regelt die Rahmenbedingungen dafür, es ist nicht notwendig, dies im ÖSpG zu wiederholen. **Zudem untersagt mit der neuen Spitalfinanzierung das Bundesrecht, dass der Kanton seinen eigenen Spitälern Kapital günstiger als zu marktüblichen Zinsen überlassen würde. Denn dies wäre eine (quasi versteckte) Subvention, was nicht mehr zugelassen ist.** Im Sinne der Kürze und Übersichtlichkeit beantragt die Mehrheit der GSK den Absatz 1 in §16 zu streichen.*

In den parlamentarischen Beratungen erhielt § 16 ÖSpG auf Antrag von Regierungsrat Carlo Conti den heutigen Wortlaut:¹⁰ Er

*«beantragt in Abs. 2 den Teil “auf dem freien Markt” zu streichen, sofern Abs. 1 gestrichen wird. Es ist nicht einsichtig, wieso diese Möglichkeit nicht auch weiterhin gegeben sein sollte. **Ein solcher Transfer müsste zu den marktüblichen Konditionen erfolgen. Insofern stellt ein solches Vorgehen kein Problem dar. Ich beantrage Ihnen deshalb, den Absatz 1 beizubehalten. Da man offenbar eine Regelung gemäss Finanzhaushaltsgesetz anstrebt, welches diese Möglichkeit ja vorsieht, so möchte ich dem Eindruck entgegenwirken, dass solche Transfers grundsätzlich nicht mehr erlaubt seien. Bei einer allfälligen Streichung von Absatz 1 sollte daher bei Absatz 2 der Passus “auf dem freien Markt” gestrichen werden. Damit würde gesagt, dass die öffentlichen Spitäler Fremdkapital aufnehmen können. Aus Sicht der Regierung ist es normal, dass auf diese Weise Kapital aufgenommen wird. Sie können davon ausgehen, dass wir uns an den marktüblichen Konditionen orientieren werden.»***

¹⁰ Votum Regierungsrat Carlo Conti, Grosse Rat des Kantons Basel-Stadt, Amtsjahr 2011 / 2012, Protokoll 1. - 5. Sitzung, Seite 104 - 9. / 16. Februar 2011.

Die Entstehungsgeschichte von § 16 ÖSpG lässt damit keinen anderen Schluss zu, als dass der Kanton Basel-Stadt seinen öffentlichen Spitälern ausschliesslich Darlehen zu Marktkonditionen gewähren darf.

3.2.3. Erstes Zwischenfazit: Die Gewährung des Darlehens USB widerspricht dem Legalitätsprinzip und ist unzulässig

Als erstes Zwischenfazit lässt sich damit festhalten, dass Gewährung des Darlehens USB dem Legalitätsprinzip sowohl in seiner Ausprägung als Gesetzesvorbehalt widerspricht (keine gesetzliche Grundlage für hybride Finanzierungsinstrumente) als auch dem Grundsatz des Gesetzesvorrangs (Ausschluss von nicht marktkonformen Darlehen des Kantons Basel-Stadt an seine öffentlichen Spitäler).

Die Gewährung des Darlehens USB und der entsprechende Beschluss des Grossen Rates wäre folglich rechtswidrig.

3.3. Eventualiter: Allgemeine Voraussetzungen kantonaler Ausgaben

Gemäss § 24 Abs. 1 des Gesetzes über den kantonalen Finanzhaushalt vom 14. März 2012 (Finanzhaushaltgesetz; SG 610.100) setzt jede Ausgabe eine rechtliche Grundlage, einen Budgetkredit und eine Ausgabenbewilligung voraus. Eine rechtliche Grundlage besteht, wenn die Ausgabe unmittelbar oder voraussehbar auf einem Rechtssatz, Gerichtsentscheid oder auf einem vom zuständigen Organ gefassten Beschluss oder Entscheid beruht (§ 24 Abs. 2 Finanzhaushaltgesetz).

Die notwendige Ausgabenbewilligung des zuständigen Organs soll mit dem geplanten Beschluss des Grossen Rates erfolgen, der dem fakultativen Referendum untersteht (vgl. § 26 Finanzhaushaltgesetz).

Das kantonale Staatsbeitragsgesetz vom 11. Dezember 2013 (StBG; SG 610.500) unterscheidet Finanzhilfen und Abgeltungen:

- Eine *Abgeltung* ist eine Entschädigung, welche die finanziellen Lasten mildern oder ausgleichen soll, die sich aus der Erfüllung gesetzlich vorgeschriebener Aufgaben ergeben, die auf eine Empfängerin oder einen Empfänger ausserhalb der kantonalen Verwaltung übertragen werden (§ 4 Abs. 1 StBG).
- Eine *Finanzhilfe* ist ein geldwerter Vorteil, der einer Empfängerin oder einem Empfänger ausserhalb der kantonalen Verwaltung gewährt wird, um freiwillig erbrachte Leistungen im öffentlichen Interesse zu erhalten oder zu fördern (§ 3 Abs. 1 StBG).

3.4. Qualifikation des Darlehens als Finanzhilfe

Das geplante Darlehen an das USB stellt keine Entschädigung für die Erfüllung gesetzlich vorgeschriebener Aufgaben dar, weshalb es nicht als Abgeltung zu qualifizieren ist. Denn die medizinischen Leistungen der Grundversorgung gemäss Leistungsauftrags des

Kantons werden nach Massgabe des KVG von den Krankenversicherungen sowie der öffentlichen Hand finanziert. Vielmehr ist das Darlehen ein geldwerter Vorteil zugunsten des als öffentlich-rechtliche Anstalt konstituierten¹¹ USB, welches die Investitionen für die bauliche Erneuerung und Erweiterung der Spitalinfrastruktur fördern und sichern soll. Dabei handelt es sich um eine Finanzhilfe im Sinne von § 3 StBG.¹²

Soweit das Darlehen (nach Anpassung der gesetzlichen Bestimmungen, s.o. Kapitel 3.1.) doch noch gewährt werden sollte, stellt die Gewährung von Vorzugsbedingungen bei Darlehen eine Finanzhilfe dar.¹³ Von solchen ist hier offensichtlich auszugehen, weil der Marktzinssatz für die Finanzierung eines Spitalneubaus derzeit sicher höher wäre als der vorgesehene durchschnittliche Zinssatz der Staatsschulden (derzeit 0.8 %). Selbst bei marktüblichen Konditionen stellen Darlehen in der Regel eine Finanzhilfe dar, weil bereits im damit vermittelten Zugang zum Kapital an sich ein geldwerter Vorteil liegt.¹⁴

Dieses Darlehen soll zusätzlich im Falle finanzieller Schwierigkeiten vom Regierungsrat in Dotationskapital umgewandelt werden dürfen, was ohne Gesetzesänderung gesetzeswidrig wäre (s.o. Kapitel 3.1.). Eine Erhöhung des Dotationskapitals einer öffentlich-rechtlichen Anstalt stellt im subventionsrechtlichen Sinne ebenfalls eine Finanzhilfe dar.¹⁵ Darlehen, auf deren Rückzahlung verzichtet wird, sind in wirtschaftlicher Hinsicht als à-fond-perdu-Beiträge zu klassifizieren.¹⁶

Als entscheidend erweist sich nach der dargestellten Rechtslage, ob im kantonalen Recht eine rechtliche Grundlage besteht, auf die sich das geplante Darlehen «unmittelbar oder voraussehbar» im Sinne von § 24 Abs. 2 Finanzhaushaltgesetz stützen lässt. Dies ist im Folgenden zu prüfen.

3.5. Unzureichende kantonal-rechtliche Grundlage

Dem Verfassungsauftrag zum Betrieb öffentlicher Spitäler gemäss § 27 KV lässt sich nach den anerkannten Auslegungsregeln nicht unmittelbar entnehmen, wie die Finanzierung der öffentlichen Spitäler geregelt ist. Umgesetzt wurde § 27 KV mit dem ÖSpG. Eine ausreichende kantonal-rechtliche Grundlage für das geplante Darlehen würde demnach voraussetzen, dass sich dieses auf das ÖSpG stützen kann.

¹¹ Zur Rechtsform des USB siehe oben Ziff. 3.1.

¹² Vgl. auch BERNHARD RÜTSCHÉ, Bundesrechtliche Grundlagen und Vorgaben für die Finanzierung der Spitalverbunde durch den Kanton, Rechtsgutachten vom 10. Mai 2019 (abrufbar unter https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/ruetsche/dok/Gutachten_Spitalverbund_SG_definitiv.pdf; im Folgenden zit. RÜTSCHÉ), Rz. 73 f.

¹³ LIVIO BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Zürich 2016, S. 43 (zit. BUNDI).

¹⁴ RÜTSCHÉ, Rz. 15.

¹⁵ RÜTSCHÉ, Rz. 82.

¹⁶ BUNDI, S. 43.

Im Ratschlag zum ÖSpG führte der Regierungsrat ausdrücklich aus, dass aufgrund der Fallpauschalen nach Vollkostenprinzip¹⁷ «*die bisherigen Investitionsbeiträge der Standortkantone für ihre öffentlichen Spitäler somit wegfallen.*»¹⁸ Denn: «*Die öffentlichen Spitäler werden unter dem System der neuen Spitalfinanzierung Investitionen, Projekte und sonstige Vorhaben selber finanzieren müssen.*»¹⁹

Weil die Investitionen im Gesundheitsbereich «*grundsätzlich direkt über die Rechnung der Spitäler (Investitionskostenzuschlag in den Tariferträgen)*» laufen, wurde die Investitionsrechnung bzw. Investitionsplanung des Kantons angepasst.²⁰ Die Rolle des Kantons als Finanzierer beschränkt sich gemäss dem Ratschlag darauf, dass er Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nach den Regeln der obligatorischen Krankenversicherung mit- und gemeinwirtschaftliche Leistungen allein bzw. ganz finanziert.²¹ Als Eigentümerversorger müsse der Regierungsrat zudem sicherstellen, dass die Spitäler ihre eigene Substanz erhalten.²²

Damit kann aus § 15 Abs. 1 ÖSpG, wonach der Kanton den öffentlichen Spitälern ein Dotationskapital gewährt, nicht «*unmittelbar oder voraussehbar*» abgeleitet werden, dass Dotationskapital nachgeschossen werden kann. Gemäss dem Ratschlag zum Gesetz sei in der Vernehmlassung unbestritten gewesen, «*dass die gesetzliche Regelung so ausgestaltet sein sollte, dass der Kanton Basel-Stadt nicht bereits in unproblematischen Situationen Eigenkapital nachschliessen muss*».²³ Etwa im Fall eines Spitalneubaus könne sich die Situation einstellen, «*dass wegen der vorübergehend stark erhöhten Bilanzsumme die Eigenkapitalquote unter die gesetzliche Quote absinkt, ohne dass dadurch eine Gefährdungslage eintritt*».²⁴ Ebenda wird weiter ausgeführt, dass im Falle einer Unterschreitung der vorgegebenen Eigenkapitalquote die sinngemässe Anwendung der aktienrechtlichen Regelung betreffend Sanierungsmassnahmen «*zu favorisieren*» sei.²⁵

Voraussehbar wäre mit Blick auf die Gesetzesmaterialien eine Nachschusspflicht zur Aufstockung des Eigenkapitals allein im Falle einer Sanierung, nicht hingegen bereits zum Zeitpunkt der Planung des Neubaus und zur Finanzierung von Ausgaben, welche durch die vorhandene finanzielle Ausstattung und die vollständig kostendeckenden Behandlungstarife nicht gedeckt werden können. **In diesem Fall ist durch das verantwortliche Organ das Bauprojekt so anzupassen, dass die Kosten des Neubaus**

¹⁷ Dazu unten Ziff. 4.1.

¹⁸ Ratschlag Gesetz über die öffentlichen Spitäler des Kantons Basel-Stadt (ÖSpG), Regierungsratsbeschluss vom 24. August 2010, GD/P100228 (abrufbar unter <https://grosserrat.bs.ch/dokumente/100367/000000367307.pdf>), S. 18 (Ratschlag ÖSpG).

¹⁹ Ratschlag ÖSpG, S. 49.

²⁰ Ratschlag ÖSpG, S. 76.

²¹ Ratschlag ÖSpG, S. 27 f.

²² Ratschlag ÖSpG, S. 28.

²³ Ratschlag ÖSpG, S. 47.

²⁴ Ratschlag ÖSpG, S. 47.

²⁵ Ratschlag ÖSpG, S. 47.

über die bestehende finanzielle Ausstattung und die Behandlungstarife gedeckt werden können.

Gemäss § 16 ÖSpG können die kantonalen öffentlichen Spitäler Fremdkapital aufnehmen. Gemeint ist damit allerdings nicht ein Rückgriff auf den Kanton als Dotationskapitalgeber; vielmehr müssen die öffentlichen Spitäler ihre Investitionen grundsätzlich selbst am Finanzmarkt finanzieren.²⁶ **Können sie dies nicht, weil bspw. der Finanzmarkt die Refinanzierung des geplanten Bauprojektes in Zweifel zieht, ist das Bauprojekt anzupassen, bis die Bausumme am Finanzmarkt als refinanzierbar gilt.**

Auch die Lehre geht davon aus, dass sich eine öffentlich-rechtliche Anstalt die erforderlichen Betriebsmittel auf dem privaten Kapitalmarkt beschafft.²⁷ Die organisatorische Abtrennung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt vom Trärgemeinwesen soll die zweckkonforme Mittelverwendung absichern und über die Ausscheidung eines besonderen Haftungssubstrats das staatliche (Haftungs-)Risiko – soweit innerhalb der Schranken des übergeordneten Rechts zulässig – beschränken.²⁸ Eine staatliche Darlehensgewährung bzw. nachträgliche Zuschüsse an öffentlich-rechtliche Anstalten widersprechen dieser Zielsetzung, wonach die Ausgliederung eigenwirtschaftliche Tätigkeit ermöglicht und fördert.

§ 20 Abs. 1 ÖSpG beschränkt die Haftung für die Verbindlichkeiten eines öffentlichen Spitals denn auch ausschliesslich auf das jeweilige Spitalvermögen. Der Ratschlag zum ÖSpG führte dazu aus, dass dies «*zum einen Konsequenz der rechtlichen Verselbstständigung*» sei und sich diese Lösung zum anderen «*auch aus dem Gedanken der weitgehenden Gleichstellung von öffentlichen und privaten Spitälern*» ergebe.²⁹ Die Einräumung eines Rechts, ein Darlehen in Dotationskapital wandeln zu können, steht diesem gesetzgeberischen Ziel diametral entgegen.

Das ÖSpG bietet nach dem Gesagten keinen Anknüpfungspunkt für eine unmittelbare oder eine voraussehbare rechtliche Grundlage des geplanten Darlehens und dessen Umwandlung in Dotationskapital. Vielmehr widerspricht es dem mit diesem Gesetz ins kantonale Recht übernommenen bundesrechtlichen Konzept der Spitalfinanzierung, wonach die Fallpauschalen die Kosten für die Leistungserbringung vollständig (inklusive jene von notwendigen Investitionen) abdecken sollen.³⁰

²⁶ Ratschlag ÖSpG, S. 76.

²⁷ STEFAN VOGEL, Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten, Grundprobleme der Verwaltungsorganisation, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 288.

²⁸ VOGEL, S. 289.

²⁹ Ratschlag ÖSpG, S. 77.

³⁰ dazu ausführlich unten Ziff. 4.1.

3.6. Zwischenfazit

Nach dem Gesagten widerspricht das geplante Darlehen mit der Möglichkeit der Wandlung in Eigenkapital an das USB zwecks Finanzierung des Neubauprojekts dem kantonalen Recht von Basel-Stadt und bundesrechtlichen Vorgaben.

Insbesondere mit Blick auf die Gesetzesmaterialien stellen die Finanzierungsregeln im ÖSpG keine unmittelbare oder voraussehbare rechtliche Grundlage für das geplante Darlehen im Sinne von § 24 Abs. 2 Finanzhaushaltgesetz dar. Es war die dokumentierte Intention des kantonalen Gesetzgebers, dass das USB beim Staat nur zu marktüblichen Zinskonditionen finanzielle Mittel aufnehmen können solle und der Kanton grundsätzlich nur im Sanierungsfall, nicht hingegen zur Finanzierung von Investitionen Geld einschiessen können soll.

Kantonal-rechtlich unzulässig erscheint die Darlehensgewährung überdies, wenn das damit ermöglichte Bauprojekt die künftige Fähigkeit des USB zur wirtschaftlichen Versorgung der Bevölkerung mit Spitalleistungen gefährden würde. In diesem Fall wäre das Bauprojekt so anzupassen, dass es mit den bundesrechtlichen Grundsätzen der Spitalfinanzierung in Übereinstimmung gebracht werden kann. Es müsste offensichtlich redimensioniert werden.

4. Unvereinbarkeit mit übergeordnetem Recht

4.1. Widerspruch zu bundesrechtlichen Regeln der Spitalfinanzierung

Nach der Konzeption des KVG werden stationäre Behandlungen gemäss den von den Tarifpartnern erarbeiteten Fallpauschalen (Art. 49 Abs. 1 KVG) vom Kanton und den Versicherern anteilmässig übernommen (Art. 49a Abs. 1 KVG). Die krankenversicherungsrechtlichen Spitaltarife beruhen auf einer Vollkostenrechnung, die auch alle notwendigen Investitionskosten abgeltend sollen.³¹

Diese Vergütungen dürfen keine Kostenanteile für sogenannte gemeinwirtschaftliche Leistungen enthalten, wozu insbesondere die Forschung und universitäre Lehre sowie die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen gehören (Art. 49 Abs. 3 KVG). Die Zulässigkeit der staatlichen Finanzierung gemeinwirtschaftliche Leistungen soll es den Kantonen ermöglichen, Leistungen im Gesundheitswesen zu finanzieren, welche die Tarife nicht abdecken (dürfen), weil sie für die Erfüllung der Leistungsaufträge nicht notwendig sind.³² Eine solche Finanzierung bedarf allerdings – wie jede staatliche Ausgabe – einer ausreichenden, eigenständigen rechtlichen Grundlage.³³

³¹ Ratschlag ÖSpG, S. 18 f.; RÜTSCHÉ, Rz. 9.

³² RÜTSCHÉ, Rz. 42.

³³ Zu dieser Voraussetzung und der Problematik im zu beurteilenden Fall siehe oben Ziff. 3.3.

Die Finanzierung von Überkapazitäten stellt nach Art. 49 Abs. 3 lit. a KVG eine gemeinwirtschaftliche Leistung dar.³⁴ Überkapazitäten sollen mit dem geplanten Bauvorhaben allerdings nicht geschaffen werden, sondern der damit verbundene Kapazitätsausbau soll die tatsächlich erwartete Nachfrage decken.³⁵ Das Bauvorhaben bzw. das dafür vorgesehene Darlehen bezwecken auch nicht die (direkte oder indirekte) Ermöglichung oder Finanzierung universitärer Lehre und Forschung (Art. 49 Abs. 3 lit. b KVG). Die geplante Finanzhilfe dient mithin nicht der Finanzierung einer gemeinwirtschaftlichen Leistung. Vielmehr subventioniert sie die Leistungserbringung der stationären Behandlungen, welche nach KVG bereits kostendeckend finanziert sind.

Die geplante Finanzhilfe ist systemwidrig, indem sie die bundesrechtlichen Grundsätze der Spitalfinanzierung gemäss Art. 49 KVG konterkariert. Der Regierungsrat selbst schrieb dazu im Ratschlag zum ÖSpG an mehreren Stellen zutreffend:

Im Übrigen widerspricht die Steuerung der Investitionstätigkeit über politische Instanzen dem mit der KVG-Revision verfolgten Ziel, wonach mit der Fallpauschale auch die Investitionskosten abgegolten werden und damit der Einsatz dieser zweckgebundenen Investitionsmittel vom jeweiligen Leistungserbringer geplant und demzufolge seiner alleinigen Verfügung unterstellt werden sollen.³⁶

Die öffentlichen Spitäler müssen in Zukunft und nach der neuen Regelung der Spitalfinanzierung im revidierten KVG wettbewerbs- und damit überlebensfähig bleiben.³⁷

Aufgrund dieses Paradigmawechsels muss zwingend durch eine geeignete finanzielle Führung sichergestellt werden, dass die öffentlichen Spitäler ihren Verpflichtungen jederzeit nachkommen und aus den Erträgen auch die Investitionen finanzieren können.³⁸

4.2. Erfordernis der Wettbewerbs- und Trägerschaftsneutralität

Art. 27 und Art. 94 der Bundesverfassung (BV; SR 101) gewährleisten die Wirtschaftsfreiheit. Zum darin verankerten Systemgehalt zählt insbesondere die

³⁴ BVGE 2014/36 E. 4.9.6. Für eine Auflistung von weiteren gemeinwirtschaftlichen Leistungen siehe Ratschlag ÖSpG, S. 52 f.

³⁵ Ratschlag Darlehen, S. 7 f.

³⁶ Ratschlag ÖSpG, S. 35.

³⁷ Ratschlag ÖSpG, S. 59.

³⁸ Ratschlag ÖSpG, S. 75.

staatliche Wettbewerbsneutralität, die auch im Spitalbereich zum Tragen kommt.³⁹ Der aus der Wirtschaftsfreiheit abgeleitete Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten bindet den Staat auch bei der Ausrichtung von Finanzhilfen.⁴⁰

Um den Kostenanstieg im Gesundheitsbereich allgemein zu bremsen, wollte der Gesetzgeber mit der Revision des KVG im Jahr 2007 Anreize für eine effiziente Leistungserbringung setzen.⁴¹ Die Neuordnung der Spitalfinanzierung hatte zum Ziel, einen fairen Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern zu schaffen und die Privatspitäler gleichberechtigt in die Gesundheitsversorgung einzubeziehen.⁴²

Gemäss bundesrätlicher Botschaft soll die Kostenübernahme durch die Krankenversicherer wie diejenige der öffentlichen Hand allein davon abhängen, ob der Leistungserbringer für die Behandlung geeignet ist und zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen ist. Dies bedingt laut Bundesrat, dass alle Spitäler ihre Leistungen unter *denselben Bedingungen* erbringen können. Eine Differenzierung aufgrund der Trägerschaft sei unter dem gegenwärtigen System der Spitalfinanzierung nicht sachgemäss.⁴³

Das Bundesgericht führte zum neuen Finanzierungssystem von Spitalleistungen nach der KVG-Revision 2007 aus:

«Das neue Finanzierungssystem behandelt die öffentlichen und (die zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung berechtigten) privaten Spitäler, was ihre Finanzierung betrifft, gleich [...]. Die zuvor bestehende, vom Gesetzgeber gewollte Ungleichbehandlung zwischen den öffentlichen Spitälern und den Privatspitälern ist daher aufgehoben worden und es gilt nun auch in diesem Zusammenhang ein Recht auf Gleichbehandlung, da die öffentlichen Spitäler in Konkurrenz zu den privaten stehen» (BGE 138 II 398 E. 3.9.3 [= Pra 2013 Nr. 12]).

Gemäss RÜTSCHÉ liegt in der Subventionierung von Spitalinfrastrukturen, die nicht versorgungsnotwendig sind und den Qualitätswettbewerb zwischen den Spitälern

³⁹ THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHÉ, Gesundheitsrecht, 5. Aufl., Basel 2023, Rz. 185.

⁴⁰ MANON JOSEPH, L'application du droit suisse de la concurrence en matière de soins, Lausanne 2019 (= CEDIDAC 105), S. 311.

⁴¹ Vgl. RÜTSCHÉ, Rz. 3.

⁴² Vgl. EUGSTER GEBHARD, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), in: Murer Erwin/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Zürich 2010, Art. 49 Rz. 3; HAUSER SILVIO, Angemessene Berücksichtigung der Privatspitäler in der Spitalplanung - werden private Trägerschaften bei der Zuteilung der hochspezialisierten medizinischen Leistungen diskriminiert? hill 2012 Nr. 56, Rz. 12.

⁴³ Botschaft vom 15. September 2004 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung), BBL 2004 5551, 5570.

verzerrten, eine nicht gerechtfertigte Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit bei der Ausrichtung von Finanzhilfen.⁴⁴ Die «Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit»⁴⁵ bildet erklärtes Ziel des geplanten Neubaus, den das Darlehen als Finanzhilfe fördern soll. Das Darlehen bezweckt mithin ausdrücklich, den Wettbewerb zwischen den Listenspitälern zugunsten des USB zu beeinflussen.

Soweit dieselben staatlichen Finanzhilfen für Bauprojekte nicht auch allen anderen Listenspitälern zu gleichen Konditionen gewährt werden, steht dieses Vorgehen offensichtlich in einem Spannungsverhältnis mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität bei der Ausrichtung von Finanzhilfen.

4.3. Ungenügende Berücksichtigung interkantonalen Vorgaben

Zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft besteht ein Staatsvertrag vom 6. Februar 2018 betreffend Planung, Regulation und Aufsicht in der Gesundheitsversorgung (SG 333.200). Darin regeln die Vereinbarungskantone im Interesse einer bedarfsgerechten, qualitativ hochstehenden und wirtschaftlichen medizinischen Versorgung die gemeinsame Ausgestaltung der künftigen Planung, Regulation und Aufsicht im Bereich der Gesundheitsversorgung (§ 2 Abs. 1 des Staatsvertrags). Dies ermöglicht die gezielte Nutzung der Planungssynergien und schafft Voraussetzungen für eine Dämpfung des Anstiegs der Gesundheitskosten sowie der Prämien der obligatorischen Krankenversicherung (§ 2 Abs. 2 des Staatsvertrags).

Die gemeinsame Planung, Regulation und Aufsicht umfasst insbesondere auch das stationäre und ambulante Angebot in den Bereichen Akutsomatik (§ 3 Abs. 1 des Staatsvertrags). Sie soll die Rahmenbedingungen für eine bedarfsgerechte Gesundheitsversorgung schaffen (§ 3 Abs. 3 des Staatsvertrags). Zu den vereinbarten Zielen gehören nach § 4 Abs. 1 des Staatsvertrags insbesondere die Planung einer effektiven und effizienten Versorgung im ambulanten und stationären Bereich (lit. a), die Vermeidung von medizinischer Über-, Unter- und Fehlversorgung (lit. c) sowie die Gleichbehandlung von privaten und öffentlichen Leistungserbringenden (lit. e).

Zur Umsetzung der koordinierten Planung ist insbesondere die gemeinsame Durchführung der Bedarfsanalyse im stationären und ambulanten Bereich vorgeschrieben (§ 4 Abs. 2 lit. a des Staatsvertrags). Bei planerischen Massnahmen, die Beschlüsse der Regierungen erfordern, erarbeitet eine Fachkommission nach § 8 des Staatsvertrags eine Stellungnahme zuhanden der Regierungen der Vereinbarungskantone.

Die Bedarfsplanung, welche dem geplanten Neubau zugrunde liegt, ist gemäss dem Ratschlag diejenige des USB.⁴⁶ Eine ausreichende Abstimmung mit dem Kanton Basel-Landschaft, wie sie der Staatsvertrag vorschreibt, ist im Ratschlag nicht dokumentiert.

⁴⁴ RÜTSCHÉ, Rz. 77 f.

⁴⁵ Ratschlag Darlehen, S. 7.

⁴⁶ Ratschlag Darlehen, S. 7.

Soweit ersichtlich wurde auch die im Konkordat vorgesehene Fachkommission nicht konsultiert.

Die Planung eines erheblichen Kapazitätsausbaus, dessen Finanzierung das geplante Darlehen bezweckt, ohne ausreichende Abstimmung mit dem benachbarten Kanton Basel-Landschaft ist mit den Vorgaben des Staatsvertrags nicht vereinbar.

Schliesslich ist die konkordatsrechtliche Verpflichtung zur Gleichbehandlung von privaten und öffentlichen Leistungserbringenden gemäss § 4 Abs. 1 lit. e des Staatsvertrags zu betonen. Mit dieser Bestimmung wird die verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Wettbewerbs- bzw. Trägerschaftsneutralität auf (inter-)kantonaler Ebene kodifiziert. Wenn der Kanton Basel-Stadt für die Erneuerung von Spitalinfrastrukturen Finanzhilfen gewährt, so müsste er eine solche Finanzierung nach Massgabe dieser Vorschrift privaten und öffentlichen Spitalern gleichermaßen zur Verfügung stellen.

Das geplante Vorgehen des Kantons Basel-Stadt ist eine vollständige Abkehr von den durch eine Volksabstimmung in beiden Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft durch das Volk gutgeheissenes Konkordatsziel, für eine qualitativ hochstehende Gesundheitsversorgung zu bezahlbaren Kosten zu sorgen.

5. Zusammenfassung und Fazit

Das geplante Darlehen an das USB, das nicht zu Marktkonditionen erfolgen soll, ist gesetzeswidrig.

Das geplante Vorgehen widerspricht offensichtlich dem in den Gesetzesmaterialien dokumentierten Willen des Gesetzgebers, dass die kantonalen öffentlichen Spitäler ihre für den Spitalbetrieb notwendigen Investitionen ohne staatliche Zuschüsse finanzieren.

Sofern die Realisierung des Neubauprojekts die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit des USB gefährden könnte, müsste das Bauprojekt auf eine durch das USB selbst finanzierbare Grösse redimensioniert werden.

Sodann steht die geplante Finanzierung im Widerspruch zum bundesrechtlichen Finanzierungskonzept von stationären Spitalleistungen und steht in einem Spannungsverhältnis zum Gebot der staatlichen Wettbewerbsneutralität im Gesundheitswesen.

Schliesslich wurde der Staatsvertrag mit dem benachbarten Kanton Basel-Landschaft offenbar nicht berücksichtigt.

6. Ausblick: Handlungsmöglichkeiten

Der geplante Ausgabenbeschluss des Grossen Rates untersteht dem Ausgabenreferendum (§ 52 Abs. 1 KV und § 29 Abs. 1 Finanzhaushaltgesetz) und wird gegebenenfalls dem Stimmvolk vorgelegt werden müssen. Für das Zustandekommen des

Referendums ist grundsätzlich das Vorliegen der Unterschriften von 2'000 Stimmberechtigten innert 42 Tagen seit der Publikation des Ausgabenbeschlusses erforderlich.

Dem benachbarten Kanton Basel-Landschaft stünde offen, den im genannten Staatsvertrag in § 20 vorgesehenen Weg der Streitbeilegung zu beschreiten.

Gemäss § 116 Abs. 1 lit. a KV beurteilt das Appellationsgericht als Verfassungsgericht Beschwerden wegen Verletzung von verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung und der Kantonsverfassung, soweit diese Rüge nicht mit einem anderen Rechtsmittel geltend gemacht werden kann (vgl. auch § 30c Abs. 1 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege vom 14. Juni 1928 [VRPG; SG 270.100])⁴⁷.

Die im Gesetz vorgesehenen Ausnahmen von zulässigen Beschwerdeobjekten sind gemäss §30d VRPG im Bereich der Finanzen nur die Beschlüsse des Grossen Rates über den jährlichen Voranschlag sowie über die jährliche Rechnung, nicht aber Ausgabenbeschlüsse in der Art des vorliegend beabsichtigten. Demnach besteht gemäss basel-städtischem Recht grundsätzlich eine innerkantonale Anfechtungsmöglichkeit des Ausgabenbeschlusses. Diese setzt eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte voraus. Eine solche liegt vor wegen dessen Gesetzeswidrigkeit und in der gegen den aus der Wirtschaftsfreiheit abgeleiteten Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verstossenden, einseitigen Zurverfügungstellung von Finanzhilfen an öffentliche Spitäler. Verletzt wäre in diesem Fall zusätzlich die Wirtschaftsfreiheit der privaten Spitäler, denen nicht dieselben Finanzierungsmöglichkeiten zur Verfügung gestellt werden.

Anhand der Statuten der Basler Privatspitäler-Vereinigung wäre zu prüfen, ob der Verband zu einer Verbandsbeschwerde im Interesse seiner Mitglieder befugt wäre.

Ein Konkurrent kann eine Subvention anfechten, wenn ihm daraus nicht bloss eine Verschlechterung seiner Wettbewerbsposition erwächst, sondern wenn zusätzlich zur Konkurrenzsituation eine erhebliche Behinderung der wirtschaftlichen Position durch wettbewerbsbeschränkende Massnahmen hinzutritt.⁴⁸ Eine Situation, die im vorliegenden Fall angesichts des geplanten grosszügigen Neubaus des USB gegeben ist.

⁴⁷ Vgl. Wullschleger Stephan, Bürgerrechte und Volksrechte, in: Buser Denise (Hrsg.), Neuse Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 177 f.

⁴⁸ LIVIO BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 87., s.a. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Oktober 2019 A-5315/2018

Zusätzlich könnte geprüft werden, ob ein im Wettbewerb zum USB stehendes (privates oder ausserkantonales öffentliches) Spital ein Gesuch um Ausrichtung einer identischen Finanzhilfe einreichen soll. Ein abschlägiger Entscheid des Kantons wäre ein Anfechtungsobjekt, ebenso die allfällige Verweigerung eines Entscheids (z.B. ein Nichteintreten auf das Gesuch).

Freundliche Grüsse



Daniel Staffelbach



Martin Zobl