

Memorandum

an Martin Birrer, Präsident Basler Privatspitäler
von Daniel Staffelbach, Martin Zobl
Betreff **Kurzreplik zur Stellungnahme des Gesundheitsdepartements (GD) zur «Gesetzmässigkeit des geplanten Darlehens zu Bauinvestitionen des Universitätsspitals Basel (USB)»**
Datum 04. März 2024

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

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

1. Ausgangslage

- Am 8. Februar 2024 veröffentlichte das Gesundheitsdepartement (GD) eine Stellungnahme zum Memorandum Walder Wyss vom 11. Dezember 2023 über die «Gesetzmässigkeit des geplanten Darlehens zu Bauinvestitionen des Universitätsspitals Basel (USB)» vom 11. Dezember 2023, welches im Auftrag der Vereinigung der Basler Privatspitäler (BSPV) verfasst wurde.
- Sie haben uns gebeten, Stellung zu den wichtigsten Argumenten des GD zu beziehen.

2. Offensichtlich falsche Behauptung: «Das Darlehen USB beruht auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage.»

- Das GD führt aus, der Kanton Basel-Stadt habe gemäss § 27 der Kantonsverfassung (KV) einen Verfassungsauftrag zum Betrieb öffentlicher Spitäler. Der Kanton Basel-Stadt gewährleiste und finanziere gemäss § 7 Abs. 1 GesG die stationäre und ambulante Behandlung der Basler Bevölkerung nach Massgabe des Krankenversicherungsgesetzes (KVG). Aus diesem in § 7 GesG konstituierten Auftrag könne eine Pflicht für den Kanton abgeleitet werden, versorgungsrelevante Spitäler wie das USB finanziell zu unterstützen.
- § 27 der Kantonsverfassung lautet:

Der Kanton betreibt öffentliche Spitäler und Kliniken; er strebt kantonsübergreifende Trägerschaften an.

Er sorgt mit den Gemeinden und privaten Trägerschaften sowie in Absprache mit der Region für die Bereitstellung

von weiteren notwendigen öffentlichen Spitälern, Kliniken und Einrichtungen.

- 5 In der Kantonsverfassung findet sich kein Hinweis, wie der Kanton Basel-Stadt öffentliche Spitäler (oder Spitäler mit Leistungsauftrag) konkret finanziell betreiben bzw. unterstützen soll, geschweige denn, dass er ein rechtlich verselbständigtes Spital zu Vorzugskonditionen finanzieren soll. Hierzu bräuchte es eine gesetzliche Grundlage.
- 6 Eine solche finde sich, so das GD, in § 7 Abs. 1 Gesundheitsgesetz. § 7 Abs. 1 GesG lautet:
- Der Kanton gewährleistet und finanziert die stationäre und die ambulante Behandlung der Bevölkerung nach Massgabe des Sozialversicherungsrechts des Bundes.*
- 7 Es gibt im Sozialversicherungsrecht des Bundes keine gesetzliche Grundlage für das Darlehen USB. Eine weitere gesetzliche Grundlage führt das GD nicht an und ist denn auch nicht ersichtlich.
- 8 Das GD unterlässt in seiner Stellungnahme die rechtlich gebotene Unterscheidung zwischen gesetzlicher Grundlage und Ausgabenbeschluss. Es ist zwingende Vorgabe des Legalitätsprinzips, dass sich staatliche Ausgaben auf eine rechtliche Grundlage zurückführen lassen. Der Kanton darf nicht bloss gestützt auf einen Ausgabenbeschluss für beliebige Zwecke, losgelöst von einer gesetzlichen Grundlage, beliebige Beträge ausgeben. Er ist auch in seinem Finanzhandeln an die Rechtsordnung gebunden. Will er eine Ausgabe tätigen, welche nach geltendem Recht nicht zulässig ist, so muss zunächst das Recht geändert werden, bevor die Ausgabe getätigt werden darf.
- 9 Der vom GD angerufene «lex posterior»-Grundsatz (behaupteter Vorrang des späteren Ausgabenbeschlusses vor § 16 ÖSpG) kommt hier nicht zur Anwendung. Anders als das GD meint, kann «ein neuer demokratisch legitimierter Entscheid» in der Form eines Ausgabenbeschlusses nicht die Vorgabe von § 16 ÖSpG beseitigen, wonach der Kanton dem USB Fremdkapital nur zu Bedingungen zur Verfügung stellen darf, welche jenen einer Fremdfinanzierung des USB auf dem freien Markt entsprechen (Ziff. 3.2.2 unseres Gutachtens). Die vom GD angerufene «lex posterior»-Regel betrifft das Verhältnis von älteren zu jüngeren Gesetzen. Sie ist nicht einschlägig, wenn – wie hier – mit einem Kreditbeschluss von einem Gesetz abgewichen werden soll. Um einen der geltenden Fassung des Gesetzes widersprechenden Kreditbeschluss erlassen zu dürfen, müsste zuvor das Gesetz geändert werden.
- 10 Damit bleibt es dabei: Es gibt keine gesetzliche Grundlage im Kanton Basel-Stadt, die als Grundlage für das Darlehen USB hinzugezogen werden könnte

(ausser ein Sanierungsfall läge vor, s. «3.6. Zwischenfazit» im Memorandum Walder Wyss vom 11. Dezember 2023).

-
- 3. Offensichtlich falsche Behauptung: «Der Zinssatz entspricht damit den Marktbedingungen.»**
- 11 Das GD anerkennt implizit, dass der Kanton dem USB nur zu Marktkonditionen Fremdkapital zur Verfügung stellen darf. Es führt jedoch aus, der Kanton beschaffe sich «das Kapital zu seinen Konditionen am Markt zu Marktbedingungen – grösstenteils mittels Anleihen». Diese Marktkosten stelle der Kanton dem USB in Rechnung.
- 12 Damit entspricht der verrechnete Zinssatz jenen Marktkosten, zu denen sich der durch Steuergelder finanzierte Kanton Basel-Stadt Anleihen im Markt beschaffen kann. Diese Marktkosten entsprechen nicht den tatsächlichen Marktkosten, die das hauptsächlich durch Krankenversicherungsgelder finanzierte USB am Markt bezahlen müsste, falls der Markt überhaupt Anleihen an das USB vergeben würde.
- 13 Das GD verwechselt seine eigenen Marktrisiken und -kosten mit denjenigen des USB. Die Aussage des GD würde allenfalls dann stimmen, wenn das USB keine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt wäre, sondern Teil der kantonalen Verwaltung. Das GD kann bei der heutigen Rechtslage für das USB nicht beides beanspruchen: i) die finanzielle Selbstständigkeit sowie die politische Unabhängigkeit von der parlamentarischen Kontrolle als öffentlich-rechtliche Anstalt *und* ii) die Bonität der kantonalen Verwaltung.
- 14 Die Differenz zwischen dem potenziellen Marktzins des USB für eine Anleihe und dem Marktzins des Kantons Basel-Stadt für eine Anleihe ist entgegen dem falschen Verständnis des GD kein «Gewinn» für den Kanton Basel-Stadt, sondern eine Marktprämie für das Ausfallrisiko des Darlehens USB. Wenn das Darlehen USB zu Sanierungszwecken in Eigenkapital des USB gewandelt werden würde, müsste der Kanton Basel-Stadt die Anleihe trotzdem zurückbezahlen, mit welcher er sich das Kapital für die Gewährung des Darlehens beschafft hat. Die Liquiditätskosten für die Anleihen (Zins und Rückzahlung der Anleihe) bestehen somit für den Kanton dann immer noch, obwohl das USB das in Eigenkapital gewandelte Darlehen USB nicht mehr zurückbezahlen muss. Dieses (Kreditausfall-)Risiko, das der Kanton Basel-Stadt über die gesamte Laufzeit des Darlehens von 45 Jahren zu tragen bereit ist, hat einen Preis.
- 15 Das GD geht fehl mit der Argumentation, die Spitalfinanzierung nach KVG verlange nicht zwingend, dass die Investitionskosten während der Investitions- bzw. Bauphase durch die Spitäler über ihre Geldfluss- bzw. Investitionsrechnung selber aufgebracht werden müssten (was per se eine

zweifelhafte Behauptung ist und vom GD auch nicht begründet wird). Würde das beantragte Darlehen tatsächlich nur die Investitionskosten während der Investitions- bzw. Bauphase decken, könnte das Darlehen USB vom USB nach Fertigstellung des Baus abgelöst werden. Das Gegenteil ist der Fall, das Darlehen hat eine Laufdauer von 45 Jahren und dem USB steht die Möglichkeit einer Wandelung des Darlehens in Eigenkapital zu Sanierungszwecken offen.

-
- 4. Offensichtlich falsche Behauptung: «Das Vorhaben verstösst nicht gegen die gemeinsame Spitalplanung mit BL.»**
- 16 Die Bedarfsplanung, welche dem geplanten Neubau zugrunde liegt, ist gemäss dem Ratschlag diejenige des USB. Eine Abstimmung mit dem Kanton Basel-Landschaft, wie sie der Staatsvertrag vorschreibt (§ 3 Abs. 1 und Abs. 3 sowie § 4 Abs. 1 lit. a, c und e des Staatsvertrags), ist im Ratschlag nicht dokumentiert. Das GD behauptet auch nicht, dass eine Abstimmung mit dem Kanton Basel-Landschaft stattgefunden habe.
- 17 Zur Umsetzung der koordinierten Planung wäre 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. Geschaffene Überkapazitäten müssten bei Spitalaufenthalten der Patientinnen und Patienten aus dem Kanton Basel-Landschaft durch den Kanton Basel-Landschaft mitfinanziert werden. Hierzu muss gemäss Staatsvertrag seine Zustimmung abgeholt werden.
- 18 Zudem hat sich der Kanton Basel-Stadt im Staatsvertrag verpflichtet, private und öffentliche Spitäler gleich zu behandeln (§ 4 Abs. 1 lit. e des Staatsvertrags). Wenn der Kanton Basel-Stadt dem USB für die Erneuerung von Spitalinfrastrukturen Finanzhilfen gewährt, so muss er eine solche Finanzierung nach Massgabe dieser Vorschrift öffentlichen und privaten Spitalern gleichermaßen zur Verfügung stellen.

5. Kurzbeurteilung

- 19 Das GD des Kantons Basel-Stadt mag in seiner Stellungnahme vom 8. Februar 2024 das Darlehen USB politisch begründet haben. An mehreren Stellen wird das Verständnis der Behörde spürbar, dass allein die politische Wünschbarkeit einer staatlichen Ausgabe diese bereits ermöglichen können soll - ungeachtet der rechtlichen Rahmenbedingungen.
- 20 Dies ist aber unrichtig; aus juristischer Sicht widerlegt die Stellungnahme des GD die Argumente des Memorandums Walder Wyss vom 11. Dezember 2023 nicht.