

2018.01

Monistische Finanzierung von Gesundheitsleistungen – Verfassungsmässigkeit

EJPD, Bundesamt für Justiz (Gutachten vom 15. Januar 2018)

Stichwörter: Finanzierung der sozialen Krankenversicherung; Beiträge der öffentlichen Hand; Kompetenzverteilung; Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz

Mots clés: financement de l'assurance-maladie sociale ; subventions des pouvoirs publics ; partage des compétences ; principe de l'équivalence fiscale

Regeste:

1. Der Bundesgesetzgeber kann sich auf Artikel 117 Absatz 1 BV stützen, um den Kantonen vorzuschreiben, einen Teil der Vergütung der von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gedeckten Leistungen zu übernehmen, einschliesslich eines Teils der Vergütung von ambulanten Behandlungen. Er ist auch dafür zuständig, die Ausrichtung dieses Beitrags an die Versicherer vorzusehen.
2. Aus rechtlicher Sicht wird diese Bundeskompetenz durch die staatspolitischen Maximen in Artikel 43a BV und insbesondere durch die Maxime der fiskalischen Äquivalenz nicht eingeschränkt.
3. Sie wird auch durch Artikel 46 Absatz 3 BV nicht begrenzt.

Regeste:

1. Le législateur fédéral peut se fonder sur l'art. 117 al. 1 Cst. pour imposer aux cantons la prise en charge d'une part de la rémunération des prestations couvertes par l'assurance obligatoire des soins, y compris une part de la rémunération des traitements ambulatoires. Il est aussi compétent pour prévoir le versement de ce subside aux assureurs.
2. Cette compétence fédérale n'est pas limitée d'un point de vue juridique par les maximes politiques de l'art. 43a Cst. et en particulier par celle de l'équivalence fiscale.
3. Elle n'est pas non plus limitée par l'art. 46 al. 3 Cst..

Rechtliche Grundlagen: Art. 3, 5 Abs. 2, 5a, 43a, 46 Abs. 3, 117 BV; KVG

Base juridique: art. 3, 5 al. 2, 5a, 43a, 46 al. 3, 117 Cst. ; LAMal

Die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates hat das Bundesamt für Justiz gebeten, die Frage der Verfassungsmässigkeit einer monistischen Finanzierung von stationären und ambulanten Gesundheitsleistungen zu prüfen. Die beiden Varianten, die sie ihm unterbreitet hat, weisen die folgende Gemeinsamkeit auf: Der Wohnkanton müsste einen Beitrag von mindestens 21,6 % der gesamten Kosten leisten, die zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gehen.

Inhalt

1	Finanzierung der Krankenversicherung	4
1.1	Entwicklung der Finanzierung der sozialen Krankenversicherung (Krankenpflegeversicherung)	4
1.2	Tragweite von Art. 117 Abs. 1 BV	5
1.2.1	Wörtliche Auslegung	5
1.2.2	Historische Auslegung	6
1.2.3	Systematische Auslegung	7
1.2.4	Tragweite von Art. 117 BV hinsichtlich der Finanzierung von Krankenversicherungsleistungen durch die Kantone	9
1.2.4.1	Kompetenz, von den Kantonen eine Mitfinanzierung von Krankenpflegeleistungen zu verlangen	9
1.2.4.2	Kompetenz, die Finanzierung der Versicherungsleistungen zu regeln	12
1.3	Vorläufiges Schlussfazit	14
2	Art. 43a BV	14
2.1	Allgemeines	14
2.1.1	Inhalt des Grundsatzes der fiskalischen Äquivalenz	14
2.1.2	Funktion des Grundsatzes der fiskalischen Äquivalenz, insbesondere "Nichtzentralisierung" sowie "Aufgaben- und Finanzierungsentflechtung"	15
2.1.3	Grundsätze nach Art. 43a BV als nicht justiziable staatspolitische Maximen	15
2.2	Rechtlich beschränkte Tragweite der Grundsätze nach Art. 43a BV für die Ausübung der Bundeskompetenz nach Art. 117 BV: Einzelaspekte	15
2.2.1	Unschärfe Konturen der Grundsätze nach Art. 43a BV: Frage des Adressaten	16
2.2.2	Grundsätze nach Art. 43a BV sind keine Schranken für die Verfassungsrevision	16
2.2.3	Grundsätze nach Art. 43a BV als staatspolitische Orientierungspunkte bei der Wahrnehmung rechtlich offener Gestaltungsspielräume im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens	16
2.2.4	Spannungsverhältnis zwischen dem Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz und Art. 46 BV ?	17
2.3	Zwischenfazit	17
3	Beurteilung der Verfassungsmässigkeit des Entwurfs für die KVG- Revision	18
3.1	Die Grundzüge des Entwurfs	18
3.2	Beurteilung unter dem Gesichtspunkt von Art. 117 BV	18
3.2.1	Ausweitung der Beiträge der öffentlichen Hand auf alle Leistungen zulasten der Krankenpflegeversicherung	18
3.2.2	Zuweisung der Finanzierung der Beiträge an die Kantone	19
3.2.3	Entrichtung von Beiträgen an die Versicherer	20
3.3	Beurteilung unter dem Blickwinkel des Grundsatzes der fiskalischen Äquivalenz	21

3.3.1 Allgemeines	21
3.3.2 Kompetenzverlagerung bzw. -entflechtung	21
3.3.3 Finanzierungsverantwortung / haushälterischer Umgang mit Ressourcen	22
3.3.4 Vermeidung externer Effekte bzw. Vermeidung des Trittbrettfahrens	23
3.3.5 Frage der eindeutigen Zuordnung zu einer staatlichen Ebene	24
3.4 Beurteilung unter dem Gesichtspunkt von Art. 46 Abs. 3 BV	24
4 Allgemeines Fazit	25

1 Finanzierung der Krankenversicherung

Gemäss Artikel 117 Absatz 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über die Kranken- und die Unfallversicherung. Nach Absatz 2 dieser Bestimmung kann er die Kranken- und die Unfallversicherung allgemein oder für einzelne Bevölkerungsgruppen obligatorisch erklären.

1.1 *Entwicklung der Finanzierung der sozialen Krankenversicherung (Krankenpflegeversicherung)*

Die Finanzierung der sozialen Krankenversicherung (Krankenpflegeversicherung¹) wurde von Anfang an so konzipiert, dass sie sich sowohl aus Beiträgen der Versicherten als auch aus Beiträgen der öffentlichen Hand zusammensetzt. Im Bundesgesetz vom 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung (KUVG)² wurden indessen die Krankenversicherungsprämien der Versicherten nicht direkt geregelt.³ Es handelte sich lediglich um ein Gesetz für die Subventionierung durch den Bund. Im Gesetz war vorgesehen, dass Beiträge an anerkannte Krankenkassen ausgerichtet werden und diese nicht mehr als das Anderthalbfache der Summe der Prämien ("Mitgliederbeiträge") und der freiwilligen Zuwendungen betragen dürfen (Art. 35 und 36). Die vom Bund den Krankenkassen gewährte Beiträge hatten den Zweck, zur Finanzierung der Verpflichtungen beizutragen, die den Krankenkassen durch das Gesetz auferlegt wurden. In Gebirgsgegenden leistete der Bund an die Kassen einen sogenannten "Gebirgszuschlag". In solchen Regionen gewährte der Bund den Kantonen Beiträge an Einrichtungen, welche die Verbilligung der Krankenpflege oder der Geburtshilfe bezweckten (Art. 37). Wenn Kantone oder Gemeinden die Krankenversicherung allgemein oder für einzelne Bevölkerungskreise obligatorisch erklärten und die Beiträge bedürftiger Kassenmitglieder ganz oder teilweise übernahmen, gewährte ihnen der Bund Beiträge bis zu einem Drittel dieser Auslagen (Art. 38). Sofern sie die gesetzlichen Anforderungen erfüllten, hatten die Krankenkassen einen Anspruch darauf, anerkannt zu werden. Diese Anforderungen bezogen sich hauptsächlich auf die Aufnahmebedingungen, auf die von den Kassen zu erbringenden Mindestleistungen und auf die finanzielle Sicherheit.

Im Rahmen der Revision des KUVG im Jahr 1964 (Bundesgesetz vom 13. März 1964) wurden die Bundesbeiträge, die ursprünglich als fixer Beitrag in Franken für jeden Versicherten festgelegt waren, in einen Prozentsatz der verursachten Kosten umgewandelt. Die Beiträge an die Kantone wurden aufgehoben. Neu eingeführt wurde eine Regelung der Grundsätze zu den Beiträgen an die Krankenkassen. Diese Regelung, das sogenannte Rahmengesetz für die Subventionierung der Krankenkassen, wurde in seinen Grundzügen nicht verändert, bis das KVG vom 18. März 1994 am 1. Januar 1996 in Kraft trat.

Ein Revisionsentwurf vom 20. März 1987 für das Bundesgesetz über die Krankenversicherung (der in der Volksabstimmung vom 6. Dezember 1987 abgelehnt wurde) sah vor, die Kantone zu verpflichten, die Hälfte der Bundesbeiträge zu übernehmen und ihrerseits Versicherten mit bescheidenem Einkommen Beiträge zu gewähren, um die finanzielle Belastung durch die Krankenversicherungsprämien zu senken.⁴

¹ Die freiwillige Taggeldversicherung wurde 1964 eingeführt. Diese ist nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsgutachtens.

² BS 8 223

³ Mit Ausnahme einer Bestimmung, die es untersagte, die Versicherungsleistungen nach dem Geschlecht zu unterscheiden, ohne die Beiträge der Versicherten entsprechend abzustufen (Art. 6).

⁴ Art. 2, 38 und 38ter (BBI 1987 I 985)

Gemäss der Botschaft vom 6. November 1991 wurde die Krankenpflegeversicherung Anfang der Neunzigerjahre hauptsächlich durch die Prämien der Versicherten (78 % der Ausgaben), die Kostenbeteiligung der Versicherten in Form einer Franchise und eines Selbstbehalts (7 % der Ausgaben) und durch Beiträge der öffentlichen Hand (15 % der Ausgaben; 10 % zulasten des Bundes und 5 % zulasten der Kantone) finanziert.⁵

Mit dem KVG vom 18. März 1994 wurde die direkte Subventionierung der Krankenkassen aufgegeben. Es wurde ein System zur Prämienverbilligung für Versicherte in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen eingeführt. Die Kantone wurden verpflichtet, solche Prämienverbilligungen zu gewähren (Art. 65 Abs. 1 KVG), doch bei der Regelung dieser Beiträge wurde ihnen ein grosser Spielraum eingeräumt, da das Bundesrecht im Wesentlichen die Bedingungen für die Beiträge des Bundes an die Kantone regelt (Art. 66 KVG). Im Übrigen begrenzte das KVG den Anteil der Krankenversicherung an Behandlungen in öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitälern grundsätzlich auf 50 % der anrechenbaren Kosten (Art. 49 Abs. 1 KVG), wobei der Rest implizit zulasten der Kantone geht und durch Steuereinnahmen gedeckt werden muss.⁶ Zur Stützung dieser öffentlichen Finanzierung wurde in den Vorarbeiten die Absicht hervorgehoben, einen Teil der Kosten mit Hilfe von Quellen zu finanzieren, die auf sozialer Ebene differenzierter sind als die Prämien – d. h. mit anderen Worten mit Steuereinnahmen.⁷

In der Folge wurden die Bestimmungen im Bereich der Prämienverbilligung durch die KVG-Revisionen geändert. Eingeführt wurden insbesondere eine Verbilligung um mindestens 50 % der Prämien von Kindern und jungen Erwachsenen in Ausbildung für untere und mittlere Einkommen⁸ und eine neue Methode für die Berechnung der jährlichen Beiträge des Bundes an die Kantone⁹. Mit der Revision der Spitalfinanzierung wurden die Kantone verpflichtet, für die Kantonseinwohner mindestens 55 % der Vergütungen für stationäre Leistungen zu übernehmen.¹⁰ Im Übrigen wurde 2008 mit Artikel 25a Absatz 5 KVG eine Bestimmung eingeführt, mit der die Kantone verpflichtet wurden, die Restfinanzierung zu regeln, die nach Abzug des Beitrags der Krankenversicherung und der Kostenbeteiligung der versicherten Person bei ambulant erbrachten Pflegeleistungen bei Krankheit verbleiben.

1.2 Tragweite von Art. 117 Abs. 1 BV

1.2.1 Wörtliche Auslegung

Indem Artikel 117 Absatz 1 BV vorschreibt, dass der Bund Vorschriften über die Krankenversicherung erlässt, überträgt er dem Bund eine umfassende konkurrierende Gesetzgebungskompetenz.¹¹ Eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz ist eine Kompetenz mit nachträglicher oder aufgeschobener derogatorischer Wirkung. Dies bedeutet, dass die Kantone in

⁵ BBI 1992 I 93, 102

⁶ Botschaft vom 6. November 1991, BBI 1992 I 227; Botschaft zur Spitalfinanzierung, BBI 2004 5555.

⁷ Botschaft, BBI 1992 I 126

⁸ Art. 65 Abs. 1^{bis} KVG, AS 2005 3587

⁹ Art. 66 KVG, AS 2007 5779

¹⁰ Art. 49a KVG, AS 2008 2049

¹¹ Ivano Ranzanici, La riduzione dei premi dell'assicurazione malattia, Dissertation FR, 2016, Rz. 267, S. 148; Thomas Gächter/Stephanie Renold-Burch, Art. 117, Rz. 4, in: Basler BV-Kommentar, 2015; Tomas Poledna, Art. 117, Rz. 6, in: St. Galler BV Kommentar, 3. Aufl. 2014; Pascal Mahon, Art. 117, Rz. 4, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire, 2003. Ungenau: VPB 27/1957, Nr. 55, S. 137: „Damit wurde dem Bund die ausschliessliche Rechtsetzungskompetenz auf dem Gebiet der obligatorischen Krankenversicherung verliehen, d. h. er

dem von der betreffenden Verfassungsbestimmung betroffenen Bereich weiterhin Vorschriften erlassen können, solange der Bund dies nicht selbst tut. Die kantonale Zuständigkeit erlischt, wenn der Bund seine Rechtsetzungskompetenz ausübt. Umfassende Kompetenzen bedeuten, dass der Bund berechtigt ist, einen gesamten Bereich zu regeln, im vorliegenden Fall die Krankenversicherung und die Unfallversicherung. Im Gegensatz dazu stehen die fragmentarischen Kompetenzen, die lediglich dazu berechtigen, einen Bereich teilweise oder in eine bestimmte Richtung zu regeln, sowie die sogenannten Grundsatzgesetzgebungskompetenzen des Bundes, in deren Rahmen der Bund nur berechtigt ist, die Grundzüge eines Bereichs zu regeln, während die Kantone dessen Einzelheiten festlegen.

Artikel 117 Absatz 1 BV überträgt dem Bund nicht nur eine Rechtsetzungskompetenz. Er weist ihm auch einen Gesetzgebungsauftrag zu.¹²

In Artikel 117 Absatz 1 BV ist die Finanzierung der Krankenversicherungsleistungen nicht ausdrücklich geregelt. Laut einem Teil der Rechtslehre verbietet der verfassungsrechtliche Begriff der Versicherung eine ausschliesslich öffentliche Finanzierung der Leistungen der sozialen Krankenversicherung.¹³ Die einzigen beiden Sozialversicherungen des Bundes (im Sinne des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts¹⁴), die ausschliesslich durch die öffentliche Hand finanziert werden – d. h. die Militärversicherung und die Ergänzungsleistungen –, werden in der Tat auf Verfassungsstufe nicht als Versicherung bezeichnet.¹⁵ Der Versicherungsbegriff kann indessen so verstanden werden, dass mit der Gewährung von Leistungsansprüchen ein Risiko gedeckt wird, unabhängig vom Ursprung der Finanzierung dieser Leistungen. Die Frage der Zulässigkeit einer ausschliesslich öffentlichen Finanzierung der Krankenpflegeversicherung muss in diesem Gutachten nicht geklärt werden, denn im uns vorgelegten Entwurf ist keine solche Lösung vorgesehen.

1.2.2 Historische Auslegung

1890 stimmten Volk und Stände der Aufnahme eines neuen Artikels 34^{bis} in die Bundesverfassung von 1874 zu, gemäss dem der Bund unter Berücksichtigung der bestehenden Hilfskassen auf dem Gesetzesweg die Unfall- und Krankenversicherung einführt. Der Bund war berechtigt, den Beitritt zu diesen Versicherungen generell oder für bestimmte Kategorien von Bürgerinnen und Bürgern für obligatorisch zu erklären.

Gemäss der Botschaft des Bundesrates vom 28. November 1889 war Artikel 34^{bis} aBV möglichst allgemein gehalten, um dem Bundesgesetzgeber den grösstmöglichen Spielraum zu überlassen:

"Wie die Sache jetzt liegt, lassen sich ja wohl die Grundprinzipien der künftigen Gesetzgebung annähernd voraussehen, aber es wäre deshalb verfehlt, sie in der Verfassung festzunageln, weil der Verlauf der Vorarbeiten und die fortschreitende Gesetzgebungsarbeit selbst erst definitiv zeigen werden, auf welche Basis die neuen Institutionen in unserm Land am zweckmässigsten gestellt werden. Es ist denkbar, dass auf

wurde ermächtigt, die Materie erschöpfend, unter Ausschluss der Kantone, zu regeln" (Entscheid des Bundesrates vom 29. Oktober 1957).

¹² Zum Beispiel Tomas Poledna, Art. 117, Rz. 6 in St. Galler BV-Kommentar, 3. Aufl. 2014.

¹³ Thomas Gächter/Stephanie Renold-Burch, Art. 117, Rz. 5, in Basler BV-Kommentar, 2015. Mehrdeutiger: Tomas Poledna, Art. 117, Rz. 9, in St. Galler BV-Kommentar, 3. Aufl. 2014.

¹⁴ SR 830.0

¹⁵ Vgl. Art. 59 Abs. 5 und 61 Abs. 5 BV

Grund gemachter Erfahrungen später ein Verlassen dieser Basis sich als zweckmässig herausstellt, und für diesen Fall doppelt ratsam, durch keine detaillierten Verfassungsvorschriften vorzugreifen. Solche Vorschriften a priori aufzustellen, hätte allenfalls einen Sinn, wenn es sich, um uns der mathematischen Ausdrucksweise zu bedienen, um eine unbekannt Grösse resp. darum handelte, durch gewisse, für Bestimmung der letzteren von vornherein zu gebende Faktoren das Resultat auf gewisse Normen zu beschränken. Dies ist aber nicht erforderlich, denn Unfall- und Krankenversicherung sind so bestimmt umgrenzte und bekannte Begriffe geworden, dass man über ihr Wesen nicht im Zweifel, sondern nur über die Art ihrer Verwirklichung verschiedener Meinung sein kann. Für die Verfassung genügt es vollkommen, dass das an sich klare Ziel, das nun einmal erreicht werden soll, einfach als solches bezeichnet werde. Die Art und Weise der Ausführung ist Sache der Gesetzgebung, bei welcher durch unsere Institutionen wieder dafür gesorgt ist, dass über deren Gestaltung Räte und Volk das entscheidende Wort abgeben."¹⁶

In Artikel 117 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 wurde Artikel 34^{bis} aBV in einer modernisierten Formulierung übernommen, wobei die Verpflichtung, bestehende Hilfskassen zu berücksichtigen, aufgehoben wurde. Gemäss der Botschaft des Bundesrates vom 26. November 1996 ist der neue Artikel 117 BV eine offene Verfassungsbestimmung, die dem Gesetzgeber bei der Konzeption der sozialen Krankenversicherung praktisch freie Hand lässt.¹⁷

Am 21. Dezember 2007 hatte die Bundesversammlung einen direkten Gegenentwurf zu einer Volksinitiative verabschiedet, die darauf ausgerichtet war, die Krankenversicherung und die Unfallversicherung auf Verfassungsebene getrennt zu regeln. Zur Finanzierung der Krankenversicherung enthielt der Entwurf für Artikel 117a die folgende Bestimmung:

"6 Die Krankenpflegeversicherung wird finanziert über die Prämien und die Kostenbeteiligungen der Versicherten sowie über öffentliche Beiträge, die demjenigen Träger ausgerichtet werden, der die Leistungen vergütet. Bund und Kantone sehen Prämienverbilligungen vor; dabei tragen sie der wirtschaftlichen Lage der Versicherten Rechnung."

Der Bundesbeschluss vom 21. Dezember 2007 wurde am 1. Juni 2008 von 69,5 % der Abstimmenden und allen Ständen abgelehnt. Gemäss der VOX-Analyse dieser Abstimmung hatten die Gegner ihren Entscheid hauptsächlich mit der Befürchtung begründet, sie könnten ihren Arzt oder das Spital nicht mehr frei wählen und die Macht der Krankenkassen würde zunehmen.¹⁸

1.2.3 Systematische Auslegung

Artikel 117 BV unterscheidet sich von anderen Verfassungsbestimmungen, welche die Finanzierung der Sozialversicherungen mehr oder weniger detailliert regeln:

- Gemäss Artikel 112 Absatz 3 BV wird die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung durch Beiträge der Versicherten und der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sowie durch Leistungen des Bundes finanziert. Die Leistungen des Bundes betragen höchstens die Hälfte der Ausgaben (Art. 112 Abs. 4 BV). Die Leistungen des Bundes

¹⁶ Botschaft, BBI 1890 I 838 f.

¹⁷ Botschaft, BBI 1997 I 331 Ähnliche Argumentation zu Art. 34^{bis} aBV: Botschaft vom 6. November 1991 zur Revision der Krankenversicherung, BBI 1992 I 230.

¹⁸ Vgl. Analyse der eidgenössischen Abstimmungen vom 1. Juni 2008. (VOX Nr. 96). Gfs.bern und Universität Genf.

werden in erster Linie aus dem Reinertrag der Tabaksteuer, der Steuer auf gebrannten Wassern und der Abgabe aus dem Betrieb von Spielbanken gedeckt (Art. 112 Abs. 5 BV).

- In Artikel 112a BV ist vorgesehen, dass Bund und Kantone Ergänzungsleistungen an Personen ausrichten, deren Existenzbedarf durch die Leistungen der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung nicht gedeckt ist. Das Gesetz legt den Umfang der Ergänzungsleistungen sowie die Aufgaben und Zuständigkeiten von Bund und Kantonen fest. Gemäss Artikel 13 des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (SR 831.30) werden die jährlichen Ergänzungsleistungen zu fünf Achteln vom Bund und zu drei Achteln von den Kantonen getragen.
- Artikel 113 BV regelt die berufliche Vorsorge. Nach Absatz 3 dieses Artikels wird die berufliche Vorsorge durch die Beiträge der Versicherten finanziert, wobei die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber mindestens die Hälfte der Beiträge ihrer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer entrichten.
- In Artikel 114 Absatz 3 BV ist der Grundsatz festgelegt, dass die Arbeitslosenversicherung durch die Beiträge der Versicherten finanziert wird. Die Hälfte der Beiträge von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wird von ihren Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern übernommen. Gemäss Artikel 114 Absatz 4 BV erbringen Bund und Kantone bei ausserordentlichen Verhältnissen finanzielle Leistungen.
- In Artikel 116 Absatz 3 BV wird der Bund beauftragt, eine Mutterschaftsversicherung einzurichten, und er wird ermächtigt, Personen zu Beiträgen zu verpflichten, die nicht in den Genuss der Versicherungsleistungen gelangen können. Artikel 116 Absatz 4 BV räumt dem Bund die Möglichkeit ein, seine Leistungen von angemessenen Leistungen der Kantone abhängig zu machen.¹⁹

Für bestimmte Sozialversicherungen schreibt die Verfassung vor, dass die Leistungen ausschliesslich durch Beiträge der Versicherten (Art. 113 BV) oder ausschliesslich durch öffentliche Beiträge (Art. 112a BV) finanziert werden. Bei anderen Sozialversicherungen verlangt die Verfassung eine gemeinsame Finanzierung durch öffentliche Leistungen und Beiträge der Versicherten oder der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber (Art. 112 Abs. 3 BV). Teilweise schreibt sie vor, dass die Finanzierung hauptsächlich durch die Erhebung von Beiträgen erfolgt (Art. 114 Abs. 3 BV) oder sich auf die Erhebung von Beiträgen beschränkt (Art. 116 Abs. 3 BV). Was die Familienzulagen betrifft, beschränkt sich die Verfassung darauf, mögliche Beiträge von Bund und Kantonen vorzusehen (Art. 116 Abs. 4 BV), ohne die Finanzierung dieser Leistungen direkt zu regeln.

Aus allen Verfassungsbestimmungen zu den Sozialversicherungen geht hervor, dass der Gesetzgeber abgesehen von den Fällen, in denen die Verfassung spezifische Finanzierungsmodalitäten vorschreibt, die Finanzierung der Versicherung nach eigenem Ermessen regeln kann. Somit ist weder für die Erhebung von Beiträgen noch für eine zumindest teilweise öffentliche Finanzierung von Sozialversicherungsleistungen eine ausdrückliche Verfassungsgrundlage erforderlich.

¹⁹ P. Mahon, Art. 116, Rz. 16, in J-F. Aubert und P. Mahon, *Petit commentaire de la Constitution*, 2003: „Mit anderen Worten ist der Gesetzgeber berechtigt, von den Kantonen eine Mitfinanzierung der Familienzulagen und der Leistungen der Mutterschaftsversicherung zu verlangen.“ (Übersetzung)

1.2.4 *Tragweite von Art. 117 BV hinsichtlich der Finanzierung von Krankenversicherungsleistungen durch die Kantone*

Im Laufe der Zeit haben sich zwei Argumentationslinien herauskristallisiert, um die Kompetenz des Bundes zu begründen, den Kantonen eine direkte oder indirekte Finanzierung der Leistungen der sozialen Krankenversicherung vorzuschreiben: zum einen die Bundeskompetenz, von den Kantonen eine Mitfinanzierung von Krankenpflegeleistungen zu verlangen, zum anderen die Bundeskompetenz, die Finanzierung der Leistungen der Krankenpflegeversicherung zu regeln.

1.2.4.1 *Kompetenz, von den Kantonen eine Mitfinanzierung von Krankenpflegeleistungen zu verlangen*²⁰

Die Kompetenz des Bundes, Vorschriften im Bereich der Krankenversicherung zu erlassen, tangiert die Kompetenz der Kantone im Gesundheitswesen.²¹ Gemäss der in Artikel 3 BV festgelegten Kompetenzverteilung ist die medizinische Versorgung eine öffentliche Aufgabe der Kantone. Diese haben diese Aufgabe insbesondere wahrgenommen, indem sie Beiträge an die öffentlichen Spitäler ausrichten oder über die Sozialhilfe Personen in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen unterstützen. Der Bund sorgt dafür, dass sich die Bevölkerung zu tragbaren Bedingungen gegen die Risiken Krankheit und Unfall absichern kann (Art. 117 BV) und dass die Krankenversicherung und die Unfallversicherung dementsprechend Versicherungen mit sozialem Charakter bleiben.²² Grundsätzlich hat der Bund bei der Ausübung seiner eigenen Kompetenzen die Kompetenzen der Kantone zu beachten. Die Bundeskompetenz im Bereich der Krankenversicherung und die Kompetenz der Kantone im Bereich der medizinischen Versorgung sind jedoch eng miteinander verknüpft: Die Kantone können die Erbringung von Gesundheitsleistungen im Rahmen der medizinischen Versorgung regeln, während die Übernahme der Kosten dieser Leistungen durch die Krankenversicherung den von der Bundesgesetzgebung festgelegten Bedingungen unterliegt. Gemäss einem Rechtsgutachten des Bundesamtes für Justiz vom 18. September 1984 hat diese Verflechtung von Bundes- und Kantonskompetenzen zur Folge, dass Bund und Kantone gemeinsam dafür verantwortlich sind, die Kostensteigerung im Gesundheitswesen zu bekämpfen und auf diese Weise den Betrieb und die Finanzierung der Krankenkassen zu gewährleisten.²³ Diese gemeinsame Verantwortung setzt eine Art Partnerschaft²⁴ zwischen Bund und Kantonen voraus, die dadurch zum Ausdruck kommt, dass den Kantonen nicht nur bei der Durchführung der Krankenversicherung verschiedene Aufgaben zugewiesen werden, sondern die Kantone die Krankenversicherung auch mitfinanzieren.

²⁰ Der Begriff Krankenpflegeleistungen ist hier im weiteren Sinn der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu verstehen. Er umfasst alle Leistungen gemäss Art. 25 bis 31 KVG, die von den Leistungserbringern im Sinn von Art. 35 Abs. 2 KVG erbracht werden. Der Begriff ist somit nicht auf Pflegeleistungen bei Krankheit im Sinn von Art. 25a KVG begrenzt.

²¹ Tomas Poledna, Art. 117, Rz. 9, in St. Galler BV-Kommentar, 3. Aufl. 2014. Vgl. auch Zeno Schnyder von Wartensee, Schwerpunkte und Tendenzen in der Rechtsetzung der Kantone, LeGes 2012/2, S. 177, 192.

²² Botschaft vom 18. September 2000, BBl 2001 741, 747.

²³ VPB 48, 79, S. 492 ff., S. 503. In diesem Rechtsgutachten ging es um die Verfassungsmässigkeit einer Bestimmung, nach der die Verpflichtung zur Übernahme der Kosten von Leistungen durch die Krankenkassen von der Einhaltung der kantonalen Planung durch die Leistungserbringer abhing.

²⁴ Botschaft, BBl 1992 I 136

Bis zum Inkrafttreten des KVG im Jahr 1996 war die Mitfinanzierung der von der Krankenversicherung übernommenen Krankenpflegeleistungen durch die Kantone aus Sicht des Bundesrechts freiwillig. Der Bund zog Konsequenzen aus den Massnahmen, die von den Kantonen nach ihrem freien Ermessen ergriffen wurden, indem er seine eigene Subventionsregelung erarbeitete, doch er auferlegte den Kantonen keine finanziellen Verpflichtungen. Die Bundesbehörden hatten jedoch bereits vor 1994 festgehalten, dass sich der Bund im Bereich der Krankenversicherung auf seine Rechtsetzungskompetenz stützen könnte, um den Kantonen eine Mitfinanzierung der Kosten von Gesundheitsleistungen vorzuschreiben, die von der Krankenversicherung übernommen werden. Die Verfassungsmässigkeit einer Massnahme, mit der den Kantonen vorgeschrieben wurde, die Hälfte der Bundesbeiträge an die Krankenkassen zu finanzieren und ihrerseits Beiträge an Versicherte mit bescheidenem Einkommen auszurichten, wurde 1981 in der betreffenden Botschaft des Bundesrates wie folgt begründet:

*"Auch die neu vorgeschlagene Verpflichtung der Kantone zur Mitfinanzierung der Krankenpflegeversicherung ist durch den allgemein gehaltenen Artikel 34bis der Bundesverfassung abgedeckt. Die Kantone sind schon heute an der Verwirklichung der Krankenversicherung vielfältig mitbeteiligt. So sind sie ermächtigt, die Krankenversicherung obligatorisch zu erklären, und sie haben zahlreiche Aufgaben im Vollzug des Gesetzes, insbesondere im Bereich der Tarifvereinbarungen. Die neue Verpflichtung der Kantone findet ihre sachliche Begründung im engen Zusammenhang zwischen Gesundheitswesen und Krankenversicherung sowie in der Tatsache, dass der Ausbau der Pflichtleistungen der Krankenkassen unter anderem eine Entlastung der Kantone und Gemeinden (öffentliche Fürsorge) bewirkt. Im Rahmen der Gesetzgebungskompetenz des Bundes wird daher ein besserer Ausgleich zwischen der Aufgaben- und Lastenverteilung angestrebt. Aus diesem Grund sollen neben den Versicherten und dem Bund auch die Kantone zur Finanzierung der Krankenversicherung beigezogen werden. Zum Teil haben die Kantone diese Verpflichtung bereits heute von sich aus auf sich genommen [...]."*²⁵

Die Regelung der Partnerschaft mit den Kantonen ist nicht so zu verstehen, dass die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf kantonale Kompetenzen ausgeweitet wird, da diese mit der Bundesaufgabe verknüpft sind. Dadurch, dass der Bund von den Kantonen eine Mitfinanzierung von stationären Behandlungen verlangt, hat er nicht die kantonale Kompetenz im Bereich der medizinischen Versorgung an sich gezogen. Ebenso stützt sich die Verpflichtung, Beiträge an Versicherte in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen auszurichten, nicht auf die kantonale Kompetenz im Bereich der Sozialhilfe. Denn die Übernahme von Kompetenzen würde gegen die in Artikel 3 BV festgelegte Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen verstossen.

Die Partnerschaft mit den Kantonen kommt in erster Linie dadurch zum Ausdruck, dass der Bund den Kantonen bei der Durchführung der Krankenversicherung verschiedene administrative Aufgaben auferlegt, die sich darauf auswirken, wie die Kantone ihre eigene Aufgabe im Bereich der medizinischen Versorgung wahrnehmen können. So sind in der Bundesgesetzgebung die Aufgaben der Kantone im Bereich der Spitalplanung recht detailliert geregelt: Grundsätzlich liegt die Spitalplanung in der Kompetenz der Kantone²⁶, doch im Zusammenhang mit

²⁵ BBI 1981 II 1117, 1224

²⁶ Thomas Poledna, Art. 117 Rz. 10, in: St. Galler BV-Kommentar, 3. Aufl., 2014.

der Übernahme der Kosten von stationären Behandlungen durch die Versicherung ist sie zwingend.²⁷ Ausgehend vom Vollzugsföderalismus ist es grundsätzlich Sache der Kantone, ihre Vollzugsaufgaben zu finanzieren, die ihnen vom Bundesrecht vorgegeben werden.²⁸

Die Regelung der Partnerschaft mit den Kantonen bezieht sich im Übrigen auf die Kostenfrage. Aufgrund der Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich der Krankenversicherung ist der Bundesgesetzgeber berechtigt, nicht nur die Kosten, die zulasten der Versicherung gehen, sondern auch diejenigen Kosten zu regeln, die von den Versicherten zu übernehmen sind. Um den sozialen Charakter der Krankenversicherung zu gewährleisten, kann das Gesetz umfassend die Kosten der Leistungen regeln, die zulasten der Krankenversicherung gehen, und auch die Zuweisung dieser Kosten festlegen. Damit soll in erster Linie verhindert werden, dass der Versicherte als Patient sämtliche oder einen Teil der Kosten bezahlen muss, die von der Versicherung nicht übernommen werden. Denn die Kostenbeteiligung der Versicherten durch eine Franchise und einen Selbstbehalt ist in der Krankenversicherung umfassend geregelt.²⁹ Diese beschränkte Kostenbeteiligung der Versicherten kann gegenüber den Leistungserbringern in Form des Tarifschutzes umgesetzt werden: Nach dem KVG ist es den Leistungserbringern untersagt, von den Versicherten eine höhere Entschädigung als die gemäss dem KVG vereinbarten Tarife und festgelegten Preise zu verlangen.³⁰

In den Bereichen, in denen die Kantone herkömmlicherweise einen Beitrag zur Finanzierung der Pflegekosten geleistet haben, d. h. hauptsächlich im Bereich der stationären Behandlungen, hätte es nicht ausgereicht, einen Tarifschutz der Versicherten gegenüber den Leistungserbringern vorzusehen. Die Kantonsbeiträge waren ein wichtiger Kostenfaktor, denn bei den Tarifen der Leistungen, die zulasten der Krankenversicherung gehen, wurden die kantonalen Beiträge berücksichtigt. Deshalb konnte eine umfassende Regelung der Kostenverteilung, einschliesslich in Bezug auf die Kantonsbeiträge, als erforderlich betrachtet werden, um die Prämien auf einem angemessenen Niveau zu halten und den sozialen Charakter der Krankenversicherung zu gewährleisten. In der Botschaft vom 6. November 1991 wurde ausgeführt, dass die zur Hauptsache auf Kopfprämien der Versicherten beruhende Finanzierung der Krankenversicherung ohne direkte Beteiligung der öffentlichen Hand an der Finanzierung des Gesundheitswesens kaum aufrechterhalten werden könnte.³¹ Dem Bund steht daher die folgende dreifache Kompetenz zu:

- a) die Kompetenz, die der Krankenpflegeversicherung anrechenbaren Kosten zu begrenzen, unter Ausschluss der Kosten der gemeinwirtschaftlichen Leistungen³² zulasten der Kantone, sofern sie diese als erforderlich erachten;

²⁷ Zur Verfassungsmässigkeit dieser Regelung vgl. Ueli Kieser, Spitalliste und Spitalfinanzierung - Auswirkungen der Änderung des Krankenversicherungsgesetzes vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung), AJP 2010, S. 61, 65.

²⁸ Vgl. unten 2.2.4.

²⁹ Art. 64 KVG. Art. 14^{bis} KUVG, eingeführt im Jahr 1964. Die Krankenkassen wurden bereits mit dem Bundesratsbeschluss vom 22. Juli 1936 (AS 8 349) verpflichtet, den Versicherten einen Teil der Kosten der ärztlichen Behandlung und Arznei aufzuerlegen.

³⁰ Art. 44 Abs. 1 KVG (Tarifschutz) Vgl. auch Art. 49 Abs. 5 KVG zu den stationären Leistungen.

³¹ BBI 1992 I 93, 99

³² Art. 49 Abs. 3 KVG. Vgl. bereits Art. 22^{quinquies} Abs. 2 der Revision vom 20. März 1987, die in der Volksabstimmung abgelehnt wurde.

- b) die Kompetenz, die Kostenbelastung der Versicherung und der Versicherten zu begrenzen, indem der Anteil der anrechenbaren Kosten festgelegt wird, der diesen beiden Kategorien zugeteilt wird;³³
- c) die Kompetenz, darüber zu bestimmen, wer den Rest der anrechenbaren Kosten zu übernehmen hat. Dies setzt voraus, dass in der Bundesgesetzgebung der Anteil der anrechenbaren Kosten umrissen werden kann, der den Kantonen zugewiesen wird.³⁴

Ohne diese dreifache Kompetenz des Bundesgesetzgebers hätten die Kantone ihre Spitalbeiträge nach freiem Ermessen reduzieren oder ganz aufheben können. Eine solche Reduktion hätte höchstwahrscheinlich einen deutlichen Anstieg der Tarife und Prämien zur Folge gehabt, denn die Krankenpflegeversicherung hätte den Anteil der anrechenbaren Kosten übernehmen müssen, der zuvor zulasten der Kantone ging. Die weit gefasste Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich der Krankenversicherung kann so verstanden werden, dass sie auch die Möglichkeit einschliesst, die notwendigen Massnahmen zu ergreifen, um einen übermässigen Kostenanstieg für die Versicherten und die Versicherung zu bekämpfen.³⁵

Demzufolge kann der Bundesgesetzgeber, wenn er im Rahmen der Ausübung seiner Kompetenz im Bereich der Krankenversicherung die von der Krankenversicherung übernommenen Kosten medizinischer Leistungen verteilt, die kantonseigenen Aufgaben berücksichtigen. Er muss sich nicht darauf beschränken, die Finanzierung zu berücksichtigen, die von den Kantonen nach ihrem Ermessen übernommen wird. Es steht ihm vielmehr frei, den Anteil der Gesamtkosten, den die Kantone übernehmen müssen, im Verhältnis zu den Anteilen zu begrenzen, die der Versicherung und den Versicherten zugewiesen werden.

1.2.4.2 Kompetenz, die Finanzierung der Versicherungsleistungen zu regeln

Es wurde bereits ausgeführt, dass Artikel 117 BV keine Bestimmung zur Finanzierung der Krankenversicherung enthält und dass der Gesetzgeber somit diese Finanzierung nach freiem Ermessen regeln kann, wobei er dafür sowohl Beiträge der Versicherten als auch eine Finanzierung durch Beiträge der öffentlichen Hand vorsehen kann.

Die Kompetenz des Bundes, die Finanzierung der Krankenversicherung zumindest teilweise durch Beiträge der öffentlichen Hand sicherzustellen, ist unstrittig. Seit Beginn der Regelung der Krankenversicherung hat der Bund Beiträge ausgerichtet. Bis 1995 handelte es sich dabei

³³ Die eidgenössischen Räte hatten bereits im Rahmen der in der Volksabstimmung abgelehnten Revision vom 20. März 1987 eine Bestimmung eingeführt, mit welcher der Anteil der Kosten von stationären Behandlungen, die zulasten der Krankenversicherung gehen, auf 60 % begrenzt wurde. Im Verlauf der Beratung hatte Bundesrat Egli Folgendes erklärt: *"Aber ich glaube doch [...] dass es eine politische Frage ist, die wir hier zu entscheiden haben. Da möchte ich vorerst darauf aufmerksam machen, dass wir uns hier im Tarifbereich befinden, also in einem Bereich, der eigentlich in die Kompetenz der Kantone gehörte. Der Bundesgesetzgeber ist schon wegen genug, wenn er sich anmasst, in diesem Bereich zu legiferieren. Also sollte er sich zumindest an ein bestimmtes Mass halten. Dem Deckungsgrad von 60 Prozent haben die kantonalen Sanitätsdirektoren zugestimmt. Ich möchte Ihnen daher empfehlen, die Grossmut der Sanitätsdirektoren nicht allzu sehr zu strapazieren und es bei diesen 60 Prozent bewenden zu lassen, wie die Kommission entschieden hat."* (AB NR 1984 1392).

³⁴ Kritisch Thomas Poledna, Art. 117, Rz. 10, in: St. Galler BV-Kommentar, 3. Aufl. 2014, in dem ausgeführt wird, dass die Finanzierung der stationären Leistungsbereitstellung in die Kompetenz der Kantone fällt.

³⁵ Botschaft vom 19. August 1981, BBl 1981 II 1126: *"Ihre Beteiligung an der Finanzierung der Krankenversicherung muss daher vorgesehen werden, um einer ungerechtfertigten Überwälzung der Spitalkosten auf die Krankenversicherung entgegenzuwirken und um für die Kosteneindämmung im Gesundheitswesen auch auf der Ebene der Kantone einen Anreiz zu schaffen."*

hauptsächlich um Finanzhilfen im Sinne des Subventionsgesetzes vom 5. Oktober 1990 (SR 616.1). Ursprünglich hatten diese Finanzhilfen den Zweck, die Belastung auszugleichen, die das KUVG den anerkannten Krankenkassen auferlegte. Sie hatten indessen auch zur Folge, dass ein Teil der Kosten der Krankenversicherung mit Bundesbeiträgen finanziert wurde, die im Wesentlichen aus Steuereinnahmen stammten. Dieser Aspekt wurde vorrangig, als im Rahmen der Revision vom 13. März 1964 die Beiträge des Bundes als Prozentsatz der durchschnittlichen Kosten des Vorjahres festgelegt wurden.³⁶

Diese Art der Finanzierung wurde mit dem KVG geändert. Zum einen richtete der Bund fortan Entschädigungen an die Kantone für die individuellen Beiträge aus, die diese neu als Prämienverbilligung für Versicherte in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen vorsehen mussten. Zum anderen schrieb der Bund den Kantonen vor, die Hälfte der Kosten von stationären Behandlungen zu übernehmen. In der Botschaft zum KVG wurde geltend gemacht, der Gesetzgeber könne einen Teil der Versicherungsleistungen mit Hilfe von Quellen finanzieren, die auf sozialer Ebene differenzierter seien als die Prämien, d. h. mit anderen Worten mit Steuereinnahmen.³⁷ Denn die Prämien werden unabhängig vom Einkommen festgelegt und sind daher für Personen mit geringem Einkommen eine verhältnismässig grössere Belastung. Im Gegensatz dazu müssen bei der Erhebung von Steuern die Grundsätze der Universalität, der Gleichbehandlung und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit berücksichtigt werden, soweit es die Art der Steuer zulässt.³⁸

Es besteht kein Anlass, davon auszugehen, dass die staatliche Finanzierung der Krankenversicherung durch die auf Artikel 117 Absatz 1 BV beruhende Gesetzgebungskompetenz auf die Gewährung von Beiträgen nur durch den Bund begrenzt ist. Da die Kosten, die zulasten der Krankenversicherung gehen, durch die Kantoneinwohner und mehrheitlich durch Leistungserbringer mit Sitz im Kanton verursacht werden, besteht ein enger Zusammenhang zwischen dem Kanton und diesen Kosten.³⁹ Dieser Zusammenhang ist mindestens so eng wie die Verbindung zwischen diesen Kosten und dem Bund als Gesetzgeber.

Die Verpflichtung der Kantone, einen Teil der Kosten von Leistungen zu finanzieren, die zulasten der Krankenversicherung gehen, steht auch im Einklang mit der Rolle der Kantone bei der Festsetzung der Prämien. Denn die Abstufung der Prämien nach Kanton ist in der Praxis seit langem die Regel. Bis 2015 konnten die Versicherer die Höhe der Prämien abstufen, wenn die Kosten je nach Kanton und Region unterschiedlich waren.^{40 41} Ab 2016 wurde diese Möglichkeit in eine Verpflichtung umgewandelt: Das Gesetz schreibt den Krankenkassen vor, die Höhe der Prämien unter Berücksichtigung der Kostenunterschiede in den Kantonen abzustufen, wobei bei sehr kleinen kantonalen Versichertenbeständen davon abgewichen werden

³⁶ AS 1964 961. Was die weiteren Massnahmen betrifft, die darauf ausgerichtet waren, den Anstieg der Bundesbeiträge zu begrenzen, siehe die Botschaft vom 6. November 1991 (BBI 1992 I 93, 135).

³⁷ Botschaft, BBI 1992 I 126

³⁸ Art. 127 Abs. 2 BV

³⁹ Beim Sonderfall der Übernahme des Kantonsanteils für Versicherte im Ausland (Art. 49a Abs. 2 KVG, der am 1. Januar 2019 in Kraft treten wird) umfasst die Begründung auch die bestehende Verbindung zwischen diesen Personen und dem Kanton.

⁴⁰ Mit der Revision des KUVG vom 13. März 1964 wurde für die Krankenkassen zum ersten Mal die Möglichkeit eingeführt, die Beiträge nach örtlich bedingten Kostenunterschieden abzustufen (Art. 6^{bis} Abs. 2, AS 1964 961).

⁴¹ Da diese Abstufung in der Praxis nicht vollständig den tatsächlichen Ausgaben in den verschiedenen Kantonen entsprach, erarbeitete der Bundesgesetzgeber ein System für die Korrektur der zwischen 1996 und 2013 bezahlten Prämien (vgl. Art. 106 ff. KVG).

kann.⁴² ⁴³ Diesem System der differenzierten Prämien abhängig von den jeweiligen Kosten in den einzelnen Kantonen liegt die Idee zugrunde, dass die Kosten sowohl von den Entscheiden des Kantons in Bezug auf die Leistungserbringer, insbesondere im Bereich der Spitalplanung, als auch vom Verhalten aller im betreffenden Kanton wohnhaften Versicherten abhängen. Der Grundsatz der Gegenseitigkeit kann somit im Wesentlichen nur auf den kantonalen Rahmen angewandt werden. Es muss verhindert werden, dass Kosten, die von den Versicherten eines Kantons verursacht werden, der sich für einen bestimmten Umfang von medizinischer Versorgung entschieden hat, auch mit den Prämien der Versicherten eines anderen Kantons finanziert werden, der stärker darauf achtet, die Kosten der Gesundheitsleistungen zu begrenzen. In einem solchen Umfeld wäre eine einheitliche Subventionierung durch den Bund wenig sinnvoll, da damit eine Solidarität auf gesamtschweizerischer Ebene eingeführt würde, die eben gerade mit der Art der Prämienfestsetzung verhindert werden soll.

Auf der Grundlage von Artikel 117 BV kann der Bund somit ein Finanzierungssystem vorsehen, in dessen Rahmen die Leistungen der Krankenpflegeversicherung zumindest zu einem gewissen Teil mit Beiträgen der öffentlichen Hand finanziert werden. Ausserdem kann er insbesondere bestimmen, welche öffentliche Körperschaft diese Beiträge entrichten und finanzieren soll.

1.3 Vorläufiges Schlussfazit

Artikel 117 Absatz 1 BV überträgt dem Bund eine umfassende Kompetenz im Bereich der Krankenversicherung. Diese Bestimmung räumt dem Bundesgesetzgeber im Bereich der Finanzierung einen sehr grossen Handlungsspielraum ein.⁴⁴ Seit den Anfängen der sozialen Krankenversicherung beruht die Finanzierung auf drei Quellen: Prämien der Versicherten, Kostenbeteiligung der Versicherten (Selbstbehalt und Franchise) und Beiträge der öffentlichen Hand. Der Bundesgesetzgeber kann die medizinische Versorgung nicht direkt regeln, da diese weiterhin eine kantonale Aufgabe ist. Hingegen kann er die Finanzierung der von der Krankenversicherung übernommenen Gesundheitsleistungen regeln. Dies bedingt, dass im Bundesgesetz der Anteil der Gesamtkosten, den die Kantone übernehmen müssen, im Verhältnis zu den Anteilen begrenzt werden kann, die der Versicherung und den Versicherten zugewiesen werden. Der Bundesgesetzgeber kann auch die geeignete öffentliche Körperschaft festlegen, die die Beiträge der öffentlichen Hand an die Versicherungsleistungen zu entrichten und zu finanzieren hat.

2 Art. 43a BV

2.1 Allgemeines

2.1.1 Inhalt des Grundsatzes der fiskalischen Äquivalenz

Art. 43a BV regelt "Grundsätze für die Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben". Abs. 1 von Art. 43a BV betrifft das Subsidiaritätsprinzip. Abs. 2 und 3 von Art. 43a BV formulieren

⁴² Art. 61 Abs. 2 KVG

⁴³ Für den Fall, dass in einem Kanton die Prämieinnahmen eines Versicherers in einem Jahr deutlich über den kumulierten Kosten in diesem Kanton liegen, wurde ein fakultatives System für den Prämienausgleich vorgesehen (Art. 17 KVAG).

⁴⁴ Ähnliche Argumentation: Ueli Kieser, Gutachten vom 22. März 2017, erstattet für curafutura zu Fragen der einheitlichen Finanzierung der Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Ausarbeitung eines Vorschlages zur gesetzmässigen Umsetzung), Ziff. 6.2.3 und 6.4.

zusammen den Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz. Abs. 4 betrifft die Grundversorgung und Abs. 5 die bedarfsgerechte und wirtschaftliche Erfüllung staatlicher Aufgaben. Da Gegenstand dieses Gutachtens eine Finanzierungsfrage ist, stellen wir im Folgenden den Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz in den Vordergrund.

Nach Art. 43a Abs. 2 BV soll das Gemeinwesen, in dem der Nutzen einer staatlichen Leistung anfällt, deren Kosten tragen; nach Absatz 3 von Art. 43a BV soll das Gemeinwesen, das die Kosten einer staatlichen Leistung trägt, über diese Leistung bestimmen können. Damit ist "eine dreifache Kongruenz"⁴⁵ angesprochen: "Nutzniesser, Kostenträger und Entscheidträger sollen möglichst übereinstimmen. Absatz 2 bezieht sich auf die ersten beiden, Absatz 3 auf die letzten beiden Elemente"⁴⁶.

2.1.2 Funktion des Grundsatzes der fiskalischen Äquivalenz, insbesondere "Nichtzentralisierung" sowie "Aufgaben- und Finanzierungsentflechtung"

Der Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz trägt - zusammen mit dem Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5a und Art. 43a Abs. 1 BV - "zentralen Anliegen eines modernen Föderalismus Rechnung: der Nichtzentralisierung, der Autonomieschonung untergeordneter Gebietskörperschaften, der Nichtausbeutung des zentralen Budgets, der strukturellen Stabilität, der Innovationsfähigkeit und der vertikalen Machthemmung"⁴⁷. Dabei wird namentlich eine "Aufgaben- und Finanzierungsentflechtung" angestrebt: "Die Verantwortung für die staatliche Aufgabenerfüllung ist nach Möglichkeit entweder integral dem Bund oder integral den Kantonen zuzuordnen"⁴⁸.

2.1.3 Grundsätze nach Art. 43a BV als nicht justiziable staatspolitische Maximen

Die Botschaft NFA 2001 bezeichnet die Grundsätze nach Art. 43a BV als "nicht einklagbare Grundsätze"⁴⁹ bzw. "Leitlinien (nicht justiziable Art)"⁵⁰. Was die Literatur betrifft, so ist der Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz "nach vorherrschender Meinung ... nicht justizierbar"⁵¹. Es handelt sich bei der fiskalischen Äquivalenz wie beim Subsidiaritätsprinzip und den weiteren Grundsätzen von Art. 43a BV um staatspolitische Maximen oder mit anderen Worten um "föderalismuspolitische Maximen, aus denen sich keine handfesten rechtlichen Folgerungen ziehen lassen"⁵².

2.2 *Rechtlich beschränkte Tragweite der Grundsätze nach Art. 43a BV für die Ausübung der Bundeskompetenz nach Art. 117 BV: Einzelaspekte*

Da die Grundsätze nach Art. 43a BV den Charakter von staatspolitischen Maximen haben, kommt ihnen rechtlich nur eine beschränkte Tragweite zu. So ist namentlich darauf zu achten,

⁴⁵ Botschaft vom 14.11.2001 zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA), (nachfolgend: Botschaft NFA 2001), BBI 2002 2459.

⁴⁶ Botschaft NFA 2001, BBI 2002 2459.

⁴⁷ Botschaft NFA 2001, BBI 2002, 2306f.

⁴⁸ Botschaft NFA 2001, BBI 2002, 2332, Ziff. 2.3.

⁴⁹ BBI 2002, 2330, Ziff. 2 sowie 2339, Ziff. 2.6.2.

⁵⁰ BBI 2002, 2458.

⁵¹ Rainer J. Schweizer/Lucien Müller, St. Galler BV-Kommentar, 3. Auflage 2014, Art. 43a Rz. 13 m.w.H.

⁵² Giovanni Biaggini, Basler BV-Kommentar, 2015, Art. 43a, Rz. 8.

dass die Beurteilung der *rechtlichen* Tragweite der Kompetenznorm nach Art. 117 BV nicht vermengt wird mit der *staatspolitischen* Opportunität der Wahrnehmung von rechtlich offenen Gestaltungsspielräumen im Licht der Grundsätze nach Art. 43a BV. Wir greifen im Folgenden Einzelaspekte im Zusammenhang mit dem Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz auf, die uns im Hinblick auf die rechtliche Beurteilung der Tragweite von Art. 117 BV von Belang erscheinen.

2.2.1 *Unschärfe Konturen der Grundsätze nach Art. 43a BV: Frage des Adressaten*

Die Grundsätze nach Art. 43a BV haben "unscharfe Konturen"⁵³. Dies gilt insbesondere auch für den Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz nach Art. 43a Abs. 2 und 3 BV.⁵⁴

Eine Unschärfe zeigt sich beim Adressaten von Art. 43a Abs. 2 und 3 BV. Diese Bestimmungen richten sich an "das Gemeinwesen". Was darunter zu verstehen, ist auslegungsbedürftig. Die deutsche Version der BV verwendet den Begriff sonst nicht. Was den Bund betrifft, lässt sich annehmen, dass sich die Grundsätze hauptsächlich sowohl auf das Verfahren der Verfassungsgebung wie auch auf das Verfahren der Gesetzgebung beziehen⁵⁵.

2.2.2 *Grundsätze nach Art. 43a BV sind keine Schranken für die Verfassungsrevision*

Mit Blick auf die Verfassungsgebung ist festzuhalten, dass die Grundsätze nach Art. 43a BV keine verfassungsrechtlichen Schranken für die Verfassungsrevision darstellen. Sie sind auch in den expliziten Schranken nach Art. 139 BV nicht aufgeführt. Das bedeutet mit anderen Worten für den Verfassungsgeber, dass "dieser durch die Kriterien von Art. 43a in keiner Weise in seiner Entscheidungsfreiheit eingeschränkt wird, wie er Aufgaben zuweisen will"⁵⁶. Auch darin zeigt sich die rechtlich beschränkte Tragweite der Grundsätze nach Art. 43a BV.

Aus dem Blickwinkel der Entstehungsgeschichte der Grundsätze ist auch zu beachten, dass Art. 43a BV im Rahmen der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) erlassen wurde. Soweit es nötig erschien, wurden im Rahmen der NFA auch diverse Verfassungsbestimmungen, insbesondere im Kompetenzteil der BV, geändert. Art. 117 BV wurde nicht geändert. Dies deutet darauf hin, dass die Tragweite von Art. 117 BV, wie sie bisher verstanden wurde, mit Blick auf die Grundsätze nach Art. 43a BV nicht als problematisch betrachtet wurde.⁵⁷

2.2.3 *Grundsätze nach Art. 43a BV als staatspolitische Orientierungspunkte bei der Wahrnehmung rechtlich offener Gestaltungsspielräume im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens*

Der Gesetzgeber muss sich bei der Regelung der Erfüllung einer Aufgabe rechtlich gesehen an der einschlägigen Aufgaben- bzw. Kompetenznorm als aufgabenspezifischer Verfassungsanordnung orientieren. Es ist eine Frage der staatspolitischen Opportunität, wie er Spielräume gestaltet, die die aufgabenspezifische Kompetenznorm offenlässt. Er kann die Regelung einer

⁵³ Biaggini, a.a.O., Rz. 2.

⁵⁴ Biaggini, a.a.O., Rz. 27ff.

⁵⁵ Vgl. die Überschrift von Art. 43a BV: "Grundsätze für die Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben"; Botschaft NFA 2001, BBI 2002, 2458.

⁵⁶ Schweizer/Müller, a.a.O., Rz. 5 m.w.H.

⁵⁷ Vgl. allgemein: Biaggini, a.a.O., Rz. 30.

Aufgabe auch im Licht der staatspolitischen Grundsätze nach Art. 43a BV bewerten. Wie er die Bewertung vornimmt, bleibt jedoch eine staatspolitische Angelegenheit, da diesen Grundsätzen die Justiziabilität fehlt.

2.2.4 *Spannungsverhältnis zwischen dem Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz und Art. 46 BV ?*

Es fragt sich, ob der Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz nicht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu Art. 46 BV über die Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone steht. Art. 46 Abs. 1 BV betrifft "in allgemeiner Weise die Rollenverteilung zwischen Bund und Kantonen im Zusammenhang mit der Umsetzung von Bundesrecht"⁵⁸. Er "stellt gewissermassen eine Vermutung des Vollzugs zugunsten der Kantone auf"⁵⁹. Mit Blick auf die Finanzierung des Vollzugs ist Folgendes hervorzuheben: Die Regel der Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone, auch Vollzugsföderalismus genannt, "verpflichtet den Bund nicht, den Kantonen finanzielle Mittel für die Umsetzung und den Vollzug des Bundesrechts zur Verfügung zu stellen"⁶⁰. Mit anderen Worten: "Art. 46 Abs. 1 allein gewährt den Kantonen hierfür keinen Anspruch auf finanzielle Abgeltung; vorbehalten bleiben besondere Abgeltungsansprüche des Bundesverfassungs- und Bundesgesetzesrechts"⁶¹. Es ist vielmehr grundsätzlich so, dass der gewöhnliche Vollzug von Bundesrecht durch die Kantone durch diese selbst zu finanzieren ist⁶². Damit besteht ein Spannungsverhältnis zum Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz, soweit im Vollzugsföderalismus nach Art. 46 BV die "Entscheidungszuständigkeit", d.h. die Gesetzgebung, beim Bund liegt, während der Vollzug und dessen Finanzierung den Kantonen obliegt. Die Entscheidungs- und Finanzierungszuständigkeit liegen im Vollzugsföderalismus also nicht beide beim gleichen Gemeinwesen. Abgeltungsansprüche der Kantone im Zusammenhang mit dem Vollzug von Bundesrecht können insbesondere auch nicht aus dem Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz nach Art. 43a Abs. 2 und 3 BV abgeleitet werden, da Art. 43a BV im Unterschied zu Art. 46 BV die Justiziabilität fehlt. Zu beachten ist auch, dass den Kantonen über den Ressourcenausgleich Finanzmittel ohne Zweckbindung ausgerichtet werden⁶³. Diese "Finanzausgleichsmittel fallen [...] ebenfalls unter die in Artikel 47 Absatz 2 BV erwähnten 'finanziellen Mittel zur Erfüllung ihrer Aufgaben' und sind, so gesehen, in Bezug auf die fiskalische Äquivalenz ebenfalls relevant"⁶⁴.

2.3 **Zwischenfazit**

- Die Grundsätze nach Art. 43a BV sind nicht justiziable staatspolitische Maximen und haben deshalb rechtlich nur eine beschränkte Tragweite.

⁵⁸ Biaggini, a.a.O., Art. 46 Rz. 13.

⁵⁹ Biaggini, a.a.O., Art. 46, Rz. 14.

⁶⁰ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 213, zu Art. 37 des BV-Entwurfs.

⁶¹ Biaggini, a.a.O., Art. 46 Rz. 24.

⁶² Vgl. Art. 9 Abs. 2 Bst. b des Subventionsgesetzes (SR 616.1): "Bestimmungen, die Abgeltungen an Kantone oder ihre öffentlichrechtlichen Gebietskörperschaften vorsehen, können erlassen werden, wenn: ... b. die Kantone Aufgaben erfüllen müssen, die über den administrativen Vollzug von Bundesrecht hinausgehen".

⁶³ Vgl. Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Finanz- und Lastenausgleich (SR 613.2).

⁶⁴ Bericht des Bundesrates vom 12.9.2014 in Erfüllung des Postulats 12.3412 von Markus Stadler betreffend "Einhaltung der Grundsätze der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA), nachfolgend: Bericht "Einhaltung der NFA-Grundsätze", Ziff. 2.2 a.E., S. 12.

- Sie sind namentlich Orientierungspunkte bei der Wahrnehmung rechtlich offener Gestaltungsspielräume.
- Der Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz nach Art. 43a Abs. 2 und 3 BV steht in einem Spannungsverhältnis zur Regel der Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone (sog. "Vollzugsföderalismus", Art. 46 BV), wonach die vom Bund erlassene Gesetzgebung in der Regel durch die Kantone vollzogen wird und die Finanzierung des Vollzugs den Kantonen obliegt.

3 Beurteilung der Verfassungsmässigkeit des Entwurfs für die KVG-Revision

3.1 Die Grundzüge des Entwurfs

Uns wurden zwei Varianten unterbreitet, welche die folgende Gemeinsamkeit aufweisen: Bei allen Leistungen zulasten der Krankenpflegeversicherung muss der Wohnkanton einen Prozentsatz der Vergütungen übernehmen, die den Leistungserbringern geschuldet werden. Jeder Kanton legt den massgebenden Prozentsatz fest, im Bundesgesetz wird jedoch ein Minimum von 21,6 % vorgegeben. Im Vergleich mit dem geltenden Recht erweitern die beiden Varianten des Entwurfs das mit Artikel 49a KVG für die Abgeltung der stationären Leistungen eingeführte Konzept des Kantonsanteils, auf alle Leistungen zulasten der Krankenpflegeversicherung, eingeschlossen die ambulanten Behandlungen. Davon ausgenommen sind lediglich Pflegeleistungen bei Krankheit nach Artikel 25a KVG, für welche die Krankenversicherung nur einen Beitrag leistet.

Die beiden Varianten unterscheiden sich in Bezug auf die Modalitäten, die für die Entrichtung des Kantonsanteils gelten. Bei der Variante 1 hat die in Artikel 18 KVG geregelte gemeinsame Einrichtung den Auftrag, den ihr von den Kantonen entrichteten Kantonsanteil unter den Versicherern zu verteilen. Bei der Variante 2 ist vorgesehen, dass der Kanton seinen Anteil direkt an die Versicherer entrichtet. Im Gegensatz zur Regelung im geltenden Recht kann der Kanton seinen Anteil in beiden Fällen nicht mehr direkt an den Leistungserbringer entrichten.⁶⁵

3.2 Beurteilung unter dem Gesichtspunkt von Art. 117 BV

3.2.1 Ausweitung der Beiträge der öffentlichen Hand auf alle Leistungen zulasten der Krankenpflegeversicherung

Gemäss Artikel 117 BV kann der Bundesgesetzgeber vorsehen, dass die Kosten der von der Krankenpflegeversicherung übernommenen Leistungen – was im KVG als Vergütung der Leistungserbringer bezeichnet wird⁶⁶ – zumindest teilweise durch Beiträge der öffentlichen Hand finanziert werden.⁶⁷ Diese Bestimmung schreibt nicht vor, dass diese Beiträge auf die sogenannten stationären Behandlungen beschränkt werden, d. h. auf Behandlungen, bei denen in der Regel ein Spitalaufenthalt von mindestens einer Nacht vorausgesetzt wird.⁶⁸ Bereits nach der Regelung in Artikel 34^{bis} aBV sah das Bundesgesetz seit der KUVG-Revision vom 13. März

⁶⁵ Art. 49a Abs. 3 KVG

⁶⁶ Vgl. Art. 42 und 43 KVG

⁶⁷ Vgl. oben Ziff. 1.4.

⁶⁸ Vgl. die Definition der stationären Behandlung in Art. 3 der Verordnung über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung (SR 832.104).

1964 die Ausrichtung von Beiträgen vor, die nach dem Durchschnitt aller Kosten der ärztlichen Behandlung und Arznei berechnet wurden.⁶⁹

Ebenso schreibt Artikel 117 BV dem Gesetzgeber nicht vor, die Beiträge nur für Krankenpflegeleistungen vorzusehen, die für eine bestimmte Kategorie von Versicherten erbracht werden, wie beispielsweise für Personen in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen. Dem Gesetzgeber steht es frei, die Beiträge der öffentlichen Hand allen Versicherten zugutekommen zu lassen, unabhängig von ihren wirtschaftlichen Verhältnissen. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der einzelnen Personen wird bei der Finanzierung der Beiträge aus Steuermitteln berücksichtigt.

3.2.2 Zuweisung der Finanzierung der Beiträge an die Kantone

Was Krankenpflegeleistungen betrifft, die im Wohnkanton der Versicherten erbracht werden, gilt grundsätzlich weiterhin, dass der Bundesgesetzgeber der Aufgabe der Kantone im Bereich der medizinischen Versorgung Rechnung tragen kann, wenn er auf der Grundlage von Artikel 117 BV die Finanzierung der Kosten von Leistungen regelt, die von der Krankenpflegeversicherung übernommen werden.⁷⁰ Normalerweise beteiligen sich die Kantone nicht an der Finanzierung von ambulant erbrachten Leistungen. Doch dies hindert den Bund nicht daran, den Kantonen auch für diesen Bereich eine Finanzierungsverpflichtung aufzuerlegen. Der Bundesgesetzgeber kann bei der Zuweisung der Kosten einer von der Versicherung übernommenen Leistung eine kantonale Aufgabe berücksichtigen, wobei die Art und Weise, wie die einzelnen Kantone diese Aufgabe bislang wahrgenommen haben, nicht massgebend ist. Die Aufgabe der Kantone im Bereich der medizinischen Versorgung ist nicht auf stationäre Behandlungen beschränkt. Sie umfasst auch ambulant erbrachte Leistungen. Im Übrigen ist festzuhalten, dass das Gleichgewicht zwischen den Kosten, die üblicherweise von den Kantonen übernommen werden, und den neuen finanziellen Verpflichtungen unter dem Gesichtspunkt von Artikel 117 BV rechtlich nicht massgebend ist, auch wenn es aus politischer Sicht von Bedeutung ist.⁷¹

Gemäss dem KVG können die Versicherten in der Schweiz unter den Leistungserbringern, die zur Tätigkeit zulasten der Krankenpflegeversicherung zugelassen sind, frei wählen.⁷² Für stationäre Behandlungen⁷³ werden die Kosten nach dem Tarif übernommen, der für den gewählten Leistungserbringer gilt. Der Versicherte kann sich somit ausserhalb seines Wohnkantons behandeln lassen, ohne dass diese ausserkantonale Behandlung mit medizinischen Gründen gerechtfertigt werden muss. Der Entwurf der SGK-N auferlegt dem Wohnkanton auch einen Teil der Kosten dieser ausserkantonalen Behandlungen. Es ist jedoch fraglich, ob die Aufgabe des Kantons, die medizinische Versorgung zu gewährleisten, auch solche Behandlungen abdeckt, die nicht aus medizinischen Gründen ausserkantonale vorgenommen werden. Diese

⁶⁹ Art. 35 KUVG (AS 1964 961)

⁷⁰ Vgl. oben 1.2.4.1

⁷¹ Im Entwurf für die Revision des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 20. März 1987, das in der Volksabstimmung vom 6. Dezember 1987 abgelehnt wurde, wurde das Inkrafttreten der Bestimmung, mit der den Kantonen die Übernahme der Hälfte der Bundesbeiträge auferlegt wurde, davon abhängig gemacht, dass die erste Stufe der Massnahmen zur Neuverteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen eine angemessene Entlastung der Kantone in anderen Bereichen mit sich bringt (Übergangsbestimmungen, Bst. e; BBl 1987 I 1004).

⁷² Hingegen hat das Spital für versicherte Personen mit Wohnsitz ausserhalb des Standortkantons nur eine begrenzte Aufnahmepflicht (Art. 41a Abs. 2 KVG).

⁷³ Art. 41 Abs. 1^{bis} und 2 KVG. Für ambulante Behandlungen wurde die Beschränkung auf den am Wohn- oder Arbeitsort anwendbaren Tarif am 1. Januar 2018 aufgehoben (AS 2017 6717).

Frage muss jedoch nicht geklärt werden, da die oben erwähnte zweite Argumentationslinie⁷⁴ gilt: Der Bundesgesetzgeber kann sich auf Artikel 117 BV stützen, um zu bestimmen, welche öffentliche Körperschaft geeignet ist, um die Beiträge der öffentlichen Hand zu entrichten und zu finanzieren, die dafür bestimmt sind, die Kosten von Leistungen der Krankenpflegeversicherung zumindest zu einem gewissen Teil zu decken. Sofern durch den Wohnort der Empfänger von Krankenpflegeleistungen ein enger Zusammenhang mit dem Kanton geschaffen wird, kann der Bundesgesetzgeber dem Wohnkanton vorschreiben, zumindest einen Teil der Kosten von Leistungen der Krankenpflegeversicherung für ausserkantonale Behandlungen zu übernehmen.⁷⁵

3.2.3 Entrichtung von Beiträgen an die Versicherer

Hinsichtlich der Modalitäten für die Entrichtung von Beiträgen der öffentlichen Hand räumt Artikel 117 BV dem Gesetzgeber einen sehr grossen Spielraum ein. Ob diese Beiträge an die Versicherer (wie dies vor 1996 bei den Bundesbeiträgen der Fall war und seit 2012 bei den Prämienverbilligungen der Fall ist), an die Leistungserbringer (wie dies im geltenden Recht für den Kantonsanteil an den stationären Behandlungen gilt) oder an die Versicherten entrichtet werden (wie dies zwischen 1996 und 2011 bei den Prämienverbilligungen der Fall war), ist aus verfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich unerheblich. Die Tatsache, dass der Entwurf vom 21. Dezember 2007⁷⁶ zur Revision von Artikel 117 BV vorsah, dass die öffentlichen Beiträge an «denjenigen Träger ausgerichtet werden, der die Leistungen vergütet», bedeutet nicht, dass für eine solche Regelung eine Grundlage in der Verfassung erforderlich ist. Der Entscheid, die Kantone zu verpflichten, die Beiträge an die Versicherer zu entrichten, hat indessen eine wichtige Konsequenz. Denn dies bedeutet, dass sich die Verpflichtung der Kantone nicht mehr auf die Kosten der Krankenpflegeleistungen⁷⁷, sondern nur noch auf die Kosten der Leistungen der Versicherung bezieht. Künftig gehen alle anrechenbaren Kosten von Krankenpflegeleistungen zulasten der Versicherung. Dies bedeutet, dass die Kostenbeteiligung der Kantone nicht mehr damit gerechtfertigt werden kann, dass der Anteil der Kosten von Krankenpflegeleistungen, der zulasten der Kantone geht, aufgrund ihrer eigenen Kompetenz im Bereich der medizinischen Versorgung abgegrenzt wird.⁷⁸ Gültig bleibt nur noch die Begründung, gemäss der Artikel 117 BV den Bundesgesetzgeber berechtigt, zu bestimmen, welche öffentliche Körperschaft geeignet ist, um die Beiträge der öffentlichen Hand zu entrichten und zu finanzieren, die dafür bestimmt sind, die Kosten von Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zumindest zu einem gewissen Teil zu decken.⁷⁹

⁷⁴ Vgl. oben 1.2.4.2

⁷⁵ Im Rahmen dieses Rechtsgutachtens muss nicht geprüft werden, ob der Zusammenhang bei Versicherten mit Wohnsitz im Ausland nach Art. 49a Abs. 2, 2^{bis} und 3^{bis} KVG gemäss der Änderung vom 30. September 2016 (BBI 2016 7621) ausreichend eng wäre, da dieser Aspekt in den beiden uns unterbreiteten Varianten nicht behandelt wird.

⁷⁶ Vgl. oben 1.2.2.

⁷⁷ Mit Ausnahme von Art. 25a KVG, der im Entwurf der Subkommission der SGK-N nicht dem System der monistischen Finanzierung unterstellt wird.

⁷⁸ Vgl. oben 1.2.4.1

⁷⁹ Vgl. oben 1.2.4.2

Die beiden Varianten, die uns von der SGK-N unterbreitet wurden, weisen die Besonderheit auf, dass sie nicht auf die Regelung zum Schuldner der Vergütung⁸⁰ und auf die Kostenbeteiligung der Versicherten⁸¹ abgestimmt wurden. Aus verfassungsrechtlicher Sicht wäre es zumindest seltsam und fragwürdig, wenn die Kantone dem Versicherer den Kantonsanteil entrichten müssten, während der Versicherte gegenüber dem Leistungserbringer Schuldner für die gesamte Vergütung wäre. Wir vermuten jedoch, dass die uns unterbreiteten Entwürfe unter diesem Gesichtspunkt noch nicht überprüft wurden.

3.3 Beurteilung unter dem Blickwinkel des Grundsatzes der fiskalischen Äquivalenz

3.3.1 Allgemeines

Wir haben oben ausgeführt, dass die Grundsätze nach Art. 43a BV und insbesondere der Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz nicht justiziable staatspolitische Maximen sind und insofern von rechtlich beschränkter Tragweite. Bei ihrer Berücksichtigung im Rahmen eines Rechtsgutachtens ist eine gewisse Zurückhaltung geboten, da ihr Charakter als staatspolitische Maximen keine strengrechtliche Beurteilung erlaubt.

Wir möchten aber dennoch im Folgenden näher auf Einzelaspekte des Grundsatzes der fiskalischen Äquivalenz eingehen, soweit diese uns im vorliegenden Zusammenhang in einer staatspolitischen Perspektive, d.h. als Orientierungspunkte bei der Wahrnehmung verfassungsrechtlich offengelassener Gestaltungsspielräume, von Interesse erscheinen. Dabei orientieren wir uns an den drei hauptsächlichen Dimensionen der fiskalischen Äquivalenz, wie sie in der Botschaft NFA 2001⁸² zusammengefasst werden: Kompetenzverlagerung (Ziff. 3.3.2), Finanzierungsverantwortung/haushälterischer Umgang mit Ressourcen (Ziff. 3.3.3) und Vermeidung externer Effekte bzw. Vermeidung des Trittbrettfahrens (Ziff. 3.3.4). Anschließend thematisieren wir die Frage der eindeutigen Zuordnung zu einer staatlichen Ebene (Ziff. 3.3.5).

3.3.2 Kompetenzverlagerung bzw. -entflechtung

Das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz "betont ... die Bedeutung der Kompetenzverlagerung. Eine effiziente Dezentralisierung umfasst nicht nur die Seite der Leistungserbringung, sondern auch die Seite der Angebotssteuerung ..."83. Durch die NFA wird bzw. wurde dies namentlich "im Rahmen der Aufgabentflechtung zwischen Bund und Kantonen ..."84 verwirklicht.

Art. 117 BV war nicht Gegenstand einer Aufgabentflechtung im Rahmen der NFA, d.h. soweit eine Verflechtung auf Verfassungsstufe angelegt ist, und sei es auch nur als Potentialität, hat sie keine Änderung durch die NFA erfahren. Dass eine Verflechtung der Aufgaben und ihrer Finanzierung in diesem Bereich durchaus auf Verfassungsstufe, zumindest als Potentialität, angelegt ist, zeigen die bundesrechtlichen Regelungen zur Prämienverbilligung und zur Finanzierung stationärer Behandlungen.

⁸⁰ Art. 42 KVG

⁸¹ Art. 64 KVG

⁸² BBI 2002, 2306.

⁸³ Botschaft NFA 2001, BBI 2002, 2306.

⁸⁴ Botschaft NFA 2001, BBI 2002, 2306.

Der rechtlich gegebene Umfang einer Bundeskompetenz ist das eine, die Opportunität der Ausübung einer gegebenen Bundeskompetenz ein anderes. Es ist mit Blick auf die fiskalische Äquivalenz eine Frage staatspolitischer Natur, wie die Verflechtung von Entscheidungs- und Finanzierungszuständigkeiten gehandhabt wird, insbesondere ob bzw. inwiefern die kantonale Beteiligung an den Krankenpflegekosten, unter Einschluss derjenigen des ambulanten Bereichs, zum Anlass einer Entflechtung, d.h. der Zuweisung zusätzlicher Entscheidungsbefugnisse der Kantone im betreffenden Bereich, genommen wird.

3.3.3 *Finanzierungsverantwortung / haushälterischer Umgang mit Ressourcen*

Der Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz unterstreicht "die Bedeutung der Finanzierungsverantwortung. Implizit wird angenommen, dass gerade dann ein haushälterischer Umgang mit den Ressourcen stattfindet, wenn der Entscheidungsträger auch die Kosten seiner Entscheidungen zu tragen hat"⁸⁵. Mit Blick darauf lässt sich fragen, ob es dieser Finanzierungsverantwortung und dem damit verbundenen haushälterischen Umgang mit Ressourcen widerspricht, wenn bundesrechtlich vorgeschrieben wird, dass ein Anteil von mindestens 21,6% der Kosten der Krankenpflege, eingeschlossen die ambulante Krankenpflege, durch kantonale Steuergelder finanziert werden muss. Aus unserer Sicht braucht eine solche Mitfinanzierung nicht im Widerspruch zur Finanzierungsverantwortung bzw. zu einem haushälterischen Umgang mit Ressourcen zu stehen. Wir skizzieren im Folgenden Überlegungen, die aus unserer Sicht in diesem Zusammenhang angestellt werden könnten, möchten aber ausdrücklich darauf hinweisen, dass es sich dabei eher um finanzierungspolitische Überlegungen handelt als um strengrechtliche Argumente.⁸⁶

Soweit hier der Begriff "Gemeinwesen" im Sinn von Art. 43a Abs. 2 und 3 BV neben dem Bund auf die "Kantone" bezogen wird, kann er die Kantone als eigenständige Rechtseinheit, aber ebenso auch den Kreis der Kantonsbewohner bezeichnen: "Der Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz bezieht sich letztlich auf die in den entsprechenden Gemeinwesen lebenden Personen. Falls diese Personen Nutzen aus öffentlichen Aufgaben ziehen, sollen sie die entsprechenden Aufgaben (über Steuern oder Abgaben) auch selbst finanzieren und darüber demokratisch mitentscheiden"⁸⁷. Wir gehen deshalb hier davon aus, dass aus staatspolitischer Sicht Kongruenzen von Nutzen-, Kosten- und Entscheidungsträgern, die auf den Kreis der Kantonsbewohner bezogen werden können, auch dem jeweiligen Kanton als eigenständiger Rechtseinheit zugerechnet werden können.

Der Kreis der Personen, die durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung übernommene Krankenpflegeleistungen (einschliesslich ambulanter Leistungen) in Anspruch nehmen können, deckt sich weitgehend mit dem Kreis der Kantonsbewohner und dem Kreis der kantonssteuerpflichtigen Personen. Es ist also im Grossen und Ganzen der gleiche Personenkreis, der den Nutzen aus diesen Leistungen ziehen kann (d.h. Krankenpflegeleistungen beanspruchen kann) und der die finanziellen Konsequenzen trägt (sei es zum grösseren Teil über die Prämien, sei es - wie hier diskutiert - zu einem kleineren Teil über die Kantonssteuern). Es ist auch weitgehend dieser gleiche Personenkreis, der als Nachfrager die Leistungserbringung (mit-) steuert (d.h. über die Leistungserbringung (mit-) entscheidet).

⁸⁵ Botschaft NFA 2001, BBI 2002, 2306.

⁸⁶ Wir setzen dabei voraus, dass sich der diskutierte Einsatz von Steuermitteln zur partiellen Finanzierung von Krankenpflegekosten, unter Einschluss derjenigen des ambulanten Bereichs, als Anwendungsfall des Begriffs "staatliche Leistungen" im Sinn von Art. 43a Abs. 2 und 3 BV betrachten lässt.

⁸⁷ Botschaft NFA 2001, BBI 2002, 2459.

Erwähnenswert erscheint, dass in der finanzwissenschaftlichen Literatur mit Blick auf die fiskalische Äquivalenz davon gesprochen wird, dass, soweit eine Aufgabe eine eindeutige Zuordnung des Nutzens auf eine staatliche Ebene zulässt, "bei Übereinstimmung zwischen Nutzniessern, Entscheidungsträgern und Steuerzahlern Steuern eine 'Preisfunktion' erhalten: 'Mehr öffentliche Leistungen erfordern höhere Kosten und damit höhere Steuern für die Bürger. Diese Steuern zwingen die Bürger, eine Abwägung gegenüber anderen Gütern vorzunehmen. Steuern sind also wie Preise zu betrachten, die ebensolche Eigenschaften aufweisen ..."⁸⁸.

Was namentlich die Entscheidungszuständigkeit betrifft, so verfügen der Kanton wie auch die Kantonsbevölkerung im Bereich der Krankenpflege, eingeschlossen den ambulanten Bereich, über gewisse Entscheidungs- und damit Steuerungsmöglichkeiten. Diese können im Fall der Kantonsbevölkerung direkt durch die Nachfrage nach Krankenpflegeleistungen, eingeschlossen ambulante Leistungen, bzw. den Verzicht darauf ausgeübt werden. Die zuständigen Kantonsbehörden haben ebenfalls einen gewissen Einfluss, nicht zuletzt durch die Genehmigung oder Festsetzung von Tarifen (Art. 46 Abs. 4 und 47 KVG).

Zusammenfassend ist es für uns angesichts der skizzierten Kongruenzen nicht ersichtlich, inwiefern eine bundesrechtlich vorgeschriebene partielle Finanzierung von Krankenpflegekosten, eingeschlossen solche des ambulanten Bereichs, über Kantonssteuern unter dem Blickwinkel des haushälterischen Umgangs mit Ressourcen eine Verschlechterung darstellen müsste und damit der fiskalischen Äquivalenz zuwiderlaufen würde. Im Gegenteil scheint uns eine solche steuerliche Mitfinanzierung nicht weniger mit der fiskalischen Äquivalenz vereinbar als die aktuelle Regelung.

3.3.4 Vermeidung externer Effekte bzw. Vermeidung des Trittbrettfahrens

Externe Effekte (sog. spill overs) gelten typischerweise als unvereinbar mit der fiskalischen Äquivalenz. Der Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz "hebt ... die Bedeutung der Nutzniesser bzw. der Nachfrageseite für die Erstellung des Angebots einer öffentlichen Leistung hervor. Wenn Trittbrettfahrer vom Angebot einer knappen öffentlichen Leistung profitieren, ohne hierfür in angemessener Weise finanziell aufzukommen, wird von dieser öffentlichen Leistung eine suboptimale Menge angeboten. Mit der Deckungsgleichheit von Nutzniessern sowie Kosten- und Entscheidungsträgern soll das Entstehen von räumlichen externen Effekten (Spillovers) verhindert werden"⁸⁹. Dies ist "dritter und wichtigster Punkt ..., [nämlich] durch Herstellung von Deckungsgleichheit zwischen Nutzniessern sowie Kosten- und Entscheidungsträgern räumlich externe Effekte, sog. Spillovers, zu vermeiden - wie sie bspw. im Kulturbereich oder Agglomerationsverkehr vorkommen ..."⁹⁰. Es ist für uns nicht ersichtlich, inwiefern die bundesrechtlich vorgeschriebene partielle Finanzierung über Kantonssteuern von durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung übernommenen und weitgehend zugunsten von Kantonsbewohnern erbrachten Krankenpflegeleistungen, eingeschlossen solche des ambulanten Bereichs, "räumliche externe Effekte" nach sich zieht bzw. Trittbrettfahren ermuntern würde. Diese partielle Finanzierung aus Steuermitteln erscheint damit für die fiskalische Äquivalenz auch aus dem Blickwinkel der externen Effekte nicht problematisch

⁸⁸ Blankart Ch.B., zitiert nach Ziff. 2.2 des Berichts "Einhaltung der NFA-Grundsätze" (S. 11).

⁸⁹ Botschaft NFA 2001, BBI 2002, 2306.

⁹⁰ Schweizer/Müller, a.a.O., Rz. 14.

3.3.5 Frage der eindeutigen Zuordnung zu einer staatlichen Ebene

Der Bundesrat hat im bereits zitierten Bericht "Einhaltung der NFA-Grundsätze" analysiert, in welchen Gesetzen seit der Volksabstimmung von 2004 über die NFA von den NFA-Grundsätzen abgewichen worden ist. Im Folgenden wird auf Aussagen des Bundesrates in diesem Bericht näher eingegangen, da sie für den vorliegenden Zusammenhang von einem gewissen politischen Interesse sein können.

Der Bundesrat führt aus, dem Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz komme "aus finanzwissenschaftlicher Sicht ... bei föderalistisch aufgebauten Staaten eine zentrale Bedeutung zu; dies, sofern eine Aufgabe eine eindeutige Zuordnung des Nutzens auf eine staatliche Ebene zulässt"⁹¹. Dies erscheine "relativ unproblematisch ... bei Aufgaben, bei denen die Nutzniesser und damit der geographische Nutzenbereich klar festgelegt werden können, z.B. eine Kläranlage (Einzugsgebiet der Kanalisation) oder die Landesverteidigung (ganze Nation)". Anschliessend hält er fest: "Kaum anwenden lässt sich das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz schliesslich in Zusammenhang mit der Bereitstellung bedeutsamer Rechtsgüter wie die Gleichheit oder Gerechtigkeit oder bei Aufgaben, die aus Gründen der Wirksamkeit oder Effizienz zwar zentral geregelt, aber lokal bereit gestellt und genutzt werden. In gewissen Fällen kann es deshalb durchaus angezeigt sein, dass die Regelung auf nationaler (oder gar internationaler) Ebene erfolgt, die öffentlichen Leistungen dann aber auf kantonaler oder lokaler Ebene bereitgestellt und finanziert werden"⁹².

Der Bereich der Krankenpflegeleistungen, eingeschlossen solche des ambulanten Bereichs, lässt sich im Sinn dieser Ausführungen des Bundesrates u.E. nicht genügend eindeutig der kantonalen Ebene oder der Bundesebene zuordnen. Die Zusammenhänge im Gesundheitswesen sind zu komplex. Die Verflechtung von Entscheidungs- und Finanzierungszuständigkeit ist bereits in Art. 117 BV angelegt (vgl. Ziff. 1.2.4). Wie ausgeführt, können gewisse Kongruenzen zwischen Nutzen-, Kosten- und Entscheidungsträgern bezogen auf die Gruppe der Einwohner eines Kantons und auf den Kanton selbst in Erwägung gezogen werden. Aus dem Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz lässt sich jedoch nicht ableiten, dass die Finanzierung der Krankenpflegeleistungen im ambulanten Bereich von der Gesamtfinanzierung der Krankenpflegeleistungen abgetrennt werden müsste.

3.4 **Beurteilung unter dem Gesichtspunkt von Art. 46 Abs. 3 BV**

Gemäss dieser Bestimmung belässt der Bund den Kantonen bei der Umsetzung des Bundesrechts möglichst grosse Gestaltungsfreiheit und trägt den kantonalen Besonderheiten Rechnung. Diese Gestaltungsfreiheit kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, dass der Bund die Organisationsautonomie der Kantone beachtet (Art. 47 BV). Ein Teil der Rechtslehre hat die dem Bund auferlegte Verpflichtung als Rechtspflicht mit Prinzipiencharakter eingestuft.⁹³ Artikel 46 Absatz 3 BV unterstreicht und konkretisiert die allgemeinen Grundsätze der Subsidiarität gemäss Artikel 5a BV und der Verhältnismässigkeit nach Artikel 5 Absatz 2 BV. Es ist jedoch Sache des Bundesgesetzgebers, zu beurteilen, ob angesichts der Bedeutung des mit der Bundesgesetzgebung verfolgten Ziels das Bemühen um eine einheitliche Anwendung des Bundesrechts eine einheitliche Regelung rechtfertigt, welche die Gestaltungsfreiheit der Kantone einschränkt, oder ob im Gegenteil den Kantonen eine grössere Gestaltungsfreiheit bei

⁹¹ Bericht "Einhaltung der NFA-Grundsätze", Ziff. 2.2, S. 10.

⁹² Bericht "Einhaltung der NFA-Grundsätze", Ziff. 2.2, S. 11.

⁹³ Bernhard Waldmann/Emanuel Bortler, Art. 46, Rz. 41, in: Basler BV-Kommentar, 2015.

der Umsetzung des Bundesrechts eingeräumt und damit eine grössere Vielfalt bei der Umsetzung der Bundesgesetzgebung ermöglicht werden soll.⁹⁴ Bei der Umsetzung von Artikel 46 Absatz 3 BV verfügt der Bundesgesetzgeber über einen grossen Ermessensspielraum.⁹⁵

Im Bereich der stationären Behandlungen geht die den Kantonen auferlegte Verpflichtung, einen Kostenanteil von mindestens 55 % zu übernehmen, damit einher, dass den Kantonen weitreichende Kompetenzen eingeräumt werden, dank denen sie Einfluss auf das Ausmass dieser Kosten nehmen können. Denn über die Spitalplanung können die Kantone das Spitalangebot bestimmen, indem sie die nach Leistungsaufträgen gegliederte Spitalliste festlegen. Der Bundesrat hat zwar einheitliche Planungskriterien für die Spitalplanung erlassen⁹⁶, doch die Kantone verfügen in diesem Bereich trotzdem über eine weitreichende Autonomie. Ausserdem sind die Kantonsregierungen dafür zuständig, die Tarifverträge zwischen den Spitälern in ihrem Kanton und den Versicherern zu genehmigen oder den anwendbaren Tarif festzusetzen.⁹⁷

Im Bereich der ambulanten Behandlungen ist die Gestaltungsfreiheit der Kantone abhängig vom jeweiligen Leistungserbringer unterschiedlich. Bei den von Spitälern durchgeführten ambulanten Behandlungen verfügen die Kantone a priori über die gleiche Gestaltungsfreiheit wie bei den stationären Behandlungen. Im Gegensatz dazu ist die Gestaltungsfreiheit der Kantone im Bereich der Medikamente stark eingeschränkt. Sie können jedoch zumindest bestimmen, ob die Ärztinnen und Ärzte Medikamente abgeben dürfen.⁹⁸ Falls über den Juni 2019 hinaus eine Regelung beibehalten wird, die mit Artikel 55a KVG vergleichbar ist, könnten die Kantone auch die Zulassung von Ärztinnen und Ärzten begrenzen, die zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung tätig sein dürfen.

Im ambulanten Bereich verfügen die Kantone zwar insgesamt über weniger Gestaltungsfreiheit als bei den stationären Behandlungen. Doch im Entwurf der Subkommission der SGK-N ist lediglich eine Untergrenze für den Kantonsanteil an der Vergütung von Krankenpflegeleistungen festgelegt, die von der Krankenversicherung übernommen werden. Der Entwurf überlässt es den Kantonen, die tatsächliche Höhe des Kantonsanteils zu bestimmen. Somit verfügen die Kantone weiterhin über eine Gestaltungsfreiheit, um das Ausmass der finanziellen Belastung festzulegen, zu deren Übernahme sie bereit sind. Unseres Erachtens reicht dies völlig aus, um zu bestätigen, dass der Entwurf der Subkommission der SGK-N Artikel 46 Absatz 3 BV angemessen berücksichtigt. Das Ziel, Fehlanreize einer unterschiedlichen Finanzierung von Leistungen zu vermeiden (wie der Anreiz für die Kantone, ambulante Behandlungen in den Spitälern zu fördern, damit sie den Kantonsanteil an den stationären Behandlungen nicht übernehmen müssen), rechtfertigt eine Vereinheitlichung der Finanzierungsregeln für alle Leistungskategorien der obligatorischen Krankenpflegeversicherung.

4 Allgemeines Fazit

Der Bundesgesetzgeber kann sich auf Artikel 117 BV stützen, um den Kantonen vorzuschreiben, einen Teil der Vergütung aller von der Krankenpflegeversicherung gedeckten Leistungen zu übernehmen und diesen Beitrag an die Versicherer zu entrichten. Aus rechtlicher Sicht wird

⁹⁴ Zu diesem Thema vgl. BGE 128 I 254, E. 3.8.4.

⁹⁵ Patricia Egli, Art. 46, Rz. 29, in St. Galler BV-Kommentar, 3. Aufl., 2014.

⁹⁶ Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG

⁹⁷ Art. 46 Abs. 4 KVG

⁹⁸ Art. 37 Abs. 3 KVG

diese Bundeskompetenz durch die politischen Maximen in Artikel 43a BV und insbesondere durch die Maxime der fiskalischen Äquivalenz nicht eingeschränkt. Sie wird auch durch Artikel 46 Absatz 3 BV nicht begrenzt.