

AG_GERICHTE WNO.2023.2 vom 22. März 2024

AG Gerichte, 2024-03-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_gerichte_WNO.2023.2

FR: AG_GERICHTE WNO.2023.2 du 22 mars 2024

IT: AG_GERICHTE WNO.2023.2 del 22 marzo 2024

Erwägungen

E. 3

Kammer

WNO.2023.2 / sr / we Art. 52

Urteil vom 22. Mai 2024

Besetzung Verwaltungsrichter Michel, Vorsitz Verwaltungsrichter Brandner
Verwaltungsrichter Dommann Verwaltungsrichterin Schöb Verwaltungsrichter Winkler
Gerichtsschreiberin Ruchti Rechtspraktikantin Mahler

Gesuchstellerin A._____ AG vertreten durch Daniel Staffelbach und/oder Yannick Weber,
Rechtsanwälte, Seefeldstrasse 123, Postfach, 8034 Zürich

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

Gegenstand Normenkontrollbegehren betreffend Verordnung vom 31. Mai 2023 (HZV;
SAR 311.416)

- 2 -

Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:

A. Mit Beschluss vom 31. Mai 2023 erliess der Regierungsrat die Verordnung über
Höchstzahlen bei der Zulassung von Ärztinnen und Ärzten zur Abrech- nung zulasten der
obligatorischen Krankenpflegeversicherung (HZV; SAR 311.416) samt Anhang 1 mit
Höchstzahlen je medizinisches Fachge- biet für die Facharzttitel Ophthalmologie
(Augenheilkunde) und Radiologie (AGS 2023/05-07). Der Erlass dieser Verordnung wurde
im Amtsblatt des Kantons Aargau vom 16. Juni 2023, Publikations-Nr. 00.037.107 (Beilage

E. 4

zum Normenkontrollbegehren), publiziert. Die Verordnung trat per 1. Juli 2023 in Kraft.

B. 1. Am 1. September 2023 reichte die A._____ AG, Zweigniederlassung Q._____, ein
Normenkontrollbegehren ein, mit den Anträgen in der Sache:

1. Die Verordnung über Höchstzahlen bei der Zulassung von Ärztinnen und Ärzten zur
Abrechnung zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversi- cherung (HZV) vom 31. Mai
2023 sei aufzuheben.

2. Die Höchstzahlen je medizinisches Fachgebiet gemäss Anhang 1 zu die- ser Verordnung
seien aufzuheben.

3. Eventualiter sei die Höchstzahl im Fachgebiet Ophthalmologie in Höhe von 98
Vollzeitäquivalenten gemäss Anhang 1 zu dieser Verordnung aufzuhe- ben.

Zudem stellte die A. _____ AG den prozessualen Antrag, dass dem vorliegenden Normenkontrollbegehren die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen sei.

2. Mit Stellungnahme vom 8. November 2023 beantragte der Regierungsrat die Abweisung des Normenkontrollbegehrens, soweit darauf einzutreten sei, sowie die Abweisung des prozessualen Antrags auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Mit Bezug auf die Beilage 6 zum Normenkontrollbegehren beantragte der Regierungsrat sodann, dass diese aus dem Recht zu weisen, eventualiter beglaubigt in die deutsche Amtssprache zu übersetzen lassen sei, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin.

- 3 -

3. Im zweiten Schriftenwechsel (Replik vom 5. Januar 2024; Duplik vom

E. 6

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

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

2. Im Gesuch um Normenkontrolle ist im Einzelnen darzulegen, welche konkrete Bestimmung überprüft werden soll und inwiefern übergeordnete Gesetzes- oder Verfassungsbestimmungen als verletzt betrachtet werden. Im Verfahren um prinzipale Normenkontrolle muss sich das Verwaltungsgericht darauf beschränken, angefochtene Bestimmungen hinsichtlich der vom Gesuchsteller ausdrücklich gerügten rechtlichen Mängel zu untersuchen. Zusätzlich ist es nur verpflichtet, damit aus der Natur der Sache unmittelbar zusammenhängende sowie offensichtliche, ins Auge springende Verfassungs- oder Gesetzeswidrigkeiten zu berücksichtigen (AGVE 1988,

- 8 -

S. 108 ff.; 1986, S. 109; Entscheid des Verwaltungsgerichts WNO.2005.1–4 vom 7. Dezember 2007, Erw. I/2). Die Prüfung der Verfassungs- und Gesetzmässigkeit von kantonalen Ordnungsbestimmungen umfasst alle funktional übergeordneten kantonalen und bundesrechtlichen Regelungen, einschliesslich die Verordnungen des Bundesrates (FEHLMANN-LEUTWYLER, Die prinzipale Normenkontrolle nach aargauischem Recht, Aarau und Frankfurt am Main 1988, S. 120 f.).

3. Bei der Normenkontrolle wird ein Rechtssatz mit einem anderen Rechtssatz verglichen; geprüft wird, ob der zu kontrollierende Rechtssatz der Massstabsnorm entspricht (FEHLMANN-LEUTWYLER, a.a.O., S. 85 ff.), d.h. ob übergeordnete Bestimmungen verletzt sind (AGVE 1992, S. 168; 1988, S. 110). Bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit eines Erlasses im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle ist massgebend, ob der angefochtenen Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn zugemessen werden kann, der sie mit dem angerufenen übergeordneten Recht vereinbar erscheinen lässt. Das Verwaltungsgericht hebt eine kantonale Norm nur auf, sofern sie sich jeglicher verfassungs- und gesetzeskonformen Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich bleibt. Dass ausnahmsweise mit rechtswidrigen Anwendungsfällen gerechnet werden muss, rechtfertigt eine Aufhebung nicht; solche können sich immer ereignen. Zudem steht hier der Weg der vorfrageweisen Überprüfung im jeweiligen Einzelfall zur Verfügung (AGVE 2004, S. 257; 2002, S. 165; BGE 143 I 137, Erw. 2.2; 140 I 2, Erw. 4; 137 I 31, Erw. 2 mit Hinweisen; Urteile des Bundesgerichts 2C_109/2017 vom 3. Juli 2018, Erw. 3.3, und 1C_502/2015 vom 18. Januar 2017, Erw. 2; MERKER, a.a.O., § 68 N 67 und 76 mit Hinweisen). Eine weitergehende Prüfung im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle kann dann angebracht sein, wenn die Möglichkeit der inzidenten Prüfung einem Betroffenen den erforderlichen Schutz nicht zu gewährleisten vermag (BGE 111 Ia 23, Erw. 2; zum Ganzen: Entscheid des Verwaltungsgerichts NO.2003.00002 vom 13. August 2004, Erw. I/2b).

Es ist grundsätzlich vom Wortlaut der Gesetzesbestimmung auszugehen und der Sinn nach den tradierten Auslegungsmethoden zu bestimmen. Eine verfassungskonforme Auslegung ist namentlich zulässig, wenn der Normtext lückenhaft, zweideutig oder unklar ist. Der klare und eindeutige Wortsinn darf indes nicht durch eine verfassungskonforme Interpretation beiseitegeschoben werden (BGE 131 II 697, Erw. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 2C_109/2017 vom 3. Juli 2018, Erw. 3.3; FEHLMANN-LEUTWYLER, a.a.O., S. 193).

4. Im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle überprüft das Verwaltungsgericht die Rechtmässigkeit eines kantonalen Erlasses mit uneinge-

- 9 -

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

5. 5.1. Die regierungsrätliche HZV samt Anhang 1 mit Höchstzahlen je medizinisches Fachgebiet, konkret für die Facharzttitel Ophthalmologie (Augenheilkunde) und Radiologie, wird von der Gesuchstellerin im Hauptpunkt integral angefochten, im Eventualpunkt bezüglich der Höchstzahl (98) für das Fachgebiet Ophthalmologie. Die HZV stützt sich unter anderem auf die Art. 35–38 und 55a des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG; SR 832.10) und die vom Bundesrat erlassene Verordnung über die Festlegung der Höchstzahlen für Ärztinnen und Ärzte im ambulanten Bereich vom 23. Juni 2021 (SR 832.107; nachfolgend: Höchstzahlen-Festlegungsverordnung) und bezweckt die zahlenmässige Begrenzung von

Ärztinnen und Ärzten für medizinische Fachgebiete zur Gewährleistung einer bedarfsgerechten und wirtschaftlichen Versorgung im ambulanten Bereich (§ 1 Abs. 1 HZV). Sie regelt das Verfahren zur Zulassung, Bestätigung, Beendigung und Erbringung von Leistungen zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) durch fachlich selbständig tätige Ärztinnen und Ärzte (§ 1 Abs. 2 HZV). Ärztinnen und Ärzte werden für eine Tätigkeit zulasten der OKP im beschränkten Fachgebiet nur soweit zugelassen, bis die entsprechende Höchstzahl erreicht ist (§ 3 Abs. 1 HZV). Die Höchstzahl gilt für alle Fachärztinnen und Fachärzte mit entsprechendem Weiterbildungstitel, die im Fachgebiet mit Höchstzahl Leistungen zulasten der OKP erbringen wollen, unabhängig davon, ob sie sozialversicherungsrechtlich selbständig oder in einer Anstellung arbeiten (§ 3 Abs. 2 HZV). Die Höchstzahl gilt gleichermassen für den spital- wie auch praxis-ambulanten Bereich (§ 3 Abs. 3 HZV). In den §§ 4 und 7 HZV sind bestimmte Ausnahmen von der Höchstzahl vorgesehen, die §§ 6, 8 und 9 HZV regeln die Vollzugszuständigkeit (des DGS), das Zulassungs- oder Bestätigungsverfahren sowie Auskunfts- und Meldepflichten, die §§ 10 ff. HZV befassen sich mit den Folgen für die OKP-Zulassung und OKP-Bestätigung bei Standort- und Praxiswechseln, Praxisübernahmen oder definitiver Aufgabe der Tätigkeit.

5.2. Die Gesuchstellerin rügt, dass die Regelungen in der HZV auf einer falschen Normstufe erlassen worden seien. Die Verordnung enthalte wichtige Normen, die in Gesetzesform zu kleiden seien. Die Kompetenz des Regierungsrats zum Erlass von Dringlichkeitsrecht scheide aus, weil der Erlass

- 10 -

der HZV nicht dringlich im Sinne der Kantonsverfassung sei. Ferner sei die HZV nicht mit Bundesrecht vereinbar, indem sie gegen Art. 55a KVG und die Höchstzahlen-Festlegungsverordnung verstosse und zudem Willkür in der Rechtsetzung vorliege. Schliesslich greife die HZV ohne (genügende) gesetzliche Grundlage und öffentliches Interesse sowie unverhältnismässig in den freien Zugang und die freie Ausübung einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit ein und verletze dadurch die Wirtschaftsfreiheit (gemäss Art. 27 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]).

E. 6.1.1

Zur Begründung dessen, dass für die HZV die falsche Normstufe gewählt worden sei, führt die Gesuchstellerin aus, die Zuständigkeit für den Vollzug von Bundesrecht liege gemäss § 78 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (KV; SAR 110.000) grundsätzlich beim Grossen Rat, der das Bundesrecht durch Gesetz vollziehe, soweit das Bundesrecht, diese Verfassung oder Gesetze nichts anderes bestimmten. Dieser Grundsatz gelte namentlich für alle wichtigen Bestimmungen, wobei sich deren Wichtigkeit gemäss der kantonalen Praxis insbesondere nach der Zahl der Adressaten und der geregelten Sachverhalte, der Intensität eines Eingriffs, der politischen Bedeutung sowie der finanziellen Auswirkungen, ihrer Akzeptanz und Üblichkeit beurteile (AGVE 2012, S. 150 ff., Erw. 4.3). Unter Zugrundelegung dieses Massstabs stellten die Höchstzahlen und die in der HZV enthaltenen Regeln zum Zulassungsverfahren wichtige Bestimmungen dar, die eigentlich in ein Gesetz im formellen Sinne gehörten, in welchem auch die Herleitung der Höchstzahlen definiert werde. Die Zahl der potenziell Betroffenen sei hoch und mit der Zulassungsbeschränkung sowie den Regeln betreffend Erhalt und

Übertragbarkeit einer Zulassung sei ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV verbunden. Trotz wachsender Bevölkerung (im Kanton Aargau) das Ärzteangebot mittels Höchstzahlen zu begrenzen, stelle sodann eine politisch bedeutsame und umstrittene Entscheidung dar, für die es einer breiteren politischen Diskussion und einer erhöhten demokratischen Legitimation bedürfe. Insbesondere wäre auszuhandeln, nach welchen Kriterien in welchen Fachgebieten Höchstzahlen festzulegen seien und welchem Versorgungsgrad diese entsprechen würden. Diese Einschätzung decke sich mit einem Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft (810 22 81) vom 18. Januar 2023, mit welchem die kantonale Einführungsverordnung zu Art. 55a KVG aufgehoben und erwogen worden sei, dass die Umsetzung von entsprechenden Zulassungsbeschränkungen zur Tätigkeit zulasten der OKP auf Gesetzesstufe zu erfolgen habe, weil grundlegende und wichtige Bestimmungen betroffen seien, für deren Umsetzung der Kanton einen weitreichenden Gestaltungsspielraum habe. Dieses Urteil sei in der Lehre auf Zustimmung gestossen.

- 11 -

E. 6.1.2

Betreffend die Wichtigkeit des Inhalts der HZV gelange der Regierungsrat zu keinen anderen Schlüssen. Auch gehe er richtigerweise nicht davon aus, dass das Bundesrecht den Inhalt des kantonalen Ausführungsrechts im Sinne von § 91 Abs. 2bis lit. a KV in einem Detaillierungsgrad vorgebe, dass auf kantonaler Ebene keine grundlegenden gesetzgeberischen Wertentscheidungen mehr getroffen werden müssten. Das Bundesrecht statuiere bloss eine Pflicht, mindestens (irgend)eine Zulassungsbeschränkung vorzusehen. Der Entscheid über die (Grundsätze der) Auswahl der regulierten Fachgebiete und die Verfahrensregeln im Zusammenhang mit der Zulassungssteuerung bleibe hingegen den Kantonen überlassen.

Deshalb stütze sich der Regierungsrat für seine Regelungszuständigkeit auf § 91 Abs. 2bis lit. b KV und damit auf eine angebliche Dringlichkeit des Erlasses. Eine solche Dringlichkeit sei jedoch nicht gegeben. Die Übergangsbestimmung zu Art. 55a KVG, wonach den Kantonen für die Umsetzung von Zulassungsbeschränkungen zur Tätigkeit zulasten der OKP zwei Jahre ab Inkrafttreten am 1. Juli 2021 gewährt worden seien, während welcher Frist das bisherige (Bundes-)Recht weitergegolten habe, sei bereits am 19. Juni 2020 beschlossen und am 30. Juni 2020 veröffentlicht worden. Für die Umsetzung auf Gesetzesstufe hätten dem Kanton somit letzten Endes mehr als zwei Jahre zur Verfügung gestanden. Ein Gesetzgebungsverfahren könne im Kanton Aargau in weniger als zwei Jahren durchlaufen werden. Der Kanton Aargau kenne sogar die Möglichkeit, dass bei Dringlichkeit ein Gesetz sofort in Kraft gesetzt und einer nachträglichen Volksabstimmung unterstellt werde (§ 78 Abs. 4 KV). Zwei Jahre entsprächen zudem der von der Konferenz der Kantonsregierungen empfohlenen Umsetzungsfrist für neues Bundesrecht durch kantonales Recht. Es seien hier keine Gründe ersichtlich, weshalb der betreffende parlamentarische Prozess nicht schon im Jahr 2021 hätte eingeleitet werden können. Aus dem Versäumnis des Regierungsrats, rechtzeitig eine Gesetzesvorlage zuhanden der Legislative vorzubereiten, dürfe keine Zuständigkeit zum Erlass von Dringlichkeitsrecht abgeleitet werden.

Und auch in inhaltlicher Hinsicht fehle jegliche objektive Dringlichkeit für den Erlass von Höchstzahlen. Dafür müssten nicht wiedergutzumachende Nachteile drohen, falls ein

Rechtssatz nicht unverzüglich Geltung erlange, z. B. wenn ein längeres Zuwarten Polizeigüter gefährden könnte oder bei einem zeitlichen Aufschub der Lenkungszweck des Gesetzes zu vereiteln drohe. Weder das eine noch das andere sei hier der Fall. Die Höchstzahlen schützten keine Polizeigüter. Die davon erhoffte kostendämpfende Wirkung (für das Gesundheitswesen) durch Angebotssteuerung sei nicht an einen bestimmten Stichtag gebunden. Die Dringlichkeit der kantonalen Umsetzung von Art. 55a KVG lasse sich auch nicht aus einer Wertung des Bundesgesetzgebers herleiten, zumal dieser den Kantonen eine zweijähri-

- 12 -

ge und damit genügende Umsetzungsfrist für ein Gesetzgebungsverfahren eingeräumt habe. Unrichtig und durch nichts belegt sei die in der Amtsblattpublikation geäußerte Annahme des Regierungsrats, es drohe bei einer nicht rechtzeitigen Umsetzung (auf 1. Juli 2023) eine Einfrierung ("Freezing") des Bestandes aller spital- oder praxisambulant tätigen Fachärztinnen und Fachärzte als jeweilige Höchstzahl und eine solche Begrenzung würde auch die in der Grundversorgung tätigen Ärzte treffen.

Eine anderweitige Kompetenzgrundlage für den Erlass der Höchstzahlenregelung auf dem Verordnungsweg bestehe weder im kantonalen Recht noch im Bundesrecht. Entsprechend sei die HZV als kompetenzwidriger und die kantonale Gewaltenteilung verletzender Erlass aufzuheben.

E. 6.2.1

Die Kantone setzen das Bundesrecht nach Massgabe von Verfassung und Gesetz um (Art. 46 Abs. 1 BV). Bei der Umsetzung und Verwirklichung von Bundesrecht haben die Kantone einen Gestaltungsspielraum, sofern der Bund in Verfassung und Gesetz das Vollzugsrecht der Kantone nicht beschränkt, und die Rechtsetzung erfolgt im Rahmen der kantonalen Organisationsautonomie (Art. 3 und Art. 47 Abs. 1 BV).

Die Rechtsetzungskompetenz des Regierungsrats zur Umsetzung des Bundesrechts ist in § 91 Abs. 2bis lit. a und b KV geregelt. Sie wurde mit der sogenannten Demokratiereform neu umschrieben und mit der Revision der Kantonsverfassung vom 18. Dezember 2001 in der Verfassung verankert (vgl. dazu Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau vom 13. Dezember 2000, Demokratiereform, Bericht und Entwurf zur 1. Beratung, 00.422 [nachfolgend: Botschaft 1], S. 11 ff. und S. 19; Botschaft des Regierungsrats vom 30. Mai 2001, Demokratiereform, Bericht und Entwurf zur 2. Beratung, 01.158, S. 7 f.). Die Kantonsverfassung erlaubt dem Regierungsrat, mittels Verordnung kantonales Ausführungsrecht zu erlassen, wenn das Bundesrecht den Zweck und die Grundsätze der inhaltlichen Gestaltung des Ordnungsrechts festlegt (§ 91 Abs. 2bis lit. a KV; vgl. AGVE 2012, S. 150 ff.). Fehlt eine (materielle) Vorsteuerung im Bundesgesetz, die den Rahmen für das Ordnungsrecht vorgibt, oder besteht in der Setzung des Ausführungsrechts ein wesentlicher Spielraum und sind wichtige Bestimmungen zu erlassen, ist für die kantonale Anschlussgesetzgebung im Grundsatz der Grosse Rat zuständig (§ 78 Abs. 1 KV; KURT EICHENBERGER, Verfassung des Kantons Aargau, Textausgabe mit Kommentar, Aarau 1986, N. 13 ff. zu § 78).

Eine weitere Ausnahme zum allgemeinen Gesetzesvorbehalt und zur verfassungsrechtlichen Stufenordnung (Gesetz-Dekret-Verordnung) enthält § 91 Abs. 2bis lit. b KV. Nach dieser Bestimmung kann der Regierungsrat zur rechtzeitigen Umsetzung des Bundesrechts auch ohne eine Vorsteue-

zung im Bundesrecht auf dem Ordnungswege Rechtsänderungen erlassen, sofern zeitliche Dringlichkeit besteht. Solche Ordnungsbestimmungen verlieren spätestens zwei Jahre nach ihrem Inkrafttreten die Gültigkeit. Bestimmungen, deren Bedeutung verfassungsrechtlich den Erlass eines Gesetzes erfordern, sind somit so rasch wie möglich in das ordentliche Gesetzesrecht zu überführen. Die Kompetenz des Regierungsrats zu Dringlichkeitsrecht besteht neben jener zum Notverordnungsrecht (§ 91 Abs. 4 KV; vgl. dazu EICHENBERGER, a.a.O., N. 13 ff. zu § 91). Das Parlament kann sodann gestützt auf § 78 Abs. 4 KV Dringlichkeitsrecht erlassen (vgl. dazu ders., a.a.O., N. 34 zu § 78).

E. 6.2.2

Das Dringlichkeitsrecht gemäss § 91 Abs. 2bis lit. b KV hat als einzige materielle Voraussetzung eine zeitliche und sachliche Dringlichkeit. Erstens müssen nicht wiedergutzumachende Nachteile drohen, sollten die kantonalen Ordnungsbestimmungen nicht unverzüglich bzw. innerhalb der im Bundesrecht vorgegebenen Frist Geltung erlangen können, weil das Gesetzgebungsverfahren zu viel Zeit in Anspruch nimmt; zweitens muss es um rechtspolitisch gewichtige Anliegen gehen (vgl. dazu das Dringlichkeitsrecht bei Bundesgesetzen: Art. 165 Abs. 1 BV; PIERRE TSCHANNEN, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Auflage 2023, N. 6 zu Art. 165; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/ DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage 2020, Rz. 1829). Die sachliche Dringlichkeit ist zwar in § 91 Abs. 2bis lit. b KV nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich aber daraus, dass diese Bestimmung nur zur Anwendung kommt, wenn die Voraussetzungen für den Erlass einer Verordnung gestützt auf § 91 Abs. 2bis lit. a KV fehlen. Mit der Befristung der Gültigkeit der dringlichen Verordnungen auf maximal zwei Jahre wird sichergestellt, dass rasch möglichst eine Überführung in ein formelles kantonales Gesetz erfolgt.

Aus dem Wortlaut der Verfassung ergibt sich keine weitere Einschränkung der Rechtsetzungsbefugnis, insbesondere nicht auf Ausführungsnormen, welche "zwingend notwendig" sind oder dem Ordnungsgeber keine oder nur wenige Spielräume belassen. Die Verfassung räumt dem Regierungsrat beim Erlass von Ausführungsverordnungen zum Bundesrecht generell die Kompetenz ein, die "notwendigen Bestimmungen" zu erlassen (§ 91 Abs. 2bis Ingress). Der Begriff der Notwendigkeit erfasst systematisch sowohl die selbständige Ordnungskompetenz des Regierungsrats bei weitgehender und genügender Vorsteuerung durch die bundesrechtliche Ordnung als auch den Erlass wichtiger Bestimmungen, die zur Umsetzung des Bundesrechts erforderlich sind (vgl. § 78 Abs. 1 KV). Eine inhaltliche Beschränkung der Rechtsetzungskompetenz ergibt sich auch nicht aus den Materialien. Der Regierungsrat wurde ausdrücklich ermächtigt, zum Vollzug des Bundesrechts auch jene Bestimmungen vorübergehend zu erlassen, die grundsätzlich in einem formellen Gesetz zu regeln sind (vgl. dazu

Botschaft 1, S. 12). Die regierungsrätliche Ordnungskompetenz geht somit über die "gewöhnliche" Vollzugskompetenz im engeren Sinn hinaus (vgl. hierzu TOBIAS JAAG, Die Verordnung im schweizerischen Recht, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 112/2011, S. 642 ff. mit Hinweisen) und umfasst den Erlass von Bestimmungen, die das kantonale Gesetzesrecht ergänzen oder ändern. Aus Rücksicht auf

direktdemokratische Rechte und im Interesse der Gewaltenteilung ist beim Erlass von Dringlichkeitsrecht Zurückhaltung geboten. Rechtliche Einschränkungen an den Inhalt dringlicher Verordnungsbestimmungen ergeben sich indessen im Vergleich zum kantonalen formellen Gesetzesrecht und für die Prüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichts gemäss § 70 VRPG nicht. Der Regierungsrat verfügt beim Erlass von Dringlichkeitsrecht zum Bundesrecht über das gleiche Rechtsetzungsermessen wie der Grosse Rat. Das Dringlichkeitsrecht gemäss § 91 Abs. 2bis lit. b KV hat, wie das kantonale Gesetzesrecht, die Schranken des umzusetzenden Bundesrechts zu respektieren und sich an das übergeordnete kantonale Recht und Bundesrecht zu halten (vgl. zum Ganzen Entscheid des Verwaltungsgerichts WNO.2012.1 vom 1. März 2013, Erw. II/4.2).

E. 6.2.3.1

Der geltende Art. 55a KVG (in der Fassung vom 19. Juni 2020, in Kraft seit 1. Juli 2021 [AS 2021 413]) verpflichtet die Kantone zur Beschränkung der Anzahl Ärztinnen und Ärzte, die im ambulanten Bereich zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) Leistungen erbringen, in einem oder mehreren medizinischen Fachgebieten oder in bestimmten Regionen anhand von Höchstzahlen; im ambulanten Bereich eines Spitals oder in einer der ambulanten ärztlichen Krankenpflege dienenden Einrichtung tätige Ärztinnen und Ärzte dürfen nur zugelassen werden, solange die entsprechende Höchstzahl nicht erreicht ist (Abs. 1). Der Bundesrat legt die Kriterien und die methodischen Grundsätze für die Festlegung der Höchstzahlen unter Berücksichtigung insbesondere der interkantonalen Patientenströme, der Versorgungsregionen und der generellen Entwicklung des Beschäftigungsgrades der Ärztinnen und Ärzte fest (Abs. 2). Dazu hat der Bundesrat die Höchstzahlen-Festlegungsverordnung erlassen, wonach die Festlegung der Höchstzahlen durch die Kantone nach Art. 55a KVG auf der Ermittlung des Angebots an Ärztinnen und Ärzten und der Herleitung des Versorgungsgrads pro Region beruht (Art. 1 Abs. 1). Für die Festlegung der Höchstzahlen, die für eine wirtschaftliche Versorgung des Kantonsgebiets notwendig sind, setzen die Kantone das Angebot an Ärztinnen und Ärzten ins Verhältnis zum Versorgungsgrad der betroffenen Region je medizinisches Fachgebiet (Art. 1 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 1). Sie können bei der Festlegung der Höchstzahlen einen Gewichtungsfaktor vorsehen, mit dem Umstände einbezogen werden, die bei der Berechnung des Versorgungsgrads nicht berücksichtigt werden konnten (Art. 1 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 2). Das Angebot an Ärztinnen und Ärzten wird von den Kantonen aufgrund der

- 15 -

Arbeitszeit der Ärztinnen und Ärzte in Vollzeitäquivalenten ermittelt (Art. 2 Abs. 1). Der Versorgungsgrad für jede Region je medizinisches Fachgebiet wird vom Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) hergeleitet und in einer spezifischen Verordnung (Verordnung des EDI vom 28. November 2022 über die Festlegung der regionalen Versorgungsgrade je medizinisches Fachgebiet im ambulanten Bereich; SR 832.107.1) festgelegt (Art. 3 Abs. 4). Als Übergangsbestimmung räumt Art. 9 der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung den Kantonen die Möglichkeit ein, zu bestimmen, dass längstens bis zum 30. Juni 2025 das nach Art. 2 ermittelte Angebot an Ärztinnen und Ärzten je medizinisches Fachgebiet und Region einer bedarfsgerechten und wirtschaftlichen Versorgung entspricht, mithin die jeweilige Höchstzahl je medizinisches Fachgebiet bildet. Der Versorgungsgrad pro Region und Fachgebiet kann also in dieser Übergangszeit noch ausgeklammert werden. Damit sollte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass

einerseits den Kantonen gemäss den Übergangsbestimmungen zur KVG-Revision vom 19. Juni 2020 (AS 2021 413) nur zwei Jahre (ab Inkrafttreten am 1. Juli 2021) für die Umsetzung von Art. 55a KVG gewährt wurden, während welcher Frist das bisherige Recht (Art. 55a KVG in der bis 30. Juni 2021 in Kraft stehenden Fassung vom 14. Dezember 2018 [AS 2019 1211]; Verordnung vom 3. Juli 2013 über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zulasten der OKP) maximal weitergalt, andererseits die Erarbeitung des für die Herleitung des Versorgungsgrads verwendete nationale Regressionsmodell eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt und die Festlegung der Höchstzahlen nach Region eine komplexe Aufgabe darstellt, welche die Kantone erst nach einem Schätzungsverfahren ausführen können (Erläuternder Bericht des Bundesamts für Gesundheit BAG vom 23. Juni 2021 zur Höchstzahlen-Festlegungsverordnung [nachfolgend: BAG-Bericht], S. 11 [Kommentar zu Art. 9]).

E. 6.2.3.2

Gestützt auf Art. 9 der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung hat der Regierungsrat die HZV als Übergangsverordnung (zu Art. 55a KVG) erlassen, die bis 30. Juni 2025 befristet ist (vgl. § 2 Abs. 1 HZV). Ab dem 1. Juli 2025 müssen die Kantone die Höchstzahlen der Leistungserbringer jedoch (vollständig) auf der Grundlage der in der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung dargelegten Methodik und unter Berücksichtigung der Ergebnisse des Regressionsmodells festlegen, das vom EDI erarbeitet wird (BAG-Bericht, S. 11 [Kommentar zu Art. 9]). Die definitive Umsetzung von Art. 55a KVG soll im Kanton Aargau auf Gesetzesstufe (im GesG) erfolgen und ist gemäss den Angaben des Regierungsrats bereits im Gange (Gesuchsanwort, S. 8; vgl. dazu auch den Anhörungsbericht vom 27. November 2023 des DGS zur Änderung des Gesundheitsgesetzes vom 20. Januar 2009, wonach das GesG mit einem neuen § 27a zum Zulassungsverfahren und § 27b zum Teilaspekt der Höchstzahlen bei der Zulassung von Ärztinnen und Ärzten, die im ambulanten Bereich Leistungen zulasten der OKP erbringen, ergänzt werden soll; bei § 27b E-GesG handelt es sich um eine

- 16 -

Delegationsnorm, mit welcher der Regierungsrat ermächtigt werden soll, in einem oder mehreren medizinischen Fachgebieten eine Höchstzahl an Ärztinnen und Ärzten, die im ambulanten Bereich zulasten der OKP Leistungen erbringen, für den gesamten Kanton, für eine oder mehrere Regionen durch Verordnung festzulegen und bei Bedarf [Unterversorgung oder überdurchschnittliches Kostenwachstum nach Art. 55a Abs. 6 KVG] anzupassen).

Die zeitliche Dringlichkeit für den Erlass der HZV erblickt der Regierungsrat darin, dass das für die Umsetzung von Art. 55a KVG anhand der Methodik gemäss der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung benötigte Zahlenmaterial des Bundes insbesondere zur Herleitung und Festlegung der Versorgungsgrade je Fachgebiet und Region erst Ende 2022 / Anfang 2023 vorgelegen habe. Erst danach habe man mit den Rechtsetzungsarbeiten in den Kantonen beginnen können. Auch die wichtige Verordnung des EDI über die Festlegung der regionalen Versorgungsgrade je medizinisches Fachgebiet im ambulanten Bereich (SR 832.107.1) sei erst am 28. November 2022 beschlossen worden und am 1. Januar 2023 in Kraft getreten. Gerade im Kanton Aargau seien Gesetzgebungsverfahren aufgrund des vorgeschriebenen Ablaufs mit den Phasen Normenkonzept, Anhörungsbericht, erster und zweiter Botschaft sowie Referendum

sodann besonders aufwändig. Zwei Jahre reichten dafür in der Regel nicht aus (Gesuchsantwort, S. 12). Die sachliche Dringlichkeit ergibt sich für den Regierungsrat primär daraus, dass ohne Festlegung einer Höchstzahl in mindestens einem spezialärztlichen Fachbereich der Bestand an spital- oder praxisambulanten tätigen Ärztinnen und Ärzten im Kanton Aargau per 1. Juli 2023 als jeweilige Höchstzahl im betreffenden Fachgebiet (auch Ophthalmologie) eingefroren ("Freezing") worden wäre, worauf in der Übergangszeit (bis zur definitiven Umsetzung von Art. 55a KVG per 1. Juli 2025) keine Neuzulassungen mehr möglich gewesen wären. Dies wiederum hätte zu einer Unterversorgung in bestimmten Fachgebieten oder zu einer Gefährdung der dringend benötigten und zahlenmässig weit unter dem tatsächlichen Bedarf liegenden Grundversorgung führen können. Der Kanton habe deshalb unter Druck gestanden, ein "Freezing" zu verhindern, welches gerade für die Leistungserbringer deutlich gefährlicher und schädlicher gewesen wäre als die provisorisch getroffene Regelung mit Höchstzahlen in zwei Fachgebieten, die in der Übergangszeit mutmasslich ohnehin nicht erreicht würden (vgl. Gesuchsantwort, S. 8, 10, 11 und 12).

E. 6.2.3.3

Auch aus Sicht des Verwaltungsgerichts geht die Gesuchstellerin zu Unrecht davon aus, dass bereits nach dem Beschluss von Art. 55a KVG in der geltenden Fassung am 19. Juni 2020 bzw. nach der Veröffentlichung der Bestimmung im Bundesblatt am 30. Juni 2020 (vgl. BBl 2020 5513) in den Kantonen sofort mit dem eigentlichen Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung von Art. 55a KVG hätte begonnen werden können. Bis am 8. Oktober

- 17 -

2020 lief nur schon die Referendumsfrist und deren Ablauf sowie das Datum der Inkraftsetzung von Art. 55a KVG samt den Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 19. Juni 2020 (1. Juli 2021) wurde erst am 23. Juni 2021 in der Amtlichen Sammlung publiziert (AS 2021 413). Zudem waren die Kantone gehalten, das Angebot an Ärztinnen und Ärzten, die im ambulanten Bereich zulasten der OKP Leistungen erbringen, aufgrund der Arbeitszeit der Ärztinnen und Ärzte in Vollzeitäquivalenten zu ermitteln (vgl. Art. 2 Höchstzahlen-Festlegungsverordnung), um dieses der Berechnung und Festlegung der Höchstzahlen je Region und medizinisches Fachgebiet zugrunde legen zu können (vgl. Art. 1 Abs. 1 und 2 sowie Art. 5 Abs. 1 Höchstzahlen-Festlegungsverordnung). Aufgrund dessen war die rechtzeitige Einleitung eines Gesetzgebungsverfahrens, das entsprechend der Übergangsbestimmung zu Art. 55a KVG per 1. Juli 2023 hätte abgeschlossen sein müssen, von vornherein kaum mehr möglich. Dies gilt unabhängig davon, dass es sich bloss um eine provisorische, bis 30. Juni 2025 befristete Umsetzung von Art. 55a KVG (als Übergangsrecht im Sinne von Art. 9 der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung) gehandelt hätte, die Versorgungsgrade je Region und medizinisches Fachgebiet für das Übergangsrecht noch nicht hergeleitet und festgelegt sein und das dafür benötigte Zahlenmaterial des Bundes noch nicht vorliegen musste (Art. 9 der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung ermächtigt die Kantone, die Höchstzahlen übergangsrechtlich am nach Art. 2 ermittelten Angebot an Ärztinnen und Ärzten je medizinisches Fachgebiet und Region zu orientieren). Der Regierungsrat entschied sich stattdessen dazu, die Versorgungsgrade schon im Übergangsrecht miteinzubeziehen, und stellte dafür auf die Zahlen aus dem OBSAN BERICHT 05/22 "Regionale Versorgungsgrade pro Fachgebiet als Grundlage für die Höchstzahlen in der ambulanten ärztlichen Versorgung" vom 14. November 2022 ab (Gesuchsantwort, S. 13 f.), was den Leistungsanbietern der medizinischen Fachgebiete

Ophthalmologie und Radiologie, für die in Anhang 1 HZV Höchstzahlen festgelegt wurden, insofern zum Vorteil gereicht, als die Höchstzahlen dadurch deutlich höher ausfielen, als wenn rein auf die (Ende Februar / Anfang März 2023 oder zu einem früheren Zeitpunkt erhobenen) Vollzeitäquivalente der in jenen medizinischen Fachgebieten im ambulanten Bereich tätigen Spital- und Praxisärztinnen und -ärzte abgestellt worden wäre (vgl. dazu die Tabelle auf S. 16 der Gesuchsantwort). Ab Mitte November 2022 bis zum geplanten und vom Bundesrecht (Übergangsbestimmungen zur KVG-Revision vom 19. Juni 2020) vorgegebenen Inkraftsetzungsdatum der Übergangsregelung am 1. Juli 2023 standen dem Regierungsrat also effektiv nur noch rund 7,5 Monate zur Verfügung, die für einen Gesetzeserlass mit zweimaliger Beratung (nach § 78 Abs. 3 KV) offenkundig nicht ausgereicht hätten, selbst wenn ein entsprechendes Gesetz (mit den Regelungen in der HZV) als Dringlichkeitsrecht gestützt auf § 78 Abs. 4 KV (mit nachträglicher Volksabstimmung nach Inkraftsetzung) erlassen worden wäre. Unter diesen Umständen ist die zeitliche Dringlichkeit für den Erlass der HZV-Bestimmungen auf dem Verordnungsweg zu bejahen.

- 18 -

Was die sachliche Dringlichkeit anbelangt, dürfte zwar die Argumentation des Regierungsrats nicht zutreffen, es habe ein Einfrieren ("Freezing") des Bestandes an im ambulanten Bereich zulasten der OKP tätigen Fachärztinnen und -ärzten per 1. Juli 2023 als jeweilige Höchstzahl im betreffenden Fachgebiet gedroht, mit nachteiligen Implikationen auf dringend benötigte Neuzulassungen vor allem in der Grundversorgung. Dergleichen ergibt sich (direkt) weder aus den Übergangsbestimmungen zur KVG-Revision vom 19. Juni 2020 (AS 2021 413) noch aus der Ermächtigungsnorm an die Kantone zum Erlass von Übergangsrecht in Art. 9 der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung betreffend die Phase vom 1. Juli 2023 bis 30. Juni 2025 oder dem zu dieser Verordnung verfassten BAG-Bericht. Die Übergangsbestimmungen zur KVG-Revision sehen einzig vor, dass die kantonalen Regelungen zur Einschränkung der Zulassung zur (fachärztlichen) Tätigkeit zulasten der OKP innerhalb von zwei Jahren nach Inkrafttreten der Revision (am 1. Juli 2021) anzupassen sind und bis dahin, längstens aber während zweier Jahre (mithin bis 30. Juni 2023), für die Zulassung zur Tätigkeit zulasten der OKP im jeweiligen Kanton das bisherige Recht (Art. 55a KVG in der bis 30. Juni 2021 in Kraft stehenden Fassung vom 14. Dezember 2018 [AS 2019 1211]; Verordnung vom 3. Juli 2013 über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zulasten der OKP) gilt. Für die Zeit danach wurde gerade nicht angeordnet, dass das bisherige Recht oder aber der Gesetzgebungsauftrag oder eine Übergangsregelung (des Bundes) gelten soll (vgl. dazu CAROLINE RAUSCH, Ausgleichsmechanismen bei gesetzgeberischen Unterlassungen; in: ZStÖR – Zürcher Studien zum öffentlichen Recht Band Nr. 283, 2023, S. 128). Art. 9 der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung ermächtigt die Kantone lediglich zum Erlass von Übergangsrecht. Und selbst wenn die Norm entgegen ihrem Wortlaut ("Kann-Vorschrift") eine Verpflichtung zum Erlass von Übergangsrecht durch die Kantone beinhalten würde, liesse sich daraus nicht ableiten, für welche medizinischen Fachgebiete die dem Angebot an Ärztinnen und Ärzten in Vollzeitäquivalenten nach Art. 2 entsprechenden Höchstzahlen einzuführen sind. Dass diese sich am Bestand der spital- und praxisambulanten tätigen Fachärztinnen und -ärzten orientierende Begrenzung unabhängig von der Rechtssetzungstätigkeit der Kantone für alle Fachgebiete per 1. Juli 2023 automatisch eintreten würde (vgl. Gesuchsantwort, S. 8), lässt sich der Bestimmung nicht entnehmen.

Auch die vom Regierungsrat dazu angegebenen Belegstellen im BAG-Bericht (S. 7 f. und S. 11 [zu Art. 9]) lassen sich nicht auf diese Weise interpretieren. Dementsprechend würden im Kanton Aargau ohne die HZV samt Anhang seit 1. Juli 2023 gar keine Höchstzahlen mehr für Leistungserbringer zur Tätigkeit zu Lasten der OKP gelten.

Dennoch oder gerade deswegen hat der Kanton ein erhebliches Interesse daran, auch in der zweijährigen Übergangszeit vom 1. Juli 2023 bis 30. Juni 2025, d.h. bis zum Inkrafttreten der definitiven Gesetzgebung zur Umset-

- 19 -

zung von Art. 55a KVG per 1. Juli 2025, ein Instrument zu haben, um (zwecks Kostendämpfung im Gesundheitswesen) den Bestand an Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der OKP zu regulieren und zu begrenzen, und die Erwartungshaltung des Bundesgesetzgebers ging auch klar in diese Richtung. Dies erklärt sich daraus, dass aufgrund von Erfahrungen in der Vergangenheit eine Lücke in der Zulassungsbeschränkung (auf Bundesebene), wie sie zwischen Januar 2012 und Juli 2013 bestand, verhindert werden sollte, hat doch diese Zulassungsbeschränkungslücke angeblich zu einer erheblichen Zunahme der Zahl der freipraktizierenden Ärztinnen und Ärzte und der Kosten zu Lasten der OKP geführt (vgl. BAG-Bericht, S. 2 f.). Nicht stichhaltig ist hingegen die Argumentation der Gesuchstellerin, der Erlass der HZV könne nicht dringlich sein, weil der Regelung gemäss der Darstellung des Regierungsrats keine praktische Relevanz zukomme. Der Regierungsrat habe nämlich vorgebracht, dass die in Anhang 1 HZV festgelegten Höchstzahlen für die Fachgebiete Ophthalmologie und Radiologie weit über dem tatsächlichen Bestand an Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der OKP lägen und bis 30. Juni 2025 kaum erreicht würden. Sollte diese Prognose des Regierungsrats zutreffen, verhindere die HZV während ihrer gesamten Geltungsdauer keine einzige Neuzulassung von Leistungserbringern und erweise sich als wirkungslos (Replik, S. 9 f.). Dem ist entgegenzuhalten, dass Prognosen fehlschlagen können und die vom Regierungsrat festgelegten Höchstzahlen insofern gleichwohl eine Begrenzungsfunktion übernehmen können. Hinzu kommt, dass sich auf der Basis der HZV und dem darin vorgesehenen Instrumentarium Höchstzahlen für bestimmte medizinische Fachgebiete bei Bedarf jederzeit (während der beschränkten Geltungsdauer) neu einführen, anpassen oder auch aufheben lassen. Mit dem Bestreben der Kostendämpfung im Gesundheitswesen über eine möglichst lückenlose Steuerung und Regulierung des Leistungsangebots besteht grundsätzlich eine sachliche Dringlichkeit für die HZV als Übergangsrecht zur befristeten Umsetzung von Art. 55a KVG, auch wenn die derzeitigen Höchstzahlen letzten Endes (zugunsten der Gesuchstellerin und anderer Leistungsanbieter in den betroffenen medizinischen Fachgebieten) wirkungslos bleiben sollten. Bei der Kostendämpfung im Gesundheitswesen handelt es sich schliesslich angesichts der stetig steigenden Prämienlast im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung, die viele Versicherte an den Rand ihrer Leistungsfähigkeit bringt, um ein rechts- und sozialpolitisch sehr gewichtiges Anliegen. Ob sich die Kosten im Gesundheitswesen tatsächlich über eine Steuerung des Leistungsangebots regulieren lassen, ist eine andere Frage, die an dieser Stelle nicht diskutiert zu werden braucht, zumal der Bundesgesetzgeber mit Art. 55a KVG den Kantonen diese Steuerung vorgibt.

E. 6.2.3.4

Zusammenfassend besteht mit § 91 Abs. 2bis lit. b KV eine genügende Kompetenzgrundlage in der Verfassung des Kantons Aargau für den Erlass der HZV durch den Regierungsrat als zeitlich und sachlich dringliches

- 20 -

Übergangsrecht zur provisorischen und befristeten Umsetzung von Art. 55a KVG anhand der Methodik der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung. Die Rechtslage im Kanton Aargau unterscheidet sich insofern auch von derjenigen im Kanton Basel-Landschaft, wo der Regierungsrat ausserhalb der Kompetenz zum Erlass von Notverordnungsrecht gemäss § 74 Abs. 3 KV-BL offenbar nicht zum Erlass von grundlegenden und wichtigen Bestimmungen, einschliesslich kantonaler Ausführungsbestimmungen zur Umsetzung von Bundesrecht mit weitreichendem oder zumindest nicht unbeachtlichem Gestaltungsspielraum, befugt ist (vgl. das von der Gesuchstellerin angeführte Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 810 22 81 vom 18. Januar 2023, Erw. 4.6, 5.2.3 und 5.4), auch nicht als (befristetes) Dringlichkeitsrecht, was im Kanton Aargau anders ist (vgl. dazu die Ausführungen in Erw. 6.2.2 vorne). Folglich kann die Gesuchstellerin aus diesem Urteil nicht zu ihren Gunsten ableiten, dass auch die HZV als kompetenzwidrig erlassenes Regelwerk (wegen Verletzung der Gewaltenteilung oder des Legalitätsprinzips [Art. 5 Abs. 1 BV]) aufzuheben wäre. Zudem hat der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft mit dem vom Kantonsgericht aufgehobenem § 5 Zulassungs-VO bzw. dem darin verwiesenen Anhang anders als hier, wo die HZV und die im Anhang enthaltenen Höchstzahlen bis 30. Juni 2025 befristet wurden und den Charakter einer Übergangsverordnung haben, eine unbefristet geltende Obergrenze für Leistungserbringer zur Tätigkeit zulasten der OKP auf dem Verordnungsweg festgelegt, während der Regierungsrat des Kantons Aargau Art. 55a KVG definitiv auf Gesetzesstufe (anhand einer Delegationsnorm) umsetzen will. Die für das befristete Übergangsrecht gewählte Normstufe der Verordnung ist nicht zu beanstanden; § 78 Abs. 1 KV, wonach der Vollzug von Bundesrecht grundsätzlich durch Gesetz erfolgt, ist aufgrund der hier einschlägigen Ausnahme für zeitlich und sachlich dringliche Übergangserlasse nach § 91 Abs. 2bis lit. b KV nicht verletzt.

E. 7.1.1

Die angebliche Unvereinbarkeit der HZV mit Bundesrecht begründet die Gesuchstellerin damit, dass der Kanton Aargau der Verpflichtung nach Art. 55a Abs. 3 KVG, sich bei der Festlegung der Höchstzahlen mit den anderen Kantonen zu koordinieren, nicht nachgekommen sei. Darüber hinaus habe der Regierungsrat gegen die Verpflichtung in Art. 5 Abs. 2 der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung verstossen, gestützt auf Befragungen von Fachpersonen, Indikatorensysteme und Referenzwerte zu entscheiden, ob ein bzw. welcher Gewichtungsfaktor mit den Versorgungsgraden des EDI multipliziert werden müsse. Entsprechende Bemühungen zur Erhebung des rechtserheblichen Sachverhalts seien nicht unternommen worden. Genauso wenig habe der Regierungsrat trotz entsprechender Verpflichtung in Art. 2 Abs. 1 der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung das Ärzteangebot im Kanton ermittelt. Solange keine verlässlichen Daten dazu

- 21 -

existierten, ob das derzeitige Angebot die Nachfrage im Kanton decke – und mit Blick auf den notorischen Ärztemangel in der Schweiz müsse von einer Unterversorgung ausgegangen werden – könne sodann nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der

Höchstzahlen-Festlegungsverordnung sicher- gestellt werden, dass die vom Regierungsrat festgelegten Höchstzahlen "eine wirtschaftliche Versorgung, die auf seinem (Kantons-)Gebiet notwen- dig ist", garantiere.

E. 7.1.2

Des Weiteren wirft die Gesuchstellerin dem Regierungsrat Willkür in der Rechtssetzung vor, indem er sich beim Erlass der HZV und der im Anhang festgeschriebenen Höchstzahlen auf offensichtlich falsche Tatsachenfest- stellungen gestützt habe. Der HZV liege eine fehlerhafte bzw. gar keine Ermittlung des objektiven Bedarfs an fachärztlichen Leistungen im Kanton Aargau zugrunde. Das aktuelle Angebot an Fachärzten sei – wie erwähnt – ebenfalls nicht abgeklärt worden. Es bleibe gänzlich unklar, woher die vom Kanton verwendeten Zahlen stammten und ob diese auf bundes- rechtskonformen Erhebungen beruhten. In diesem datenmässigen Blind- flug Angebotssteuerungsmassnahmen zu treffen, ohne Angebot oder Nachfrage zu kennen, verstosse gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV). In der ganzen Schweiz herrsche ein gravierender Ärztemangel und Patientinnen und Patienten müssten sich inskünftig auf Wartezeiten von mehreren Mo- naten einstellen. Vor diesem Hintergrund erscheine jegliche Massnahme zur Beschränkung des Ärzteangebots als willkürlich, insbesondere ohne seriöse und solide Datenbasis.

Ein weiterer Verstoss gegen das Willkürverbot und gegen das Rechts- gleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) sei darin zu sehen, dass der Anhang zur HZV medizinische Fachgebiete ohne sachliche Gründe ungleich be- handle. Es gebe keine überzeugende sachliche Begründung für die Unter- scheidung in beschränkte (mit Höchstzahlen) und unbeschränkte Fachge- biete (ohne Höchstzahlen). Der jeweilige Versorgungsgrad nach dem Ver- ständnis der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung sei kein sachlicher Un- terscheidungsgrund, weil er nichts über die Deckung des Bedarfs an medi- zinischen Leistungen aussage. Eine sachlich unbegründete Ungleichbe- handlung finde auch zwischen den bereits zugelassenen Fachärztinnen und -ärzten und denjenigen, die um eine Neuzulassung ersuchten, statt. Willkürlich erscheine weiter die Nichtberücksichtigung des Umstandes, dass gewissen Fachärzte über mehr als einen Weiterbildungstitel verfüg- ten.

Willkürlich sei die Begrenzung des Leistungsangebots anhand von Höchst- zahlen aber auch deshalb, weil eine solche Angebotssteuerung die Nach- frage nach medizinischen Leistungen nicht senke und insofern kein taugli- ches Mittel zur Kostenkontrolle im Gesundheitswesen darstelle. Lausanner Forscher hätten anhand von Krankenkassendaten der Jahre 2007–2018

- 22 -

aufgezeigt, dass sich weder eine Kostenerhöhung durch das Auslaufen des Ärztestopps noch eine Kostendämpfung durch die Wiedereinführung von Zulassungsbeschränkungen empirisch nachweisen liessen (Gesuchs- beilage 6: Fuino/Trein/Wagner [2022], How does regulating doctor's ad- missions affect health expenditures? Evidence from Switzerland. BMC Health Serv Res 22, 495). Insbesondere könnten die angefochtenen Höchstzahlen das Ziel der Kostenkontrolle nicht erreichen, weil sie nicht in Abstimmung mit anderen Kantonen festgelegt worden seien. Ob medizini- sche Leistungen in Anspruch genommen würden, hänge nicht von der Ver- fügbarkeit im Heimatkanton ab. Patientinnen und Patienten seien erfah- rungsgemäss nicht bereit, auf notwendige medizinische Behandlungen zu verzichten. Es sei deshalb mit Ausweichbewegungen in ausserkantonale

Praxen oder den Spitalnotfall zu rechnen. Angesichts dessen sei eine Begrenzung des ambulanten Leistungsangebots allenfalls sogar kontraproduktiv, indem dies zu mehr Spitalbehandlungen führe, die typischerweise kostenintensiver seien als Behandlungen in Arztpraxen. Könnten in komplexen Fällen keine Spezialisten beigezogen werden, führe dies evidenzbasiert zu einem schlechteren Behandlungsergebnis und damit zu höheren Kosten, etwa wegen der Notwendigkeit von Folgebehandlungen. Auch würden Ärztinnen und Ärzte nicht plötzlich anders oder billiger behandeln, weil die Patientinnen und Patienten länger auf einen Termin bei ihnen warten müssten. Im Gegenteil könnten aufgeschobene Behandlungen sogar zu höheren Kosten führen. Halte das Angebot nicht mit dem Bedarf an Fachärzten Schritt, führe dies mittelfristig zu steigenden Gesundheitskosten. Die Durchführung von Behandlungen sei nicht eine Folge des Angebots, sondern der Nachfrage, die sich mit Höchstzahlen nicht senken lasse. Ohne Koordination mit anderen Kantonen seien jegliche kantonale Höchstzahlen sinnlos und somit willkürlich.

E. 7.2.1

Es gilt vorzuschicken, dass sich eine Diskussion über die Geeignetheit und Sinnhaftigkeit von Massnahmen zur Steuerung des (medizinischen) Leistungsangebots (wie die Festlegung von Höchstzahlen je medizinisches Fachgebiet und Region) zur Erreichung des damit gesetzten Ziels – Kostendämpfung im Gesundheitswesen – erübrigt, weil Art. 55a KVG den Kantonen eine solche Angebotssteuerung zwecks Kostendämpfung vorgibt (siehe dazu schon Erw. 6.2.3.3 vorne) und Bundesgesetze gemäss Art. 190 BV auch bei fehlender Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht (Verfassungsrecht) anwendbar sind. Entsprechend erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit von der Gesuchstellerin angerufenen Studie (Gesuchsbeilage 6) und deren vom Gesuchsgegner beantragte (amtliche) Übersetzung in die deutsche Sprache. Im Übrigen gibt es offenbar andere Studien, die belegen sollen, dass die Dichte der ambulant tätigen Ärztinnen und Ärzte (vor allem von Spezialisten) einen signifikanten Einfluss auf die OKP-Gesundheitsausgaben hat (Gesuchsantwort, S. 18; Gesuchsantwort-

- 23 -

beilage 12). Auch der Gesuchsgegner will festgestellt haben, dass es im Gesundheitswesen eine angebotsinduzierte Nachfrage gebe, was in der Versorgungsforschung ausführlich diskutiert werde. Schliesslich ist allgemein notorisch, dass eine ärztliche Unterversorgung vor allem bei der Grundversorgung (Hausärztinnen und -ärzte) und bestimmten Fachärztinnen und -ärzten (Pädiatrie und Kinder-/Jugendpsychiatrie) besteht, während andere Fachgebiete weniger vom Ärztemangel betroffen sind.

E. 7.2.2

Aus den weiteren Ausführungen der Gesuchstellerin ist zu schliessen, dass sie die Mechanismen der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung zur Festlegung der Höchstzahlen zum Teil nicht richtig einordnet. Den Kantonen obliegt lediglich die Ermittlung des Angebots an Ärztinnen und Ärzten aufgrund von deren Arbeitszeit in Vollzeitäquivalenten (Art. 2 Höchstzahlen-Festlegungsverordnung). Dazu hat der Regierungsrat respektive das DGS gemäss seinen von der Gesuchstellerin unbestritten gebliebenen Angaben in der Gesuchsantwort (S. 15) sehr wohl Erhebungen mittels Umfragen bei den Leistungsanbietern durchgeführt. Von den 29 angefragten Gesundheitsinstitutionen sollen sich 25, darunter die Gesuchstellerin mit Retournierung des Erhebungsformulars am 16.

Februar 2022, zurückgemeldet haben. Mit einer Erhöhung der Vollzeitäquivalente um 15% für die spital- ambulant tätige Ärzteschaft zur Bereinigung von covidbedingten Einbussen sowie um weitere 30% für den gesamten ambulanten Bereich hat der Re- gierungsrat zudem der nicht idealen Datenlage und einer möglichen Ent- wicklung in den Jahren 2020–2025 (jährliche Leistungssteigerung von 5% zufolge Bevölkerungszunahme) Rechnung getragen. Einen Gewichtungsfaktor sieht der Regierungsrat für die Festlegung der (provisorischen) Höchstzahlen in Anhang 1 HZV bislang nicht vor (vgl. dazu die Tabelle auf S. 16 der Gesuchsantwort). Das muss er gemäss Art. 1 Abs. 3 der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung ("Kann-Vorschrift") auch nicht, speziell nicht für die Übergangszeit vom 1. Juli 2023 bis 30. Juni 2025, in welcher die HZV gilt, weil sich die Höchstzahlen in dieser Phase rein am bestehen- den, nach Art. 2 der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung ermittelten Leistungsangebot ausrichten dürfen (Art. 9 Höchstzahlen-Festlegungsver- ordnung). Insofern stösst die Kritik der Gesuchstellerin, der Regierungsrat verstosse gegen Art. 5 Abs. 2 der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung, weil er die Anwendung eines Gewichtungsfaktors nicht geprüft und die da- für benötigten Informationen nicht eingeholt habe, von vornherein ins Lee- re.

E. 7.2.3

Eine (vertiefte) systematische Koordination mit anderen Kantonen konnte in der Übergangsphase ebenfalls unterbleiben; denn werden Höchstzahlen rein anhand des bestehenden Leistungsangebots bestimmt, kommt den in- terregionalen und interkantonalen Patientenströmen, die vor allem bei der Herleitung der Versorgungsgrade je Region und medizinisches Fachgebiet

- 24 -

nach Art. 3 der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung durch das EDI zu be- rücksichtigen sind (vgl. dazu auch den BAG-Bericht, S. 6 [Abbildung 1], 7 und 9), noch keine tragende Bedeutung zu. Die in Art. 55a Abs. 3 KVG und Art. 7 der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung vorgeschriebene interkan- tonale Koordination wird vor allem auch bei der regelmässigen Überprüfung und Auswertung der Höchstzahlen eine wichtige Rolle spielen (BAG-Be- richt, S. 10 und 11 [zu Art. 7]). In diesem Stadium befinden sich der Kanton Aargau und die umliegenden Kantone derzeit noch nicht. Immerhin soll das DGS in verschiedenen interkantonalen Gremien, insbesondere im Rahmen der Gesundheitsdirektorenkonferenz (GDK) vertreten sein, um sich mit anderen Kantonen auch im Themenbereich der Höchstzahlen auszu- tauschen. Der objektive Bedarf an fachärztlichen Leistungen ist keine empirische Grösse, mit welcher die Höchstzahlen-Festlegungsverordnung operiert. Dieser wird vielmehr anhand des im Auftrag des EDI entwickelten Degressionsmodells zur Bestimmung der Versorgungsgrade je Region und medizinisches Fachgebiet simuliert (vgl. BAG-Bericht, S. 4, 6 f. und 6 f.). Um den objektiven Versorgungsbedarf beeinflussende Elemente zu kom- pensieren, welche das nationale Modell nicht ausreichend berücksichtigt, wird der Kanton Aargau die Möglichkeit haben, einen Gewichtungsfaktor anzuwenden (vgl. BAG-Bericht, S. 5), was aber in der Übergangsphase noch kein Thema ist. Auch diesbezüglich lassen sich dem Regierungsrat somit keine Versäumnisse bei der Tatsachenfeststellung oder Datenerhe- bung vorwerfen.

E. 7.2.4

Auf den S. 13 ff. der Gesuchsantwort legt der Regierungsrat sodann schlüssig und nachvollziehbar dar, wie er die Höchstzahlen pro Fachgebiet anhand der aus dem OBSAN BERICHT 05/22 "Regionale Versorgungsgrade pro Fachgebiet als Grundlage für die Höchstzahlen in der ambulanten ärztlichen Versorgung" vom 14. November 2022 entnommener Versorgungsgrade (unter vorläufiger Ausklammerung eines Gewichtungsfaktors) festgelegt hat (vgl. dazu namentlich die Tabelle auf S. 16 der Gesuchsantwort) und auf welcher Grundlage er entschieden hat, für die Fachgebiete Ophthalmologie und Radiologie eine (provisorische) Höchstzahl einzuführen. Die Fachgebiete (ohne Grundversorger) wurden pro Indikatoren-Kategorie bewertet und mit einer Rangfolge (Ranking) versehen, wobei die finanziellen Faktoren (Leistungsvolumen pro versicherte Person und gesamtes Leistungsvolumen pro Fachgebiet) etwas stärker gewichtet wurden als die nicht finanziellen Indikatoren (Versorgungsgrad und Anzahl gesundheitspolizeilicher Berufsausübungsbewilligungen [BAB]). Aus der auf S. 15 der Gesuchsantwort abgebildeten Tabelle ist ersichtlich, dass auf diese Weise die höchsten Punktzahlen für die Fachgebiete Ophthalmologie und Radiologie resultierten, und zwar nicht etwa deshalb, weil der Versorgungsgrad in diesen Fachgebieten überdurchschnittlich hoch wäre, sondern weil das tatsächliche Leistungsvolumen insgesamt und pro versicherte Person stark überdurchschnittlich sind. Ausserdem sind in diesen beiden Fachge-

- 25 -

bieten besonders viele Ärztinnen und Ärzte mit einer BAB tätig. Entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin hat somit der Regierungsrat nach sachlichen Kriterien entschieden, für welche Fachgebiete in der Übergangsphase Höchstzahlen festgelegt werden (unter Vorbehalt dessen, die Datenlage im Hinblick auf die definitive Festlegung von Höchstzahlen gestützt auf eine Delegationsnorm im GesG in Zusammenarbeit und in Abstimmung mit den Aargauer Leistungserbringern sowie unter Berücksichtigung der Auswirkungen der Höchstzahlenverordnungen der umliegenden Kantone weiter zu verfeinern); eine Art. 8 Abs. 1 BV verletzend Ungleichbehandlung ist nicht erkennbar. Eine solche besteht auch nicht darin, dass die für die Fachgebiete Ophthalmologie und Radiologie festgelegten Höchstzahlen zu einem Zulassungsstopp führen könnten, der regelmässig Fachärztinnen und -ärzte, die auf eine Neuzulassung aspirieren, gegenüber bereits zugelassenen Ärztinnen und Ärzten schlechterstellt, was aber sachlich gerechtfertigt ist, zumal sich Ärztinnen und Ärzte in Aus- und Weiterbildung oder solche mit Zuwanderungsabsicht auf diese Leistungsbegrenzung einstellen können und noch weniger Investitionen getätigt haben als angestammte Berufskolleginnen und -kollegen. Abgesehen davon wäre diese Benachteiligung bereits in Art. 55a KVG angelegt, für den ein Anwendungsgebot auch im Falle der Verfassungswidrigkeit gilt (Art. 190 BV).

E. 7.2.5

Insgesamt lässt sich dem Regierungsrat im Zusammenhang mit der HZV und den in deren Anhang festgelegten Höchstzahlen keine Bundesrechtswidrigkeit vorwerfen, schon gar keine gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV), das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) oder den Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 BV) verstossende Rechtssetzung. Der Regierungsrat hat sich beim Erlass der HZV und der Festlegung der Höchstzahlen an den Rahmen dessen gehalten, was Art. 55a KVG und die Höchstzahlen-Festlegungsverordnung den Kantonen vorgeben.

E. 8.1.1

Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) soll die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zulasten der OKP aus Sicht der Gesuchstellerin verletzen, weil es für diesen Eingriff an einer (genügenden) gesetzlichen Grundlage und an einem öffentlichen Interesse fehle und der Eingriff zudem vor dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht standhalte. Gemäss BGE 130 I 26, Erw. 5.1, stelle die Nichtzulassung zur Kassenpraxis nur schon für die Dauer von drei Jahren einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff dar, der einer Grundlage in einem formellen Gesetz bedürfe, welches eine genügende Bestimmtheit aufweisen müsse (BGE 147 I 450, Erw. 3.2.1 mit Hinweisen). Das Gesetz müsse so präzise formuliert sein, dass die Rechtsadressaten ihr Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden

- 26 -

Grad an Gewissheit erkennen könnten (BGE 147 I 478, Erw. 3.1.2 mit Hinweisen). Bei Ärztehöchstzahlen lasse sich diese Anforderung dahingehend konkretisieren, dass aus der formell-gesetzlichen Regelung ersichtlich sein müsse, ob und in welchem Ausmass ihr Fachgebiet von einer Angebotssteuerung (potenziell) betroffen sein könnte. Andere formell-gesetzliche Grundlagen für die Angebotssteuerung anhand von fachärztlichen Höchstzahlen als Art. 55a KVG bestünden auch auf kantonaler Ebene nicht. Aus der genannten Bestimmung ergebe sich nicht, in welchen Fachgebieten und Regionen eine Höchstzahl festzulegen sei oder wie hoch diese zu sein habe. Somit bestehe für die Normadressaten keinerlei Voraussehbarkeit hinsichtlich des Regelungsgehalts. Eine Definition der Methodik der Herleitung der Höchstzahlen fehle sogar gänzlich. Die HZV definiere nicht, wann, nach welchen Kriterien und mittels welcher Bemessungsmethode Höchstzahlen festzulegen seien.

E. 8.1.2

Worin ein öffentliches Interesse an einer Beschränkung der Anzahl Fachärztinnen und -ärzte in den Fachgebieten Radiologie und Ophthalmologie bestehen könnte, sei nicht ersichtlich. Im Gegenteil: Eine möglichst gute medizinische Versorgung und eine Auswahl an Ärzten lägen im Interesse von Patientinnen und Patienten. Gerade die Augenheilkunde trage nicht in einem spürbaren Ausmass zu den Gesundheitskosten bei, welche über die OKP finanziert würden. Viele der teureren Behandlungen, etwa Linsenimplantate der besonderen Art oder Augenlasern, würden nicht von der OKP übernommen. Dementsprechend begrenzt sei die kostendämpfende Wirkung von Zulassungsbeschränkungen in diesem Bereich. Der Gesetzgeber sei an die Definition der öffentlichen Interessen in der Verfassung gebunden und dürfe keine ausserhalb der Verfassung stehenden öffentlichen Interessen gesetzlich verankern. Aus der Tatsache, dass das KVG Höchstzahlen vorschreibe, folge demnach nicht, dass solche in einem öffentlichen Interesse lägen. Der Schutz der persönlichen Freiheit, wozu auch die freie Arztwahl gehöre, und der Gesundheitsschutz seien als Ziele auf Verfassungsstufe verankert. Das Ziel, Kosten im Gesundheitswesen zu senken, könne sich hingegen nicht auf eine verfassungsrechtliche Grundlage stützen. Allenfalls liesse sich ein öffentliches Interesse an einer Kostenkontrolle im Gesundheitswesen daraus herleiten, dass steigende Gesundheitskosten die Bevölkerung belasteten. Allerdings seien rein kantonale Höchstzahlen nicht geeignet, zur Kostendämpfung im Gesundheitswesen beizutragen. Es gebe keine wissenschaftliche Evidenz, dass eine geringere Zahl von Ärztinnen und Ärzten in den ausgewählten Fachgebieten zu tieferen Krankenkassenprämien führten.

E. 8.1.3

Unverhältnismässig seien die angefochtenen Höchstzahlen zunächst deshalb, weil sie sich nicht zur Kostendämpfung im Gesundheitswesen eignen, vor allem dann nicht, wenn das Vorgehen nicht mit den umliegenden

- 27 -

Kantonen koordiniert werde und Ausweichbewegungen zu erwarten seien. Weiter scheitere die Verhältnismässigkeit der angefochtenen Höchstzahlen an der fehlenden Erforderlichkeit. Es fielen eine Reihe von mildereren Massnahmen (insbesondere nachfragenseitige Steuerungsmassnahmen) in Betracht, die im Gegensatz zur gewählten tatsächlich geeignet wären, kostendämpfende Wirkung zu entfalten, ohne in die Wirtschaftsfreiheit der davon nur indirekt betroffenen Fachärztinnen und -ärzte einzugreifen und diese mit einem faktischen Berufsverbot im Kanton Aargau zu belegen. Schliesslich sei auch die Zumutbarkeit der angefochtenen Höchstzahlen zu verneinen. In einer Interessenabwägung überwiege das Interesse der Fachärztinnen und -ärzte, ihrer beruflichen Tätigkeit im Kanton Aargau nachgehen und zur medizinischen Versorgung beitragen zu dürfen, sowie das eminente Interesse der Bevölkerung an einer hinreichenden Gesundheitsversorgung gegenüber allfälligen Interessen an einer Angebotsteuerung. Eine zeitlich unbeschränkte Abschottung eines Marktes gegenüber neuen Konkurrenten lasse sich mit der Wirtschaftsfreiheit ohnehin nicht vereinbaren (BGE 130 I 26, Erw. 6.3.3).

E. 8.2.1

Gemäss BGE 130 I 26, Erw. 5.1, handelt es sich bei der Nichtzulassung zur Kassenpraxis bzw. beim Zulassungsstopp zur Tätigkeit zulasten der OKP um einen schwerwiegenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), welcher aber nach Erw. 4.5 desselben Entscheids in diesem der privatwirtschaftlichen Tätigkeit weitgehend entzogenen System im Wesentlichen nur die Bedeutung zukommt, sicherzustellen, dass eine allfällige Zugangsregelung nur nach sachlich haltbaren, den Grundsätzen des Wettbewerbs unter Konkurrenten sachgerecht Rechnung tragenden Kriterien erfolgt. Vor diesem Hintergrund ist schon einmal fraglich, ob in einer (auf zwei Jahre) befristeten Übergangsverordnung festgelegte Höchstzahlen je Region und Fachgebiet, die während der Geltungsdauer der Übergangsverordnung unter Umständen nicht erreicht werden und alsdann auch keinen Zulassungsstopp bewirken, überhaupt einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit beinhalten; dies dürfte umso weniger gelten, als die Wirtschaftsfreiheit die Wettbewerbspolitisch motivierten Zugangsregelungen schützt, wovon bei einer Festlegung von Höchstzahlen anhand der Methodik gemäss Art. 55a KVG bzw. der gestützt darauf erlassenen Höchstzahlen-Festlegungsverordnung nicht auszugehen ist (vgl. dazu auch die Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [Zulassung von Leistungserbringern] vom

E. 8.2.2

Die in Art. 55a KVG vorgesehene Regelung zur Beschränkung der im ambulanten Bereich tätigen Anzahl Ärztinnen und Ärzte erfüllt das auf dem Legalitätsprinzip basierende Kriterium der hinreichenden und angemessenen Bestimmtheit nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 36 Abs. 1 BV (statt vieler: BGE 147 I 450, Erw. 3.2.1, und 147 I 478, Erw. 3.1.2; je mit Hinweisen). Danach müssen Rechtsätze so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines

bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können. Dabei muss der Inhalt des Grundrechtseingriffs nicht detailliert im Gesetz selbst geregelt werden; immerhin muss er sich daraus ergeben bzw. unmittelbar darauf zurückgeführt werden können. Die Regelung in der HZV samt Anhang mit den darin festgelegten Höchstzahlen für bestimmte Fachgebiete lässt sich problemlos auf Art. 55a KVG und die Höchstzahlen-Festlegungsverordnung, zu deren Erlass der Bundesrat in Art. 55a Abs. 2 KVG ermächtigt wurde, respektive die darin festgelegten Kriterien und methodischen Grundsätze für die Festlegung der Höchstzahlen zurückführen, hat sich doch der Regierungsrat bei der Festlegung der streitgegenständlichen Höchstzahlen für die Fachgebiete Ophthalmologie und Radiologie strikte an die Vorgaben der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung gehalten und die Zahlen anhand des Angebotes an Ärztinnen und Ärzten in Vollzeitäquivalenten (Art. 2 Höchstzahlen-Festlegungsverordnung) sowie der im OBSAN BERICHT 05/22 "Regionale Versorgungsgrade pro Fachgebiet als Grundlage für die Höchstzahlen in der ambulanten ärztlichen Versorgung" vom 14. November 2022 ausgewiesenen Versorgungsgrade (Art. 3 Höchstzahlen-Festlegungsverordnung) ermittelt, ohne diesbezüglich eigenes Ermessen einfließen zu lassen.

Schon aus Art. 55a KVG erhellt ohne weiteres, dass die Zahl an ambulant tätigen Ärztinnen und Ärzten zulasten der OKP in jedem Fachgebiet unter Berücksichtigung insbesondere der interkantonalen Patientenströme, der Versorgungsregionen und der generellen Entwicklung des Beschäftigungsgrades der Ärzte und Ärztinnen begrenzt werden kann und bei Erreichen der jeweiligen Höchstzahl je Fachgebiet und Region ein Zulassungsstopp greift. Zur Festlegung der Kriterien und der methodischen Grundsätze für die Festlegung der Höchstzahlen wurde der Bundesrat ermächtigt. Damit werden in Art. 55a KVG auch gleich die grundlegenden Elemente der Zulassungsbeschränkung (Zweck, Gegenstand und Umfang der übertragenen Befugnisse) geregelt, während die delegierte Bundesratsverordnung (Höchstzahlen-Festlegungsverordnung) die Methode zur Festlegung der Höchstzahlen detailliert zuhanden der Kantone umschreibt, um eine möglichst einheitliche Anwendung unter den Kantonen zu fördern (vgl.

- 29 -

BBl 2018 3125, 3158). Der Spielraum, der den kantonalen Behörden bei der Festlegung der Höchstzahlen verbleibt, beschränkt sich somit im Wesentlichen auf den Entscheid darüber, für welche Fachgebiete Höchstzahlen eingeführt werden sollen, und ob bei der Festlegung der Höchstzahlen ein (kantonaler oder regionaler) Gewichtungsfaktor zwecks Berücksichtigung regionaler Eigenheiten angewandt werden soll, der allerdings in der HZV samt Anhang 1 noch nicht zum Tragen kommt. Insofern stellt sich auch die Frage, ob nicht schon das Massgeblichkeitsgebot von Art. 190 BV die einzig die Vorgaben von Art. 55a KVG und der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung umsetzende HZV vor den Konsequenzen einer allfälligen Verfassungswidrigkeit schützt (vgl. dazu MARTIN E. LOOSER; in: Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, a.a.O., N. 26 zu Art. 190). Jedenfalls bietet Art. 55a KVG, der die Grundzüge der Materie selbst regelt, zusammen mit der bundesrätlichen Höchstzahlen-Festlegungsverordnung eine genügende gesetzliche Grundlage für den geltend gemachten Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (durch die Festlegung je einer Höchstzahl für die Fachgebiete Ophthalmologie und Radiologie anhand der Kriterien und methodischen Grundsätze der Höchstzahlen-Festlegungsverordnung).

E. 8.2.3

Es gibt keinen Numerus clausus öffentlicher Interessen zur Einschränkung von Grundrechten im Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV und letztlich ist dieser Begriff in Abgrenzung zu reinen Partikularinteressen zu sehen. Dem Gesetzgeber kommt hier vor dem Hintergrund, dass es in einem demokratischen Rechtsstaat diesem obliegen muss zu definieren, was im öffentlichen Interesse ist, ein weiterer Gestaltungsspielraum zu, wobei allerdings die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen zu beachten sind. Neben den sog. Polizeigütern (Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie der öffentlichen Gesundheit) wurden in der Rechtsprechung in der Vergangenheit zahlreiche, mitunter sehr unterschiedliche öffentliche Interessen (insbesondere sozialer, kultureller, wirtschaftlicher, ökologischer oder wissenschaftlicher Natur) anerkannt (ASTRID EPINEY, in: Basler Kommentar Bundesverfassung, 1. Auflage 2015, N. 49 zu Art. 36). Art. 117 BV kann als implizite Verfassungsgrundlage für eine Bestimmung betrachtet werden, welche die Eindämmung der Gesundheitskosten (und damit der Krankenkassenprämien) bezweckt (BBl 2018 3125, 3165). Folglich liegt die Gesuchstellerin mit ihrer Einschätzung, es gebe kein öffentliches Interesse an der Kostendämpfung im Gesundheitswesen (zwecks Begrenzung der Prämienlast für die Krankenversicherten), falsch. Ob dieses Interesse in einem konkreten Fall entgegenstehende private oder andere öffentliche Interessen überwiegt, ist im Wesentlichen eine Frage der Verhältnismässigkeit einer Massnahme (im engeren Sinne). Schon an dieser Stelle lässt sich aber festhalten, dass Massnahmen mit dem Ziel der Kostensenkung im Gesundheitswesen nicht notwendigerweise dem Interesse einer ausreichenden Gesundheitsversorgung für Patientinnen und Patienten widersprechen

- 30 -

müssen. Im Idealfall sorgen sie dafür, dass in einem Gebiet weder eine ärztliche Unter- noch ein Überversorgung besteht. Immerhin sieht die HZV auch Korrektive für den Fall einer Unterversorgung vor (vgl. §§ 2 Abs. 2 und 7 Abs. 1 HZV). Und auch hier gilt, dass das Massgeblichkeitsgebot von Art. 190 BV die Verifizierung eines öffentlichen Interesses an der Kostendämpfung im Gesundheitswesen mittels Angebotssteuerung einschränkt, weil dieser Mechanismus in einem Bundesgesetz (Art. 55a KVG) angelegt ist.

E. 8.2.4.1

Im Rahmen ihrer Ausführungen zur Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips zweifelt die Gesuchstellerin erneut die Geeignetheit der in Frage stehenden Massnahme der Angebotssteuerung über Höchstzahlen je Region und medizinisches Fachgebiet an. In diesem Zusammenhang ist wiederum darauf hinzuweisen, dass der Entscheid zu einer solchen Angebotssteuerung vom Bundesgesetzgeber getroffen wurde, nicht von der Kantonsregierung, welche die Bundesregelung insoweit lediglich umsetzt. Deshalb steht auch hier das Massgeblichkeitsgebot von Art. 190 BV einer Aufhebung der HZV und der im Anhang festgelegten Höchstzahlen mit der Begründung entgegen, Massnahmen der Angebotssteuerung im Gesundheitswesen wirkten sich generell und von vornherein nicht kostendämpfend aus. Es liesse sich hier höchstens argumentieren, dass sich die vom Regierungsrat in der HZV bzw. deren Anhang festgelegten Höchstzahlen für die medizinischen Fachgebiete Ophthalmologie und Radiologie nicht kostendämpfend auswirken können, weil sie allenfalls zu hoch angesetzt sind, um das Leistungsangebot in der Übergangsphase (bis Ende Juni 2025) wirksam zu begrenzen. In diesem Fall würde jedoch auch kein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) oder ein anderes Grundrecht (persönliche Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV) erfolgen. Oder mit anderen

Worten ausgedrückt: Sobald die vom Regierungsrat festgelegten Höchstzahlen Grund- und Freiheitsrechte tangieren, bewirken sie eine Angebotssteuerung, welche (nach dem Konzept des massgeblichen Bundesgesetzgebers) die Kosten im Gesundheitswesen zu senken vermag und sich somit für das damit angestrebte Ziel eignet.

E. 8.2.4.2

Dass es noch weitere, allenfalls mildere (nachfrageseitige) Massnahmen gibt, die ebenfalls zur Kosteneindämmung im Gesundheitswesen beitragen können, spricht nicht gegen die Erforderlichkeit einer Angebotssteuerung über Höchstzahlen je Region und medizinisches Fachgebiet, wenn diese vom massgeblichen Bundesgesetzgeber als taugliche Massnahme bewertet wird, um die Palette an verschiedenen Massnahmen zum Zweck der Begrenzung der Gesundheitskosten zu komplettieren. Der Regierungsrat könnte sich im Übrigen als mildere Massnahme nur dafür entscheiden, entweder gar keine Höchstzahlen zur Begrenzung des Leistungsangebots

- 31 -

festzulegen, Höchstzahlen für andere medizinische Fachgebiete festzulegen oder die Höchstzahlen für die Fachgebiete Ophthalmologie und Radiologie noch weiter heraufzusetzen, damit eine Angebotssteuerung in der Übergangsphase garantiert unterbleibt. Im ersteren und letzteren Falle verstiesse der Kanton Aargau gegen die Verpflichtung zur Einführung von (wirksamen) Höchstzahlen zur Begrenzung der ambulant tätigen Ärztinnen und Ärzte bzw. des Leistungsangebots gemäss Art. 55a KVG. Die Festlegung von Höchstzahlen für andere medizinische Fachgebiete wäre nur für Fachärztinnen und -ärzte der Gebiete Ophthalmologie und Radiologie eine mildere Massnahme, nicht hingegen für die betroffenen Fachärztinnen und -ärzte der anderen Fachgebiete, und wäre überdies nicht sachgerecht, wenn auf die gewählten Kriterien des Versorgungsgrads, des tatsächlichen Leistungsvolumens insgesamt und pro versorgten OKP-Versicherten, die Anzahl versorgte Versicherte und die Anzahl BAB abgestellt wird (vgl. dazu schon die Ausführungen in Erw. 7.2.4 vorne), deren Sachlichkeit von der Gesuchstellerin nicht begründet in Frage gestellt wird. Inwiefern eine intensive Abstimmung mit umliegenden Kantonen zu einer abweichenden, namentlich für die medizinischen Fachgebiete Ophthalmologie oder Radiologie milderer Höchstzahlenregelung führen würde, wird von der Gesuchstellerin nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich, zumal nicht geltend gemacht wird, es drohe aufgrund der festgelegten Höchstzahlen gerade auf diesen medizinischen Fachgebieten eine Unterversorgung mit Beförderung von Patientenbewegungen in umliegende Kantone.

E. 8.2.4.3

Ein allfälliger (bislang nicht eingetretener) Zulassungsstopp aufgrund der in Anhang 1 festgelegten Höchstzahlen ist den davon betroffenen Fachärztinnen und -ärzten Ophthalmologie und Radiologie sowie ihren Patientinnen und Patienten im höherrangigen Interesse einer Senkung der Gesundheitskosten und damit vor allem auch der Prämienlast für die OKP-Versicherten schliesslich zumutbar, solange eine hinreichende und qualitativ einwandfreie medizinische Versorgung in diesen Fachgebieten (unter Berücksichtigung der interkantonalen und interregionalen Patientenströme) weiterhin gewährleistet bleibt, mithin keine chronische ärztliche Unterversorgung droht oder herrscht, welcher selbstverständlich mit einer Anpassung oder Aufhebung der Höchstzahlen zu begegnen wäre. Abgesehen davon weist der Regierungsrat in seiner Gesuchsantwort (S. 22) zu Recht

darauf hin, dass Fachärztinnen und -ärzte Ophthalmologie und Radiologie trotz Zulassungsstopp weiterhin nicht OKP-pflichtige Leistungen erbringen könnten, zu denen gemäss den eigenen Angaben der Gesuchstellerin viele der teureren Behandlungen auf dem Gebiet der Augenheilkunde gehören. Insofern wäre also deren Wirtschafts- und Niederlassungsfreiheit wie auch die freie Arztwahl von Patientinnen und Patienten nicht eingeschränkt. Weil die Massnahme nicht wettbewerbs-, sondern sozialpolitisch motiviert ist, rechtfertigt es sich zudem nicht, von einer Massnahme der Marktabschottung zu sprechen. Unter den derzeitigen Umständen ist die Angebotssteuerung

- 32 -

über die vom Regierungsrat festgelegten Höchstzahlen in jeder Hinsicht verhältnismässig.

E. 9

Alles in allem erweisen sich die angefochtenen, in der HZV und deren Anhang enthaltenen Bestimmungen und Höchstzahlen für die medizinischen Fachgebiete Ophthalmologie und Radiologie als mit höherrangigem Recht vereinbar. Der Regierungsrat hatte für den Erlass der übergangsrechtlichen, befristeten HZV und die Festlegung von provisorischen Höchstzahlen im Anhang dazu mit § 91 Abs. 2bis lit. b KV eine verfassungsmässige Kompetenzgrundlage. Die HZV und deren Anhang halten sich sodann an die Vorgaben von Art. 55a KVG und der bundesrätlichen Höchstzahlen-Festlegungsverordnung, beinhalten keine willkürliche oder rechtsungleiche Rechtssetzung und verletzen weder die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) noch ein anderes Grund- oder Freiheitsrecht. Entsprechend ist das vorliegende Normenkontrollbegehren als unbegründet abzuweisen.

III.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.